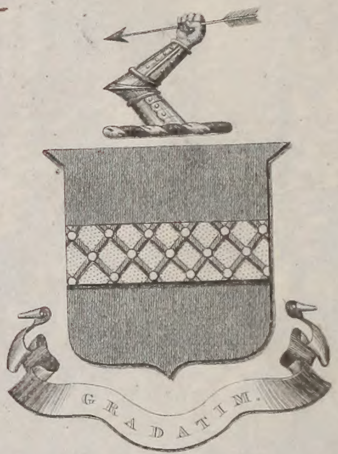


William Proudfoot.

JACOBI
CUJACII
IC. TOLOSATIS
OPERA

AD PARISIENSEM FABROTIANAM EDITIONEM

DILIGENTISSIME EXACTA

IN TOMOS XIII. DISTRIBUTA

AUCTIORA ATQUE EMENDATIORA

Continuatio Partis Tertiae

TOMUS SEPTIMUS

PRATI
EX OFFICINA FRATR. GIACHETTI
M. DCCC. XXXIX.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

AD TITULUM I. LIB. I. DIGESTORUM DE JUSTITIA ET JURE

Ad L. I. Juri operam.

Juri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen juris descendat. Est autem a Justitia appellatum. Nam, ut eleganter Celsus definit: jus est ars boni et æqui, cujus merito quis nos sacerdotes appellet: justitiam namque colimus, et boni et æqui notitiam profitemur: æquum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu pœnarum, verum etiam præmiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor, Philosophiam, non simulatam affectantes.

Utrumque nomen *Justitia et Jus* plurimis modis dicitur in hoc titulo. Justitia est virtus quam, ut Ulpianus in l. 1. ait, nos præcipue colimus, et amplectimur, quæ versatur in communi utilitate tuenda, et in suo cuique distribuendo, et in rerum contractarum fide. Vel: justitia est habitus animi ita affecti, ut velit jus suum cuique distribuere, quæ est mens definitionis positæ in *l.* 10. *h. t.* Aliter: justitia est virtus alia quælibet: juxta vetus verbum, *Justitia in sese virtutem amplectitur omnem*, quod Theognidi quidam tribuunt. Nam et temperantia est justitia, et prudentia similiter, atque fortitudo, quoniam virtutes hæ, Temperantia, Prudentia, Fortitudo, non sunt virtutes, si justitia vacent, scilicet si propriam, non alienam, non communem rem spectent, ut recte Aristoteles ait, omnes virtutes esse ἀλλοτρίας id est, *alienas*: quæ alienum, non proprium commodum spectent, aut vitia esse, non virtutes: denique justitia vacare, nec virtutes igitur esse.

Dicitur et Justitia quælibet pars Justitiæ, et præcipue æquitas, id est, benigna juris interpretatio, inflexio juris stricti, lenitas, moderatio animadvertendi, aut venia et indulgentia, ut in *l. placuit*, *C. de judic. Placuit in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti uris rationem.* Nihil est præterea in illa lege, quæ dicit, *Justitiæ æquitatisque*, notans eandem rem duobus nominibus, κατὰ τοῦ αὐτοῦ. Et dicit, *in omnibus rebus*, ut pertineat lex ad titulum, quo scilicet tractatur de judiciis. Et ita est in *l. eos*, §. *si quid, C. de appella*. *Justitiam præcipue in judiciis locum habere debere.* Quis negat hoc? Sed justitiam, lenitatem, æquitatem, humanitatem, benevolentiam intelligit. Et ita aperte in rescripto quodam Hadriani ad Taurinum, cujus pars est in *l.* 4. *ad leg. Cornel. de sicar. infra*: sed non ea quæ recitabo: *etiam*, inquit, *in majoribus delictis refert, consulto quid admittas, an casu. Et in omnibus criminibus hæc distinctio aut pœnam, aut justitiam provocare debet, aut temperamentum admittere.* Justitiam, id est, pœnam. Temperamentum, id est, moderationem animadvertendi, quæ et ipsa justitiæ seu æquitatis nomine comprehenditur: nam moderatio animadvertendi, indulgen-

tia, quædam est justitia. Jus autem in hoc titulo quid sit dicam primo ex l. 1. Deinde exponam quid aliis modis dicatur *l. pen. et ult. hoc tit.*

Ad L. I. XI. et XII.

L. I. et XI. Jus pluribus modis.
L. XII. Nonnunquam jus.

Ulpianus auctor l. 1. imitatur Stoicos (nam et ipse et ceteri omnes Jureconsulti sunt imbuti a Stoicis) dum scilicet exquirit, unde dictum sit nomen juris. Nulli Philosophi exquisiverunt studiosius origines nominum, quam Stoici. Imo vero Ulpianus ait, eum, qui juri operam daturus est, scire prius debere unde nomen juris descendat. Sic et Theophilus in princip. tit. *de testam. ord.* eodem modo, necesse ante omnia scire etymon testamenti. Et hoc est, quod dicebant Dialectici, qui sunt Stoici (et apud Ciceronem et alios, cum Dialectici nominantur, intelligimus Stoicos, et in *l. qui quadringenta, infra, ad l. Falcid apud Dialecticos*, id est, Stoicos) hoc, inquam, est quod dicunt Stoici, definitionem nominis debere precedere definitionem rei. Definitio rei est οὐσιώδης quæ substantiam rei explicat. Definitio nominis est ὀνοματώδης Denique est definitio nominis, veriloquium, quod tanti faciunt auctores nostri, ut sæpe ex eo argumenta ducant, *l. 1. §. cum servis, de his, qui effud. vel dejec. neque enim recte servi dicitur noxa, cum servus nihil nocuerit.* Et in *l. si legatarius, de leg.* 3. Si legatarii culpa, a quo fideicommissum datum est, lis non periit : ergo iniquum est, ad eum pertinere litis periculum : quod cui nihil periit, non possit esse ejus periculo quidquam : nam a pereundo periculum potissimum dicitur. Similiter in *l. 12. in princ. de furt.* Si quis non habet quod perdat, ergo ejus periculo nihil. est. Et *l. in lege, de contrah. empt.* Si lapis non cæditur eo loci, nullæ igitur sunt lapidicinæ. Ait autem Ulpianus : *esse a justitia appellatum.* Hæc est definitio nominis tradita ab Ulpiano, quæ ponitur ante definitionem rei : *jus a Justitia est appellatum.* Hoc probat rectissime a definitione rei, hoc modo : (nam ita est ponenda ratio Ulpiani) jus est ars æqui et boni : ars posterior est eo, quod arte continetur : arte autem boni et æqui justitia continetur. (Certe partes omnes justitiæ continentur : religio, pietas, veritas, fides æquitas) ergo justitia prior est jure. Consequitur igitur justitiam jure priorem, et ex justitia merito factum videri nomen Juris, quasi per apocopen. Lenior quidem erit ἀποκοπὴ si jus a jussu deduxeris : quoniam abscinditur una tantum syllaba : sed jus prius fuit : quam ex steret ullum jussum scitumve populi, quod constat ex naturalibus aut gentium præceptis. Et non est novum per apocopen abscindi duas aut tres syllabas, ut ῥᾶ pro ῥᾴδιον, πουδὰ pro πουδάλιον. Ergo jus a justitia dicitur, quasi posterius a priore: δίκαιον παρὰ τῆς δίκης. Et simili forma a jure dicitur Judex, quasi omnino ultimum : et Judicium, Cicer. in Topicis : *judicii finis est jus*. A justitia igitur est jus : et a jure Judex. Nam hæc tria hoc ordine sequuntur : et in hac notatione nominis etiam Stoicos secutus est Ulpianus, qui sapientem deducunt a sapientia, quod prius sapientia; deinde sapiens fuit : hominem ab humanitate, quod hominis ideo prior fuit, quam homines. Denique denominativum a denominante, ut a forma res omnis nomen accipiat, non contra forma a subjecto. Et nos eodem modo in §. 1. *Inst. de jur. pers.* ducimus liberum a libertate, *Libertas*, inquit, *ex qua liberi homines appellantur.* Et Ulpianus noster in *l. 1. de pact.* pactum a pactione. Pactio est nuda forma, quæ per se intelligitur sine subjecto : pactum non est sine subjecto, id est, sine re, de qua convenerit. Pactio est vox denominans. Pactum denominativum. Vel aliter : pactio est abstractum, pactum concretum. Quam tamen differentiam Jureconsulti non servant ; promiscue enim utuntur Pactionis. et Pacti nominibus. Et eodem modo Servius Sulpitius, testamentum deducit a testatione, et adjecit, mentis, non quod duplex nomen esse existimaret, sed ne quis quamcunque testationem existimaret esse testamentum. Et intelligere etiam nos oportet, mentis ultimæ defuncti. Quod ergo adjicitur, *Mentis*, id fit, ut testatio hæc, quæ dicitur testamentum, sejungatur a ceteris, quæ non sunt testationes ultimæ mentis defuncti : nam, ut pactum deducitur a pactione : sic satis est testamentum deduci a testatione, id est, forma. Nec dubito quin etiam donum a donatione deduxerit Paulus in *l. senatus* §. 1. *de dona. caus. mort.* Nam locus ille quodammodo secum pugnat, dum ait : *donatio dicta est a dono*, (sequitur) *quasi dono datum.* Etymon potius videtur esse doni, quam donationis. Quod confirmat etiam quod sequitur, tractam vocem a Græco. Nam vocant δῶρον, inquit, ex qua voce non possis donationem deducere, donum deducas recte. Quoniam igitur lex Cincia, quæ donationibus modum imposuit, ut lex Falcidia legatis, Papia dotibus, appellata fuit lex de donis et muneribus, ille ad eam legem respiciens, ad quam omnis pars illius juris est referenda, donum dictum ait a donatione, ut recte subjiciatur, ut est in Flor. Pandectis, quasi dono datum; ut Plinius et Vitruvius interpretantur *munus*, quasi manudatum. Sed de definitione nominis hæc sufficiant : de definitione rei dicam, non omnia, sed pauca quædam. *Jus*, inquit, *est ars boni et æqui*, apud Harmenopulum τέχνη τοῦ καλοῦ sed adlen-

dum ex Basilicis καὶ ἴσου. Nam καλὸν *bonum* significat, non *æquum*, *Jus est ars boni et æqui:* dico esse artem. Ars est collectio præceptorum. *Jus privatum*, inquit Ulpianus in §. 1. *collectum est ex naturalibus, aut gentium, aut civilibus præceptis:* addere possis: *vel prætoriis*, ex *l. bonæ fidei, inf. depos.* Ergo jus est ars, quia nihil aliud est, quam collectio præceptorum naturalium, aut civilium, aut gentium. Et rursus, ut Cic. ait 2. *de Oratore.* Ars est eorum, quæ sciuntur. Jus et jurisstudiosi omnis opera scientia continetur. Ergo jus est ars. Idem Cic. *in Bruto*, duas esse ait artes civiles atque forenses, Juris scientiam atque eloquentiam. Nam ars nihil aliud hoc loco est, quam scientia, notitia, studium: ut ait post: *Justitiam namque colimus, et boni et æqui notitiam profitemur.* In §. *hujus studii*, inquit, *duæ sunt positiones. Studii*, id est, est artis. Dices, quod plerique non indocti homines sibi temere persuadent: idem ergo videri jus et jurisprudentiam. Nam jurisprudentia quid aliud, quam ars, scientia, notitia, studium? Jurisprudentia est habitus animi. Distat scientia ab habitu. Contrariorum est eadem scientia: contrariorum tamen non idem est habitus: ut cui nota est bona valetudo, nota est et mala: sed qui habitus est bonæ valetudinis, non idem est malæ. Scientia igitur justi et injusti, liciti et illiciti, æqui et boni definitur, dum jus dicitur esse ars boni et æqui. In definitione autem Jurisprudentiæ, definitur animi habitus. Et observandum ad *l.* 10. *h. t.* quæ ponit definitionem Justitiæ, atque etiam Jurisprudentiæ, habitus animi alios consistere in voluntate, alios in intellectu. Habitus animi, qui consistunt in voluntate, sunt virtutes: qui consistunt in intellectu, sunt scientiæ, quas animo apprehendimus. Justitia definitur esse habitus voluntatis in d. l. 10. dum ait. *Justitiam esse voluntatem perpetuam et constantem.* Nam verba illa *perpetua, constans*, habitum demonstrant, propterea quod omnis habitus est perpetuus, constans, et par sibi semper, δυσκίνητος immobilis, aut motu difficilis. Qui ergo justitiam definit esse voluntatem perpetuam et constantem, definit esse habitum animi, qua parte voluntas consistit: vel habitum animi ita affecti, ut velit jus suum cuique tribuere. Cum ergo in *d. l.* 10. definivisset Justitiam esse constantem et perpetuam voluntatem, ostendit, *Justitiam* esse habitum voluntatis: contra, dum *Jurisprudentiam* definit esse rerum humanarum divinarumque notitiam, scientiam justi, atque injusti, ostendit jurisprudentiam esse habitum intellectus. Ergo aliud est scientia, quæ abstrahitur a subjecto, quale est jus, quod definitur scientia boni et æqui. Aliud est scientia, quæ inhæret subjecto, id est, quæ considet in mente hominis, quæ Jurisprudentia dicitur. Videndum autem nunc esset, quid sit bonum et æquum, quod expediam cras. Jus pluribus modis dicitur, ut est scriptum in *l. pen.* Ac primum, ut heri docui, Jus dicitur pro arte boni et æqui: aliud autem est ars boni et æqui, aliud scientia: sicut aliud est ars Dialecticæ, aliud scientia Dialectices. Nam scientia est in homine; ars per se existit, etiamsi nemo eam percipiat. Quanquam scientiæ nominæ etiam ars significari potest. Et hæc distinctio separat artem boni et æqui, quod est jus, a Jurisprudentia. Alio modo aliaque significatione *Jus* dicitur quod bonum et æquum est, quod arti scilicet subjectum est. Artis enim hujus subjectum est bonum et æquum. Hæc distinguere licet. Quidni? Bonum est privatio mali, privatio malitatis. Æquum est privatio inæqualitatis: et tamen ita nexum est alteri, ut nec æquum possit quidquam esse, quin sit bonum, nec bonum quidquam quod non sit æquum. At cave distinxeris bonum et æquum a bonitate et æquitate. Nam optima est figura a muliebri genere transire ad neutrum, ab æquitate ad æquum. Nam et ipsum jus summum, bonum et æquum est: alioqui jus non esset, et ars, quæ dicitur boni et æqui, nullas comprehenderet regulas juris scripti, quod est falsissimum. Jus summum est rigor juris. Ergo rectum jus. Nam rigor a rectitudine nomen obtinet, ut Aggenus Urbicus ait. Si rectum: ergo bonum et æquum. Denique bonum et æquum omnes gradus rectitudinis complectitur, et non æquum simpliciter et bonum. Sed et æquius et æquissimum, melius et optimum: non extremam clementiam tantum vel relaxationem plenissimam juris, et remissionem, sed etiam jus summum, et jus medium. Jus summum: nam et Cicero Jus civile quod scriptum et constitutum est, quo fundata civitas est, definit esse æquitatem constitutam iis, qui sunt ejusdem civitatis, ad res suas obeundas. Jus item medium, hæc est proprie æquitas, quæ in mediocritate consistit, ut vult Aristot. et inde Statius, 1. Thebaid. *Medii venerentur et æqui.* Et *l. si servos*, 25. *de pignorat. act.* ut recte Flor. *Medie esse rem a Judice dispiciendam.* Et in *l. filio, ut legat. nomin. caveat. per mediocritatem esse causam dirimendam*, id est, æquitate media. Bonum et æquum dicimus, et bonitatem et æquitatem, nihil refert. Sallustius: *Verum bonumque*; ut in nostris auctoribus atque etiam in alienis sæpe. *Verum*, id est, æquum. *Verius*, id est, æquius. Idem Sallustius: *Jus bonumque.* Horatius; *Justum et æquum.* Ennius; jus et æquum, his verbis elegantissimis, quorum vos perpetuo meminisse velim (appellat virtutem ἀνδρίαν, seu *robur corporis*) *Melius est virtute jus: Nam sæpe virtutem mali nanciscuntur: Jus atque æquum a malis se spernit procul.* Sic legendum apud Nonium, dum os-

tendit, illo loco *spernere*, esse segregare: Jus atque æquum se a malis segregat procul. Alii autem dixerunt: *Jus piumque*, non male: Nam et religio erga Deum, et pietas erga parentes, vulgo Bonitas dicitur, ut in Partitionibus Cic. scribit. Ovidius in Epistola Hermion. *Inclusum contra jusque piumque tenet.* Et in arte scribit: *Stabit pro signis fasque, piumque tuis.* Et ad Liviam: *Et quoscumque coli est jusque piumque Deos.* Silius Italicus 8. *Magno te jure, pioque Dictator capere arma docet.* Tot vero modis bonum et æquum, quod dicimus, adsignificatur. Verum ut ostendit l. pen. quæ explicanda breviter, simul et ultima, ut ex eis nobis enarrentur variæ significationes juris. *Jus* quod interpretamur esse æquum et bonum, duplex est: Aliud est semper omnibus hominibus bonum æquumque, ut est jus naturale, id est, jus commune omnium gentium, quod et ratio et æquitas naturalis sæpe dicitur in jure: quoniam jus istud nullam non gentem tenet: jus istud nullo modo mutari aut flecti potest, est æternum et immutabile, §. *sed naturalia*, *Instit. de jur. nat. gent. et civ. l.* 2. §. *ult. de usufr. ear. rer.* Jus illud, inquit Imperator, est divina providentia constitutum. Tullius de Repub. Juris istius disceptatorem et inventorem esse Deum. Denique est jus divinum, seu divinitus insitum in mentes omnium hominum: quod magnarum legum appellatione significatur, ut illo loco, *Magnis agitant sub legibus ævum*, id est, æternis, immutabilibus, naturalibus. Aliud est jus, quod non semper, sed aliquo tempore est bonum et æquum, quodque non omnibus hominibus, sed iis tantum, qui ejusdem civitatis sunt cives, est bonum et æquum: ut est jus civile, jus uniuscujusque civitatis, jus locale, ut Theophilus loquitur, jus τοπικὸν, jus civitatis unius. Jus naturale est commune: civile est proprium cujusque civitatis, quod cum pravum et inquum videtur, ad æquitatem et rectitudinem a judice redigitur. Non igitur eo semper stat judex: Prætor id sæpe corrigit atque emendat, *l.* 7. *h. t.* Et tempore senescit, aut penitus evanescit tandem aliquando, abrogatur lege alia lata, vel desuetudine obliteratur. Jus hoc est humanum non divinum. Idcirco mutabile, non immutabile. Et de hoc jure civili eleganter Paulus in *l. pen. Altero modo jus dici, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est. Omnibus* id est, omni populo ejusdem civitatis: *Pluribus*, id est, optimatibus. Vellem addidisset, *vel ei, qui in civitate imperat, quique in ea rerum est dominus*: Nam ita constituisset tria, quæ sunt summa genera administrandæ Reipubl. Democratiam, Aristocratiam, et Monarchiam: nam idem scribit Aristoteles 5. *Ethicorum*, Leges civitatum vel spectare utilitatem omnium, vel utilitatem eorum, penes quos summa rerum est, id est, Regum vel Imperatorum, τοὺς νομίμους πολιτικούς. Vel certe Paulus dixit, *omnibus aut pluribus*, juxta illud quod Livius scribit 4. de bello Macedonico; *Nullam legem satis commodam esse omnibus, id tantum quæri an pluribus, et in summa an prosit.* Jus igitur hic civile est, quod omnibus aut saltem pluribus in quaque civitate utile est: Utilitas peperit jus civile, qua de causa a Theophilo dicitur jus χρειῶδες, id est, quod ad unius civitatis utilitatem spectat proprie. Hæc autem utilitas æquitas est, et quidquid Reipub. utile et conducibile est, bonum et æquum est. Nam quid aliud æquitas, quam Remp. tueri et conservare legibus latis pro conditione et moribus eorum hominum, qui in ea Repub. sunt? Ergo jus civile, quod utile dicitur, et bonum atque æquum est, quia tuetur Rempumbl. quod tamen in quacunque civitate non uno modo afferri potest: suos quæque civitas modos habet, sua momenta, suas utilitates: et quod utile est huic civitati, possit esse inutile alteri, vel contra. Et hæ ipsæ utilitates cujusque civitatis variantur pro temporum moribus, qua ex re sequitur legum civilium mutatio: nec ulla unquam fuit lex civilis æterna, nulla diffusa in omnes gentes. Jus naturale est æternum et immutabile, et diffusum in omnes gentes: non est aliud in Gallia, aliud in Hispania, aliud in Africa: non aliud nunc, aliud post; sed apud omnes gentes et omni tempore hoc jus sempiternum et immutabile obtinet. Utrumque tamen quin sit bonum et æquum non est dubium. Quodcunque utile est civitati, et bonum est: si bonum, et æquum. Nam a bono æquum nunquam sejungitur. Recte autem Paulus in *d. l. pen.* Juri civili annectit jus honorarium: *Nec*, inquit, *jus recte appellatur in civitate nostra jus honorarium.* Jus honorarium est, inquit *l.* 8. *viva vox juris civilis*, id est, jus honorarium civile subsequitur, ut ait *l. Sejo, de test.* Varro *libr.* 5. *de lingua latina*: Jus prætorium ad legem, id est, ad jus civile æstimatur. Verum non tantum prætorium jus honorarium dicitur, sed et jus Ædilium, jus Consulum, jus Tribunitium. Plerunque fateor jus honorarium Prætorium dici, et jurisdictionem plerunque de Prætore tantum, ut in Gordianis Julii Capitol. duobus locis jurisdictio separatur a Consulatu. Accipitur ergo pro prætoria per eminentiam. Sed pergam. Alio modo Paul. in *d. l. pen.* ostendit, jus dici illud, quod Prætor reddit, etiam cum inique decernit, causa cognita: reddit, non facit. Prætor facit proprie jus edicto proposito: reddit decreto. Sed et reddere, facere est. Et rursus, licet iniquum reddat, tamen jus reddidisse dicitur, facta relatione, ut ait Paulus ad id, quod reddere debuit. Res judicata pro jure habetur, res judicata pro veritate habetur: et ut habeatur, publice interest, *l.*

servo 65. §. *si Prætor ad SC. Trebel.* Si Prætor per favorem aut ambitionem hæreditatem restitui jussit, procul dubio restituit jure, ob rerum judicatarum auctoritatem. Hoc enim publice interest. quia incerta alias essent omnia: nullus esset finis litium, nullus finis sollicitudinis. Est ergo jus quoddam, cujus nonnunquam videatur παράδοξον initium: ut si quis jus iniquum statuat in alium, idipsum ille patiatur, licet sit jus iniquum: Aristoteles dicit in *Elenchis*, quia non est omnino æquum, sed tamen hac ratione est æquum, quod æquum esse magistratus existimavit. Denique est jus non quod magistratus æquum pronunciat, sed quod ut æquum pronunciavit. Et ita Philosophus quidam apud Suidam, cum a casibus nominum, seu conjugatis ducit argumenta, recte ostendit, aut jus dici pluribus modis, aut judicem jus reddidisse, dici pluribus modis, si ut oportet judicaverit, si secundum leges vel mores judicaverit, nec tamen secundum veritatem rei gestæ, deceptus forte falsis probationibus, etiamsi pro libidine sua judicaverit, si in judicando, animo suo potius, quam legibus obtemperavit. Alio modo in *ead. l. pen.* ostenditur, jus dici locum, quo jus redditur, quod est elegans, ut in tit. *de in jus vocando,* et in tit. *de interrog. in jure faciend. l.* 4. §. *ult. eod. tit.* Et cum dicimus cessionem fieri in jure, id est, in loco, ubi Prætor cognoscit. *Appellatione*, inquit, *collata ab eo, quod sit ad id, ubi fit.* Prior figura est Metaphora. hic metaphora, *ubicunque Prætor salva Majestate*, *etc. Ubicunque,* id est, quocunque in loco, vel in foro, vel domi suæ, vel de plano, vel in itinere, quoties quid de plano expediri potest, re non exigente tribunal, sive decretum. *Et salva Majestate Imperii:* neque enim popina recte dicetur esse jus Postremo ex l. ult. addendum, jus etiam accipi pro necessitudine. Necessitudinem vocat cognationem, agnationem, affinitatem. Quo verbo etiam Græci usi sunt eadem significatione, ut cum Dionysius dixit lib. 2. συγγενικαὶ ἀναγκαιότητες, id est, *cognatas necessitudinis.* Et lib. 3. ἀναγκαιότης διὰ τὸ συγγενές; eodem nomine comprehendit etiam amicitiam Dionys. 2. φιλότητα ἀναγκαίαν. Jus igitur accipitur pro necessitudine, cognatione, affinitate, vel amicitia. Utitur exemplo l. ult. Est mihi jus agnationibus, Ovid. 4. de Ponto: *Jus aliquod facerent affinia vincula nobis.* Sed satis de varia significatione Juris. Celsus Jurisconsultus cum definiisset, jus esse artem boni et æqui, subjecit: *cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Cujus,* scilicet juris. *Merito* εὐλόγως, cum ratione. Et rationem reddit statim: *Justitiam namque colimus, etc.* Ergo Jurisconsulti merentur laudem, et appellationem sacerdotum, sive Antistitum juris, ut plerique notarunt, S. Sulpitium vocari a Fabio antistitem juris, quæ appellatio etiam tribuitur principibus in oratione aute Institutiones, ubi Justin. se juris religiosissimum dicit, et *l. ult. C. de ll.* tribuitur et Judicibus, quia Jureconsulti sunt, et jus reddunt bonis, terrent reos. Symmachus ad Theodos. et Valen. Impp. *Oro,* inquit, *vos Justitiæ sacerdotes.* Gellius 14. quo capite agit de imagine Justitiæ, *Judicem,* inquit, *qui justitiæ antistes est, oportet esse gravem, severum.* Hi igitur omnes sunt sacerdotes, seu antistites juris ac justitiæ, quia justitiam hi omnes colunt, quæ est sanctissima. Et qui templum sanctissimum dicat suos juris libros, Justinianus est, *l.* 1. *C. de veter. jur. enucl.* Et hac ratione utitur. *Justitiam namque colimus,* quasi Deam sanctissimam. Et adjicit: *Boni et æqui notitiam profitemur,* quæ cognitio etiam res est santissima, *l.* 1. §. *proinde, inf. de var. et extraord. cognit.* Leges quoque ipsæ sanctæ sunt non quidem omnes, sed quæ pœna aliqua sancitæ sunt, et non tam a sanctitate, quam a sanctione, id est, ποινηπαθεία, ut Græci dicunt, id est illatione, vinculo pœnæ. *l. sacra,* §. *pen. de rer. divis. l. sanctio infr. de pœn.* Ut sanctæ leges sunt, quibus adjicitur sanctio in novissima parte earum: *Qui quid adversus eas fecerit, is capitalem vel pecuniariam pœnam subeat,* vel ut legitur, *d. l. sacra,* §. *pen. ut qui in id aliquid commisit, capite puniatur. In id,* non *ibi* ut vulgo legitur. *In id,* inquam, ut in βασιλ. exprimitur apertius, κατὰ τῶν νομοθετουμένων: et in antiqua inscriptione: *Quod si quis adversus id fecerit, bona ac debebuntur,* id est, pertinebunt ad Rempublicam. Leges quædam sunt non sanctæ, ut quæ permittunt. Etenim in permissione libera potestas, non pœna. Item, quæ jubent aut vetant, nec puniunt eum qui contra fecerit, sanctæ non sunt: ut lex Valeria, quæ civem Romanum, qui provocasset a magistratu ad populum, virgis, cedi securiquæ necare vetuit, et si quis adversus ea fecisset, nihil ultra, quam improbe factum adjecit, id est, nullam pœnam injunxit: Livius lib. 10. qui eleganter adjicit: *Id* (*qui tum pudor hominum erat*) *visum satis arctam mulctam, nunc vis serio ita minetur quisquam.* Ita legendum non *servo*, quod nondum quisquam emendavit. Hæ vero leges, quæ non sanctæ sunt, infirmæ et imperfectæ sunt; quæ puniunt, perfectæ, et ut Tullius ait, diligentissimæ sunt. Et ubi eadem de re duæ inter se leges discrepant, una quæ permittit, altera quæ puniat, recte Cornificius *ad Hærennium,* plus valere sanctionem permissione: ut si una lex cogat jubeatque facere, altera permittat facere aliquid: si non feceris, hæc te non excusabit pœna, quia plus valet sanctio permissione. Est peritissime scriptum in *l. legis virtus, inf. de legibus: Legis virtus est imperare, vetare, permittire, punire,* id est, san-

cire. Potentior est lex, quæ vetat, quam quæ imperat. Nam sæpe ea quæ vetat, quasi exceptione quadam corrigere videtur ea, quæ jubet et imperat. *In magistratus potestate*, ut scribit Quintilianus declam. 137. *plus potest unus qui vetat*, *quam centum qui jubent.* Veto est solemne verbum intercessionum. Nos dicimus, *Je m' oppose*: Latine, veto. Livius lib. 6. *Faxo, ne juvet vox ista, veto.* Tullius 3. de legib. *per Tib. Gracchum non solum vetitus, sed etiam sublatus, etc.* Plus autem valet inter magistratus, qui pari sunt potestate, unus qui petat, quam ceteri omnes qui jubent. Hoc est, quod dicitur, in re pari potiorem esse causam prohibentis, *l. Sabinus, inf. comm. divid.* Ut autem potentior est lex, quæ vetat, quam quæ imperat: ita potentior est lex, quæ imperat vel punit, quam quæ permittit. Et recte in *d. l. legis virtus*, non additur, *suadere*. Nam suadentis legis nulla est virtus. Suadet lex Theodosii, ut et matres secundis nuptiis abstineant, extantibus liberis, *l. 2. §. ult. Theod. de secundis nuptiis.* Suadet lex prima Justiniani, non minus relinqui libertis prioris matrimonii, quam posterioris matrimonii, *Novel.* 22. *§. ult.* Suadet lex vetus, ne hæredes in testamentis, quibus scripti sunt, testimonium perhibeant, *§. licet, Instit. de testam. ordin.* Et omnes hæ leges, quæ suadent facere, etiam permittunt facere: vel sic, primum permittunt facere, sed deinde suadent non facere. Est permissionis virtus quædam, quoniam quod quis fecit, lege permittente, nec rescinditur, nec vindicatur. Suasionis nulla est virtus. Adnotandum, uno casu etiam eas leges sive sanctiones (quod idem est) quæ puniunt imperfectas esse aut certe minus perfectas: ut si quid fieri vetent, et factum non rescindant, sed pœnam injungant ei, qui contra eas fecerit, qualis fuit Furia testamentaria, ut Ulpianus in fragment. scribit, tit. 1. quæ vetat plus quam mille assium legatum capere: nec tamen legatum infirmavit, sed pœnam quadrupli injunxit ei, qui plus cepisset. Minus perfecta aut imperfecta fuit lex. Lex dicitur imperfecta duobus modis, quæ pœnam non irrogat, ei, qui contra fecit, ut Macrobius *in somnium Scipionis* ait, et quæ pœnam irrogat, sed factum non rescindit. Hæ vero quæ pœnam irrogant, proprie sanctæ sunt, et sanctiones, id est, quæ impune violari non possunt. Sed et sanctiones dicuntur, quibus impune obtemperari potest, etiam si aliæ leges violari videantur. Igitur sanctio dicitur duobus modis, quæ pœnam irrogat non obtemperanti, et quæ pœnam aliarum legum solvit obtemperanti: qualis est sanctio legis Regiæ de Imperio Vespasiani. Hæ igitur proprie sanctæ sunt et sanctiones. Et si sanctæ sunt et sacræ igitur quodammodo: denique sacrosanctæ. Et hoc quidem genere (quod notandum) ob id ipsum, quæ sanctæ et sacræ sunt. Specie *sacræ* leges aliud significant: nam specialiter leges sacræ et sacratissimæ dicuntur hodie constitutiones Principum, *l. leges sacratissimæ, C. de leg b.* quod intelligendum de constitutionibus Principum, ut quæ de rebus sacris constituuntur. Et divorum oracula: nam et ipsi principes sacratissimi sunt et inviolabiles. Olim specialiter sacræ sacratissimæ, sacratæ leges dicebantur duobus modis tantum. Uno modo ab obtestatione, quæ erat firmata jurejurando interposito, devotione, execratione populi vel plebis, si quis eas violasset. Festus: *sacrosanctum est*, inquit, *quod jurejurando interposito est institutum si quis violasset, morte pœnas penderet.* Et veteres glossæ *sancit*, interpretantur, κυρῶ νόμον ὅρκῳ, id est, *firmat legem jurejurando.* Atque ita ex his possis statuere tres significationes sanctionis, duas ante attulimus: sanctio est, quæ punit non obtemperantes: sanctio est, quæ nominatim solvit pœnam aliarum legum huic obtemperanti: sanctio est, quæ sacra tuetur jurejurando. Livius 3. Tribunos veteri jurejurando cum primum eam potestatem plebs creasset, sacros esse, quorum leges vocant sacratas, alii sacras. Item specialiter sanctiones dicuntur sacratæ a consecratione pœnæ, non pœna qualibet. Quanquam et generaliter omnes sanctiones sacræ dici possint: sed sanctiones sacræ dicuntur specialiter, quibus sanctum est, quod qui adversus eas fecerit, ut sit sacer alicui Deorum, cum pecunia familiaque sua, ut Festus scribit. Atque ita in summa, sanctæ leges specialiter dicuntur sacratæ, vel sacræ, vel ab obtestatione legis, vel pœnæ obtestatione. Hæc omnia eleganter Tullius complexus est in oratione pro Cornelio Balbo, sanctiones sacratas esse (sic legendum, non, sacrandas) aut genere ipso: quomodo in universum omnes sacras aut sanctas quis appellet: aut ab obtestatione legis, quando populus eam jurejurando firmavit, Deo invocato, et sacrificio nonnunquam facto, tactaque ara. Est enim jusjurandum jus ita sacratum: ut illo loco Virgilii: *Sacrata resolvere jura*. Vel, ut idem ait, sacratæ dicuntur a consecratione pœnæ, cum caput ejus, qui commisit, sacrum esse jubet. De his satis. Ulpianus, ut magis magisque nos esse sacerdotes juris ostendat, ait, *nos æquum ab iniquo separare: licitum ab illicito discernere.* Facit igitur differentiam inter licitum et æquum. Licitum est, quod legibus scriptis conceditur. Æquum est, quod etsi legibus præscriptum non sit, tamen justum et bonum est. Vel sic: licitum est æquitas scripta: æquum æquitas non scripta: nam non audio eos qui, quod licitum est, non continuo æquum esse ajunt. Nam quod æquum non est, certe iniquum est. Nulla autem lex iniqua,

aut certe lex non est. Æqui igitur duæ sunt species, licitum et æquum. Et ita, quamvis licitum separetur ab honesto, illicitum ab inhonesto, *l.* 1. *C. de liber. causa*, *l. semper*, *inf. de ritu nupt.* tamen licitum et quodammodo honestum, non est honestum semper, sed aliquatenus. Et hoc est, quod Tull. ait, *Probandum non quidquid licet, etiam oportere*, id est, quidquid licet, non etiam honestum esse. Licet jure civili ducere consobrinam, sed non est honestum. Contra: quidquid non licet, certe nec oportere. Omne illicitum et turpe esse. Eandem igitur differentiam inter licitum et honestum constituo, quæ inter licitum et æquum. Eandem etiam inter legitimum et justum: nam legitimum est, quod legibus statutum est. Justum est, quod non cavetur legibus, bonum et æquum scilicet. Eandem differentiam constituit Aristoteles 5. *Ethicorum* inter τὸ νόμιμον, et inter τὸ ἴσον. Eandem alii inter τὸ νόμιμον et τὸ δίκαιον. Marcellinus in Aphton. Legitimum est æquitas constituta. Æquum autem est æquitas non constituta, non definita, quia nec potest definiri æquitas omnimodo, sed ut negotia hominum sunt infinita, ita et æquitas, quæ est norma negotiorum, infinita est, *l. non possunt*, *de legib.* Eadem ratione licet discernere iniquum ab illicito, qua discernimus licitum ab æquo. Quinimo ejusdem est discernere æquum ab iniquo, et licitum ab illicito, nempe, Jureconsulti, ut Musici, est discernere consonum a dissono: Arithmetici par ab impari: nam est unius ejusdemque scientiæ, et operæ dignoscere contraria. Itaque plerunque contingit, ut ex uno contrario dignoscatur aliud, et quot modis dicitur æquum, tot etiam dicatur iniquum. Sed dixi, *plerumque*, ut Aristoteles dicit in *Topicis*, φιλεῖν duobus modis dici, pro osculari et amare: μισεῖν uno tantum modo dici, quod adversatur dilectioni, non osculo. Ulpianus quo magis ostendat, se esse sacerdotem juris, et veteres omnes qui sunt Professores et Doctores hujus artis, adjicit: *bonos non solum metu pœnarum, sed etc.* Bonos scilicet viros et cives, sed cives potissimum: hoc enim inter se distant Ethice et Politice: quod Ethice facit bonos viros: Politice bonos cives. Sed in Republ. bene constituta qui bonus vir est, et bonus civis est: quia, si est bonus vir, sane communi utilitati servit. Et contra, in Repub. bene constituta qui non est vir bonus, nec civis bonus esse potest, et consequenter, qui in ea est bonus civis, non potest non esse bonus vir. At in Republ. prava, male constituta, bonus quidem civis est, qui eam tueri et conservare studet, non tamen est bonus vir: quia si esset bonus vir, minime Rempubl. eam tueretur, aut defenderet, aut certe in ea non versaretur. Et contra, qui in ea est bonus vir, non est bonus civis: quia longe abhorret a moribus ejus Reipub. eosque improbat et impugnat, quantum potest. Et hoc est, quod ait Aristot. 5. Ethicor. *Non idem forsitan est bonum virum esse, et bonum civem esse.* Et quamvis dicat, ἴσως, *forte*: tamen affirmat eam esse suam sententiam. Sed solet Aristot. semper adminiculo hoc, *forsitan*, ut et Jureconsulti, fulcire suam sententiam, et recte, ut *l. si duo, de recep.* ubi Accursius adfert hunc versum:

Sub dubio forsan respondent sæpe periti.

Et eam sententiam idem auctor latius persequitur 3. Polit. Bonus civis est, qui sollicitus est de statu Reip. in qua versatur, quique eam totis viribus conatur augere, retinere. Bonus vir est, qui justus, qui nocet nemini, prodest multis. Ex justitia enim, inquit, boni viri appellantur: Quam appellant etiam Jurecons. honestatem, legum auctores, legum interpretes, qui bonos cupiunt efficere, et præmiorum exhortatione, et pœnarum metu, ut Ulp. ait. Et similiter de Principe Plin. in Panegyr. *Nec pœnis malorum, sed bonorum præmiis bonos facis.* Tullius 1. *de Orat.* Bonos viros fieri jure civili, bonos cives scilicet. Præmium est honos et splendor virtutis. Pœna, ut est notum ex *l. aliud*, *inf. de verb. signif.* est delicti coercitio. Sed aliter definitur, pœna est doli æstimatio ex *l. sanctio*, *de pœn.* Vel, pœna est supplicium peccati, ut retro Ciceroni in Pisoniana, supplicium pœna peccati. Partim ergo præmiis, partim pœnis leges legumque consulti bonos cupiunt efficere. Objiciet aliquis, etiam non esse bonum, quem præmia et pœnæ bonum efficiunt: callidum potius, quam bonum esse, ut ait Tullius primo, *de legibus*. Sed eum esse bonum qui sua sponte est bonus, et nullo proposito præmio, nulla pœna, id est, qui ipsa honestate movetur, non præmio, non pœna, qui nec affectat præmium, nec pertimescit pœnam. Et fatebor eum tantum esse bonum, qui sua sponte est bonus, nec ducitur spe præmii, aut terrore pœnæ. Nam hoc in nobis solum esse, ut simus boni vel mali. Principium boni aut mali a nobis et in nobis esse. Leges vel legum interpretes nullos facere bonos, sed flectere ad bonitatem et compellere, id est, partim præmiis et honoribus, partim suppliciis et animadversionibus efficere ut velint, ut obdurent esse boni: exhortari tantum leges ad bonitatem, non creare aut ingenerare bonitatem in nobis. Exhortari, inquam, leges, quo verbo utitur Ulpian. hoc loco et Aristot. 3. Ethicor. προτρέπειν id est, *hortari*. Quo argumento idem auctor rectissime probat, in nobis positum esse, ut simus boni vel mali. Nam frustra leges invitarent eos ad virtutem, et a vitio deducerent, nisi id esset in nostra potestate. Quid justitia? Voluntas (ut in l. 1.) nostra, (quis dubitat?) non

aliena. A nobis igitur originem capit. Et, ut frustra est, si quem horteris, ne æstuet in æstate, ne dormiat in æstate, ne hac hyeme frigeat, quia hæc non sunt ejus potestatis: ita frustra esses, si quem invitares ad bonitatem, et dehortareris a malitia, nisi hæc essent in ejus arbitrio. Et verissima est opinio, libere a nobis suscipi bona vel mala: quam sequuntur Juriscons. et Peripatetici. Alii nullum in nobis volunt esse arbitrium, et omnia quasi fato fieri. Alii volunt vitia esse in sua potestate, non virtutes. Alii volunt, ante lapsum generis humani fuisse plenum arbitrium hominis, post lapsum ante redemptionem et liberationem humani generis, nullum fuisse arbitrium hominis: post liberationem iterum plenum esse arbitrium hominis. Sed nisi me fallo, verior illa, ut sit liberum hominis plenum arbitrium quod ad bonitatem et ad vitiositatem amplectendam. Quod et idem auctor probat, argumento ducto ex jure nostro: si in nobis non est errare, delinquere, vel non delinquere; erroris igitur nullæ sunt pœnæ. Atqui errores, ignorantiæ sunt pœnæ, *l.* 1. *de legib. l.* 2. *de termino moto.* Ut si ignoramus leges publicas, et peccemus ignorantia legum publicarum. Nam in nostra potestate fuit, scire leges publicas, cum sint publice propositæ. Item, si quis per vinum: et consequenter per ignorantiam delinquerit, punitur ac culpatur: quia in ejus potestate fuit, ut ebrius fieret, et ebrietas fuit erroris causa et delicti. Ergo ipse sibi auctor fuit delicti. Sane in id, quod per vinum fit, jure civili pœna est in *l. omne*, §. *pen. inf. de re milit.* si miles per vinum aliquid admisisset, militiæ mutatio ei irrogatur, et redigitur in infimum ordinem gregariorum militum, manipularium. Sed si deliquerit ignorantia ejus rei, cujus scientia vel ignorantia non erat in ejus potestate, ut si peregre administrans tua negotia, ea administravit finito mandato, nesciens te esse mortuum; ignoratio hujus facti excusatur, quia non fuit in ejus potestate, scire te esse mortuum. Iisdem fere verbis, quibus utitur Ulpianus, id est, sensu eodem, de legum conditoribus seu Jureconsultis, Aristoteles exprimit eodem loco 3. Ethicor. *Legum*, inquiens, *conditores punire sontes*, *insontes præmiis afficere*, *et eos quasi exhortari*, *illos dehortari.* Addit in extremo Ulpianus noster hæc verba: VERAM NISI FALLOR PHILOSOPHIAM, etc. significans justitiæ cultorem, professorem juris, id est, artis boni et æqui, qui scilicet docet (professoris est docere) domitas habere libidines, docet Rempubl. tueri, docet sua tueri, ab alienis mentes, oculos, manus abstinere. Nam ab alieno debemus oculos abstinere. Neque enim licet fenestram aperire contra ædes vicini sine vicinæ domus servitute. Denique arbitrum boni et æqui, liciti et non liciti, cupientem studiosumque boni latius diffundendi in omnes, hunc esse verum Philosophum. Nam veri Philosophi munus est communi utilitati servire, et præstare omnia quæ commemorata sunt ante. Et vera Philosophia est veluti sanctissimum sacerdotium. Jureconsulti ergo sanctissimi sacerdotes.

Veram non simulatam Philosophiam, *etc.* Qua in re Ulpianus etiam imitatur Stoicos, qui suum *sapientem solum dicunt esse verum sacerdotem*, *solum regem. atque etiam regem regum*, *solum omnia*, *solum unum minorem Deo*, quod et Tullius et Plutarchus et alii indicant. Simulata Philosophia est veluti sophistice, quæ est Aristoteli ἐριστικὴ Philosophia. Et alibi χρηματιστικὴ, quæ lucrum captat ex fucata sapientia et adumbrata, plena concertatione, plena inanium verborum. Vera Philosophia in rebus ipsis, ut ante demonstravi, qui nervi sunt hujus artis, non in verbis occupata est. Vera Philosophia in actione, non oratione consistit. Philosophia est, studium sapientiæ.

Ad §. 2. *Hujus studii.*

Hujus studii duæ sunt positiones, *publicum et privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. Privatum quod ad singulorum utilitatem. Sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim. Privatum jus tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

Hujus studii, id est, ταύτης τῆς ἐπιστήμης, duas esse positiones, publicum et privatum: una positio est juris publici, altera juris privati: utramque tenebant peritiores Jureconsulti, ut Plinius in Epistolis Aristonem scribit peritissimum fuisse tam publici quam privati juris, et ei semper fuisse curæ sic publica, ut privata jura tractare, ut olim sacerdotes et Pontifices utrique juri præerant, et ut est in *l.* 2. §. *deinde ex his*, *tit. seq.* ex corpore Pontificum constitutos quoquo anno, qui præessent privatis, id est, qui jus privatum privatis interpretarentur, qui de jure privato responderent, qui agendi formulas componerent. Præest magistratus jurisdictioni, præest et Pontifex, vel Senatus, quasi alter Pontifex, jurisque sacerdos, juri respondendo, interpretando, cavendo. Possit etiam Jureconsultus, licet non sit magistratus, dici præesse jurisdictioni. Nam oraculum dicitur totius civitatis, ut 1. *de orat.* Et dicitur esse oraculum, ut Græcis λόγιον. Cornific. ad Herennium: Aperte fatur dictio. Aperte, id est, clare. Dicebatur aperte, teste Festo, quod patente cortina responsa seu oracula dabat. Quod non intellexit temerarius ille, quasi esset adverbium, nesciens *dictionem* esse dictam pro oraculo. Apud

Nonium Pacuvius, *Flexa non falsa autumare dictio Delphis solet.* Et alio loco: *Sed in certamine dictio*, id est, oraculum. lib. 8. *At Tarentinis data dictio est*, id est, oraculum. Præesse dicitur Jureconsultus recte jurisdictioni, ut fundat oracula juris: præesse privatis, a quibus consulitur de statu et jure rerum privatarum. Item præesse cognitioni juris: præesse muneri respondendi juris. Tullius 1. de legibus: *Cui muneri præfuerunt respondendi juris.* Et infra: *Debuerat cognitio juris*, inquit, *per se quantum adferat iis, qui præsunt, honoris non ignorare.* Et alio loco: *Clarissimi cives studio juris hodie etiam præsunt.* Et alio loco: *Multis præessem, ut tecum agerem, id est*, multis præscriberem actiones, et multis præciperem. Et male tentavit quidam in *l.* 2. §. *augescente*, *de orig. juris*, ita legere: *Augescente civitate, qui præerant, quædam genera*: cum Florent. sit perspicue scriptum, *quia deerant*, non *præerant*. Verum ad rem. Ex veteribus Jureconsult. multi fuere periti privati juris, et imperiti publici juris. Quod mirum: nam jus publicum est præstantius jure privato. Tullius 1. de legibus. *Quid est tantum, quantum jus civitatis?* Aliud est jus civitatis, aliud jus civile. Jus civile est privatum jus. Jus civitatis est publicum. Est enim proprium civitatis atque imperii, ut idem de Orat. Sed neglectum est jus publicum, quod parum videretur ejus cognitio singulis esse necessaria, quodque raro de jure publico interrogarentur. Quo fit etiam hodie magno malo, ut quidam eam tantum juris partem exerceant, quæ populo necessaria. Id incognitum est, quod minus in usu necessarium. Sed nunquam bene percipiemus usu necessarium, nisi et noverimus jus istud usu non necessarium. Nexum est et colligatum alterum alteri. Nulli sunt servi nobis, cur quæstiones de servis vexamus? Digna imperito vox. Contra Plin. lib. 8. Epistol. *Solebat*, ut ait, *sic antiqua jura tractare ut recentia: sic rara, ut assidua.* Ulpianus autem has duas dicit esse positiones hujus artis, Publicum et Privatum. Et positiones dicit exemplo Stoicorum, ex quibus Apollodorus, ut Diogenes refert, quas alii vocant species, vel formas, vel partes, vel genera, ipse Apollodorus appellabat τόπους, *locos* seu *situs*. Quomodo etiam ex sententia Labeonis in *l.* 1. *inf. de acquir. poss.* dicebant possessionem appellari a sedibus, quasi positionem, id est, situm. Id enim quisque possidere dicitur, cui insidet. Alii tres faciunt positiones juris, sacrum vel divinum, publicum et privatum, *l. ut inter*, *C. de sacrosanct. eccles.* Ausonius:

> *Jus triplex, tabulæ quod ter sanxere quaternæ:*
> *Sacrum, privatum, et populi commune quod usquam est.*

Sed, quod notandum, facile divisio trimembris fit bimembris, et quæ bimembris, trimembris; ut *l.* 5. *de pact.* cœpit facere trimembrem divisionem pactorum, et mox facit etiam bimembrem. Nam ita statuit, conventionum esse tres species: eas publicas, aut privatas: sed privatas dicit esse rursus aut legitimas, aut jurisgentium. Et ita sub jure publico continetur jus omnes sacrum: nam in sacris et sacerdotibus, et magistratibus id consistere ait: continetur ergo sub jure publico jus Augurale, jus Pontificium, jus sacrum. Et Plin. *lib.* 8. *Epist.* Jus Senatorium, ait, esse partem juris publici. Nam et in magistratibus jus publicum consistit. Et hæ omnes partes pertinent ad statum Reip. Jus privatum pertinet ad singulorum utilitatem: ut jus testamentorum, jus donationum, jus contractuum. In qua positione juris consumitur fere totum corpus juris civilis. Juris publici pars perexigua est. Sed et hoc jus privatum (quod notandum) dicitur publicum nonnunquam ad differentiam privatarum conventionum, quæ et jura dicuntur, jus est ex pacto privato: et ad differentiam testamentorum, quibus, quod cavetur, ut ita jus sit, itaque servetur. 12. tab. cautum est. Sic dicitur voluntas defuncti, lex, in *Novell.* 22. Et ad differentiam quoque privilegiorum quæ una persona continentur; vel indulgentiarum, quæ uni civitati vel personæ conceduntur: ad differentiam veniæ, quam criminoso dat Princeps. Et hoc modo sæpe in jure jus publicum, id est, leges, Plebiscita, Senatusconsulta, Edicta Prætorum, quæ sunt de rebus privatorum, non de sacris, non de sacerdotibus, non de magistratibus. Et hoc jus privatum, ut ait, est triplex, Jus naturale, gentium, et civile. Possis, secundum quod docui ante, facere tantum bimembrem divisionem, et dicere: Jus aut esse naturale, aut civile: nam jus naturale ita dividitur, ut aliud sit naturale, aliud jus gentium. Nam et jus gentium est jus naturale. Ex Ulpiano intelleximus juris duos esse locos, vel situs, vel positiones: publicum et privatum: et rursus, privatum tripartitum esse. Vel enim esse jus naturale, vel gentium, vel civile. Objicies huic divisioni, quod etiam Agricola quidam objicit: Jus privatum perperam dividi in naturale, gentium, et civile: ac si non ferat eandem divisionem jus publicum, quod æque est naturale, vel gentium, vel civile. Hoc postremum omnino negandum. Jus publicum neque naturale, neque gentium, neque civile est: nec est quidquam, quod facilius demonstrari possit. Primum, jus publicum naturale non est. Nam jus naturale pertinet etiam ad bruta: jus autem publicum non pertinet ad bruta: cum bruta non habeant scara, sacerdotes, magistratus, quibus in rebus consistit jus publicum tantummodo. Item publicum jus non est juris gen-

tium, ullave pars juris publici: nam jus gentium est commune omnium hominum, omnium gentium. Et quamvis religio erga Deum sit ex jure gentium, l. 2. h. t. quod omnium hominum mentes, etiam barbarorum imbuerit. Dei opinio: ritus tamen, cæremoniæ, sacra, propria sunt cujusque civitatis seu nationis. Et similiter sacerdotum et magistratum ordo ratioque non est eadem ubique gentium. Denique nihil est in jure publico, quod sit commune omnium gentium, nisi in universum religio quædam, universa quædam cognitio Dei. Non est etiam jus publicum jus civile; sed jus civitatis: ut ostendi nudius quartus. Jure civitatis civitates reguntur. Jure civili quisque civis. Et aliud est jus civitatis quod est jus publicum: aliud jus civile, quod est privatum. Relinquitur ergo jus naturale gentium et civile species esse juris privati, non publici. Nunc tractemus de jure naturali, de quo hic Ulpianus his verbis: *Jus naturale, etc.* Hæc nobis perspicue explicanda sunt, non fœdissime, ut interpretes fecerunt, quia nihil fœdius scriptis Doctorum ad hunc titulum. *Jus*, inquit, *naturale est, quod natura, etc.* Utemur Accursio in hoc uno solum. *Natura*, id est, Deus, non displicet hæc oratio, imo admodum placet: quia Stoicis, quos semper fere sequuntur Jureconsulti, idem est Deus et natura, nempe rerum omnium parens, auctor, rector, ita ut Marcus Tullius in *Paradox.* eos secutus quasi ambigens, vel definiens dixerit, *sive Deus, sive mater rerum omnium natura.* Et ita Plutarchus tractans de doctrina Stoicorum in *libro de placitis Philosoph.* 1. quod appellat *Deum*, id interpretans Tullius in 2. *de natura Deorum*, appellat *naturam.* Licet ergo mihi secundum Stoicos appellare naturam, quod alii Deum. Nam est eorum mens, ut idem sit Deus et natura. Tullius ait, naturam esse artificiosum ignem ad gignendum via progredientem. Et ita in *l. in pecudum*, *inf. de usur. Omnes fructus, rerum naturam hominum gratia comparasse.* Naturam, id est, Deum, quæ sententia ex Stoicis etiam est. Lactantius libro septimo: *Hominum causa omnia facta Stoici loquuntur.* Idem nos divinæ literæ docent, quod ipsum Tullius demonstrat pluribus in 2. *de natura Deorum.* Jus ergo naturale est, quod natura, id est, Deus parens rerum omnium, et universi gubernator omnia animalia docuit, id est, cujus gnara ea fecit atque perita. Nam subjicit Ulpianus hoc loco: *Videmus omnia animalia istius juris peritia censeri*, ut in *l. de alimentis*, *C. de transact. de alimentis præteritis, quæ jam debentur, licet transigere: de futuris transactio nulla juris auctoritate censetur*, id est, nullam habet auctoritatem juris. In *l. ult. de suis et legit. hæredib. privatorum cautiones legum auctoritate non censentur*, id est, non habent legum auctoritatem, aut certe non majorem, aut superiorem legibus. Plin. in Panegyr. *Quisquis est*, inquit, *paulo vetustior miles, hic te commilitone census*, id est, habetur pro tuo commilitone. Gellius *lib.* 19. *Arma, mœnia, comitia figura multitudinis perpetuo, censentur*, id est, semper dicuntur plurali numero. Ergo istius juris peritia omnia animalia censentur, id est, juris peritiam habent: nec enim minus ea jus istud natura docuit, quam homines. Et qui docet, peritum facit eum quem docet. Ergo hoc jure naturali, natura seu Deus imbuit non tantum homines, sed etiam belluas, tam feras quam cicures, et aves et pisces. Denique omnia, quæ cœlo marique nascuntur, quibus verbis summa rerum, et ipsa universitas significatur, ut *l.* 1. *de acq. rer. domin.*

Proinde jus est aliquod nobis commune cum brutis, quod impugnari potest tribus modis. Primum, ut justitia, ita jus sine ratione non consistit: soli ratione utentes jure et lege vivunt (verba sunt Tullii, 2. *de natura Deor.*) Virtus ratione constat, bruta ratione non utuntur, cujus sunt expertia. Ergo jure non vivunt, et ut rationis, sic juris sunt expertia. Item in bruta injuria non cadit. Ergo nec jus: nam si quid bruta jure facere possent, si secus fecerint, injuriam fecerint: non possunt autem injuriam facere. Ergo nec jure quidquam possunt facere, *l.* 1, §. 1. *si quadr. pauper. fec. dicat.* Dici non potest, inquit, animal injuriam fecisse, quod sensu caret, id est, quod ratione caret, quia certe ratione caret. Ratio est sensus animi, non corporis. Et ita in *l. quamvis* 32. §. *infans, de acquir. possess.* Infantis nullum esse sensum, id est, nullum judicium animi, nullum intellectum, nullamve rationem. Quod est etiam ex Stoicis: nam et Seneca refert in Epist. Infantem atque etiam pupillum Stoici dicebant rationalem nondum esse. Objici etiam potest ultimo, quod iidem Stoici dicebant: nullum nobis esse jus commune cum brutis. Hoc erat illorum dogma ita conceptum: μηδὲν πρὸς τὰ ἄλογα ζῶα, etc. Dissentit igitur a suis Stoicis Ulpianus, qui jus quoddam facit commune cum brutis animalibus, et exponitur hoc dogma Stoicorum apud Sextum Empiricum, in *libr. contra Mathematicos*, et apud Plutarchum περὶ σαρκοφαγίας.

Respondendum hisce objectionibus. Primum sic statuo: jus esse non tantum rationem insitam a natura ductumque rationis, sed etiam quod rationi consequens, et proximum est, licet ratione non fiat, vel ducatur, vel administretur, sed innata vi. Rationi proximus est, qui naturalis est, et communis omnium animalium conjunctionis appetitus procreandi causa. Ratione igitur cum suscipiatur procreandi causa, item educandi ea, quæ procreata

sunt, ex eo fit, ut dicatur prima societas esse in ipsa conjunctione, proxima in liberis. Rationi etiam consequens est quod natura tribuit omnibus animalibus, ut se, vitam, corpusque tueantur: ut vim atque contumeliam propulsent. Quod autem proximum est juri, et rationi, et quodammodo jus est In *l. de quib. inf. de legib. Si qua in re leges et mores defecerint, id custodiri oportet, quod proximum est juri.* Jus est igitur. Quintil. in declamationibus: *Si quid damnatione, si quid ultione dignum non habet lex manifesta, debet judex sequi juri proximum.* Aggenus de limit. agror. *Si loci natura permittit, servari rationem oportet: sin autem, rationi proximum.* Et in iisdem declamationibus Fabii: *Proximo jure esse utendum*, id est, similitudine juris. Et ita in *l. cum de lanionis*, §. *item*, *de instr. et instr. leg. Primis quibusque proxima copulata cedunt*, id est, prima sequi ea, quæ sunt proxima proximis. Exempli causa. Abenum instrumento domus continetur. Ergo urceoli quoque proximi aheno instrumento continentur. Et hæc, quæ juri naturali tribuuntur, ut conjunctio maris et fœminæ instituta procreandi causa, et liberorum procreatio, et educatio, injuriæ propulsatio; hæc, inquam, adeo proxima esse mero juri ex eo patet, quod ex iis pleraque adscribantur, vel juri gentium, vel juri civili, quatenus scilicet ratione regantur, non instinctu naturali solo, ut in *l. 3. h. t.* Dicitur ex jure gentium esse, ut vim atque injuriam propulsemus, non simpliciter, sed cum modo æquo et pari, vel, ut in *l. 1. C. unde vi*, cum moderamine inculpatæ tutelæ, id est, cum defensione æquali et remota culpa: alioqui si detrahas modum ex jure naturali, est commune omnium animantium. Et similiter conjunctio maris et fœminæ, vel libido procreandi, et cura eorum, quæ procreata sunt ex jure naturali, est commune omnium animalium. Matrimonium est conjunctio maris et fœminæ: non tamen est commune omnium animantium, ac ne omnium gentium quidem. Ac juri civili tribuitur in *princip. de nuptiis, Instit.* ubi dicitur, justas nuptias, justum matrimonium inter se contrahere cives Romanos, etc. Et ita Ulpianus hoc loco prudenter adjecit conjunctionem maris et fœminæ, quam nos, scilicet Romani, matrimonium appellamus. Conjunctio est nomen naturale, et matrimonium, civile: quod est conjunctio cum ratione et fide suscepta, et eo voto, ut firma et stabilis sit, *l. 1. de jure dot.* Qualem conjunctionem bruta nullam habent: neque enim ulla in eis ratio vel fides inest, nulla est conjunctio firma et individua. Et recte huic loco accommodatur, quod Polybius scribit *libro* 6. de Monarchia et Regno. Constituit differentiam inter *Μοναρχίαν* et *βασιλείαν μοναρχίαν* dicit communem esse cum brutis. Habent et multa bruta suum rectorem, et ducem quem sequuntur. Et ait, eam initio fuisse constitutam sine ordine, et modo ullo, et ita fuisse communem hominibus cum brutis. Sed *μετὰ κατασκευάζειν* ex Monarchia natam regiam dominationem, quæ non est communis cum brutis. Nam et ita conjunctio maris et fœminæ nullas habuit leges: post inter homines leges accepit, et civile ac legitimum nomen, et appellatum est Matrimonium seu Nuptiæ. Ita mihi videor satis evidenter respondisse duobus argumentis superioribus. Videndum nunc an dissentiat Ulpianus a Stoicis, quos hic tota hac lege secutus est. Stoici dicunt, nullum esse nobis jus commune cum brutis. Ulpianus jus unum statuit commune cum brutis. Resp. Dogma Stoicorum est tale, nullum jus nobis commune cum brutis, quod non est proprie, nullum esse jus naturale commune omnium animantium: sed ut Tullius interpretetur 3. *de finibus*, nihil nobis juris esse cum brutis, id est, nullo juris vinculo, societatisve nos astringi brutis. Hominum inter homines juris est vinculum, hominum et brutorum nullum inter se esse juris vinculum. Non impune necari hominem ab homine. Impune necari belluam ab homine, quæ non necaretur impune, si quid juris intercederet homini cum universo genere belluarum. Contra Pythagorei censebant, juris vinculum aliquod nobis esse cum brutis, hac ratione: quod unus sit spiritus, id est, una continuata motio, una continua ἐντελέχεια, quæ nos et omnia animalia, et totum mundum gubernat instar animæ, et devinciat omnia. Sed refelluntur: neque enim etiamsi unus spiritus contineat hominem et bruta, ideo jus nobis est aliquod commune cum brutis. Eadem enim ratione jus nobis esset cum plantis et brutis: nam per hæc idem spiritus pervadit. Nec juris vinculum, quod constituitur esse inter homines, ideo constituitur, quod idem spiritus permeat, sicut et cetera omnia, quæ in mundo sunt: sed quod rationis sint perita, cujus cum bruta sint expertia, nihil possunt juris habere nobiscum, nihilque commercii. At ne jus quidem naturale, de quo agimus, est commune omnium animalium, quatenus rationale est, sed quatenus sensibile est, sensui congruit. Tullius, *participare hominem cum brutis eo quod sentit, sed ratione ab eo differre.* Et alio loco: *Jus naturale esse commune omnium Quiritium, veluti, ut se velint, tueri: sed hoc distare hominem a bellua, quod bellua sensu moveatur, homo etiam ratione.* Ex his colligimus, non immerito unum jus poni omnium animalium. Alia jura quæ sequuntur, gentium et civile, pertinent tantum ad hominem, non ad animalia omnia. Et qui spectant tantum homines, ii prætermittunt jus naturale, et duas tantum partes faciunt juris, jus gentium, quod et na-

turale dicitur, et jus civile, ut Paulus in *l. pen. h. t.* faciens divisionem juris in significatinoem juris, id est, hujus studii, in eam duas tantum partes includit, jus naturale, id est, gentium, et jus civile. Divisio, ut Dialectici docent, alia fit in significationes, alia in species vel partes. Divisio juris in significationes ponitur in *d. l. pen.* et est multiplex Divisio in juris species ponitur in *hac l.* 1. Si omnia animantia spectes, eam facit hic trimembrem, aut bimembrem: sed si bimembrem, subdividis jus naturale in jus gentium commune omnium hominum, et in jus naturale commune omnium animalium: hoc DD. appellant jus naturæ primævum non absurdo vocabulo: alterum commune hominibus vocant jus secundarium, de quo jam tractandum est. Diximus satis de jure naturæ, dicendum de jure gentium. Quid est jus gentium? Jus quod inter omnes homines naturalis ratio constituit, quodque apud omnes homines peræque custoditur, *l. omnes, h. t. l.* 1. *de acquir. rer. dom.* §. *sed naturalia*, *Instit. de jure nat. gen. et civ.* Quod igitur jus naturalis ratio constituit, jus naturale est, et naturale dicitur frequentissime, maxime facta comparatione juris civilis, quod non natura, sed positione jus est, θέσει, ἢ τάξει. Qua de causa vulgo dicitur jus posititium ab Ulpiano in fragment. Jus naturale, ut eleganter ait Halicarnasseus lib. VII. est ἄγραφον καὶ ἀνομοθετικόν, id est, *non scriptum, non positivum*: vere naturale igitur. Et rursus jus naturale a natura venit, perfectaque sapientia est. Et istius juris ratio nobis omnibus est evidens et perspicua. Jus autem civile, naturæ et utilitatis ratione, eo quod cuique civitati conducit proprie peculiariterque: ex utilitatis, inquam, ratione, vel perspicua vel obscura nobis: quæ verba mihi admodum placent sicut in 2. *de Invent.* Nam juris civilis rationes quædam sunt obscuræ et incognitæ, *l. non omnium, de legib.* Non apponam ad eam legem multa exempla: duo solent apponere convenientissima ex *l. liberum, de relig. et sumpt. fun.* Alterum ex *l. sciendum, de ædil. ed.* Si quis me prohibeat mortuum inferre in locum meum, mihi competit actio in factum: in quam actionem deducitur ratio pecuniariæ quantitatis: id est, ejus quod mea interest, non prohibitum me fuisse mortuum inferre, ac non fuisse me propterea coactum ad alium locum comparandum. Quid est id quod interest? Ratio pecuniariæ quantitatis, quæ ad nos pertinet. Hæc igitur actio persequitur quod interest, et tamen constat eam non dari in hæredem, vel hæredi. Si persequeretur pœnam aut vindictam, sane non esset danda hæredi: sed cum persequatur quod interest, cur non datur hæredi? id est, successori pecuniæ nostræ et rei familiaris? Mirum est non dari hæredi ut ait *l. liberum*, nec potest reddi ratio. Et tamen ita jus est. Quod tamen, quia auctores nostri scribunt esse mirum, ejus vix potest reddi ratio, non quod desit ratio, alioqui jus non esset: sed quod sit obscura nobis. Ita *d. l. sciendum*, 20. ait, ædilitium edictum non pertinere ad locationes et conductiones, pertinere tantum ad emptiones et venditiones. Finge: ignorans emi ædes pestilentes, redhibebo ædes venditori ex ædilitio edicto. Finge rursus: conduxi ædes pestilentes. Quæritur, an possim redhibere ædes, et infrigere locationem primo anno, cognita nature ædium? Minime; quia edictum ædilium non pertinet ad locationes. Mirum est, inquit, non pertinere. Ergo vix ejus ratio reddi potest. Reddi solet hæc, inquit, lex, quod ædilitium edictum non fuerit de locationibus. Quid ni vero? cum sit de emptionibus, quibus affines sunt locationes atque proximæ: idemque nomen est utriusque contractus. Nam et locatio, venditio dicitur: et conductio, emptio seu redemptio et contra: ideoque non sunt etiam contenti hac ratione, sed quasi in re maxime dubia adiciunt aliam quod non eodem modo contrahitur locatio atque venditio id est, quod utroque contractu non soleant interponi eædem cautiones, quæ etiam ratio colorata est. Et has tantum reddi solere Ulpianus ait, nec earum ullam se probare indicat, quia in eo præstat, mirum esse, ut non pertineat ædilitium ad locationes. Et hæc duo exempla apponenda sunt ad *l. non omnium, D. de legib.* Ex his, quæ ante dixi, intelligitur et efficitur jus naturale dici duobus modis: uno quod est commune omnibus animantibus. Altero, quod est commune omnium hominum; non etiam brutorum animalium, quod et jus gentium dicitur, jus humanum. Jus illud naturale natura docuit omnia animalia: hoc vero jus naturale, quod gentium dicitur, natura docuit homines solos. *Natura*, ut ante docui, id est, Deus, seu vis divina particeps rationis atque ordinis tanquam via progrediens, vel etiam providentia divina, ut eleganter in §. *sed naturalia, in fine, de jur. natur. gen. et civ.* dicitur jus naturale esse divina providentia constitutum. Idem potest dici etiam secundum Stoicos, qui statuebant idem esse hæc omnia, Deum, naturam, providentiam, fatum, fortunam, ut Plutarchus scribit *lib. de Stoicorum contrarietatibus* et Seneca 4. *de Beneficiis*; Deum nihil aliud esse quam naturam, divinam rationem toti mundo et ejus partibus insitam: quam etiam si appellaris fatum, non mentieris, inquit. Nam cum fatum sit series implexa causarum, Deus est prima omnium causarum, ex qua ceteræ pendent et connectuntur invicem. Et subjicit, non est natura sine Deo, nec Deus sine natura, et idem utrumque est, nec officio distat. Et ita Tullius ex iisdem Stoicis, *lib. Academ.* Deum esse animam mundi, et mentem sapientiam-

que perfectam omnium rerum, quæ sunt ei subjectæ, quasi providentiam quandam, procurantem cœlestia primum deinde in terris, quæ ad homines pertinent. Quam et necessitatem appellant, quod nihil fieri possit, nisi quod ab ea sit præstitutum; nonnunquam etiam appellari fortunam, quod efficiat multa improvisa, non opinata nobis ob obscuritatem et ignorationem causarum naturalium. Utrumque igitur jus naturale natura docuit. Et hoc postremum jus, quod proprio nomine dicitur jus gentium, etiam dicitur sæpe naturalis ratio, et naturalis æquitas. Illud jus naturale commune omnibus animantibus, numquam dicitur naturalis ratio, quia nec mera est naturalis ratio, alioqui non esset bruta ejus juris participia. Et vehementer errat Goveanus, qui in *l.* 4. *ad l. Aquil.* naturalem rationem accipit pro jure naturali omnium animantium. Rectius Accursius, de jure omnium gentium: cum lex ait, *naturalem rationem efficere*, id est, jus gentium. Et similiter, quod est notandum maxime, neque enim res est sine controversia, obligatio naturalis, cujus mentio fit in jure, nulla dicitur ex jure naturali communio omnium animantium: nec enim ratio cadit in bruta, sed omnes obligationes naturales veniunt ex jure gentium. Et recte in *l. cum amplius* 84. *de regul. jur.* is natura debet, quem jure gentium dare oportet. Ea autem obligatio naturalis et civilis esse potest vel efficax vel inefficax: efficax, si ex ea detur actio, quam nulla exceptio perimat, *l. naturalis, de oblig. et action.* Obligatio inefficax, si ex ea detur actio, quæ tamen perimatur exceptione, *l. si is qui nummos*, §. *ult. de solut.* Potest etiam ea obligatio naturalis, quæ ex jure gentium venit, esse plane civilis, ut quæ nascitur ex pacto nudo, vel qua pater filiof. tenetur, aut dominus servo, vel contra: ex qua non datur actio ulla, est tamen ad aliquid, cum sit civili obligationi consors: nam ex ea causa facta solutio conditionem non præstat. Obligatio igitur quod notandum, qua servus domino, vel dominus servo tenetur, manat ex jure gentium, non ex jure naturali communi omnium animantium: alioqui obligatione etiam bruta teneri possent. Si non est obligatio ulla communis cum brutis: nulla igitur obligatio venit ex jure communi cum brutis. At dices, in quo errant plerique, erravi etiam ipse aliquando: servus qui obligatur naturaliter domino, ut extraneo cuilibet, non videtur obligari ex jure gentium, *l.* 4. *h. t.* Ergo obligatur jure naturali communi omnium animantium. Respondeo: servitutem esse introductam jure gentium, contra jus naturale, quandoquidem omnia animalia jure gentium nascuntur libera; sed non etiam id introductum est jure gentium, ut servus non obligetur jure gentium, cum sit homo: servitute non desinit esse homo: personam tamen non sustinet ullam in civitate. Fateor, aliud est, persona, aliud homo. Homo est nomen naturale, ut animal, *l.* 4. *h. t.* At persona civile. Ergo servus non alio jure obligatur naturaliter, quam eo, quod jus gentium dicitur. Ex alio jure naturali nulla proficiscitur obligatio: nam et obligatio beneficii accepti remunerandi gratia, adscribenda est juri gentium, non etiam illi juri naturali. Porro ostendi, naturalem obligationem cum civili quodammodo esse consortem atque connexam. Nam et interdum civilis est, aut si non est plane civilis, aliquid tamen habet ex jure civili et mutuatur. Eodem modo velim vos annotare, hæc tria, Jus naturale, gentium, et civile, esse colligata et implicata invicem: nam quod jus naturale est, et jus gentium est: nam si jus naturale est commune omnium animantium, et omnium gentium igitur: nam et similiter jus, quod est gentium, idem civile est: quia si commune est omnium hominum, et civium igitur cujusque civitatis commune est, aut esse debet, ut ait prudenter Tullius *de offic.* 1. Exempli causa, ut in §. *retinendæ*, *Instit. de interdict.* et civilis et naturalis ratio facit, id est, jus gentium, ut alter possideat rem, alter a possidente petat, atque adeo, ut prius quam agas constituatur quis sit possessor: Et simili modo *l. scientiam* 45. §. *qui cum aliter*, *ad l. Aquil.* vim vi repellere omnia jura permittunt. Ergo et civile jus. Et *l. ult. de superfic.* inquit, civili jure et naturali comparatum est, ut is, cujus est solum, sit et dominus superficiei. Et in §. *venditæ*, *Instit. de rer. divis.* Res venditas et traditas, non aliter fieri emptoris, quam si pretium solverit, vel eo nomine satisfecerit: ut pignore dato vel expromissore quod ait cautum lege 12. tab. Jure civili igitur, et tamen idem effici jure gentium. Quod igitur jus gentium, similiter et jus civile est. Et similiter Tullius 3. *officior.* Ne quis sui commodi causa noceat alteri, non tantum natura, id est, jure gentium; sed etiam legibus populorum, quibus in civitatibus Respub. continentur eodem modo constitutum esse. Ex contractibus quoque obligamur tam jure gentium, quam civili: ex pactis tantum obligamur jure gentium, non jure civili. Sed tamen obligatio quæ solo gentium jure continetur, quia solo æquitatis scilicet naturali vinculo continetur, ut ait *l. Stichum*, §. *naturalis*, *de solut.* ea, inquam obligatio, quæ solo jure gentium sustinetur, jure civili quodammodo recipit seu habet effectum, ut ex ea causa facta solutio repetitionem non præstet. Denique quod est jus naturale, idem et jus gentium est: et quod jus gentium est, idem et civile est, aut esse debet. At retrorsum se aliter res habet, nam quod est civile, non continuo jus gentium est. Lutetiæ est jus, ne sit libera testamenti

factio, id est, hæredis institutio: neque enim eo jure licet hæredem ex asse habere, sed non servatur jure gentium. Quod Tolosæ jus est, ut dos profectitia mortua in matrimonio filia, cedat jure mariti, idem non servatur ubique gentium, quinimo redit ad patrem jure civili, *l. jure, de jure dot.* Et eodem modo quod est jus naturale, non est jus gentium: quoniam eo jure bruta non utuntur. Et est jus naturale alio respectu, quia naturalis et innata quædam ratio illud attulit. Imo plerunque jus gentium pugnat cum jure naturæ: ut servitus ex jure gentium; libertas est ex jure naturali: nam omnia animantia nascuntur libera. Jus igitur gentium est, quod introduxit servitutem. Et hoc maxime jus naturæ recedit a jure gentium. Utitur recedendi verbo Ulpianus in §. *ult. hac l.* Utitur eodem verbo recedendi idem Ulpianus eodem lib. 4. in *l.* 6. in qua exponit idem Ulpianus, quid sit jus civile id est, tertiam partem juris privati, et ita statuit, quæ differentia est valde notanda, nescio an bene illa lex quoque sit explicata a quoquam. Jus gentium, inquit, fere a naturali recedere, jus autem civile a jure naturali vel a jure gentium non in totum recedere: quia scilicet his juribus, naturali et gentium, pleraque conventionalia continentur legibus populorum, et, ut dixi supra, quod gentium est, idem et civile est. Sed addit, jus civile etiam non in totum servire juri naturali vel gentium: alioqui male ab iis juribus distingueretur: *non tamen in totum servire*, id est, pleraque contineri jure civili, quæ non continentur etiam jure naturali, vel gentium. Primum enim jus civile addit pleraque superioribus legibus, quarum est infinitus numerus jus civile addit nova præcepta, præceptis naturalibus et gentium. Itemque jus civile detrahit quædam a jure naturali vel gentium. Atqui utrumque est immutabile. Fateor: sed quod detrahit, non mutat. Detrahere est excipere de jure aliquid. Si a regula juris excipio aliquid, an muto regulam juris? Ergo jus civile nonnunquam detrahit aliquid juri naturali vel gentium, ut jus singulare usucapionum. Nam ex illo principio, ne quis spoliis alienis augeat suas facultates, ex illo principio, ne qui alieno malo locupletetur, excipit jus civile usucapionis causam ob utilitatem publicam: ut puta, si quis certo tempore rem alienam justa ex causa et bona fide possideat, quod quis dicitur lucrari cum alieno detrimento, *l.* 18. 19. *ex quibus caus. major.* Ex principio ergo seu regula naturali, jus civile excipit quædam ob aliquam utilitatem, quod præstet privato commodo præferri publicum. Sed non ideo mutat jus, quod etiam per se non est mutabile. Diximus superiore proxima lectione, jus civile recedere nonnunquam a jure naturali vel gentium: aut certe ei non per omnia servire, ex *l.* 6. *h. t.* et recedere quidem, vel dum ultra præcepta juris naturalis, aut gentium egreditur, et alia comminiscitur, et introducit nova (cujus rei sunt innumera exempla) vel dum demit detrahitque, aut excipit aliquid ex jure naturali, vel gentium, quam in rem usi sumus exemplo usucapionis, quæ possessione rei alienæ locupletat eum alterius detrimento, contra quam jus naturale præcipiat: ne scilicet diu et semper dominia essent incerta, quæ utique semper essent incerta, si usucapio non procederet, nullaque futura esset possessio, *l.* 1. *de usurpat. et usucap.* Et est illud exemplum vulgare, quod proponit Accursius in *d. l.* 6. Mutanda esse censeo, quæ proponit. Sed nos addamus exemplum non vulgare ex *l. naturæ* 24. *de statu homin.* Lex naturalis est, inquit, ut, qui nascuntur sine legitimo matrimonio, matris conditioni accedant: ut quæsitus ex contubernio, puta ex libero et ancilla, servus nascitur. Qui nascitur ex peregrino et Latina, inter quos etiam non erat legitimum matrimonium, Latinus nascatur. Et similiter, qui nascitur ex concubina, matris conditionem sequatur. Et multo magis qui nascitur ex scortatione. Et is tantum patrem sequatur, qui nascitur ex justis nuptiis. Alias hæc l. est, ut partus sequatur matrem, non interveniente matrimonio, *l. partum*, *C. de rei vind.* *l. hujusmodi* 84. §. *legatum*, *de legat.* 1. Sed additur exceptio ad hanc naturalem legem in *d. l. lex naturæ*, nisi lex specialis aliud inducat. Ergo lex specialis, puta civilis, potest ab hac naturali lege excipere casum aliquem: ut lex Mensia, ut Ulp. scribit in *Fragment. tit.* 5. quæ eum, qui nascitur ex peregrino et cive Romana jubet esse peregrinum; atque ita patrem sequi, non matrem: ne quis scilicet civitatem Romanam facile ducat ex matre, qua nulla fuit majore in pretio unquam. Ac dum ita jus civile recedit a naturali, non in totum recedit. Nam et in eo, in quo recedit, rationem habet aliquam cum natura conjunctam, ac plerunque rationem publicæ utilitatis, quam et natura suadet, anteponit privatæ. Sed non ei servit omnino, et in plerisque servit omnino. Eademque ratio est juris gentium, ac juris prætorii, si conferatur cum jure civili. Nam quod est jus prætorium, non est continuo jus civile, aut jus gentium: at retro jus gentium quod est, idem est jus civile, aut esse debet, sicut ostendi fusius postrema lectione. Dixi igitur, quod jus gentium est, idem et civile esse, cui dicto objici potest hoc, perinde esse ac si quod commune esset, proprium esse dicerem, proinde etiam absurdum. Jus gentium est jus commune. Jus civile est jus proprium cujusque civitatis. Sed respondeo, nihil referre idem

dici commune et proprium, idem esse commune et proprium, *l. illud* 83. *pro soc. l.* 5. *et* 6. *de leg.* 1. *l. si quis suos nummos*, *de legat.* 3. Communis res est, si omnes eos spectas, quibus cum communis est. Eadem propria est, si unum tantum socium spectes, qui in ea re partem habet propriam: quia non ideo minus res mea est propria, quod sit alterius, *d. l. illud.* Jus gentium commune est, si hominum genus spectes, qui ejusdem civitatis sunt. Qua de causa (quod notand.) Aristot. jus naturale seu gentium facit partem juris civilis, et alteram partem juris civilis vocat jus legitimum. Quo significat satis, jus civile partim recedere a jure naturali, partim accedere juri naturali. Et ita ager idem qui proprius est meus, vel tuus, et publicus est, diciturve, quod publice pensitet tributa, aut vectigalia, facta comparatione ejus agri, qui nihil pensitat, qui vulgo dicitur *Alode.* Et Agg. Urbicus lib. de limit. agrorum. *Privatum*, inquit, *cum publico esse consortem. Nam dum privatus in proprio laborat et tributum publico, et sibi alimoniam arva excolendo procurat.* Et eodem modo jus privatum, de quo agimus, triplex est, vel naturale, vel gentium, vel civile, quod distinguitur a jure publico, id est, ab eo, quod consistit, in sacris, et sacerdotibus, et magistratibus, quod neque est naturale, neque gentium, neque civile, non est jus civile, sed jus civitatis, ut supra docui ex Tullio, et confirmatur *l. amissione*, 5. adhibita *l. seq. de cap. minut.* Jus, inquam, privatum, quod ab eo jure publico distinximus. Alia tamen ratione etiam publicum dicitur, puta facta comparatione ejus juris, quod venit ex conventione (nam et ex conventione jus est) facta comparatione ejus juris, quod venit ex testamento, ex quo etiam jus est, facta comparatione ejus juris, quod venit ex privilegio (nam et privilegium jus est.) Itemque facta comparatione ejus juris, quod est inter patrem et filium, seu inter dominum et servum. Nam est inter eas personas jus, sed non civile, ut docet Aristoteles V. *Ethicorum*, inter virum et uxorem est jus, sed non civile. Cur vero inter eas personas non est jus civile? Hoc ita demonstro. Jus civile est inter quos est æqualitas et communio juris, ita ut si tu mihi imperas hoc anno quasi magistratus in civitate, possim tibi imperare sequenti, si capessam eum magistratum. Denique jus civile est, inter quos est æqualitas, communio juris, et vicissitudo quædam perinde ut imperandi. Inter patrem et filium, dominum et servum non est ea æqualitas. Ergo inter eos non est jus civile. Jus civile est, inter quos, vel inter quos jus est, et injuria esse potest. Jus enim injuriæ est emendatio. Sed si inter aliquos injuria esse non potest, non est ergo inter eos communio juris. Et si non communio juris, nec communio legis. At inter patrem et filium, dominum et servum, non est injuriæ locus. Nemo enim seipsum aut patrem suum afficere injuria debet, sed alterum. Filius autem est portio patris, quamdiu est in potestate, servus portio domini. Vinculum potestatis unam personam efficit, adeo ut qui stipulatur filio suo, videatur sibi stipulari. Et vox patris dicitur vox filii, et retrorsum, vox filii, vox patris, §. *ei vero, et* §. *post mortem*, *Institut. de inutil. stipulat. l.* 42. *de damn. infecto.* Quod evidentius apparet, cum exiit filius aut servus potestate. Nam manumissio vel emancipatio duas personas constituit, *l.* 10. *de opt. leg.* Solebat filius emancipari ætate legitima, id est, cum pervenerat ad annum 25. *l.* 2. *Cod. Theod. de bon. matern.* Ideo rectissime Aristoteles 5. *Ethicorum*, filium esse portionem patris, quamdiu est minor ætate, nec emancipatus. Nam ita interpretanda sunt illa verba, ὥσπερ γὰρ μέρος etc. Nam χωρίζεσθαι, est emancipari vel manumitti, propterea quod emancipatio, aut manumissio hunc effectum habet, ut unam personam scindat in duas, ut separet filium a patre, servum a domino, ut Theophil. scribit, utens eodem verbo, §. *an servo*, *in Instit. de legat.* Igitur quamdiu filius est in patris potestate, inter patrem et filium non intercedit jus civile: quamdiu servus est in potestate domini, inter servum et dominum non intercedit jus civile. Ceterum post emancipationem vel manumissionem proculdubio inter eos intercedit jus civile. Et multo magis inter virum et uxorem, soluto matrimonio, intercedit jus civile: nam et constante matrimonio, jus civile intercedere inter maritum et uxorem, magis quam inter dominum et servum, aut patrem et filium, quia inter maritum et uxorem est æqualitas quædam. Neque enim alter in alterius potestate est. Vir est quidem princeps familiæ, *l. familiæ, de verb. signific.* Sed est potestas etiam quædam mulieris in ancillas et res familiares. Sed quia inter eos non est ea æqualitas civilis, ut possint pariter invicem imperare vel parere: ideo non est plane inter eos jus civile, nisi divortio facto. Sed de his hactenus. Hoc jus, quo soli homines utuntur, cum Ulp. divisimus in naturale, quod et gentium dicitur, et civile. Objiciunt huic divisioni quidam: omne jus videri civile et legitimum: naturale nullum, quæ fuit sententia Aristippi Socratici, quam proponam hoc loco. Quod a natura est, immutabile est, et ubique locorum eandem vim habet. A natura est, ut ignis urat: ignis nunquam non urit, et ubique gentium urit. Omne autem jus est varium et mutabile, pro varietate locorum. Ergo nullum jus est naturale. Respondeo, quod statuunt, omne jus esse

mutabile, id non est simpliciter verum, sed quodammodo. Nam jus naturale per se est immutabile et immobile: vitio hominum movetur, infringiturque, quia natura dissuescit malis moribus, aut operibus depravatis: ut quod sui natura dulce est, sano dulce est: ægrotis autem, qui suavitatem ciborum non habent, acerbum sæpe videtur. Et quod natura comparatum est, ut dextra valentior sit sinistra, in lævis locum non habet. Et quod æquæ naturale est, ut quis duos pedes, aut duos oculos habeat, locum non habet in monstrosis quibusdam, qui habent plures pedes, aut oculos.

Non oportet autem ita jus naturale æstimare ex hominum quorundam perversitate, sed ex vi sua, et natura eorum, qui natura convenienter utuntur. Ita jus naturale semper est immutabile, id est, semper est bonum et æquum, ut ait *l. pen. h. t.* et idem ubique gentium. Jus civile non est idem ubique gentium, et vel ex vetustate consenescit, vel novis legibus conditis. Et ut Claudianus ait: *Priscamque resumunt caniciem leges.* Ac præterea, juris naturalis ignoratio neminem excusat. Juris civilis ignoratio excusat mulieres, rusticos milites *l. si adulterium*, §. 1. *et seq. ad l. Jul. de adult.* Jus enim naturale nemo non novit: sumus enim ad id non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti, et id omnes μαντευόμεθα, ut ait Aristoteles, *Ret.* 1. id omnes effamur, ratiocinamur, præfamur. Juris istius omnes scientes sumus et sacerdotes ejus. Illud est primum, ut eleganter idem auctor *dixit. Ethic.* 1. scribens, aliud esse jus civile a jure primo. Jus primum vocat jus naturæ. Ergo jus civile est secundum. Et rectius dixeris jus civile, jus secundarium, quam jus naturæ primævum. Nam jus naturale non est jure gentium prius, ne quidem jus gentium est prius naturali jure, sed utrumque simul extitit, utrumque primum jus, utrumque antiquum jus, ut ait *l.* 1. *de acquir. rer. domin.* utrumque cum genere humano proditum est, licet non simul utrumque vim suam exercuerit statim, quod notandum. Nam jus naturale vim suam exercuit statim: jus gentium non item. Exempli gratia: prius homines omnes fuerunt in libertate diutissime, qua de causa liberti, qui natalibus restituuntur, ingenui fiunt, *l.* 2. *de natal. restituend.* dicuntur non restitui natalibus, in quibus ipsi nati sunt, sed natalibus, in quibus initio omnes homines fuerunt, id est, nondum jure civili, vel gentium descripto, nondum adulta, vel ad summum perducta ratione hominis, postea jure gentium, et naturali quadam ratione introducta est servitus, *l.* 4. *hoc tit.*

Ad. L. II.

Veluti erga Deum religio: ut parentibus, et patriæ pareamus.

In hac lege et seqq. proponuntur quædam ex jure gentium. Primum est, *religio erga Deum*: secundum pietas erga parentes. Ordo non placet. Nam prima officia debemus Deo: secunda patriæ: tertia parentibus; qua de causa melius dixisset, ut patriæ et parentibus pareamus. Et post Deum sunt principes, parentes, et patria, quorum beneficiis maxime obligamur; religio autem dicitur esse ex jure gentium, quia innatam omnes Dei cognitionem habent, nec ulla gens est tam fera, quæ non etiam simulacra habeat aliqua de Deo, anticipationem, et metum Dei. Est autem religio cultus Dei, vel a relinquendo, quod nemo audeat attingere, quod est religiosum, ut Sabinus ait apud *Gell. lib.* 4 *cap.* 9. Aggen. Urbic. *de limitibus agror.* vel ut Cicero voluit, a relegendo, quod qui religione ducuntur, retractant diligenter, et eligunt omnia, quæ ad cultum Dei pertinent: vel, ut Lactantius voluit, a vinculo pietatis, quod homines sibi Deus religione, et pietate devinxit. Unde Lucretius ille Epicuræus: *Religionum animos nodis exsolvere.* Religio igitur est veluti nodus et vinculum quoddam. Et jurisjurandi etiam religio, et judicis, qui in leges juravit, religio inde nomen accepit. Religio est quasi sacrata obligatio, sacratumve jus, pars prima juris gentium, cui additur pietas erga patriam et parentes. Pietas erga liberos, educatio, cura, custodia liberorum est ex jure naturali. Pietas erga parentes est ex jure gentium. Et ait, ut parentibus, et patriæ obediamus, hæc introducta jure gentium. Quod ait, *pareamus*, non oportet referre ad patriam potestatem, quæ est juris civilis, *l. item in potestate, de his qui sunt sui*; sed id oportet referre ad obsequium, honorem, reverentiam, quæ una et æqua secundum naturam debetur omnibus parentibus, *l.* 6. *de in jus voc.* etsi liberi non sint in potestate eorum: debetur ergo matri, debetur patri a filio emancipato, debetur patri, vel matri, etsi colliberto, vel collibertæ, *l.* 1. *de obseq. par. præst.* id est, etsi ambo, pater et filius fuerint in eadem servitute, et postea simul manumissi sint, inter quos minus videbatur esse observanda reverentia. Et adjicit *d. l.* 1. *de obseq. par. præst.* etiam militibus constare debere rationem pietatis erga parentes. Imo indignum esse militare eum, qui contumelia parentes affecit, vel convicio. Et *l.* 5. §. *a milite, de lib. agnos.* etiam parentes alendos a milite, secundum pietatis rationem, si sit in facultatibus: qua tamen de re dubitatur: quia etiamsi mi-

litia non liberet patria potestate, §. *filiusfam. Instit. quibus modis jus patr. potest. solvit.* non tamen tantum patri licet in filium suum militem, quantum in paganum, ex edicto Augusti, quod tamen hodie non observatur. Filiusfamilias miles non poterat exhæredari, *l. filiusfam.* 26. *de lib. et post.* Non potest pater familias militi adimere peculium castrense, pagano potest adimere, §. *itaque Instit. quibus non est permiss. fac. testam.* Sed tamen nunquam licet filio, sive juris sui, sive miles, sive paganus sit, impium esse in patrem. Et eleganter in *l. liberto, de obseq. parent. præst.* filio personam patris semper honestam et sanctam videri debere. Idemque adjicit eadem l. de liberto erga patronum, ut liberto semper videatur persona patroni honesta et sancta. Nam et patronus quasi alter parens est iis, qui servitute liberantur. Nascimur varie: nam et nasci, et tanquam renasci dicitur, qui manumittitur. Et novi homines dicuntur, nasci dicuntur libertini, quod natalibus restituantur. Ideo παλιγγενεσίαν appellat Justiniani Novella. Nasci dicitur, qui in Christi nomine tingitur aqua, quod et Theologi vocant παλιγγενεσίαν. Nasci dicitur, qui adoptatur in alienam familiam. Nasci dicuntur, qui pro Christo patiuntur, et ex hac vita migrant. Nasci, qui consulatum vel imperium adipiscuntur. Nasci item, qui ab exilio revertuntur. Et ideo natalis dies adoptionis, natalis dies imperii, apud Spartian. *in Hadriano*, natalis consulatus, et bis genitus aut bis natus, apud Ciceronem et Sallustium, qui natus est semel a patre, et iterum a populo delato consulatu. Et inde etiam natalis reditus sui, ab exilio scilicet, dixit Marc. Tullius *ad Atticum in Epistolis.* Natales quoque dies sanctorum, quibus pro Christi nomine mortem obierunt. Sed notandum quod ait *d. l. liberto*, semper liberto patroni, filio patris personam sanctam videri debere. Idque explicatur ex duabus legibus ex *l. apud*, §. *adversus*, *de dol. except. et l.* 10. §. *ult. de in jus voc.* Si agatur cum patre vel patrono, non potest ei opponi exceptio, vel replicatio doli mali, quia mentio doli suggillat personam patris vel patroni, a quo debet abstinere filius vel libertus; quod sit sacrosanta persona parentis et patroni. Et hoc verum est, sive ex suo, sive ex alieno contractu pater vel patronus conveniatur, ut si interveniat quasi tutor vel curator vel actor. Semper enim est reverenda persona. Semper, id est, sive tuo jure, sive alieno agas. Et in *d. l. apud*, §. *adversus*, male abundant hæc verba: *tam vivo, quam defuncto*, quæ fuere male adjecta ex seq. §. in quo ostenditur, libertum, si agat cum hærede patroni sui, non posse etiam objicere exceptionem de dolo. Par ratio, quod sit exhibenda reverentia, tam vivo, quam mortuo. Non possum arguere doli patronum, ne post mortem quidem. Sic in *d. l. liberto*, conjungitur pater patrono. Nam aliquando plus libertus debet patrono, quam patri filius. Filius pietatem debet et obsequium, operas non debet. Libertus patrono non tantum pietatem, sed et operas debet, *l. si non sortem*, §. *libertus, de condict. indeb. l. pen. de obseq. paren. et patr. præst.*

Ad L. III.

Ut vim, atque injuriam propulsemus. Nam jure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur. Et, cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse.

Ostendit hæc l. hoc quoque ex jure gentium esse, ut vim atque injuriam propulsemus. Nec mirum, cum hoc permittere dicantur omnes leges, omniaque jura, *l. scientiam*, §. *qui cum aliter*, *ad l. Aquil.* Jus naturale hoc tribuit omnibus passim: jus gentium omnibus hominibus, adhibita scilicet ratione. Neque enim aliud est jus gentium, quam naturalis ratio diffusa in omnes æqualiter. Et in *l.* 4. *ad leg. Aquil.* Gajus ait naturalem rationem, id est, jus gentium permittere, ut se quisque adversus vitæ periculum defendat, quod quis intentat non jure: nam adversus vitæ periculum, quod intentat princeps vel magistratus, nemini licet se defendere: alioqui et adversus legum sanctiones liceret se defendere, quarum administri sunt principes, et magistratus. Et similiter in *l.* 1. §. *vim*, *de vi et vi arm.* hoc jus natura comparatum esse, id est, jure gentium, ubi utitur etiam hoc argumento; si vim vi repellere licet, et arma armis repellere licere. Vis alia armata, alia inermis: vel alia publica, alia privata. Utraque pariter repellitur et eodem modo, ut est apud Tit. Livium, lib. 42. Jure gentium ita comparatum est, ut arma armis propulsentur. Jure quoque civili idem licet: nam lex Cornelia, quæ vetat esse cum telo hominis occidendi causa, *l.* 1. *ad l. Cornel.* tacite permittit (qua conjectura Tullius utitur pro Milone) esse cum telo sui defendendi causa. Quinimo non solum repellere, sed etiam occidere licet eum qui mortem intentat; ut furem nocturnum, si quis ei non parcere possit sine suo periculo, *l. furem*, *ad l. Cornel. de sicar.* quod notandum. Nam nominatim ea lex ait furem nocturnum non posse occidi, nisi in extremo vitæ periculo, id est, cum quis eum servare non potest, quin perdat se. Atque ideo ea *l. furem*, videtur pugnare cum l. 12. tab. quæ furem nocturnum omnino permittit occidere: furem autem diurnum ita demum si se telo

defendat, *l. si pignore*, §. *si furem*, *de furt. l.* 4. *ad leg. Aquil.* Illa autem *l. furem*, idem statuit in fure nocturno, quod lex 12. tab. in fure interdiario seu diurno: neque enim vult occidi nocturnum quovis modo, sed ita demum si se cum telo defendat, ne apprehendatur, si non possim eum apprehendere sine vitæ meæ periculo. Et sane non videntur in usu fuisse tela temporibus l. 12. tab. quod liquido constat ex his verbis Ulpiani *lib.* 8. *ad edict.* quæ retulit Licinius Rufinus in collatione legum Moysis cum legibus Romanis. Verba Ulpiani perelegantia hæc sunt ex 8. ad edict. tit. *si quad. paup. feciss. dicat. Si quis*, inquit, *furem nocturnum occidit*, *quem* 12. *tabulis omnino occidere permittitur*, *videamus*, *an l. Aquil. teneatur*: *Pomponius dubitat*, *num hæc lex* (12. scilicet) *non sit in usu. Sed si quis furem metu occiderit*, *non dubitamus*, *quin lege Aquilia non teneatur. Sin autem cum posset apprehendere*, *maluit occidere*; *magis est*, *ut injuriam fecisse videatur. Ergo etiam l. Cornelia tenebitur.* Ex eo intelligitur ratio, cur nimirum l. 12. tabul. furem nocturnum omnimodo permittit occidere: nam Ulpianus ait, non puniri eum, qui furem nocturnum metu mortis occidit, quam scilicet, id est, is fur ei intentabat: sed puniri eum, qui cum posset furem nocturnum apprehendere, maluit occidere, quia usus est rigore 12. tabul. Nihil ergo distat hodie fur nocturnus a diurno: nam et diurnus ita demum jure occiditur, si ei non potuerim parcere sine meo periculo: ut, si se telo defendebat, ne apprehenderetur. Et sublata est differentia illa 12. tab. inter nocturnum et diurnum, quia idem est jus in nocturno; quod l. 12. tab. volebat esse in diurno. Sed ex constitutionibus ad aliquid in fure nocturno videtur restituta lex 12. tab. Nam ex constitutionibus in fure nocturno hæc distinctio introducta est, ut in agris fur nocturnus quoquo modo possit occidi, *l.* 1. *C. quando lic. cuique sine jud. se vind.* quæ de nocturnis furibus loquitur, qui depopulantur agros. In agris ea lex permittit cuilibet furem quoquo modo occidere, etiam si sine periculo eum potuit apprehendere. Non igitur in Civitate, nec sine ratione, qua etiam Græci utuntur, quia quo major est in agris noctu grassandi facultas, eo qui in agris noctu furantur odio sunt digni majore. Denique valet l. 12. tabul. ex novissimis constitutionibus hodie in agris tantum, non in civitatibus.

At ait lex nostra, jure gentium probatum esse, ut vim atque injuriam propulsemus. *Injuriam*, id est, contumeliam. *Vis* infertur vitæ. Injuria pudori: ut, si quis alii stuprum inferre velit. Ergo non tantum latronem cædem inferentem aut minitantem occidere licet, sed et alium quemlibet stuprum inferentem, *l.* 1. §. *pen. ad leg. Cornel. de sicar.* Et eleganter Paul. 5. *Sentent. eod. tit.* Alius, inquit, puta, qui latronem cædem inferentem occidit, vitam defendit, publico facinore: alius pudorem. August. lib. 1. de liber. arbitr. *Lex dat potestatem*, *vel viatori*, *ut latronem ne ab eo ipse occidatur*: *occidat*: *vel cuipiam viro aut mulieri*, *ut violenter in se irruentem stupratorem*, *aut illatum stuprum si possit interimat.* Hanc vim, quæ infertur vitæ, hanc injuriam, quæ infertur pudori, licet propulsare occisione aut nece hominis, inferentis eam vim, eamve injuriam. Licet quidem etiam repellere eum qui venit feriendi, non occidendi causa, quod ex genere teli cognoscitur, *l.* 1. §. *Divus*, *ad l. Cornel. de sicar.* Sed non licet occidere. Argumentum hujus rei præbet *l. si ut allegas*, *C. eod.* in qua vetus formula sententiæ, ut solebat concipi ab antiquis: *Dubium non est*, *eum*, *qui inferendæ cædis voluntatem præ se ferat*, *jure cæsum videri.* Ergo si non præcessit inferendæ cædis voluntas, sed vapulandi tantum, aut diloricandæ vestis gratia: jure cæsum non videri. Et eodem modo licet repellere eum, qui venit eripiendæ possessionis gratia, sed non licet occidere. Non quævis propulsatio nex est.

Et addit l. nostra: *nam jure hoc evenit*, etc. Ita quodammodo ratiocinatur Jureconsultus: inter quos est cognatio, eorum alterum alteri insidiari nefas est. Natura inter homines constituit cognationem quandam. Ergo hominem homini insidiari nefas est. Et si insidiari nefas est: ergo insidiis obsistere; aut adversus insidias se defendere fas est: *Fas est*, quod jus divinum permittit. *Nefas*, quod jus divinum prohibet. Jus autem gentium est divinum jus. Ergo hominem homini insidiari jus gentium vetat. Et rursus: hominem se adversus insidias defendere jus gentium permittit. Naturam autem cognationem inter homines constituisse, etiam Stoici asserunt. Seneca 2. Epist. *Natura*, inquit, *nos cognatos edidit*, *cum nos ex iisdem*, *et in eadem gigneret.* Et Tullius 3. offic. *Si hoc natura præscripsit*, *ut homo homini ob eam causam*, *quod homo sit*, *consultum velit*, *certe violare alterum lege naturæ prohibemur.* Et 3. de finibus: *Ex his nascitur*, inquit, *ut communis hominis inter homines sit naturæ cognatio* (sic malim, quam commendatio) *ut oporteat hominem homini ob hoc*, *quod homo sit*, *non alienum videri*, *quoniam est homo*, *et nos diligit*, *et ipse a nobis quoque diligitur.*

Rursus, jus gentium permittit, ut vim atque injuriam propulsemus, adhibita scilicet ratione, non temere, sed quatenus æquitas patitur, quod moderamen inculpatæ tutelæ vocat, *l.* 1. *C. unde vi.* Et præcipue hæc ratio adhibenda est, ut contra vim vi experiamur ex continenti, non ex intervallo, *l.*

3. §. *cum igitur, de vi et vi arm.* Quod et articulus *mox*, demonstrat, *l.* 6. §. 1. *de eo, quod met. caus.* Est enim mox, illico, ut est in simili lege Atheniensium apud Demosthenem contra Aristocr. *Si quis prædonem confestim ulciscatur et occiderit, sine fraude esto.* Idem etiam in hac lege demonstrat *propulsandi* verbum. Propulsatio enim non fit, nisi in ipso articulo, in ipsa concertatione, in ipso aggressu. Quod fit ex intervallo, non est propulsatio. Pleraque licent ex continenti, quæ non licent ex intervallo: ut pater deprehensum adulterum cum filia, non aliter jure occidit, quam si et filiam quoque occidat ex continenti, uno prope ictu et impetu: si filiam non occidat, vel si occidat ex intervallo, tenebitur leg. Cornelia de sicariis, *l. quod ait*, §. *ult. ad leg. Jul. de adult.* Ita qui ex continenti se ulciscitur, nullam pœnam meretur: qui ex intervallo, reus est l. Corneliæ, vel legis Aquiliæ. Tueri se licet, non ulcisci. Tuitio fit ex continenti: ultio ex intervallo. Jus est nobis tuendi nos, non ulciscendi. Et ita est in *l. scientiam*, §. *pen. ad l. Aquil.* Jus tuendi se est naturale, jus ulciscendi non est naturale. Et ultio est non quæ initio, sed quæ fit ex intervallo. Qua de causa merito adjectum est, confestim, ut illico repellat quis vim et injuriam; quoniam quod ex intervallo fit, meditate fit. Et quodcunque meditate fit, vix potest excusari. Quod fit ex improviso, quodque invito extorquet præsens dolor, facile excusationem admittit. Ac præterea, si liceret se meditate ulcisci, quis non esset vindex sui? Recte igitur ille Orator Demosthenes ait, in lege adjectum fuisse εὐθὺς, *statim*, seu in continenti, ne quis interea quid mali meditaretur. *Ille*, inquit, *articulus, confestim, tollit omne spatium meditandi quicquam mali.* Igitur cautio hæc facienda, ut vim vi repellamus ex continenti. Nec moveor eo, quod Tullius scribit in Topicis, *naturam duas habere partes: cautionem sui, et ulciscendi jus.* Nam et ultio est quædam quæ fit in continenti, lege naturæ permissa: ut si eum, qui vulnus mihi intulit, et vulnerem ipse confestim. Tuitio autem, si ferro me petentem, dum aliter me tueri non possum, antequam vulnus ullum acceperim, vel vulnerem, vel occidam: quod impune fieri etiam scriptum est cap. 6. legis Rhodiæ, addita hac ratione: ὁ γὰρ ἠθέλησε. Et eodem modo etiam ultionem accipere oportet in *l.* 1. *C. quando licet sine judice se vindic.* non pro ea, quæ fit ex intervallo, quæ illata est, sed pro ea, quæ fit ex continenti: ut si eum, qui me vulnerat, eodem modo et vulnero ipse. Et Tull. vindiciam eam esse definit, per quam vim et contumeliam defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis, vel a nostris, et qui nobis cari esse debent. Ex quo notandum quod est certissimum, licere etiam nobis vim atque injuriam propulsare a nostris. Ad hæc exigunt Doctores nostri, ut arma sint paria, quibus arma propulsantur, quod neque rationem, neque auctoritatem ullam habet, et est opinio ridicula: nam vim quidem inermem fateor non recte repelli armis: sed vim armatam, ut, si quis ferro me petat, puto quolibet ferro repelli posse, ensem ancili seu rhombo; pugionem ense etiam Plaut. *Si tibi machæra est, mihi est urbina domi.* Et male opponitur a Doctoribus Friderici Imperat. constitut. Neapolit. *lib.* 1. *tit.* 7. Exigit, ut ense qui lacessitur acuto aut subacto, vel, ut ipse loquitur, armis mollitis, etiam armis mollitis se defendat ipse: qui aliis armis incessitur, ut æquo armorum genere defendat se ulciscaturve. Male: nam hæc non possunt ita parari accurate in continenti; et quicquid tale non fit in continenti, jure non fit.

Ad L. IV.

Manumissiones quoque juris gentium sunt. Est autem manumissio de manumissio, id est, datio libertatis. Nam quandiu quis in servitute est, manui et potestati suppositus est: manumissus liberatur potestate. Quæ res a jure gentium originem sumpsit: utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita. Sed posteaquam jure gentium servitus invasit, secutum est beneficium manumissionis; et cum uno naturali nomine homines appellaremur, jure gentium tria genera esse cœperunt, liberi, et his contrarium servi, et tertium genus liberti, id est, qui desierant esse servi.

In l. 3. ait Florentinus, vim vi depellere esse natum ex jure gentium. Adjicit l. 4. ejusdem juris esse manumissiones, his verbis: *Manumissiones, etc.* Quod si manumissio est ex jure gentium, et libertas igitur. Nam manumissio est, per quam quis ex servo libertus fit. Et inde libertum perducere, id est, manumittere, *l. patronus, infr. de operis libert.* Et qui fit libertus, fit etiam civis, ejus scilicet civitatis, cujus est manumissor, *l. municeps, l. ejus qui manumisit, ad municip.* Manumissio igitur est datio, vel impositio libertatis, et libertinitatis. Et plus potest sententia judicis, quam manumissio. Sententia judicis ingenuum facit, *l. ingenuum, de statu hom.* Manumissio ingenuum non facit: nam et qui pronuntiat ingenuum esse aliquem, et hoc pronuntiat, eum non fuisse servum. Et res judicata pro veritate habetur. At qui manumittit, satis demonstrat in potestate eum fuisse, quem liberat. Manumissio est liberatio, *l. cum sub hac, de cond. et demonstr.* vel est solutio servitutis, ut

servitus est solutio, privatio libertatis. Hæc tria sunt ex jure gentium: dominatio, quæ ita nominatur jure gentium, *l. si quod, de condit. indeb. l.* 1. *de his qui sunt sui vel alien. jur.* Dominatio, inquam, est ex jure gentium: et quæ ei respondet servitus igitur: et similiter, quæ servitutem tollit, manumissio. Et servitus quidem in l. 4. *de statu hom.* ita rectissime definitur, Constitutio juris gentium, qua quis dominio alterius contra naturam subjicitur. *Constitutio*, id est, διατύπωσις, ut postliminium dicitur esse constitutio juris gentium. Et ait, *qua quis dominio alterius contra naturam, etc.* id est, contra jus naturale: Nam jure naturali libertas continetur, *d. l. si quod.* Natura omnes homines æquales sunt, *l. quod attinet, de reg. jur.* Natura est communis, *l. hos accusare,* §. *pen. de excusat.* Et ideo ut eo loci ostenditur, lex Pompeja de parricidiis continet et servos, qui parentes interficiunt. Nam et servi etiam omnes patrem et matrem naturalem habent. Patrem aut matrem civilem servi aut liberti non habent, ut aperte Paulus 4. *Sentent tit.* 10. Alias est pater naturalis vel mater, alias vero civilis. Et secundum hæc *l.* 4. *de statu hom.* recte libertatem definit esse naturalem facultatem ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. Quæ definitio non longe aberrat a definitione Stoicorum. Nam Zeno inventor et princeps Stoicæ disciplinæ, libertatem ita definit, ut docet Laertius, ἐξουσίαν αὐτοπραγίας, id est, ut Cic. interpretatur, *potestatem vivendi ut velis*, cuique scilicet, insitam a natura, inditamque. Sed excipitur in definitione, *nisi si quid jure aut vi prohibetur.* Nam in nobis esse non possunt, quæ vi facimus, aut vi facere prohibemur: nec tamen ideo servi sumus. Et rectissime Aristoteles 5. *Politicor.* neminem existimare debere servitutem, sed salutem potius et conservationem sui esse, si quis legibus sit obsequens. Natura igitur quodlibet licet, nisi jus aut vis vetent. Hanc vero facultatem cum natura tribuerit nobis, et cunctis animalibus, ut quæcunque vellemus, ea faceremus consequens est jure naturali omnia animantia esse libera: vel sic, omnes homines fuisse liberos. Dices, si a natura hoc est, ut simus liberi: mutari igitur non potuit. Dicam jus naturale mutari posse, non jure civili, sed alio jure naturali, veluti jure gentium tanquam potentiore, ob ordinem et rationem qua regitur, constituiturque. Jus naturale instinctu solo regitur. Merito igitur jus gentium est potentius jure naturali, atque etiam jure civili. Ut jus civile aliud alio est potentius. Et potentior est lex quæ vetat, quam quæ jubet. Potentior quæ posterior est, quam quæ prior. Potentior lex consuetudine, ut inferius demonstrabo. Potentior lex testamento, ex quo tamen etiam jus est. Potentior conventione privatorum. Potentior lex, quæ pertinet ad Remp. quam quæ ad privatos. Potentior est, quæ pertinet ad Deum, quam quæ ad homines. Et similiter jus naturale, quod proprie pertinet ad homines: est potentius jure naturali, quod pertinet ad bruta, quodve brutis cum hominibus commune est, quod notandum maxime. Et orta quidem primum est servitus ex bellis, quæ et ipsa sunt juris gentium, ut ostendit l. sequens. Nam bello captos, quos tibi licebat occidere, si servasses, æquum tibi erat servire, quandiu voluisses: nullo enim pretio redimi vita potest. Sed jure gentium prius servi fieri cœperunt: quam nasci. Nati erant liberi: post captivi facti sunt servi, ut definit etiam servos Aristoteles, qui dicebantur πενέσται οὐ δοῦλοι, id est: qui sunt quidem nati non servi, sed bello capti sunt. Captivitas est servitus: imo servitutis initium. Ceterum nati ex iis qui facti erant servi, sine captivitate nati sunt servi, non facti, ex servo et serva. Nam ex servo et libera ingenuus nascitur. Et utrumque secundum legem naturæ, quæ vult, ut partus sequatur ventrem, non interveniente justo matrimonio. Jure ergo gentium facti primo servi, deinde nati. Jus autem civile partim detraxit juri gentium, partim addidit. Et hoc erit tertium exemplum ad l. 6. hujus tit. Jus civile detraxit juri gentium: nam cum jure gentium eveniret, ut dominis in servos esset jus vitæ necisque, hoc jure civili moderatum est, ne supra modum, ne causa incognita sævirent in servos, *l.* 1. *et* 2. *de his qui sunt sui.* Et ne etiam criminosi servi venderentur, ut cum bestiis pugnarent, *l. domini, de contrah. empt.* Et adjecerat Ulpianus iis quæ sunt dicta *l.* 2. *de his qui sunt sui*, rescriptum Divi Pii, cujus etiam verba notanda censeo, quæ nondum sunt edita in lucem. *Servorum obsequium non tantum imperio, sed et moderatione, et sufficientibus præbitis et justis operis contineri.* Præbita vocat cibaria aut vestiaria, ut Svet. in Tiberio. Et Columella lib. 1. *Ne servos in vestiariis et ceteris præbitis injuriose domini tractent.* Et M. Tullius 1. Officior. *Servis esse utendum ad operas exigendas, et justa præbenda*, id est, justis præbitis. Et Jesus Sirach ἄρτος καὶ ἔργα οἰκέταις. Addidit quoque hac in re jus civile juri gentium. Nam alio, quam jus gentium, genere facit ut fiant servi, ut si quis pateretur se venundari ad pretium participandum: vel si quis damnaretur in metallum, aut ministerium metallorum, qui fit servus, non fisci, non Cæsaris, ut ait *l. quidam, de pœnis*; sed servus pœnæ, id est, qui non alium potest demonstrare dominum, quam pœnam. Alius est servus privati hominis: alius servus fisci, servus Cæsaris, Reipubl. alius servus terræ, ut adscriptitius seu agricola, censitus: alius servus pœ-

næ. Item servus fit jure civili libertus, qui ingrati animi damnatur erga patronum. Item qui nomen suum non refert in censum, ac ita censu liberorum ac civium subducit se, quo de genere servorum Ulpianus *in fragmentis*, et Dionysius Halicarnass. 4. *et Tullius pro Cæcinna*. Item ex Senatusconsulto Claudiano, quod sustulit hodie Justinianus, libera mulier ancilla fit, quæ miscet se servo alieno, post denunciationem domini. His et plerisque aliis modis servi fiunt civili jure. Nulli autem servi nascuntur civili jure, nisi qui et jure gentium: ut qui ex ancillis nostris procreantur. Et jure gentium nasci servos posterius est; fieri, prius: puta, quia ab hostibus capiuntur, *l.* 5. §. *in pace*, *de capt. et postlim.* Et recte in §. *jus autem gentium, de jure nat. gent. et civili*, bella orta ex jure gentium, et captivitates secutas, et servitutes, quæ sunt naturali juri contrariæ. Et similiter Augustinus in quæstion. super Genesim: *Primos servos bella fecerunt. Quia enim homo ab homine superatus jure belli necari potuit, a servando est servus appellatus. Et inde etiam mancipia, quasi manu capta sunt.* Idem est in l. pupillus, §. 1. de verborum signif. l. 4. de statu hom. *servos appellatos, quod Impp. captivos vendere, et per hoc servare, nec occidere solebant.* Inde scilicet Virgilius inducit captivum rogantem hoc nomine:

Per patrios manes, per spem surgentis Iuli,
Te precor, hanc animam serves natoque patrique.

Et Horatius:

Vendere cum possis, captivum occidere noli,
Serviet utiliter.

Hæc originatio magis placuit Jureconsultis. Sed verior erit originatio, si servi nomen dixeris tractum a Græco ἔρος Æolice ἔρσρς. Ac auctore Festo, servitudo dicta eritudo. Et eodem modo manumissionis hæc redditur originatio in h. l. ut sit de manumissio, id est, de potestate. Verior tamen esse videtur hæc origo, quod qui manumittebantur, solebant in os feriri palma et circumagi, ut docui *Obser.* 5. *cap.* 13. Et mancipia similiter, quod manu caperentur. Et servi dicuntur potius esse in mancipio, quam in manu. Hæc tria sunt diversa sæpe, ut apud Ulp. *in fragm.* esse in mancipio, esse in potestate, esse in manu. Nam in manu est uxor, que convenit in manum viri, et est sub jure mariti, perinde ac filiusfam. adeo ut is, quem peperit ea uxor, sit ei consanguineus. Ut igitur filius sit matri frater etiam (consanguineus est semper frater) adeo ut huic mater succedat ab intestato ex 12. tab. quasi consanguinea. Ex Senatuscons. Tertylliano etiam ei succedit, licet non convenerit in manum mariti, id est, solemniter. In potestate est filius. In mancipio servus. Sed iis nominibus nos abutimur sæpe: nam et in manu mancipium esse dicimus, vel in potestate.

Ex his Ulpianus concludit, jure gentium tria hominum genera esse cœpisse, *Libera*, inquit, *et contrarium his servi, et tertium genus liberti, id est, qui desierant esse servi.* Trimembris est divisio, sed potest fieri bimembris, hoc modo: homines sunt aut liberi, aut servi. Et rursus liberi, aut igenui aut liberti. Et bimembris divisio utique semper est melior: nam qui plura membra facit duobus, ut ille ait, rem potius frangit, quam recte dividit. Libertos autem hoc loco accipio pro libertinis, nec facio differentiam inter libertum et libertinum, quam et Ulpianum nostrum commoventem Athenæus facit libro 3. δειπνοσοφίςων, *cap.* 17. Constat autem libertum referri ad patronum, et nullum esse libertum sine patrono: libertini autem nomine significari conditionem seu statum illum liberti, etiam si nullus existat patronus. Possum esse libertinus sine patrono, et possum esse paterfamilias sine filio. Non possum esse libertus sine patrono, ut non possum esse pater sine filio. Similiter quid distet δοῦλος et οἰκέτης, vel servus a familiari, Chrysippus alter princeps Stoicæ Philosophiæ id explicat, ut refert Athenæus *lib.* 6. Nam δοῦλοι generaliter sunt, aut dici possunt, quicunque sunt in servitute, aut ministerio. Et proprie quidem aliud est servire, aliud servum esse: ut aliud liberum esse, aliud in libertate esse: aliud in jure possidere, aliud in possessione esse: ex primo decreto sum in possessione, ex secundo sum possessor. Hæc proprie: Sed dicuntur et servi quicunque serviunt, aut servitutis speciem aliquam exhibent servorum: ut minister mensæ, vel assecla, et comes, vel cliens, vel ambactus, ut veteres Galli loquebantur, et latro, et corporis custos et adscriptitius, seu agricola censitus, servus item mercenarius: quod hi omnes sunt servorum loco, *l.* 4. *de usu et habit.* adjuncta interpretatione Theophili in §. 1. *de usu et habit.* Et ita Græci accipiunt *l.* 1. §. *familiæ, de vi et vi arm.* quod confirmat §. *si filiusfam. ead. lege.* Et ob id etiam mercenarii nobis non tenentur furti, si furtum nobis fecerint, sicuti nec servi: quoniam licet nobis de eis sumere vindictam. Non est necesse mihi agere cum eo, de quo possum sumere vindictam, *l. libertus, de furt. l. respiciendum*, §. *furta, de pœn.* Οἰκέτης autem dicitur, qui est in jure et mancipio domini, Latine, familiaris dicitur ab his, qui volunt rem conterere: ut Seneca scribit 6. *Epistolarum*, veteres servos appellasse familiares, detrahentes omnem invidiam dominis, et omnem contumeliam servis, id est, rem conterentes. Et hæc differentia evidenter ex eo apparet, quod οἰκέτης dicatur tantum domini, δοῦλος dicitur etiam peccati.

Non recte dices οἰκέτης peccati, sed δοῦλος τῆς ἁμαρτίας. Subditus regis etiam non recte appellabitur οἰκέτης, recte δοῦλος atque etiam servus. Alii sunt servi, ut Stoici dicebant, ἐν κτήσει, qui sunt οἰκέται. Alii ἐν ὑποταγῇ, qui sunt subjecti, et omnes tamen servi recte dicuntur. Sed ut differentia inter libertum et libertinum non servatur: ita et hæc inter servum et familiarem: nam et familiaris servus dicitur, quod probat sane Athenæus libro 4. δειπνοσοφιστῶν.

Ad L. V.

Ex hoc jure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, ædificia collocata, commercium, emptiones, venditiones, locationes, conductiones, obligationes institutæ, exceptis quibusdam, quæ a jure civili introductæ sunt.

In hac lege enumerantur multa alia introducta ex jure gentium, et primo loco *Bella*. Bella ergo justa et pia. Nihil enim bello injusto est a ratione naturali alienius, et jus gentium nihil aliud est quam ratio naturalis. Ergo justa tantum bella sunt juris gentium. Et recte Jugurtha apud Sallustium, se ab jure gentium prohiberi, cum populus Rom. prohiberet bellum gerere cum Hasdrubale, a quo Jugurtha fuit lacessitus injuria: qua de causa Principes potissimum suscipiunt bella. Justa bella sunt, quibus repetimus res nobis ablatas, vel debitas, vel earum rerum nomine pignora, quæ alio nomine repetere, aut repetita obtinere non possumus: quod non sit nobis cum iis, quibus bellum inferimus, communio legum. Et justa item sunt bella, quibus injurias et peccata admissa in Remp. imperium, aut rem nostram, vindicamus et persequimur. Quod alia ratione persequi non possumus, atque ita cogimur manu et viribus agere, quod non possumus jure judicioque civili. Nam ubi licet experiri jure civili, sane non licet bello aut duello. Sed ubi non licet jure civili et judicio, et æquitas intervenit aliqua, sane licet vi et armis. Duo sunt decertandi genera: unum, per disceptationem forensem: alterum, per vim et ferrum. Decernimus ferro, quod in judicio disceptando decernere non possumus. Et in eos vis injusta non est, qui ad jus æquabile cogi non possunt: nam et Judex in privatis judiciis, si quid civiliter exequi non potest, utitur manu militari, *l.* 2. *ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est*, *l. qui restituere, de rei vindic.* Sed et justa ut sint bella, necesse est publico consensu decernere, *l. hostes, de capt. et postlim.* vel imperio Principis, in quem omne jus populus contulit, *l.* 3. *ad l. Jul. majest.* Item necesse est, decreta bella denuntiari per fæciales, et rebus seu pignoribus repetitis nec redditis indici, quod *Clarigationem* vocant veteres. Nam et priusquam agatur civili jure, optimum factum est; si antequam in jus vocetur, præcedat denuntiatio vel editio actionis, *l.* 1. *de eden.* Hi vero fæciales, qui et caducatores dicuntur, et κήρυκες et σπονδοφόροι et εἰρηνοδίκαι, id est, fœderum et pacis sequestres, et arbitri: hi, inquam, fæciales belli pacisque interpretes sunt sacri et sancti, quos jus gentium violari vetat, *l. ult. de legation. et l. sanctum, de rer. div.* Contra jus gentium igitur est, violare fæcialem, violare legatum. Et hujus sanctitatis indicium erant *Sagmina*, quæ legati secum ferebant, sumpta ex arce, ex loco sacro. Eæ erant verbenæ, quæ dicuntur herbæ sacris puræ, non ut gl. forte Saturej e. Græcorum legati ferebant caduceum pro sanctitatis indicio. Hujus vero sanctitatis ratione (quo jure ætiam utimur hodie) qui eo tempore, quo nos indicimus bella exteris, sunt apud nos ex ea gente, servi fiunt nostri, perinde, ac si essent capti bello, *l. in bello*, §. 1. *de capt. et postlim.* Legati tamen, qui hoc tempore sunt apud nos, quo indicimus bellum iis, a quibus missi sunt, non fiunt servi nostri, sed liberi permanent, et ad suos tutissima via remeant, *d. l. ult. de legation.* Quia sacrosancti et inviolabiles sunt jure gentium. Et notandum maxime, quod ait hanc in rem Livius 21. *Eum tollere jus gentium, qui legatos ab sociis, et pro sociis venientes non admittit in castra*, ut possis dicere, Regem aliquem tollere jus gentium, qui legatum ab alio rege ad se venientem non admittit, non audit. Et idem libro primo: *Eum agere jure gentium, qui queritur de legato pulsato.* Non est hæc actio civilis, sed naturalis, actio juris gentium. Et de Græcorum legatis Q. Curtius libro quarto: *Caduceatores*, inquit, *interfectos jure gentium vi illata querebatur.* Quod ergo vulgo jactatur proverbio, ut refert Dydimus intrepres Homeri, πρέσβυς οὐ τύπτεται, οὐδὲ ὑβρίζεται, id est, *Legatus neque cæditur, neque contumelia afficitur,* vox est juris gentium. Et similiter omnia proverbia, quæ spectant ad mores sunt voces juris gentium, communia omnium linguarum. Ad hæc etiam notandum, contra jus gentium esse vicissim, si legatus violet, aut lædat eos, ad quos missus est: ut si pugnet, acie decertet cum iis, ad quos missus est, si eum Ducem, vel Imperatorem, ad quem missus est interficiat: nam quam sanctitatem in eo observari vult jus gentium: et ab eo vicissim observari vult erga eos, ad quos mittitur. Idque æquabile est. Plinius in Furio Camillo: *Missi sunt Roma tres Legati, qui Gallos monerent, ut ab oppugnatione desisterent. Ex his unus contra jus gentium in aciem processit, et Ducem Senonum interfecit.* Et Livius *lib.* 5. de iisdem legatis ad Gallos mis-

sis: *Legati*, inquit, *contra jus gentium arma capiunt postulatumque Fabii, ut pro jure gentium violato dederentur.* Et paulo post, eos vocat violatores Juris humani Jus humanum vocat, quod antea vocarat jus gentium. Nam etsi jus gentium sit divina providentia statutum: tamen hominum causa constitutum est, quia est commune omnibus hominibus, ut non possit male divinum, et non male humanum jus appellari, quia omne jus constitutum est hominum causa, *l.* 2. *de statu homin.* Idem vero Livius *lib.* 6. de eadem re: *Fabio*, inquit, *dicta dies est*, *quod legatus in Gallos*, *ad quos missus erat orator*, *contra jus gentium pugnasset.* A fecialibus non longe absunt legati: nam feciales, qui ad hostes mittuntur, paciscendi, aut belli indicendi gratia, legati sunt. Legatorum enim munus potissimum consistit in fœderibus faciendis, in legibus pacis bellique dicendis, id est, deditionibus faciendis eorum, qui jus gentium violarunt adversus hostes, ut Asconius Pedianus ostendit in 3. *Verrina.* qui addicit: legatorum sancta corpora jure gentium et inviolata servari. Idem vero munus est fecialium. Ergo feciales legati sunt, et qui legatos dicit esse sanctos, dicit et fæciales esse sanctos. Et ita Livius lib. 9 Sp. Posthumium deditum Samnitibus, fæciali, qui eum dediderat, femur, quanta vi maxima poterat, perculisse, dixisseque post deditionem, *se Samnitem civem esse, illum legatum, fæcialem a se contra jus gentium violatum.* Idem ergo jus fæcialium et legatorum, Varro ap. Nonium: *Feciales legatos eos repetitum mittebant*, *quos oratores vocabant.* Fuit autem jus quoddam feciale pars juris sacri, atque ideo juris publici. Nam et fæciales sacerdotes erant. Sed ut religio erga Deum est ex jure gentium: jus autem sacrum est jus civitatis sive publicum: ita bella quidem orta ex jure gentium, sed jus feciale, quo belli æquitas præscripta est, pertinet ad jus publicum, quod notandum.

Verum non tantum justa bella esse oportet, quæ nos dicimus jus gentium introduxisse, sed etiam juste geri, non acerbe, non ad internecionem, non læsa fide, si qua datur interim, vel post finitum bellum, non ruptis fœderibus, induciis, pactionibus non violatis legatis non alio quam milite. Nam is, qui non miles et sacramento non obligatus est, non jure pugnat cum hoste. Hac ratione nisi bella gerantur, sane non sunt juris gentium, tanquam quæ nullo ordine nullave ratione administrantur.

Ut autem bella justa et pia, quæ æque jure geruntur, sunt juris gentium: et consequenter juris gentium sunt captivitates, quæ ex iis sequuntur, et servitutes, ut diximus *l.* 4. Captivitas est servitus: quoniam eodem momento existit utrumque, captivitas et servitus. Captivus est servus hostium, et deditionis alia est conditio: nam dediti hostibus servi non fiunt hostium, non possunt vendi ut captivi, qui scilicet ultro se dederunt ne vi caperentur, ut indicat Livius lib. 7. vel qui dediti hostibus inviti pro noxa, veluti pro violato jure gentium. Imo Posthumius, ut supra retuli cum deditus esset Samnitibus pro noxa statim dixit, Samnitem se civem esse. Et consequentur ita dedito non est jus postliminii. Capti ab hostibus fiunt servi hostium, et eis est postliminium. Quod jus postliminii manat etiam ex jure gentium, *l postliminium ff. de capt. et postlim. rever.* Hoc jure recipiunt pristinam libertatem et civitatem et sua omnia suosque omnes, si evaserint hostium potestatem, si ad suos reversi fuerint, vel etiam si redempti fuerint: nam et redemptis patet jus postliminii, *l. si capti* §. *ult. de capt. et postlim. revers.* Sed si redemptus fuerit aliena pecunia ei, qui redemit eum, vinculo pignoris obligatur, quoad ei persolverit pretium redemptionis, *l. si pure, de capt. et postlim. l. qui testamento*, §. 1. *qui testam. facere poss.* Quod pignus dicitur pignus naturale, *l.* 2. *de cap. et postlim. revers.* Neque enim est pignus civile, quia liber homo pignorari non potest. Igitur redemptus ab hostibus aliena pecunia, quodammodo est servus redemptoris donec luerit pretium redemptionis suæ. Et est vetus lex, redemptus reus, non jam dico ut sit pignori debitori, sed ut sit redemptoris, apud Demost. adversus Lyconem: leges jubent, ut is, qui redemptus sit ab hostibus, sit ejus, a quo redemptus est, quoad persolverit λύτρον, id est, redemptionem sui, nec male etiamsi sit mitior quædam servitus. Dixeris et hodie inter Christianos, eum qui capitur ab hostibus, servum fieri hostium. Neque enim potuit hac in re jus gentium penitus extingui. Fateor equidem, mitiorem esse servitutem, sed tamen esse servum his probo: redimitur. Quid est redimi? Est emi. Si emitur servus igitur est, non liber. Non redimitur nisi qui servus est, aut tanquam servus.

Verum ut ad hanc differentiam deditorum et servorum sive captivorum redeam, ex eo ea etiam apparet, quod deditæ res nobis non eripiuntur, illæso jure gentium. Captæ, jure diripiuntur. Et jure gentium non tantum captivi, sed etiam omnia, quæ capimus ex hostibus nostra fiunt, *l.* 5. §. *ult. et seqq. de acquir. rer. dom.* Sicut quæ venatione, aut aucupio, vel piscatione capimus, jure gentium nostra fiunt, *l.* 1. §. *ult. de acquir. rer. dom.* Neque est aliena comparatio. Nam venatio est pars bellicæ virtutis, ut Aristoteles ait libro primo Politic. Θηρευτικὴ μέρος ἐςὶ τῆς πολεμικῆς. Et idem eodem libro, ὁ γὰρ νόμος, ὁμολογία τίς ἐςιν ἐν ᾧ τὰ κατὰ πόλεμον κρατούμενα τῶν κρατούντων εἶναι φασί, id est, *hanc esse consensionem, hanc legem omnium,*

ut bello capta capientium fiant, hoc dicere omnes atque testari. Legem hanc igitur esse naturæ sive juris gentium, est ὁμολογία seu consensus omnium gentium, qui ad æquum et bonum spectat. Et ita Xenophon in formatione Cyri dicit, *Hæc lex est apud omnes gentes constans et perpetua.* νόμος ἐν πᾶσιν ἀνθρώποις ἀΐδιός ἐστιν, ὅταν πολεμούντων πόλις ἁλῷ, etc. *ut hostium urbe expugnata captaque non tantum homines, qui sunt ejus urbis, sed etiam bona omnia capientium fiant*: hanc esse legem perpetuam, constantem et immutabilem, legem igitur naturalem. Ex quo effectu cognoscitur, quæ lex sit. Lex est perpetua et immutabilis. Ergo naturæ, non civilis. Sed ad hæc bella civilia, quæ cum subditis suscipimus, vel cum civibus impiis sceleratisque, ea nos nec juri gentium adscribimus, nec ulli juri. Qua de causa in bellis civilibus non valent jura captivitatis, nec postliminii, *l. si quis ingenuam*, *de capt. et postlim. revers.* Et apud Fest. *Quæ nationes in ditione nostra sunt, cum ipsis postliminium non est.* Ergo videtur hæc ratio præscribi *d. l. si quis ingenuam* §. *pen.* in civilibus dissentionibus, etiamsi per eas sæpe Respublic. lædatur, non tamen in exitium Reipubl. contendi. Et omnino ita Tullius in Ligariana: *Non hostile bellum fuit, sed civile dissidium, utrisque cupientibus Rempubl. salvam esse.* Et in Catil. 3. *Civiles dissensiones erant ejuscemodi, quæ non ad delendam, sed ad commutandam Rempubl. pertinerent.* Et ibid. *Illæ omnes dissensiones civiles, quarum nulla exitium Reipubl. quæsivit, ejusmodi fuerunt, ut non reconciliatione concordiæ, sed internecione civium finirent.*

Sequitur in hac *l.* 5. Jure gentium esse *discretas gentes*, ac *regna condita*; hæc duo possumus hodie explicare. Ergo ex jure gentium sunt discretæ gentes: nam ratio et natura non ferebat colluvionem omnium gentium coactam in unum, sed pro varietate linguarum, regionum, et morum discerni gentes alias ab aliis oportebat, et constitui diversas nationes, diversas provincias, et rursus provincias di vidi in urbes, vel civitates, colonias, municipia, oppida, pagos, vicos, præfecturas, conciliabula. Et in nationibus quoque omnibus distingui oportebat patricios sive nobiles a plebeiis: nam qui nobiles permiscent cum plebeiis, sane violant jus gentium ac perturbant. Oportet enim nobiles, quos vulgo vocant, quasi notos magis ac perspicuos, quos Græci γνωρίμους, vocant, secerni a ceteris et supereminere. Livius libro 4. *De controversia patrum et plebis rogatione promulgata, quam rati secum sanguinem patresque confundi jura gentium rebantur.* Et lib. 7. *Communicato consulatu plebi, ea re turbatum fuisse jus gentium.* Igitur jus quidem gentium est commune omnium gentium, sed tamen non est inter omnes gentes communio legum civilium, aut morum, aut linguarum, nec est communitas bonorum, mulierum, liberorum. Quinimo his rebus discerni gentes inter se et ipsum jus gentium maxime postulat. Enumerantur autem in hac *l.* 5 varia exempla eorum, quæ jure gentium introducta sunt, quorum aliud nectitur ex alio. Et primum discretis gentibus, quas sane natura ipsa discrevit locorumque conditio, necesse fuit singulis gentibus præfici reges, qui darent leges et rerum essent domini ac rectores, ac potestatem haberent talem, qualem habet populus liber et justus. Imo vero gentes aliter discerni, aut natura discretæ dignosci non potuerunt, quam regnis conditis. Nam ex regnis gentes dignoscuntur, et separantur aliæ ab aliis. Quot sunt regna, tot sunt gentes. Nam gentes singulæ coactæ sunt atque confectæ ex iis, qui unius imperio obtemperant, quod ait Aristot. 1. *Polit.* hoc sensu: primum civitates paruisse regibus, deinde etiam gentes. Quia gentes singulæ, inquit, ex iis coactæ sunt, qui tum regi parebant, et ita distinctæ ab aliis, quæ sub alio rege. Et similiter M. Tullius 3. de legibus: *Omnes antiquæ gentes quondam paruerunt Regibus: quod imperii genus, primum ad homines justissimos, et sapientissimos deferebatur*, etc. *Deinde etiam deinceps posteris prodebatur*, etc. Nam ut regnum posteris prodatur, justissimum est jure gentium, quoniam posteri præsumuntur fere similes ei, cui is honor delatus est, ut Polyb. explicat lib. 6. Primum autem is honos delatus est justissimo et sapientissimo. Reges autem dicimus omnes, qui regalem illam potestatem habent dandi leges et dominandi, etiamsi alio nomine appellentur, ut Duces, vel Comites, vel Principes, vel Imperatores, de quorum imperio etiam lata lex Regia dicitur, qua populus ei et in eum suam omnem potestatem contulit, *l.* 1. *de constit. princip.* Lex vetus cum ipsa urbe nata, ut ait Livius 34. quia Romæ primum præfuit regalis potestas, et in omnibus aliis gentibus antiquis. Origo regni antiquior est, quam vel dominationis universi populi, vel dominationis optimatum. Jus autem gentium: jus antiquum, *l.* 1. *de acquir. rer. dom.* Ergo merito regnum, id est, hæc sola ratio administrandæ Reip. putatur juris gentium. Et ea lex Regia dicitur imperii, *l.* 3. *C. qui testam. fac. poss.* et Augustum privilegium, *l. un.* §. *ult. C. de caduc. tollend.* Et ait *d. l.* 1. *de constit. princ.* quod est relatum in Institutiones, *Populus ei et in eum*, etc. Multi laborant quid sit, *ei et in eum.* Non possunt aliud ea verba significare, quam eum populum in vicem suam regem creasse, ut subiret vicem populi, aut pateretur et ageret, quæ populus: nam ut populi, ita regni sunt onera quædam. Ita

in *l.* 1. *ad Senatusc. Trebell.* dicit, ex Senatusc. Trebell. ei et in eum actiones transire, id est, actiones activas et passivas. Et in *l. receptum*, *de Jurisd. ei et in eum* jus dici posse, qui se subjicit jurisdictioni alterius, id est, absolvi eum posse, vel etiam damnari, vinci, vel vincere judicio.

Ex hac interpretatione, quæ necessaria est, sequi videtur, Principem suis teneri legibus, perinde atque suis etiam legibus populus tenebatur. Itemque populum teneri legibus principis, perinde ac suis. Et quod Seneca ait 2. *Epistol.* datam esse principi potestatem populi, et in populum, quia scilicet potestas populi, et in populum fuit, ut jus hæredis et in hæredem est, similiter potestas principis et in principem est. Non est igitur solutus legibus, quia non agit tantum, sed et patitur, ut et populus quodcunque bonum et æquum est. Et certe dici potest, principem teneri suis legibus, nisi nominatim se exceperit in eis legibus, vel aliis postea promulgatis. Et solutum esse principem legibus antiquis populi. Nam populus dum creavit Regem et solum illum legibus quæ tum extabant, eximebat. Dion. Cocceius 52. λέλυνται τῶν νόμων, quæ verba dicit se sumpsisse a Latinis, id est, soluti sunt legibus hoc est, ab omni necessitate legum, aut vinculo liberi atque immunes sunt. Regem definit Plato, Rex est princeps legibus minime obnoxius. Quin etiam Princeps cupit esse supra leges, ἐπάνω τῶν νόμων, ut ait Dio Chrysost. Leges dicuntur subjectæ regi, Nov. 105. Adoptio non jure facta, a principe confirmari potest, hæc sunt verba *l.* 38. *de adopt.* Status liberorum non jure quæsitorum a principe confirmari potest, *l. qui in provincia*, §. *ult. de ritu nupt.* Ergo princeps est supra jus, quod possum etiam multis aliis probare exemplis. Multum tribuimus Regiæ potestati, sed non tantum, quantum propter id quod eis tribuimus. Ipsi sibi quandoque audent attribuere præter jus plurimque. Nam non placet quod ille ait de Achille:

Jura negat sibi nata, nihil non arrogat armis.

Nec placet, quod ille affirmat, se illi regnum deferre, cui gladius esset acutior. Quod Plutarchus inquit accedere ad illud quod dicitur: fratres inter se dividere hæreditatem acuto gladio. Quod maxime pugnat cum jure gentium, quo jure regnum non dividitur inter fratres, sed cedit maximo natu. Et Livius lib. 40. Frater major natu ad minorem regnum appetentem ita loquitur: *Jure spei tuæ obstat ætas mea, obstat jus gentium.* Et Justinus lib. 2. *Filius maximus natu privilegio ætatis sibi regnum vindicabat, quodque jus, quod ordo nascendi, quod natura ipsa flagitabat.* Et idem libr. 16. *Pater contra jus gentium minimo natu ex filiis regnum tradiderat.* Et libro trigesimo-secundo, *majori fratri jure gentium regnum cessit.* Non displicerent illæ voces, quibus Principes omnes jus ponunt in armis, si modo legibus viveretur, id est, si non se jactarent tantum, quod interim tamen legibus obsecundarent: nam licet non sint obligati legibus, æquum tamen est, ut eas sua sponte colant.

Hodie principes non sunt soluti legibus, quod est certissimum, quoniam jurant in leges patrias, in quas olim non jurabant. Sed et eleganter Plinius ait in Panegyrico: *Istius jurisjurandi verba erant ignota solis Principibus, nisi cum alios, Magistratus puta, jurare cogebant.* Verum etsi non jurarent in leges, legibus tamen vivebant optimi Principes. §. *ult. Instit. quib. mod. testament. infirment.* Id paucis exemplis ostendam. Et Princeps ex imperfecto testamento sibi non vindicat hæreditatem aut legatum, *d.* §. *ult.* quia nec privati possunt sibi quidquam vindicare ex imperfecto testamento. Item ex nuda pollicitatione princeps non vindicat sibi hæreditatem; ut si quis dicat, Imperatorem se hæredem facturum, nec sit postea hæres scriptus vel nuncupatus. Ergo nec principi quidem ex nuda pollicitatione defertur hæreditas *l. ult. qui testam. fac. poss.* Item Princeps hæres institutus patitur querelam inofficiosi testamenti, ut privatus, *l. Papinianus*, §. *Imperator*, *de inoffic. test.* Et si legatum accepit, aut fideicommissum, aut mortis causa donationem, patitur legem Falcidiam, *l.* 4. *C. ad leg. Falcid.* Parebat etiam legi Voconiæ de testamentis, ut Dio in Augusto demonstrat dum ostendit Augustum petivisse a senatu veniam legis Voconiæ. Patitur etiam princeps prius testamentum, quo ipse hæres scriptus est, rumpi posteriore, secundum jus commune, *l.* 7. *C. qui testam. fac. poss.* Imo nonnunquam vult princeps minus sibi licere quam privato. Non vult sibi jus esse capiendi ex codicillis ab intestato factis, aut ex epistolis, *l.* 2. *C. Theod. de testam.* quod tamen abrogat *d. l.* 7. Non vult etiam princeps prius testamentum scripto perfecto rumpi posteriore nuncupativo, in quo ipse princeps hæres nuncupatus est quod non est abrogatum, *l. nolumus*, *C. de testament.* quia scilicet plerumque testamentum illud nuncupativum, in quo princeps dicitur esse hæres ex non scripto, est falsum et ementitum in gratiam principis. Plus licet privatis. Nam privati capiunt ex codicillis et epistolis. Capiunt ex posteriori testamento nuncupativo, licet prius fuerit scriptum. Et ut Tacitus scribit, Tiberius non capiebat ignoti hæreditatem, puta si fuisset ab ignoto hæres scriptus. Sed ideo non minus privati capiunt quod sint ignoti testatori, *l. extraneum*, *C. de hæredib. instit.* Sed erant etiam quædam leges exceptæ, quas certa qua-

dam ratione principes non sequebantur: ut favore libertatum non servabant solemnia manumissionis, *l. apud eum, de manumiss.* Et non servabant etiam leges caducarias, Julias et Papias, quod per se essent odiosæ volgo, *l. quod principi, de leg.* 2. Finge, quidam legaverat principi. Mortuus est princeps, antequam dies legati cederet, an fit caducum legatum? Minime sed transit in successorem. Et de iis legatis caducis est intelligenda lex *Princeps, de legib.* quæ nondum fuit explicata bene. Ait, *Princeps legibus solutus est. Augusta autem licet legibus soluta non est*, etc. Et inscriptio est ad legem Juliam et Papiam. Apparet legem non accipiendam de quibuscumque legibus, sed de caducariis. Augusta autem non est soluta legibus caducariis, quod et probat lex *si Augustæ de leg.* 2. quæ sequitur legem *quod Principi.* Sed eadem privilegia Princeps tribuit Augustæ, quæ ipse habet. An tribuit ei Augustum illud privilegium, quod appellamus, ut ei et in eum? minime. An tribuit ei, ut sit soluta legibus caducariis? minime. Sed loquitur de aliis privilegiis ut Augusta habet tacitam hypothecam, sicut Augustus ex omnibus contractibus, et privilegium inter creditores, *l.* 6. *de jure fisci.* Et habet privilegium donationum. Vir non donat uxori, Augustus donat Augustæ jure licito. Et ut Augustus, ita Augusta donationes non insinuat, *l. pen. C. de donat. int. vir. et uxor.* Etiam Augusta habet hoc privilegium commune cum Augusto, ut ea, quæ vendiderit aut donaverit, non possit ab emptore aut donatario ullo modo revocare, qui se dicat dominum; sed qui agere vult, debet agere intra quadriennium contra ipsum Augustum, vel Augustam, non possessorem, *l. ult.* §. *ult. C. de quadr. præscript. l. ult. C. de sacros. Eccles.*

Quæ diximus de regnis conditis, addendum est, ea demum regna esse ex jure gentium, quæ justa et legitima sunt, non etiam injusta: sicut ea tantum bella juris gentium sunt, quæ justa et pia sunt. Præter regalem potestatem sunt alia genera administrandæ Reip. est *Aristocratia*, hoc est, universi populi potestas. Sunt igitur tria genera Reip. Regnum, Aristocratia, et Democratia. Alii duo tantum facere, Regiam potestatem et popularem: quia optimatium potestati fere semper admista est popularis. Et ita *l. postliminium, de capt. et postlim. revers.* his verbis: *Postliminium est jus amissæ rei recuperandæ ab extraneo, et in statum*, etc. His verbis, *inter liberos populos et reges*, notatur tantum regnum; et popularis potestas. Et similiter in definitione recuperationis, quæ idem videtur esse quod postliminium. Nam et postliminium recuperatio est juris sui rerumque suarum. Sed distat tamen recuperatio a postliminio plurimum. Et in ejus definitione Ælius Gallus Jureconsultus ita scribit apud Festum. *Recuperationem* esse eam quæ inter populos (sic legendum, non inter populum) reges, nationesque peregrinas convenit. Ibidemque legendum, res quæ privati, non privatas. Sunt autem his tribus generibus Reip. tria alia, quæ nascuntur vitiosa et perniciosa. Nam, ut pereleganter disserit M. Tullius 3. *de Rep.* ubi injustus est rex, quem tyrannum vocat; vel ubi injusti sunt optimates, quorum consensum factionem vocant, Græci *Oligarchiam*, vel ubi populus ipse injustus est, cui idem ait nomen usitatum nullum reperiri, nisi ut eum tyrannum voces, Græci Ochlocratiam, Aristoteles vero tyrannum. Ubi, inquam, est tyrannus, vel factio, vel dominatus ejusdem turbæ, vitiosa est Respubl. aut certe non jam vitiosa est Resp. sed nullæ omnino Respub. Nam Respub. est res populi; et non est res populi, si Tyrannus eam factionem compescat: ipse populus est injustus; qui non est multitudinis consensu et utilitatis ratione sociata, quæ est definitio populi seu civitatis. Nullum igitur regnum, si sit injustum; sed tyrannis vel monarchia, quæ duo vocabula plerumque accipiuntur in malo, nec sunt juris gentium. *Regnum* quid est? potestas quæ publico consensu defertur, decerniturque. Sic quoque Polyb. *lib.* 6. Et Aristotel. 5. *Polit.* definit potentiam susceptam secundum leges, et ex populi voluntate. *Monarchia* est tyrannis, quæ invitis dominatur et subegit invitos. Regnum, ratione regis. Monarchia libidine ejus, qui regno potitur. Regni finis est communis utilitas: Monarchiæ, propria. Rex plerunque utitur suis, qui sint protecturi: Monarchia peregrinis. Et cetera quæ persequitur Aristot. 3. *et* 4. *Politic.* Et hæc de regnis conditis. Dixi ex hoc jure gentium introducta bella, discretas gentes, regna condita, adjicitur, ex hoc jure gentium etiam *distincta dominia, et terminos agris positos, et ædificia collocata*, ex hoc jure gentium esse *commercia, et emptiones.* Discretis gentibus, regnis constitutis, consequens est distincta fuisse dominia rerum. Inde tot modi acquirendi dominii jure gentium, quo ostenditur nec regis esse omnia, neque communia esse inter se. Nam quod dicitur, *l.* 7. *de quadrien. præscript.* omnia esse Principis, id ex eadem ipsa lege ita intelligendum, ut intelligantur esse Principis non tantum patrimonium, id est, privata principis, sed etiam fiscalia et bona caduca, et proscriptorum, et damnatorum, ut in *l.* 2. *inf. ne quid in loc. publ.* Res fiscales esse quasi proprias et privatas principis. Ergo omnia sunt Principis, tam fiscalia quam patrimonialia. Nam quæ tua sunt, certe Principis non sunt. Nam neque sunt communia inter te et principem, neque eorum dominium tuum et principis solidum esse po-

test, *l. si ut certo*, §. *duo*, *commod. l. pen.* §. *pater*, *de castren. pecul.* Et recte Seneca v. *de beneficiis.* Jure civili omnia esse Regis. Erat enim hæc vox jurisperitorum, esse regis omnia, id est, etiam ea, quæ quisque sibi privata habet, atque possidet. Id sic interpretatur, *Omnia regem imperio possidere, singulos dominio.* Et hæc distinctio et descriptio rerum in singulos cum dicatur esse juris gentium, et regna quoque dicantur condita jure gentium, pugnabit secum jus gentium, si omnia fecerit Regis, et dominia distinxerit in singulos. Distinctionem hanc esse juris gentium arguit, quod furtum dicatur natura prohibitum, id est, jure gentium, *l. probrum*, *de verb. signif.* Furtum lege naturæ admittere prohiberi, ut est in *l.* 1. *de furt.* Quamquam et rei communis furtum fiat, cum et rei suæ furtum nonnunquam fiat, ut si debitor pignus quod tradidit, subripiat creditori. Sed præterea tamen intelligitur furtum improbatum jure gentium. Retro isto jure probari distinctionem rerum singularum, quod enim eadem lege dicitur, *probrum de adulterio*, *et hac lege* corrumpere matrimonium communi et gentium jure damnatur. Ex quo satis intelligitur, quam abhorreat a natura communio liberorum et mulierum Platonica. Nam ubi nulla sunt communia, Plato communes esse vult mulieres. Et sane hæc Platonis mens sustulit connubia unius ad unum, quod et ipsum tamen improbabile est.

Ex illa distinctione dominiorum factum est, ut agris *termini* ponerentur. Termini enim sunt, *qui*, ut Ovid. ait, *clamant*, *Meus est hic ager*, *ille tuus.* Ex gentium igitur et regnorum discretione factum est, ut agri alii ab aliis discernerentur positis terminis, et similibus. Et idem alibi de termino: *Tu populos et regna ingentia ponis.* Ex eadem re sequitur *ædificiorum collocatio.* Nam edificavit quisque in suo, non ædificaturus nisi suum esset. Et conjunxit ædificium suum ædificio vicini, quas conjunctiones tectorum appellant, urbes, vicos, præfecturas, conciliabula, oppida. Ait hoc loco, *ædificia collocata.* Tullius ait, domicilia conjuncta. Juvenal. Satyr. 15. *Ædificare domos*, *laribus conjungere nostris Tectum aliud.*

Et rursus sequitur ex hac ædificiorum collocatione *commercium*, quo verbo non tantum significatur emendi vendendique jus invicem, sed mutuus congressus, mutuus usus sermo, benevolentia. Quintil. *Natura*, inquit, *præter cetera animalia indidit pectoribus nostris societatem quamdam, quæ mutuo gaudere congressu, contrahere populos, contrahere urbes edocuit.* Commercium igitur, quod et promercium sæpe dicitur in libris nostris, et mutuus congressus, mutuus et promiscuus usus. *Lex si quis mancipii*, § *si impubes*, *de instit. act.* ait, propter utilitatem promiscui usus, id est, commerciorum. Livius 34. *Commercio Græcorum Hispani gaudebant hujus mutui usus desiderium, ut Hispana urbs Græcis pateret, faciebat.* Et idem 38. *Idem oppidum multarum gentium fines contingit, quarum commercium in eum maxime locum mutui usus contraxere.* Hujus commercii seu mutui usus tot sunt species, quot sunt contractus. Commercii igitur sunt species, emptiones et venditiones, locationes, conductiones, quæ affinitatem habent cum emptionibus et venditionibus, *l. veteres, de act. emp. juncta l. seq.* quæ ita legenda, *id est, in locatione et conductione.* Nam lex hoc vult, nos promiscue uti emptionis et venditionis verbis etiam in locatione et conductione. Nam et locatorem venditorem dicimus, et conductorem emptorem. Non autem usquam vel venditorem accipimus pro emptore, vel contra. Non ita permiscemus hæc vocabula, sed tantum ea adaptamus ad locationem, conductionem. Et hi contractus etiam juri gentium nominatim adscribuntur, *l.* 1. *loc. l.* 1. *de contrah. empt.* Commercii etiam species sunt, commodatum, societas, depositum, quæ etiam negotia juri gentium tribuuntur nominatim *l. juris gentium*, *de pact.* Et idem de precario dicitur, ex jure gentium descendere et mutuum, §. *jus autem gentium*, *Instit. de jur. nat. gent.* Et non tantum hi contractus, qui nomen habent proprium, sed et alii, qui vacant nomine proprio, sed sunt nomina habentibus adsimiles, de quibus in tit. *de præscriptis verbis.* Et innumerabiles contractus ait *d.* § . *jus autem.* Omnes pene contractus, omnes contractus, quos deportatus inire potest. Nam deportatus tantum amittit ea, quæ sunt juris civilis, simul cum civitate, qua plectitur: ea quæ sunt juris gentium non amittit, vendere, locare, etc. potest et ex ea causa obligare et obligari, *l. quædam, de pœnis*, *l.* 15. *de interdict.* in d. §. *jus autem gentium*, ait, *fere*, in hoc loco ait, *obligationes esse institutas jure gentium, exceptis quæ jure civili introductæ sunt.*

Primo loco contractus nomine comprehenduntur quasi contractus, ut negotiorum gestio, tutelæ gestio. Continentur et maleficia, et quasi maleficia. Nam et hæc contractus sunt, et contractus dicuntur *l. Si rem, de re judic. l.* 1. *C. si advers. delict.* Et ab Arist. συναλλάγματα, sed ἀκούσια id est, involuntaria, quibus quis obligatur invitus. Latius autem est obligationis quam contractuum nomen. Nam et ex non contractu, veluti ex pacto legitimo, obligationes sunt. Pactum non est contractus, nec vicissim contractus pactum. Sed tamen non ex contractu tantum obligamur, sed etiam ex pacto, modo legitimum fuerit, *l. legitima, de pact.* Sed eæ obligationes, quæ sunt ex pactis legitimis, non

sunt juris gentium: quia origo earum est ex jure civili. Nam etsi ex pactis quibuslibet oriatur obligatio naturalis, *l. in iis*, §. *Imperator*, *de solut.* non tamen oritur obligatio proprie, id est, efficax et utilis. Et obligationes hoc loco dicuntur, quæ pariunt actiones. Obligatio naturalis, id est, quæ solo gentium jure sustinetur, non est proprie obligatio, *l. fidejuss.* §. *fidejuss. de fidejuss.* Et eleganter in *l. in vendentis*, *C. de contrah. empt.* nulla est obligatio, quæ necessitate non astringit, quod etiam definitio obligationis demonstrat. Obligatio naturalis, sive juris gentium, necessitate non astringit. Ergo non est obligatio. Illæ igitur obligationes dicuntur hoc loco institutæ tantum jure gentium, quarum origo cum causa et effectu statim producit actionem, consensu omnium populorum. Quæ autem obligationes sunt institutæ jure gentium, nec effectum habuerunt statim, sed longe post certa lege aut scripto, vel ex pacto nudo certis casibus, hæ potius adscribuntur juri civili, quasi tum primum introductæ sint, cum lege confirmatæ sunt, et separantur ab aliis obligationibus, quæ jure gentium et civili statim sumpserunt effectum. Et hæ sunt quæ exstant in hoc loco, quod satis demonstrat illa divisio conventionum in juris gentium et civilis l. 5. 6. 7. de pact.

Non excipitur hic *emphyteusis*, quod est genus contractus. Habet ille contractus etiam proprium nomen latinum, et vocatur *insitio*, quod verbum etiam Græcum significat, ut in Novel. Valent de prædiis pistorum: *prædia*, inquit, *illa sub nomine insitionis*, *quæ nunc habentur*, id est, possidentur jure emphyteutico. Et licet proprium hunc contractum voluerit esse Zeno, id est, separatum a locatione et conductione, cui erat admodum affinis: tamen certe etiam hodie affinis est et proximus locationi et conductioni, vel emptioni et venditioni. Tria hæc negotia maximam affinitatem habent. Quod est proximum juri gentium, et ipsum jus gentium est. Ergo juris gentium est emphyteusis. Est quod idem possis dicere de *donatione propter nuptias*, quam etsi Justinianus in Novella voluit esse proprium contractum, et sejunctum a similibus; tamen donatio est veluti dos quædam propter nuptias, dos mariti, scilicet, quæ etiam propterea in legibus nostris dicitur ἀντιφέρνη, *mutua dos*. Et dos utique jurisgentium, quia est velut pensatio onerum matrimonii.

Item, cum ego scripsi manu mea me mutua accepisse centum, quæ non accepi, obbligabor ex chirographo, nisi intra biennium opposuero exceptionem non numeratæ pecuniæ, vel quærelam. Nam hæc *obligatio*, quæ dicitur *literarum*, etiam est juris gentium, quia est quasi ex mutuo, hoc est, si non est, mutuum, est promutuum. *Indebiti solutio* dicitur etiam esse ex jure gentium, *l. 15. l. si id quod*, *de condict. indeb.* quia est promutuum. Quod tibi solvi indebitum videris habere pro mutuo. Denique quidquid proximum est juri gentium, et ipsum jus gentium est. Sed excipimus rectius, ut diximus, eas obligationes, quæ origine quidem sunt juris gentium, sed inefficaci, et quæ origine efficaci sunt tantum juris civilis, ut obligationes, quæ nascuntur ex conventionibus juris gentium, nunquam fuere non efficaces. Excipere etiam potest *constitutum*: nam ea obligtio ex jure prætorio fluxit. Excipere item potes *hypothecam*: nam et hæc obligatio efficax est jure prætorio, *l. si tibi* §. *de pignore*, *de pact.* Excipere etiam potes *tutelam*: nam et tutelæ obligatio est ex jure civili, non jure gentium. Et qui damnatur tutelæ male gestæ: qua ex re fit infamis, non est infamis natura, sed civiliter tantum, *l. probrum*, *de verb. signif.* (*) Stipulatio quoque est ex jure civili. Qui hoc negat, incidit in salebras. Est cautio inventa jure civili. Sed, quod summe notandum, hodie stipulatio videtur esse juris gentium, ut dicitur de acceptilatione in *l. an inutilis*, §. *ult. de acceptilat. l. 4. de transact.* Hoc jure nos uti ut acceptilatio hodie sit juris gentium. Ex quo intelligitur, et id est, quod censeo notandum, pleraque transiisse in jus gentium, quæ initio tantum civilia fuerunt: non tantum jus civile incrementum recipit, sed etiam jus gentium. Cur stipulatio juris gentium? Quia aptatur omnibus contractibus juris gentium, qui sunt innumerabiles, quia et concludit omnes contractus, *l. si dominus*, *de præscript. verb.* Et ideo hodie stipulatio fit quacunque lingua, quasi sit contractus omnium linguarum et gentium *l. 1.* §. *ult. de verb. oblig.* Nam quæ juris civilis sunt populi Romani, latine tantum fieri possunt, ut indicat Ulpian. *in fragment.* Cur autem acceptilatio est juris gentium hodie, cum esset initio juris civilis? Quia per eam tollebatur tantum verborum obligatio, puta stipulatio, quæ et ipsa erat juris civilis. Stipulatio fit verbis, et acceptilatio etiam verbis. Verba verbis tolluntur. Et ita quo genere erat quis obligatus, eo solvitur. Sed hodie acceptilatione tollitur omnis obligatio, invento modo per stipulationem Aquilianam, quia omnis obligatio quoquomodo contracta, novatur et transfunditur in stipulationem Aquilianam, quæ stipulatio perimitur acceptilatione.

Ad L. VI.

Jus civile est, quod neque in totum a naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: ita-

(*) *Vide Merillium in cap.* 4 *Variar. Adjectar.*

que cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile efficimus.

§. 1. *Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos. τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι.*

Initium hujus l. exposui superioribus recitationibus, de definitione juris civilis, quod initio hujus leg. 6. Ulp. ait, neque in totum recedere a jure naturali vel gentium, neque per omnia ei servire detrahendo, vel addendo aliquid juri communi, id est, juri naturali, vel gentium, ita jus quoddam efficit, quod dicitur jus civile. Ad quam rem usi sumus tribus exemplis apertissimis.

Post hanc definitionem sequitur divisio juris civilis in jus scriptum aut non scriptum. Ergo jus civile dividitur in jus scriptum et non scriptum (Jus scilicet civile populi Romani, jus Quiritium) Exemplo scilicet Græcorum, apud quos Athenienses quidem utebantur jure scripto. Lacedæmonii jure non scripto, §. *et non ineleganter*, *Instit. de jur. natur. gent. et civ.* Longe erant diversi mores harum duarum civitatum, quæ fuerunt olim quæque omnis juris fontes posteris aperuerunt. Nam Lacedæmonii, quæ pro legibus observabant, memoriæ mandabant. Athenienses mandabant literis, et id tantum custodiebant, quod scriptis legibus esset comprehensum, qui locus est singularis in *d.* §. *et non ineleganter*, neque in libris nostris alius invenitur scriptus: et jam olim ostendi plerosque in Institutionibus locos singulares, eoque nomine maxime librum illum commendari. Romani autem partim utuntur jure scripto, partim non scripto. Nam ut Tullius ait de legibus, *Ferendi etiam sunt mores, nec scripto omnia sunt sancienda.* Jus non scriptum est mos, consuetudo quæ memoriæ mandata est, non literis. Et ita *in l.* 1. *C. ne fidejuss. dot. dent.* Legem ait proficisci vel ex jure, vel ex consuetudine. *Sive*, inquit, *ex jure, sive ex consuetudine lex proficiscitur*, (ne fidejussores scilicet dentur) quæ verba juvenis quidam trajecit male, hoc modo: *sive ex lege, sive ex consuetudine*. Mavult legere, *sive ex lege, sive ex consuetudine etc.* Perperam: neque enim intelligit et Latinos leges, et Græcos νόμον interdum accipere generaliter pro jure civili: et jus sive δίκαιον specialiter pro jure scripto. Aristoteles legem dividit in scriptam et non scriptam 2. *Rhetor. et* 5. *Ethic.* τὸ κατὰ γράμματα, τὸ δὲ κατὰ ἤθη, Leges alias contineri literis, alias moribus. Sed retro fateor quandoque jus accipi generaliter, legem specialiter pro ea quæ constat ex scripto. Ut cum idem *in 8. Ethicor.* Jus esse sive δίκαιον duplex: aliud esse non scriptum, aliud legitimum. τὸ ἄγραφον, καὶ νόμιμον. Et eodem modo jus accepit generaliter, legem specialiter Marc Tullius: dum ait, *inter quos est communio legis, inter eos esse et communionem juris*: ac si diceret, eos, qui non differunt specie, nec differre genere, vel ea, quæ communi specie continentur, et commune habere genus. Quod eodem modo Aristoteles, Jus esse inter eos inter quos est et lex *in* 5. *Ethicor.* Et ibid. duo hæc commutantur, lex et consuetudo. Quid lex? Consuetudo scripta, ut definit Demetrius in Sophocle: συνήθεια ἔγγραφος. Quid consuetudo? Lex non scripta. Igitur juris civilis duæ sunt species, scriptum et non scriptum. Et jus non scriptum dicitur mos, id est, ut Ulpian. definit, tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus: vel, ut Tullius, quod voluntate communi sine lege vetustas approbavit. Alias jus non scriptum dicitur jus gentium, seu quod idem, æquitas naturalis. Et ita jus gentium vocat Halicar. 7. ἄγραφον καὶ ἀνομοθετικὸν, hoc est, *neque scriptum, nec positivum.* Et Sophocles *in Antigone:* Ea quæ sunt juris gentium esse ἄγραφα, esse non scripta et immutabilia Deorum jura, aut non scripta et firmissima Deorum jura insita mentibus omnium hominum. Eo fit ut morum appellatione (quod est notandum) contineatur etiam jus gentium, *l.* 8. *l. sororis de rit. nupt.* Quæritur, an libertinus libertinam matrem uxorem ducere possit? Dubitandi causa est; quia libertinus matrem habere non intelligitur. Nec habet sane matrem civilem, nec cognatam ullam civilem. Matrem naturalem et sororem habet. Ergo jus nuptiale non legibus, sed moribus introductum est, id est jure naturali sive gentium, *ut l. adoptivos* §. 1. *eod. tit.* ait, in nuptiis permittendis vel prohibendis inspici jus naturale et pudorem, et honestum est atque pudicum, non quod licet, *l. semper, eod. tit.* Et hac ratione cum matre vel cum filia, vel cum ea, quæ matris aut filiæ loco est, ut cum noverca vel nuru, quamvis desierit esse noverca vel nurus, propterea quod personam matris olim sustinuit, locumque, vel cum sorore incestum committi jure gentium, *l. ult. de cond. sine causa*, *l. ult. de rit. nupt. l. si adulterium*, §. 1. *ad l. Jul. de adult.* Cum ceteris cognatis incestus committitur jure civili. Igitur jus, quod sine scripto constat, seu mores possunt dividi in consuetudinem civitatis, et in jus gentium sive naturale, ut illo Ciceronis loco apertissime: *Propria legis esse ea, quæ scripta sunt, et ea, quæ sine literis aut gentium jure aut more majorum retinentur.* Potest et addi tertium genus juris non scripti; nempe æquitas, id est, emendatio juris scripti. Ipsa enim quoque non scripta est, et eam M. Tullius *in Top.* etiam partem facit juris civilis, non minus quam consuetudinem. Et hanc quam dico æquitatem, diversa est a jure gentium, ut inferius explicabimus. Potest etiam addi quartum genus juris non scripti, id scilicet omne,

quod Princeps vult, id est, quod decernit, quodque pronuntiat de re aliena. Nazianzen. 1. in Jul. Imper. τὸ βουλεύεσθαι βασιλέως ἄγραφος ἐστι νόμος, *voluntatem Princip s legem scriptam esse*. Omnis enim sententia Principis legis habet vigorem, sive sit scripta, sive non. Igitur juris non scripti quatuor genera sunt, consuetudo, jus gentium, æquitas, sententia Principis, quæ hoc inter se distant, quod jus gentium nitatur natura rei: consuetudo tacito consensu, et quasi consponsione populi: æquitas peritia bene judicandi: sententia vel decretum Principis imperio. Nam sententia ea demum judicis valet, quæ scripta est, quæ rem judicavit ex scripto, *l. 1. C. de sent. ex peric. recit.* Nec enim est rata sententia judicis, nisi recitetur ex periculo, id est, ex libello, ex tabula, ex scripto, ut alias ostendi. Ideoque recte dicam, rem udicatam esse partem juris scripti sicut *l. nam Imperator, de legib.* ait, rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem et vim legis obtinere. Ut non male ducatur argumentum a rebus judicatis perpetuo, sic et similiter *l. nunquam ad Senatusc. Trebell.*

Voluntatem autem Principis dico modo fontem esse juris scripti, modo non scripti. Bipartitam enim esse eam, vel ex scripto constare, vel sine scripto: et utramque idem pollere, et posse utramque vim legis obtinere.

Ad L. VII.

Jus autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusc. decretis Principum, auctoritate prudentium venit.

Definitur initio *h. l.* jus civile a partium enumeratione, hoc modo: *Jus civile est, etc.* Partes ergo juris civilis sunt leges, plebiscita, Senatusconsulta, decreta Principum, auctoritas prudentium. Ex ea enumeratione oriuntur multæ quæstiones.

Primum quæritur, cur non addiderit *judicatum*, quod nos antea dicebamus esse partem juris civilis scripti: videtur igitur esse imperfecta definitio. Hanc autem non prætermisit sine ratione. Et ratio videtur esse, quia res judicatæ non censentur esse, nisi jure judicatæ sint, ut est in l. 12. tab. *Rebusque jure judicatis.* Et non aliter jure judicatum censetur, quam si legibus aut moribus judicatum sit, ut est *in pr. tit. de offic. jud. Inst.* et in *l. 1. de usur.* Ergo res judicatæ non tam partes sunt juris civilis, quam argumenta et indicia juris scripti vel non scripti, id est, legum et consuetudinis: et non quodlibet indicium et argumentum juris, sed quod numero et tempore valet. Nam hæ res tantum judicatæ dicuntur habere vim legum, quæ perpetuo similiter judicatæ sunt. Consuetudo non valet nisi ex tempore longo, usuque frequenti. Ita rerum judicatarum argumentum non valet, nisi ex tempore longo sive diuturno frequentique, judicioque simili. Et rursus, ut comparetur etiam, consuetudo, inquit, est optima legum interpres, *l. si de interpretatione, de legib.* Eodem modo Halicarnas. *Juris*, inquit, *ambigui optimus censor et interpres est tempus*, id est, consuetudo, quæ tempore convaluit. Et similiter, *Optima legum et consuetudinis interpres est res perpetuo similiter judicata*, id est, non quodlibet judicium, sed quod numero et tempore valet. Cur vero in hac *l. 7.* Papinianus non adjecit *consuetudinem*, quam tamen etiam adjecit Cicero similiter jus definiens a partium enumeratione? Resp. Quia Papinianus in hac *l. 7.* non jus civile in universum definit, sed jus civile tantum, quod ex scripto constat. Comprehendit igitur ea tantum decreta Principum, quæ scripto constant. Ceteras partes certum est scripto constare. Ea ratione Papinianus non adjecit *æquitatem*. Nam et hæc non scripta est, sed est juris scripti supplementum, quod Judex vel Princeps supplet, juris scripti ut Arist. ait, sæpissime correctio appellatur. Hæc tria idem possunt, supplementum, correctio, emendatio. Nam quicunque supplet, corrigit aut emendat, non etiam abrogat jus scriptum, sed quod deest juri scripto, supplet. Non potest autem juri scripto nihil deesse, quia est impossibile scripto comprehendere omnes casus, omnia momenta, omnes circumstantias. Et ita jus scriptum ab æquitate sejungitur, *l. 1. C. de legib.* cum ait, inter jus scriptum et æquitatem, quoties scilicet jus scriptum est ambiguum vel obscurum, solum Principem interponere suam interpretationem. Nam ea lex est omnino intelligenda de jure obscuro. Nam si sit apertum jus scriptum et clarum, etiam si æquitas evidens refragetur, sequimur potius duritiem juris scripti, quam benignitatem æqui et boni, *l. prospexit, qui et a quib. man.* Nec judex quidquam potest adversus scriptum jus, obtentu æquitatis. Nec ipse princeps etiam obtentu æquitatis quidquam tentat contra perspicuitatem juris scripti, sed in dubio opponit suam opinionem et interpretationem. Et similiter *l. in iis, de condit. et demonstr.* jus scriptum separatur ab æquo et bono, et est elegans sententia ejus legis. Duo sunt genera controversiarum, quæ propter testamenta oriuntur, aliæ consistunt in iis, quæ sunt extra testamentum, id est, præter scripturam testamenti. Et hæ dirimuntur secundum juris scripti rationem. Nec ibi si ex scripto est perspicua voluntas testatoris (quod notandum) est disputandum de voluntate vel æquitate, an quid melius, quid æquius testatori visum fuerit, *l. non aliter, de legat.* 3. Eadem quoque ratione Papinianus de-

finiens jus civile per partitionem, non adjecit jus gentium. Nam *jus gentium* non scriptum jus est, ut ante dixi, et Papinianus voluit definire jus scriptum tantummodo Qui voluit definire jus civile universum, non prætermisit jus gentium, ut Aristoteles, qui jus civile divisit summatim in jus naturale, quod est jus gentium, et legitimum, et non prætermisit consuetudinem, non æquitatem, ut Cic. in Top. Nam jus gentium est ratio, qua imbuti sunt omnes homines, quæ jubet facienda, prohibetque contraria, quam nemo ignorat, vel si quis ejus ignorantiam obtendat, non excusatur: æquitas autem est emendatio juris scripti, vel apertius, peritia bene judicandi, ut ait Lactant. 5. *Institut.* et peritia bene censendi, lex scripta sequenda sit nec ne, aut quando sequenda sit vel non, quam peritiam omnes non habent, habent judices, habent arbitri, habent Jurisconsulti, habent Principes, non quod sint Principes, sed quod sint Jurisconsulti, *l. ult. C. de leg.* vel quod a latere, et consiliis Jurisconsultorum nunquam discedant. Nam reciprocum est, Jureconsultum agere circa latus Principis, *l. jurisperitos, de excusat. tutor.* et vicissim, Principem agere circa latus Jureconsulti. Nam non potest latus lateri censeri sine reciprocatione.

Et similiter judices sunt periti æquitatis, non quod sint judices, sed quod sint Jureconsulti, vel ut ait Justin. *Nov.* 82. quod sint periti legum et consuetudinis. Nam consultus quis est? Peritus legum scilicet, et consuetudinis, qua omnes in civitate utuntur, ut Cicero definit, quo ostendit, plane etiam jus accipi generaliter. Jus quidem quod est æquitas naturalis. Et jus civile, quod est æquitas civilis. Sed est æquitas quædam per se, quæ temperat, et interpretatur utrumque jus. Hujus æquitatis periti sunt judices et Principes, et qui primo loco locari debebant Jureconsulti. Sunt enim sacerdotes juris; id est, artis boni et æqui. Et secundum hæc intelligendum, quod dicitur *l.* 31. *depos.* Bonam fidem, quæ in contractibus exigitur, summam æquitatem desiderare, hoc est, judicem vel alium, qui in contractibus bonæ fidei, vel in actionibus bonæ fidei, æstimat, quid ex bona fide dari oporteat, oportere esse peritissimum bene judicandi, bene censendi, utrum lex scripta sequenda sit, an voluntas et æquitas inscripta illiterataque.

Quod posset adhuc quæri, cur non adjecit partibus juris civilis etiam *pacta*, *tabulas*, *testamenta* (nam et ex eis jus est) uno verbo expediri potest. Hæc non adjecit, quia definivit jus publicum, non privatum. Jus, inquam, publicum, facta comparatione pactorum, tabularum, testamentorum, codicillorum: quod tamen etiam privatum dicitur, facta comparatione ejus juris, quod versatur in sacris, sacerdotibus, magistratibus.

Sed restant duæ quæstiones, cur non adjecit etiam jus prætorium, magistratuum edicta, quæ tamen habet §. *scriptum, Inst. de jur. nat. gent. et civ.* Et alia quæstio cur fecerit tot partes juris civilis, cum lex 3. *de legibus* faciat tres tantum, ut deinceps audiemus.

Posterior prius solvenda est, cur Papinianus in hac l. 7. fecerit quinque partes juris civilis, ejus scilicet quod scriptum est, cum Modestinus in *l. pen. de legib.* juris civilis universi tres tantum faciat partes. Nam Papinianus in *h. l.* 7. dividit jus civile non omne, sed scriptum tantum: Modestinus *in d. l. pen.* universum jus civile, cum et consuetudinem in partibus adnumeret. Ait enim, *Ergo omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.* Aut igitur plures sunt partes juris civilis scripti, quam juris civilis universi, quod prima fronte absurdum videtur. Sane articulus ille *Ergo*, a quo incipit *d. l. pen.* argumentum præbet, ut existimemus, eam legem esse summam ejus totius tituli conclusionem, repetitionem, ejusque congregationem, non omnium partium juris, sed earum tantum, quæ in eo titulo tractatæ sunt, quæ tres sunt tantum leges, Senatusconsulta, longa consuetudo. Nam titulus integer, est de legibus, et Senatusconsultis, et longa consuetudine. De quarta parte juris civilis, id est, de decretis Principum est titulus quartus hujus libri. De quinta parte juris civilis et auctoritate prudentum est titulus secundus, de origine juris. De reliquis tribus partibus cum satis multa tradita essent ex libris prudentum res omnis sic ex Modestino concluditur ad *d. leg. pen. Ergo omne jus*, inquit, *aut consensus fecit, aut necessitas, etc.* Nam jus quod consensus fecit, lex est, quæ populi aut plebis jussu sancita est. Nam lex nulla alia ex causa nos tenet, quam quod nos ei consenserimus, aut quod eam civitas constituerit, in qua nos nati et educati sumus, *l. de quib. de legib.* Quid lex? Communis Reip. sponsio, *l.* 1. *de legib.* et communis consensus omnium simul habitantium, consponsio populi. Demost. *l.* 2. *eod.* συνθήκη κοινὴ τῆς πόλεως. Et Aristot. ὁμολόγισμα κοινὸν τῆς πόλεως in addit. ad Alexandr. Jus autem, quod necessitas fecit, est Senatusconsultum, *l.* 2. §. *deinde de orig. jur.* Cum difficile posset populus in unum convenire, aucto numero civium, necessitatem ipsam curam Reip. ad optimates, politiores viros, ad senatum deduxisse, inde nata Senatusconsulta. Jus autem, quod firmavit consuetudo, est quod longa consuetudo attulit. Firmatur enim longo tempore et diuturno, vetustate, cujus non est præscriptio certa, sed in æstimatione potius judicis est vetustas sita, in vetustate id de quo actus increbuerit, nec ne. Aut certe si vetustatis est præscriptio quædam, ea

finitur non 10. aut 20. annis, ut quidam volunt, sed 40. annis, *l.* 2. *C. Th. de long. temp. præsc. Annorum*, inquit, 40. *præscript. quam leges et jura vetustatem nuncupare solent.*

Et ita vetustas accipitur, *l.* 2. *de fund. rei priv. l.* 11. *C. de fund. patrim. l.* 1. §. *ult. ff. de aqua et aq. pluv. vetustatem vicem legis tenere*, ubi lex accipitur pro lege privata, id est pro pactione. Ideo vetustas non tantum vim legis tenet publicæ, sed et privatæ, et habetur pro titulo, quo jure utimur. Sed hæc vetustas non finitur annis 10. et 20. sed vel non finitur, vel si finitur 40. finitur annis. Quid consuetudo? Est jus, inquit Tullius, quod vetustas approbavit. Non igitur jus, quod 10. tantum aut 20. annis obtinuit: nam *vetustas* ampliorem annorum numerum desiderat, vel diuturnitas. Breviter ergo sic se res habet. Jus quod consensus fecit, est lex. Jus, quod necessitas constituit, est Senatusconsultum. Jus quod firmavit consuetudo, est longa consuetudo. Ergo *d. l. pen.* summa est et conclusio illius tituli, qui has tantum partes juris civilis tres complectitur, leges, Senatusconsultum, longam consuetudinem. Verum notandum, hoc jus, quod firmavit consuetudo longa etiam esse consensum, sed tacitum et illiteratum. Legem facit consensus expressus et literatus, suffragium, conventio, jussum decretum populi aut plebis. Quinimo et jus quod necessitas constituit, in se consensum habet, sed coactum, non liberum qualis est is, qui legem aut consuetudinem facit. Senatusconsulti principium est necessitas : legis et consuetudinis voluntas. Et, ut utar simili exemplo, obligationum aliæ dicuntur contrahi consensu, aliæ re, aliæ verbis, aliæ literis. An quod certæ specialiter dicuntur contrahi consensu, ceteræ, quæ re vel verbis, vel literis contrahuntur, in se consensum non habent? Minime vero. Nam et mutuum, quod re contrahitur, et stipulatio, quæ verbis contrahitur, in se consensum et conventionem habent, *l.* 1. §. *ult. de pact.* sed ex eo quæque res exsistere dicitur, ex eoque præcipue denotatur, designaturque ex quo principium sumit, et ex quo solo seu ex quo potissimum valet. Verum ad rem. Existimo etiam ea divisione quæ proponitur in *d. l. pen.* ut jus omne aut consensus faciat, aut necessitas, aut consuetudo, posse contineri omnes partes juris civilis. Quod ante dixi verissimum est, et comprobatum justissima ratione : sed tamen tentemus amplius, et dicamus, ea divisione tripartita nos posse complecti omnes partes juris civilis. Nihil vetat partes cujusque rei, etiamsi plures enumerari possint, contrahi in paucas. Mundum definiam ex partium enumeratione, qui constat, cœlo, mari brutis, hominibus, spiritibus. Brevius dicam etiam a partium enumeratione, mundum esse ex cœlo, terra, nec non ex naturis, quæ intra hæc continentur, constituunturque. Puto autem ea divisione tripartita *d. l. pen.* posse contineri jus omne et universum civile, quia idem quod Modestinus scribit, jus aut consensum facere, aut necessitatem, aut consuetudinem; Menander iisdem verbis scripsit, quib. Latine Modestinus, et multi persuasum habent, Modestinum scripsisse ex Menandro : sunt elegantissimi versus Menandri, Τρία γὰρ δέσποτα, etc. id est, tria esse, quæ rebus dominantur : quæque gignunt omnia, leges, id est, consensum omnium populorum, necessitatem et consuetudinem. Idem ergo ille ait, quod *d. l. pen.* ut vere possis constituere, jus civile universum eadem ratione tripartita contineri. Nam jus, quod Princeps facit, necessitas fecit. Nam non ob aliam rem creamus Principem, quam ut decreta faciat et jura det, ut est aperte scriptum in *l.* 2. §. *novissime, de orig. jur.* dum ait, *sicut ad pauciores* (id est, Senatum) *via juris constituendi transiisse videbatur, ipsis rebus dictantibus* (id est, ipsa rerum necessitate) *ita per partes evenisse* (id est, paulatim, non ut quidam, *per partes*, id est, per suffragia : alii, *per partes*, id est, per factiones) et rectissime dicitur ab Accursio rem a populo venisse ad senatum, et a senatu ad principem, per partes, per vices, paulatim, pedetentimque. Quid vero, inquit, per partes venit? Ut, inquit, necesse esset Reip. per unum consuli. Nam senatus non potuit sufficere omnib. provinciis regendis, ob id constitutus princeps, qui rerum omnium esset dominus, quique potestate ceteros omnes præpolleret. Et jus etiam gentium dicitur in §. *jus autem gentium, Instit. de jur. natur. gent.* gentes humanas sibi constituisse, id est, recepisse, approbasse, impulsu, vi naturæ, non virtute propria, impulsu divino usu exigente et humanis necessitatibus. Necessitas fecit, ut jus innatum nobis approbaremus, et in usum adduceremus omnes. Et similiter necesse fuit admitti auctoritatem prudentum, quoniam jus non potest constare sine jurisperitis, *l.* 2. §. *post originem tit. seq.* Jus non posse constare, inquit, non posse durare, nisi sit juris peritus aliquis, qui id quotidie in melius producat. Ut sacra non possunt constare sine sacerdote. Et jura sunt sacra. Et jure consulti sunt sacerdotes, ut dixi *l.* 1. Quam appellationem eo loco dixi, Jureconsultos sibi, qui fuere omnes fere imbuti a Stoicis, vindicasse exemplo Stoicorum, qui suum sapientem dicebant esse regem, et regem regum, nobilem, liberum, vere pulchrum et elegantem, uno minorem Jove, solum omnia, ut multi auctores scripserunt. Sed de sacerdotio, quod tum prætermisi, non legi qui scripserit nisi Clementem Alexandr. *l.* 2. στρωμ. De consuetudine addendum, me existimare, nihil morem a consuetudine differre. Et Latinis respondent

ἔθος καὶ συνήθεια: hæc est consuetudo; illud mos, seu usus longævus. Nam et vox *usus*, deducta est ab illa Græca ἦθος, et a verbo ἔθω, *ε* verso, in *u* Latinum. Nam si dixeris, ex consuetudine morem proficisci; et ut Lactant. lib. 5. *Paulatim male vivendi consuetudo, mos factus est.* Et Pub. Syrus, *Vitium prius fuit observatio, nunc mos est*: si inquam, ex iis locis dicas, morem esse ex consuetudine, atque ita differentiam constituere inter morem et consuetudinem, objiciam quod Varro scribit apud Servium, *morem esse communem consensum, omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem faciat*. Ergo secundum Varronem non ex consuetudine mos est, sed ex more consuetudo. Ex quo intelligis, nos his vocabulis uti promiscue. Sed illud magis observandum, differentiam nos constituere inter morem receptum, et morem institutum, seu instituta. Nam mos receptus est is, ut Festus ait, quem sua sponte civitas alienum adscivit: ut, quod dicitur in *l.* 1. *de donat. inter vir. et uxor.* Moribus esse receptum ut non valeat donatio inter virum et uxorem: id sumptum est ex alieno, scilicet Solone, ut Plutarchus scribit in Romulo. Et in *tit. de acq. per. arrog. Instit. quod dicitur consensu*, tacito scilicet, *esse receptum*, tacito jure, ut ait lex 15. *de adopt.* quod inquam, ait, tacito jure, tacito consensu, id est, consuetudine, more esse receptum, ut is, qui adoptatur, cum capite omnia bona transferat in adoptatorem, id etiam a Græcis est, apud quos illæ leges dicuntur νόμοι θετικοί. Et ita semper, cum dicitur in libris nostris, jus esse receptum, id putatur sumptum ex alieno, et introductum in civitatem. Instituta sunt, quæ cives ipsi adinvenere, exigente utilitate. Et ita Tullius semper legibus opponit instituta. Et eleganter *l.* 1. *C. Th. de lon. consuet.* Venientium esse temporum disciplina instare veteribus institutis. Alteram quæstionem de jure prætorio aperiam. Quæro, cur in h. l. 7. conficiendo definitionem juris civilis a partium enumeratione, Papinianus prætermiserit jus prætorium, seu magistratuum edicta. Nam utrumque idem est. Neque enim in definitione confecta similiter §. *scriptum de jur. natur.* prætermittuntur magistratum edicta, non prætermittuntur in Topic. Cicer. Cur prætermittuntur a Papiniano? Hoc expediri facile potest. Respondeo, Papin. definire voluisse merum jus civile. Et voluisse ex eo apparet, quod in h. l. 7. statim subjecit definitionem juris prætorii. Et quot sunt leges in jure nostro, quæ separant jus civile a prætorio jure? Quanquam non male jus prætorium possit vocari jus civile, cum et jus prætorium dicatur viva vox juris civilis, Prætor scilicet ipse. Et si Prætor viva vox juris civilis, jus prætorium est vox tacita juris civilis. Confunditur igitur facile jus prætorium cum jure civili, sed non cum de mero jure civili agitur, §. *sed cum paulatim, Instit. de test.* Constitutiones Impp. junxisse jus civile et prætorium in unam consonantiam, quod attinet ad rationem ordinandi testamenti. Et *l. nullo, ad l. Corn. de fals.* Servos neque jure naturali, neque jure prætorio computari, id est, servos pro nullis haberi, tam jure civili quam prætorio. Jus civile scriptum liberis, non servis, jus item prætorium. Et *l. testamento*, §. *servus*, *qui testam. fac. poss.* Servos neque juris civilis communionem habere, neque edicti prætorii. Et *l. scio*, *de testib.* neque jure civili, neque prætorio valere testamentum, ad quod adhibitus est is, qui damnatus est adulterii. Et inde etiam frequens in jure distinctio obligationum civilium et prætoriarum, distinctio præceptorum civilium a prætoriis, *l. bona fides, depos.* Et observandum, maximam partem eorum, quæ Prætores edicere consueverunt, manare ex consuetudine, ex jure non scripto, ut nominatim scribit Tullius. Ex quo intelligitur ita fieri, ut quæ sine scripto primum obtinuerunt, quæ more recepta vel instituta sunt, post literis describantur. Nec dubitandum, quin jus non scriptum, si post scribatur, desinat esse non scriptum quanquam ex non scripto venerit: qua tamen de re ambigunt DD. et disputant inaniter. Nam et ita constat patriam potestatem receptam fuisse moribus, *l. pater*, *de his, qui sunt sui*, consequenter substitutionem pupillarem, quæ pars est patriæ potestatis: neque enim fit nisi liberis, qui sunt in potestate nostra, *l.* 2. *de vulg. subst.* Sed tamen hodie hoc tribuitur 12. tab. quia ex moribus id in 12. tab. transumptum est. Halicarnass. scribit ex more populi Romani, vel suis vel alienis multa translata in 12. tab. Et simili modo, quod moribus erat introductum, ut prodigo interdicatur bonorum administratione, hodie tribuimus juri scripto, id est, 12. tab. *l.* 1. *de curat. furios.* Et auctoritas quoque prudentium, ut constat ex *l.* 2. *tit. seq.* prius fuit non scripta, deinde scripta. Neque enim suas cautiones consulti suamque prudentiam literis commendabant.

Ad §. 1. *L. VII. et L. VIII.*

L. VII. §. 1. *Jus prætorium est, quod Prætores introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur, ad honorem Prætorum sic nominatum.*

L. VIII. Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.

Jus prætorium, Papinianus ait, *adjuvat jus civile*, id est, tuetur atque confirmat, et ei servit

atque adminiculatur, et ut Marcianus ait: viva vox est juris civilis. Et Prætor ipse, ut ait Aristot. est ἔμψυχον δίκαιον id est, *jus animatum*, *vivum*, ut Tullius ait, lex loquens. E contra, lex est Prætor mutus, tacitus: ut de nuntio, et epistola Epictetus, Epistolam esse nuntium tacitum: nuntium esse epistolam loquentem. Quomodo etiam Justinianus dixit, *in Nov.* 105. quod sumpsit ex veteribus, ut constat ex Clemente Alexand. ςρωμάτων. lib. 2. Principem esse νόμον ἔμψυχον, legem vivam, animatam, ut eodem modo Eunapius ex suis Sophistis præstantissimum Porphyrionem vocat ἔμψυχον βιβλιοθήκην, vivam, animatam bibliothecam. Ut ergo ad Prætorem redeamus, Prætor vivum jus civile est, viva lex, seu loquens. Quod loquitur Prætor utcunque, jus civile loquitur. Nam præcipua Prætoris opera est in hoc, ut opituletur juri civili, ut adjuvet, tueatur, confirmet. Ergo licet dicere jus prætorium subsequi jus civile, ut est in *l. scio*, *de testib. l. si plurium servus, de noxal. act.* Sed hoc demonstretur exemplis. Cui jure civili competit actio, sane ei Prætor incunctanter dat actionem. Si postuletur dat Prætor actiones, non tantum quas ipse introduxit, sed et eas, quas jus civile introduxit. Et ut ita dicam, omnes actiones sunt datitiæ, quia omnes cujuscunque sint generis a Prætore dantur et postulantur. Item, cui lex interdicit bonorum administrationem, ei etiam interdicit Prætor. Et hodie hæc interdictio magis per Prætorem procedit, quam ipso jure, hoc est, lege 12. tabular. *l.* 1. *D. de curat. furios.* Et plerumque, qui hæres institutus non potest jure civili adire hæreditatem, ei etiam Prætor vix dat bonorum possessionem secundum tabulas, *d. l. scio.* Et quod est in *d. l. si plurium servus*, si servus communis furtum fecerit, et omnes domini dolo malo fecerint, quo minus eum haberent in potestate, l. ait Prætorem debere subsequi actionem civilem. Quid hoc est? Actio furti nec manifesti est civilis ex 12. tab. Si servus communis furtum nec manifestum fecerit, hæc actio datur in eum dominum, quem actor elegerit, non in solidum, sed noxaliter. Nam dominus quem actor elegit, evitat pœnam dupli, si servum dedit noxæ. Verum, quoties servi communis domini dolo malo fecerint, quo minus servum dedere possent, et eum habere in sua potestate, tunc tenentur in solidum; suo nomine in duplum ex edicto Prætoris, non quidem omnes, sed is, quem actor elegerit. Nam Prætor hac in re sequitur exemplum actionis civilis, et dat judicium prætorium in eum, quem actor elegerit. Ita tribus exemplis ostendi, Prætorem jus civile subsequi. Addam alia duo. Prætor ei, ad quem lege vel testamento venit hæreditas (nihil enim refert, nam et is, ad quem testamento venit hæreditas, ex lege hæres est) ei, inquam, qui lege ad hæreditatem vocatur, Prætor dat bonorum possessionem secundum tabulas, ut ei liceat hæreditatem adire jure civili, vel jure prætorio hæreditatem amplecti pro bonorum possessore, lex 6. §. *pen. de bonor. possess.* Legum, ait, quoque tuendarum causa Prætorem dare bonorum possessionem. Et *eodem tit. Instit.* confirmandi quoque juris civilis gratia, Prætor pollicetur bonorum possessionem. Et ita exemplo juris legitimi Prætor tribuit bonorum possessionem contra tabulas: in tribuenda bonorum possessione contra tabulas, sequitur eum modum et ordinem, qui est præscriptus jure legitimo. Nam filium præfert nepoti, et nepotes ex uno filio cum nepotibus ex alio filio vocat ad successionem in stirpes, non in capita, *l.* 1. §. 1. *l. si in adoptionem*, §. *ult. de bon. possess. cont. tabul.* Jus legitimum vocat in *d. l. si in adopt.* §. *ult.* atque etiam *l.* 6. *de bon. poss.* quod Papin. in hac. *l.* 7. vocat jus civile. Atque ita vere possis constituere, jus legit. dupliciter accipi, pro eo quod dicitur πολιτικὸν, quod comprehendit etiam prætorium et jus gentium, et pro eo quod dicitur νομικὸν, id est, legitimum, quod separatur a jure prætorio, et a jure naturali seu gentium. Et definit Papinianus in *h. leg.* 7. jus legitimum, non jus politicum.

Additur autem hoc loco, non tantum jus prætorium adjuvare civile; aut non tantum jus prætorium comparatum esse adjuvandi juris civilis gratia, sed etiam *supplendi*, et *corrigendi* ob publicam utilitatem. Ergo tres sunt virtutes juris prætorii, ut juvet jus civile, et ut suppleat, utque corrigat. Quæ duo supplere et corrigere idem sunt pœnæ. Quia utroque genere receditur a jure civili. Et qui emendat, quique supplet, dicitur corrigere. Nam et supplere emendare est atque renovare, *l.* 4. §. *ult. de pecul.* Supplere peculium, est renovare peculium, quod penitus fuit exstinctum, seu restaurare. Idem ergo pœnæ est supplere et corrigere. Codicillus Theophilo est supplementum testamenti, ejus quod deest testamento. Moschopulo autem est correctio testamenti. Idem igitur fere suplementum, et correctio. Certe utrumque emendatio est. Et ita in §. *media, Instit. de legit. agn. success. Prætores*, inquit, *paulatim juris civilis asperitatem corrigentes*, *seu quod deerat*, *implentes*, *etc.* Sed distingui tamen possunt hæc duo vocabula hoc modo, ut suppleat Prætor jus civile addendo, corrigat detrahendo. Nam quod summe notandum, eadem est ratio juris prætorii ad jus civile, quæ juris civilis ad jus naturale seu gentium. Jus gentium quod est, et civile est, ut docui superioribus recitationibus. Jus autem civile, quod est, non continuo est jus gentium. Ita etiam et jus civile, quod est, et prætorium est. Jus autem prætorium quod est, non con-

tinuo civile, et legitimum est. Ac rursus, ut jus civile juri gentium addit, vel detrahit, ob publicam utilitatem, veluti introducens usucapionem ob bonum publicum, et aliis casibus, quos exposui *l.* 5. *h. t.* ita vero, et jus prætorium juri civili addit vel detrahit, ut Papin. ait hoc loco, ob publicam utilitatem, cujus ratio est summa ratio, ac potentissima, præstantissimaque. Item, ut jus civile, jus gentium corrumpere, aut tollere non potest, *l. eas, de cap. minut.* §. *ult. Inst. de legit. agn. success.* sic nec jus prætorium, jus civile corrumpere, aut tollere potest. Jus civile jure civili tollitur. Et ut docuimus superioribus recitationibus jus naturale jure etiam naturali tollitur, eodem genere, non diverso. Dicitur etiam, Prætorem emendare et impugnare jus civile, *Instit. de bon. poss.* Sed hoc non est tollere jus civile, vel abrogare, hoc non est impugnare jus civile simpliciter, sed quasi impugnare, et supplere, quod juri civili deest: ut quia plenus non erat numerus actionum civilium, Prætor juri civili addit alias actiones, legi accommodat, ut puta utiles, et in factum actiones, et ita supplet, quod juri civili deerat, *l. quia actionum, de præscr. verb.* Vel etiam emendare, est corrigere, hoc est, ad rectitudinem redigere, quia jus civile inflecti et inclinari videtur, et ex eo nonnunquam detrahere aliquid, quod facit Prætor variis modis, vel datis exceptionibus. Nam quid est exceptio? Est detractio ex jure civili. Quomodo? Prætoriis exceptionibus proditis impugnatur quodammodo actio civilis, quæ sunt verba §. 1. *de except.* Quod idem etiam Prætor facit datis duabus actionibus restitutoriis, ut quæ rescindunt usucapionem, quæ etiam actiones dicuntur esse contra jus civile, *l. in honorariis, de oblig. et action.* vel data bonorum possessione contra tabulas filio emancipato prætorio, vel patrono prætorio. Quæ contra testamentum est bonor. poss., contra jus civile est, maxime ea, quæ datur filio emancipato prætorio vel patrono. Idem evenit etiam data bonorum possessione secundum tabul. alieno posthumo hærede instituto, qui jure civili hæres esse non potest, *l. posthumus, de inoff. test. l.* 3. *de bonor. possess. sec. tab. et l.* 1. §. *si filius D. de vent. in posses. mitt.* vel etiam data bonorum possessione secundum tabulas hæredi scripto, etiam si testamentum jure civili non valeat. Nam sane hoc est Prætoris, ut etiamsi testamenta jure civili non valeant, utpote quod in eo desiit familiæ emancipatio, vel nuncupatio, vel quod in eo filiusfam. sit præteritus, det tamen Prætor honor. possess. hæredi scripto secundum tab. si modo tabulæ sint signatæ, non minus quam septem civium Romanorum signis, et si testator fuerit paterfam. et civis Romanus mortis tempore, et testamenti facti tempore. Hoc si in tabulis deprehenderit prætor, vel ex tabulis, utique semper dabit bonorum possessionem secundum tabulas, non observato vinculo juris civilis, si quod in tabulis insit: verum res postea disceptatur, et si vincat hæres legitimus hæredem scriptum, bonorum possessio secundum tabulas, quam dedit prætor, constituetur sine re, §. *non tamen, Instit. quib. mod. testam. infirm. l. posthumus, de inj. rupt.* Interim tamen contra jus civile, id est, secundum tab. injustas dabit bonorum poss. Hoc plane modo emendat, et quasi impugnat jus civile, detrahit plurima juri civili, corrigit jus civile. Quod accidit etiam in dandis bonorum possessionibus ab intestato unde liberi, vel unde cognati, liberis emancipatis defuncti, vel aliis cognatis, quos jus civile non novit, et ad hæreditatem non vocat, prætor ipse vocat, non sine re. Jus, inquam, civile non prohibet nominatim, ne cognati hæreditatem capiant, alioquin eis non daret bonorum possessionem, quos lex pronuntiavit esse incapaces nominatim, *l. non est, de bonor. possess.* Hoc enim esset prorsus tollere, et impugnare jus civile, et impugnare simpliciter prætor jus civile non potest, sed quasi impugnare, supplendo, vel rectius aliquid constituendo, immoto interim jure civili. Nam ut jus civile, ut dixi, jus naturale immutare non potest prorsus ulla in parte: ita nec jus prætorium jus civile, quod evidenter demonstrabitur exemplo æquitatis. Æquitas corrigit jus civile. Imo definitur *æquitas* correctio juris civilis ab Aristotele. Correctio legitimi juris est æquitas. Et alio loco, supplementum legitimi juris. Et alio loco, remissio ex legitimo jure. Quid est æquitas? quæ ex legitimo jure aliquid remittit. Denique æquitas corrigit legitimum, supplet multum, et remittit, neque tamen tollit jus civile. Sed quia nulla lex est, quæ non delinquat, non suo vitio, aut auctoris, sed quod generaliter rebus modum ponit, neque etiam aliter lex potest rebus modum ponere, quam generaliter, delinquit. Igitur lex omnis non accipitur in malam partem, quod generaliter rebus modum ponat, non per partes singulis rebus ac negotiis: quoniam tanta infinitas est, ut finiri lege certa non possit, *l.* 9. *de legib. l.* 4. *de præsc. verb.* Igitur æquitate suppletur, et corrigitur quæ legi deest, cui quidem rei præest prætor, princeps, jurisconsultus. Et ut eleganter ait *l. quæsitum, de testib.* quod omissum est legibus scriptis, suppletur religione judicis: adde, vel decreto principis, vel auctoritate prudentum, *l.* 10. 11. 12. *inf. de legib.* Et elegantissime Cato in lib. de moribus, inquit.

Judicis auxilium sub iniqua lege rogato: et postea, *Ipsæmet leges cupiunt, ut jure regantur,* id est, æquitate. Reguntur enim verius, quam corriguntur: aut corrigere regere est, non tollere,

aut abrogare. Est pulcher locus apud Dionys. Halicarnass. quo ostenditur multum interesse inter tollere, et corrigere : λέγω δὲ τόν νό μον οὐκ, etc. *Ego quidem non existimo tollendam legem aut abrogandam, ne quod majus malum Reipubl. inde contingat, sed quoad ejus fieri potest corrigendam legem.* Tolli enim lex non potest, nisi alia lege : corrigi etiam potest sine lege. Et ut ille ait eleganter, omnis lex cupit ut regatur jure, illo scilicet non scripto : Prætoris arbitrio. Non est ille M. Cato : qui etiam carmen scripserat de moribus, quod citat Gell. *lib.* 10. *c.* 2. Sed est alius, non Christianus tamen, sed paganus, cujus ex verbis Vindicianus Comes Archiatrorum, in lib. quem de re medica scripsit ad Valentinianum Imper. *Infirmus*, inquit, *flens et gemens, sæpe dicere solebat.*

Corporis auxilium medico committe fideli. Ego addo, *et perito*, et ita corrigendum carmen illud, non ut vulgo : *Corporis exigui.*

Venio ad rem. Et id non omittendum quod additur in hac lege, *Jus prætorium etiam dici honorarium, et sic nominatum ad honorem Prætorum*, nihil mutandum. Nam et ita Theophilus in §. *Prætorum*, *Instit. de jur. natur. gent.* Respicit scilicet hæc appellatio honorem prætorum. Nec est dissimile, quod ait *l.* 2. §. *eodem tempore*, *tit. seq.* Jus prætorium appellari honorarium, quod venit ab honore prætorum, id est, ab honorato prætore, seu magistratu. Et in *d.* §. *prætorum*, quod ei juri honor auctoritatem dedit, id est, magistratus. Placet interpretatio. Honor dicitur magistratus, ut Arist. vocat, inde videmus latius patere appellationem juris honorarii, quam prætorii, ut generis quam speciei. Nam jus prætorium est species juris honorarii. Item *edictum Proconsulum*, quod et edictum provinciale dicitur, est species juris honorarii. Sic quoque edictum ædilium curulium. Ideo jura honoraria sunt, quod veniunt ex jurisdictione magistratus. Sed præcellit prætorium, illudque omnes alii magistratus sequuntur. Nam ad prætorem tandem omne juris pervenit arbitrium. Et recte Cic. lib. 1. de legib. *Olim homines hausisse jus ex* 12. *tab. hodie haurire ex edicto Prætorum.* Prætor occupat omne jus. Qui jus prætorium novit, omne jus novit.

Ad L. IX.

Omnes populi, qui legibus et morib. reguntur partim suo proprio partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est : vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræque custoditur: vocaturque jus gentium, quasi quo jure gentes omnes utuntur.

Rursus in h. l. 9. ex Gaii Instit. distinguitur jus civile a jure gentium, his verbis, *Omnes populi*, etc. Est lex elegantissima, distinctio juris civilis a jure gentium elegantissima, et nihil aliud quam ea distinctio. Nam constat his verbis, Gajum hæc proposuisse *ex* §. *jus autem civile a jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui moribus, etc.* Ergo hæc l. est tantum divisio, seu distinctio juris civilis a jure gentium. Ergo divisio ejus tantum juris quo homines utuntur. Nam in divisione juris, si comprehendas homines, et bruta simul, ea est tripartita, vel jus naturale, vel gentium, quod et naturale dicitur, vel civile: qua divisione tripartita (quod nondum monueram) non tantum utuntur auctores nostri, sed et alieni. Gell. lib. 13. c. 3. *Quæ aut jure naturali*, inquit, *aut jure gentium, aut jure legum prohibentur.* Sed hoc loco Gajus dividit jus, quo homines utuntur, et non homines simpliciter, sed quo populi utuntur. Non omnes homines populum conficiunt. Non ergo tam jus dividit, quo homines utuntur, sed quo populus. De ea divisione dictum ante a nobis est satis. Hoc tantum retractabo, et adnotabo ad hanc legem: jus gentium a Gajo appellari jus commune: jus civile appellari jus populi, jus speciale, vel ut melius Theop. locale, et l. 6. utitur iisdem appellationibus juris communis, et juris proprii, ut Arist. sæpissime jus seu legem dividit in communem et propriam. Propriam, in scriptam et non scriptam. Et Epicurus quoque, auctore Diogene, utebatur eadem divisione juris, sed jus commune non deducebat a natura, ut Gajus hoc loco ait, jus commune esse, quod naturalis ratio inter omnes constituit: sed id deducebat ab utilitate communi, a compendio, emolumento, fructu, necessitateve, quæ et nos impulit ad jus gentium, seu commune sequendum, sed non principaliter: quandoquidem inditum est nobis ob utilitatem nostram. Non tantum autem utilitas simplex id peperit us. Nam quod Horatius ait :

Atque ipsa utilitas justi prope mater et æqui : Epicureum est, ex qua familia erat quoque Horatius. Nos Stoicos sequimur, qui jus commune omnium hominum deducunt a natura, jus proprium cuusque civitatis, ab utilitate communi, ab eo, quod cuique civitati expedit et conducit.

Ait autem: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur.* Ergo quidam sunt, qui nec legibus, nec moribus reguntur, et quidam sunt non populi. Nam ubi lex non est, nec pro lege mos, ibi nec populus est. Et si populus non est, nec Respubl. Nam Resp. est res populi. Et recte Aristotel. 4. Politic. *Ubi lex est*, inquit, *ibi est Respublica.* Et ubi Respub. ibi leges, vel mores, qui sunt pro legibus. Sunt

qui bestiarum more vitam ducunt, in agris agentes passim, et ratione recta nihil administrantes. Sunt pleræque gentes hujusmodi: sed tamen non inest eorum animis vis et materia non minus, quam in nostris ad maximas res gerendas et recta ratio, quæ facile elici potest, aut reddi melior, præcipiendo, ut ex cinere ignis, ignis ex silice non difficile elici potest, quod insit ei hæc natura. Nam quod sint quidam feri, et immanes, et ex leges, non ideo etiam ut bruta non possunt non moribus et legibus regi. Consopita est in quibusdam et quasi consepulta ratio illa naturalis, quod est gentium omne jus, et quamvis eo non regantur, est tamen insitum in eis quantumvis feris, ejus rationis lumen; quod facile excitari potest.

Hæc satis erit adnotare ad hanc l. si ante a me explicata tenetis, ut merito quis quærere possit, cur tamen DD. in hanc unam legem immanes commentarios ediderint, ceteras neglexerint. Causa est, quod quæ in ceteras leges dici poterant, aut sane, quæ non dici poterant, sed quæ ii dicere poterant, poterant autem minus dicere, id tantum in hanc legem contulerant, ut soleant omnium titulorum unam legem sumere, in quam omnia conferunt, quæ dici possunt.] Ac præterea non de distinctione juris civilis et gentium, de qua sola hæc lex est, sed de institutis tantum civitatum hanc legem pertractarunt, ob ea verba: *Omnes populi, qui moribus et legibus reguntur*, quod faciunt et propter similia tantum *l.* 1. *C. de sum. Trinit.* quæ ait, *cunctos populos, quos clementiæ nostræ regit imperium.* Non potuerunt de institutis tractare alieniore loco, sed tamen hoc quamvis alieniore loco, videamus quomodo tractarint rem, et nos exerceamus.

Quærunt primum, cur valeant instituta civitatum, quæque sunt de his rebus vel causis, de quibus scriptis legib. nihil continetur. Qua de re, nisi fallor, nemo nostrum unus quæret, qui scitis, aut ex a me dictis intelligere potuistis, mores et instituta civitatum observari ex his, quæ non ex scripto descendunt, *l. diuturna*, *inf. de legib.* Et ut Tertull. in lib. de coron. milit. *Consuetudinem in civilibus rebus pro legib. suscipi, cum lex deficit*: quod sumpsit Isidorus, suppresso auctore, in *can. consuetudo* 1. *distinct.* Quibus consequenter Cæsarius apud Cedrenum: *His*, inquit, *qui legem non habent, mos patrius est pro lege.* Et *l. de quibus, infr. de legibus. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est.* Et formula loquendi similis illa Sabini Jurisconsulti apud Gell. 5. *c.* 13. De qua causa, inquit, viris feminæ potiores sunt, etc. Tantum vero abest, ut non valeant mores dificiente jure scripto, ut non aliter valere possint, quam deficiente jure scripto. Nam ubi lex scripta exstat, potior est consuetudine, *l.* 2. *C. quæ sit long. consuet.* Potest quidem lex abrogari desuetudine et consuetudine. Desuetudine legis et consuetudine legi contraria. Neque enim est desuetudo ex vitiis legis, quin inducatur consuetudo legi adversa. Quid est *desuetudo?* consuetudo legi adversa. Atque ita dicimus desuetudine et consuetudine legem abrogari posse *d. l. de quib.* Abrogari igitur sine ratione, sine lege. Nam tacita illa conventio et consensus populi legem spernentis pro ratione est. Eodem ipso conflictu et collisione prima legis et consuetudinis, dum scilicet lex nondum plane obliterata est, et consuetudine id populus agit sensim, ut legem obliteret, interim in judiciis sane lex vincit consuetudinem. Consuetudinem, inquam, quæ nondum contrario actu judicio obtinuit, quod exigit *l. cum de consuetudine, inf. de legib.* Contradicto judicio, id est, causa cognita, causa cominus peracta inter actorem et reum. Glossæ veteres ex contradictione sic interpretantur ἐξ ἀντιῤῥήσεως. Ea denique consuetudo abrogat legem, quæ et vetustate, et contradicto judicio confirmata est, id est, qua consuetudo esse pronuntiata est. Alioquin lex vincit consuetudinem pari certamine. Quæ obtinuit consuetudo contra legem, non vincit legem. Neque enim est victoria sine conflictu, sed vincit eam legem paulatim vi vetustatis, vi judiciorum quib. fuit approbata, et confirmata contra legem scriptam. Neque vero lex, quæ ita desuetudine sublata est allegari potest, vel produci contra consuetudinem ei adversam, nisi renovata sit, ut plerumque fit, ut plerumque leges vetustate obliteratæ renovantur. Et notandum, quod Trajanus Imp. ait apud Plin. lib. 10. Epist. se ab solere quandam consuetudinem longam, de qua agit in illo rescripto, quæ fuerat usurpata contra legem: sed adjicit, se ex præterito nihil innovare, se hanc legem renovatam velle retro. Jus plerunque non est in præterita, *l.* 21. *de legib.* Et hoc distat jus a judice. Nam jus statuit sive lex de futuris, non præteritis, nisi nominatim adscribatur, ut lex in præteritum valeat, ut retroacta contra legem novam infirmentur. Hæc si clausula desit, lex nova tantum valebit in futurum, non in præteritum. Judex autem statuit de præteritis.

Sed reliqua persequamur, quæ Doctores hic tractant. *An id, quod instituitur contra jus gentium vel jus naturale, valeat.* Et hac de quæstione hic paululum modo admoneamus. Et dices: id, quod instituitur contra jus naturale vel gentium, non valere, si in totum recedat a jure naturali vel gentium, si pudori adversetur, non etiam si tantum suppleat aliquid, vel addat, vel detrahat, vel excipiat. Nam institutorum non est major

vis quam legum. Et legibus jura naturalia mutari prorsus non possunt, §. *sed naturalia*, *de jur. nat. gent. et civ.*

Tertio quærunt, an valeat consuetudo, *ut exsulem, quem bannitum vocant, occidere liceat impune*: quo certius nihil est. Nam exsulem simpliciter occidere, contra jus gentium est, ut hominem homini insidiari contra jus gentium est, *l. 3. h. t.* Dico igitur, exsulem quidem simpliciter licere occidere, contra jus gentium esse, nec contra hoc jus gentium valere contrariam consuetudinem quicquam. Sed exsulem, quem in more est impune occidere, is non est exsul simpliciter: finge esse desertorem militiæ, eumque proscribi, id est, pelli civitate, et spoliari bonis absentem: hunc cuilibet leges permittunt occidere, *l. 2. C. quando licet cuique sine jud. se vindic. et l. 1. et 2. C. de desertor.* Est enim plus quam exsul. An ergo hæc consuetudo non efficiet, quod lex efficit recte proscriptum, ut cuilibet liceat occidere: nam quod lex potest, et consuetudo potest, legem enim imitatur, *l. ult. C. quæ sit long. cons.* §. *sine scripto*, *Instit. de jur. natur.* Et consecrationis eadem fuit quondam vis. Nam quem jubebat lex esse sacrum, eum licebat impune cuique occidere. Liv. lib. 2. *Quem*, inquit, *lex aut consuetudo habuerit pro sacro, non erit capitale, si quis eum occiderit.*

Quarto quærunt, an valeat consuetudo, *ut actio personalis perimatur certo tempore*: puta decennio, si creditor decennio nihil petierit. Finge, ita receptum esse moribus, ut cadat debito, qui decennio nihil petiit a debitore, sin justi sint mores, an valeant: jure scripto actio personalis non perimitur longo tempore, realis perimitur eo tempore. Et notanda ratio, quia non tam tempus perimit actionem, quam usus certi temporis: ut si ego re tua utar 10. aut 20. annis, 10. inter præsentes, 20. inter absentes, amittis realem actionem, amittis dominium. At in actione personali nullus est debitoris usus, qui perimat actionem. Ergo nusquam invenies actionem personalem perimi tempore, quo perimitur realis puta 10. vel 20. annis; triginta, vel quadraginta annis omnis actio perimitur, et præscriptio illa est peremptoria, quia perimit omnia jura. Nunc, sic dicamus et sumamus idem principium, quod ante posuimus. Quod lege fieri potest, et consuetudine fieri potest. At lege potest remitti actio personalis invito creditore, ob utilitatem publicam, *l. bona fides*, *de action. empt.* Et inde olim novæ tabulæ, id est, lex quæ debitores liberabat omnes, etiamsi nihil solverent creditoribus. Ergo idem etiam consuetudine fieri potest, maxime adscripto certo tempore, intra quod nisi creditum repetierit creditor, jus crediti amittit. Nam invenio etiam olim testamenta spatio decem annorum, si interim non fuerint renovata, interire, *l. 6. C. Theodos. de testam.* quod abrogatur *l. sancimus*, *C. Justin. eodem.*

Quærunt quinto, an valeat consuetudo, *ne liceat a judice appellare* (judice scilicet certo) an vero non valeat. Et puto valere. Nam et lex de eadem re valet, puta ne liceat a præfecto prætorio appellare. Imo et conventio ea de re valet, si convenerit inter aliquos ne a judice, apud quem certatur, appellent, *l. ult.* §. *ult. C. de tem. appell.*

Sexto quærunt, an valeat consuetudo, *ne valeat contractus habitus cum minore 25. annis etiam jurato*, id est qui juravit contractum se adimpleturum sine consensu suorum cognatorum. Jure scripto valet contractus habitus cum minore 25. annis etiam non adhibito ullius consensu; sed si deceptus sit, poterit restitui in integrum. Quod si mos velit, ut ipso jure non valeat contractus habitus cum minore sine consensu suorum cognatorum, etiamsi in eum contractum juraverit; dicam valere, argumento eodem, quod quæ lex possit efficere ob utilitatem publicam, eadem etiam possit consuetudo ob utilitatem publicam. Finge, sunt in aliqua Rep. adolescentes nostris impuberibus incautiores: cur in ea civitate non statueretur de suis adolescentibus, quod nos de nostris impuberibus, id est, ne quid agant, contrahant sine auctoritate cognatorum, ne jurati quidem: ut lege fœminis ob imbecillem sexum prohibitum est, ne nubant sine consilio suorum, licet sui juris sint, *l. 1. l. viduæ*, *C. de nupt.* Et ita olim ne quid fœminæ cujuscunque sint ætatis, gerant sine auctoritate tutorum. Et has sane sæpe leges solvunt jurejurando, *l. non dubium est. C. de legib.* Ne quis dicat, eam consuetudinem perjurium admittere, quod permittat minori non stare contractui, licet juraverit. Nam hæc dum permittit, solvit jusjurandum. Veniam dare lex potest jurisjurandi. Et consuetudo igitur. Denique ut dicam, quod res est, omnis consuetudo valet, si accedat publica utilitas sicut et quælibet lex civilis. Publica enim lex nunquam sejuncta est ab honestate.

Postrema quæstio est, *cujus civitatis mores sint sequendi in ordinando testamento?* Est quæstio cognitu dignissima. Tot fere sunt leges ordinandi testamenti, quot sunt civitates. Ego possideo bona in Gallia, Italia, Hispania, Germania, volo ordinare testamentum, et unum ex asse omnium bonorum hæredem scribere; cujus me regni leges observare oporteat. Dicunt plerique DD. dividenda esse bona pro regionibus, et bona Italica leganda esse morib. Italicis, id est, de his esse disponendum jure Italico, et sic de ceteris. Qua ex definitione sequi potest res absurdissima, ut quis decedat pro parte testatus, pro parte intestatus. Nam sunt regiones quædam, in quibus testamentis locus non

est. Bona igitur illius regionis non habebunt heredem ex testamento. Fiet pro parte legitimus, etiamsi non sit miles, et pro parte testatus, pro parte non testatus. Nolo igitur spectari situm regionum, sed dico, et decido, observare nos debere leges et mores patriæ testatoris, quod colligo ex *l. si non speciali*, *C. de testam.* quæ ait, testes testamentarios venire debere in conspectum testatoris, sed addit exceptionem, nisi patriæ privilegium hoc jus solemne remittat. Ergo jus patriæ potius spectatur, quam commune populi Romani. Et ita testamenta facta in peregrino solo, *l.* 2. *C. quemadm. testam. aper.* ajunt insinuari, et publicari in patria secundum leges et mores locorum. Ergo suæ patriæ, et civitatis moribus quemque testari. Et deportati cur testari non possunt? Quia nullius certæ civitatis sunt cives, *l.* 1. §. *si autem*, *de leg.* 3. quia nullam habent civitatem, ut secundum ejus leges testentur. Qua ratione Ulp. etiam *in fragm.* ait dedititios non posse testari, quia sunt apolides, id est, nullius civitatis cives, ut secundum eas testamenta faciant. Denique nolo, inquam, spectari locum in quo sunt bona, sed patriam testatoris. Duplex est, *patria*, una originis, altera domicilii. Imo est triplex, una originis, quam Tullius germanam vocat, alia domicilii aut incolatus, alia communis, ut Roma. Cujus ergo patriæ in ordinando testamento jus aut morem sequemur. Et dicam domicilii potius quam originis patriam spectari. Estque hac de re expressus locus Isocr. In Æginetico: Ἀνάγνωθι τὸν νόμον τῶν αἰγινητῶν κατὰ γὰρ τοῦτον ἔδει ποιεῖσθαι τὰς διαθήκας, ἐνθάδε γὰρ μετῳκοῦμεν. *Lege*, inquit, *leges Æginetarum. Nam secundum eas oportet testamenta fieri, quando in ea domicilium habemus.* Posset quis quo loco habet bona, eo nec esse originalis, nec incola, *l.* 4. *C. de incol. l. libertas*, §. *sola*, *inf. ad municip.* Et ejus loci nulla habebitur ratio in faciendo testamento, cum nec ejus habeatur ratio, ex quo ducimus originem, nisi et in eo sedem posuerimus rerum nostrarum, id est, domicilium. Denique domicilii tantum patria spectanda est in faciendo testamento.

Ad L. X.

Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

§. 1. *Juris præcepta sunt hæc: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.*

§. 2. *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia: justi atque injusti scientia.*

Quæ restant ad *l.* 10. *de definit.* justitiæ et jurisprudentiæ, non satis mihi explicasse videor in iis, quæ dixi, *ad l.* 1. *sup.* Igitur nunc exponam uberius. In hac lege 10 Justitia definitur esse *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.* Juris præcepta esse honeste, etc. Et postremo loco ponit definitionem jurisprudentiæ, esse rerum divinarum, etc. Hæc igitur lex est definitio justitiæ, jurisprudentiæ, et juris, id est, hujus artis, hujus studii æqui boni. Dicemus primum de definitione justitiæ. Virtutes aut sunt animi, aut corporis. De corporis nihil in jure agitur. Erit igitur sermo tantum de virtutibus animi, quarum aliæ sunt voluntariæ, aliæ nec voluntariæ. Virtutes animi non voluntariæ sunt, quæ snapte natura ingenerantur, ut Cic. 5. *de finib.* veluti docilitas aut memoria, quæ uno ingenii aut memoriæ nomine significantur. Hæ virtutes a natura incipiunt, innascunturque nobis, non etiam voluntate nostra. Aliæ sunt virtutes voluntariæ, quæ natura non ingenerantur, sed creantur ex voluntate primum, deinde ex consuetudine nostra, id est ex multis actionib. similib. Quid est consuetudo? Multæ actiones, vel multitudo actionum consimilium. Ex quibus virtutibus voluntariis est Justitia. Nam a voluntate incipit et creatur, crescitque paulatim assuescendo, jus suum cuique tribuens, ut omnis virtus moralis ex more venit, ex eoque nomen habet, id est ex consuetudine. Consuetudo creat habitum. Et is habitus est virtus, id est habitus est ea affectio, et qualitas animi, jam animo adhærescens, vel rursus, ea affectio vel qualitas animi constans et firma, quæ proniores nos facit ad sequendum bonum. Is, inquam, habitus virtus est, aut virtus nihil aliud est, quam is habitus. Et ita a Cicerone definitur Justitia esse habitus animi conservata utilitate communi, suam cuique tribuens dignitatem. Hæc est perfecta definitio. Nec tamen ideo male justitia definitur esse hoc loco voluntas. Nam est habitus voluntatis, *ut in Orat. pro Flacco*, pietas dicitur esse esse voluntas grata in parentes. Alii sunt habitus voluntatis, alii intellectus. Justitia est habitus voluntatis: aut voluntas recta et æqua in omnes. Jurisprudentia est habitus intellectus: vel intellectus, scientia, notitia justi et injusti. Et quia adiicit, *constans et perpetua voluntas*, eo satis manifestum fit, iis verbis demonstrari habitum voluntatis. Nam habitus est qualitas constans et perpetua, quæ ægre dividitur. Habitus est, ut Arist. ait δυσκινητώτερος, qui non facile eluitur, evanescit vel exarescit. Nihil distat, definias Justitiam esse habitum voluntatis, vel habitum animi volentis jus suum cuique tribuere; an constantem et perpetuam voluntatem jus suum, etc. Nam qui constantem et perpetuam voluntatem dicit, habitum dicit. Proinde his verbis, *constans et perpetua voluntas*, Justitia separatur ab aliis qualitatibus animi, quæ inconstantes et breves sunt, ut ab ira, invidia, cupiditate, et similibus affectibus, qui repente exoriuntur, et emo-

riuntur, quique animum movent et perturbant: illi non perturbant, non movent, sed tranquillum potius reddunt, ipsum imo animum quodammodo instruunt et informant. Sane is habitus flectit nos ad vitium sive ad virtutem. Nam non virtutes tantum, sed et vitia sunt habitus animi et qualitates. Nec obstat quod Tull. ait 1. *de legib.* Constantem et perpetuam rationem vitæ esse virtutem (quem locum plerique adaptant male ad h. l. definitioni Justitiæ) itemque inconstantiam vitium. Nam inconstantiam appellat deflexionem a recta via, quæ est origo vitii. Constantia autem origo virtutis, id est, recta animi ratio, recta voluntas atque conveniens. Nec obstat rursus, quod Lactantius ait, vitia esse temporaria, et virtutem constantem et perpetuam, ac parem sibi semper. Nam vitia dicit esse temporaria et brevia, ut ipsamet penitus non inhæreant, et tenaciter. Sunt enim habitus. Ergo hærent tenacius, nec facile divelli possunt. Sed quod verum, virtus non est temporaria et brevis: est enim in præsenti vita et in futura. Et quod igitur M. T. ait, virtutem esse constantem et perpetuam, nihil facit ad confirmationem Justitiæ nostræ. Sunt quidem eadem verba, sed non idem sensus, nec ideo his locis abuti debemus ad hanc definitionem explicandam.

Ergo, ut ad rem redeam, et vitia et virtutes quascumque, morales scilicet, habitus esse significare volo: et certe sunt habitus, aut nondum virtutes sunt neque vitia. Recte definias autem vitia et virtutes esse constantem et perpetuam voluntatem. Justitiam esse constantem et perpetuam voluntatem jus suum cuique tribuendi. Et odium esse perpetuam et constantem voluntatem irascendi alteri: odium esse inveteratam iram. Qua forma recte dices, *Justitiam*, esse inveteratam æquitatem animi. *Fortitudinem*, esse constantem et perpetuam voluntatem pugnandi pro æquitate. *Temperantiam*, esse constantem et perpetuam voluntatem moderandi cupiditates: et contra: sicut liberalitas apud Gell. 17. c. 6. definitur esse constantia perpetuæ benignitatis: ita recte definias Justitiam esse constantiam perpetuæ æquitatis: et similiter ceteras virtutes. Nam in definiendo verba commutari, vel traiici nihil vetat. Quid *morbus?* Infirma valetudo: aut infirmitas valetudinis. Quid *hæreditas*, successio universi juris, quod defunctus habuit: vel hæreditas est jus universum successionis. Et similiter Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi: vel est constantia perpetuæ voluntatis, etc. quæ constantia nihil aliud est, quam habitus.

Hæc autem verba, *Jus suum cuique tribuendi*, Justitiam separant a vitiis. Nam sunt quidem vitia, constans et perpetua voluntas, sed non qua suum cuique tribuitur. Hæc adjectio separat quoque justitiam a ceteris virtutib. Nam genus hoc, *constans et perpetua voluntas*, est commune cum ceteris virtutibus. *Jus suum cuique tribuendi*, est justitiæ proprium, quod differt a ceteris virtutibus. Separant quoque illa verba justitiam a justitia illa universali, quæ complectitur ceteras virtutes omnes, quæ dicitur a Philosophis justitia legalis, quia leges præscriptæ sunt de omnibus virtutibus. Hic non definitur justitia legalis seu universalis, sed particularis, quæ in hoc est solum, ut suum cuique tribuatur. Et consequenter hæc verba justitiam separant a jure, id est, ab arte boni et æqui, quæ jus dicitur: et non hoc tantum præcepto constat, ut suum cuique tribuatur, sed etiam ut honeste vivatur, et alter alterum non lædat. Nec alia ratione (quod notandum) definitioni justitiæ in h. l. subjecta sunt præcepta juris, quam ut jus a justitia distingueretur, ut jus quasi a præceptis summotenus quib. constat enumeratis definiretur. Quid est jus? Ars quæ his præceptis constat, honeste vivere, alium non lædere, suum cuique tribuere. Præceptum illud jus suum cuique tribuere est proprium Justitiæ. Illa autem duo, honeste vivere, alterum non lædere, sunt proprie modestiæ et temperantiæ. Et unum illud, honeste vivere, ad nos tantum spectat, non ad alios, ne quid agamus, quo videamur esse turpes, ne sermone, habitu, moribus dissoluti, luxuriosi simus, ne quid flagitiose agamus, quod vel nos commaculet solos. Cetera alia præcepta, non ledere ullum, et suum cuique tribuere, spectant ad alios. Præcepto ne lædamus alterum, deterremur a damno inferendo alteri, a furto, rapina, violentia. Præcepto, ut suum cuique tribuamus, jubemur suum cuique tribuere, puta rem cuique suam, quam possidemus, vel tenemus, vel debemus. Virtuti præmium et honorem, vitio supplicium. Item ut restituamus lucrum factum ex alterius damno. Nam his verbis, *Jus suum, etc.* continetur non tantum jus quod Arist. vocat δίκαιον διανεμητικὸν, idest, jus quod consistit vel in divisione præmiorum, vel in emendatione vitiorum: sed etiam quoties ex contrahentib. unus lucrum sensit, alter damnum. Dices non immerito jus, id est, artem istam boni et æqui non continere tantum præcepta justitiæ et temperantiæ, quæ sola his tribus præceptis contineri dixi, sed continere præcepta omnium virtutum, ut neque deserat ordinem in acie, ne fugiat ne arma abjiciat, præcepta pietatis, religionis, clementiæ, et generaliter justitiam universalem. Ego ante dixi, duo priora præcepta esse propria temperantiæ, tertium justitiæ. An ergo jus non continet aliarum virtutum præcepta? Imo vero, sed hic recenset summa et præcipua tantum. Nam summæ virtutes hæ sunt, justitia et tempe-

rantia. Cur Plato et Arist. sumunt exempla ta n tum a virtute et temperantia? Quia scil cet hæ sunt summæ et populares, et quæ latius patent, aut sunt necessariæ magis. Quid justitia magis necessarium, quid temperantia? Recte Menander, Temperantiam esse ταμίαν omnium virtutum. Omnia non possunt recenseri. His esto contentus NE PECCES IN TE, NEC IN ALIOS. Hoc quid non complectitur?

Notandum quoque, eo quod dicitur, Justitiam esse constantem, etc. sejungi eam non tantum a malis affectibus, qui brevi in animo mutantur, sed etiam a jurisprudentia. Nam non alia ratione subjicitur in hac lege defintio jurisprudentiæ, quam ut justitia distinguatur ab illa. Distincta est a jure, et juris exposita definitio ab enuntiatione summorum præceptorum, quæ latius patent, quam justitia Ethica. Distinguitur in extremo legis a jurisprudentia. Nam justitia est habitus voluntatis: Jurisprudentia habitus intellectus. Justitia virtus moralis: Jurisprudentia intellectualis. Justitia more paratur: jurisprudentia est, γνῶσις, doctrina. Est etiam, ut ait, jurisprudentia rerum divinarum atque humanarum notitia. Ergo sapientia. Nam hæc est definitio sapientiæ, hoc est commune cum sapientia, quod sapientia sit divinarum et humanarum rerum notitia, sed in eo solo non permanet, alioquin non distaret jurisprudentia a sapientia, ut species a genere. Non servat ergo Ulpianus hoc loco differentiam inter sapientiam et prudentiam, quam statuebant Stoici qui statuebant sapientiam esse divinarum atque humanarum rerum notitiam: prudentiam divinarum tantum. Hieronym. in *Esai. cap.* 5. non servat etiam eam differentiam, quam inter sapientiam et prudentiam statuebat Xenocrates ut Clemens Alexandrinus refert 1. στρωμάτων. Et Plutarchus *de virtutibus moralibus*, Prudentiam esse practicam: Sapientiam θεωρητικὴν, quæ in contemplatione versatur, qualis sane est jurisprudentia hoc loco, quia θεωρητικὴ non πρακτική.

Denique jurisprudentia est virtus seu sapientia, quæ consistit in cognitione divinarum atque humanarum rerum, quas quidem res divinas et humanas legumlator disponit, *l.* 1. *C. de vet. jur. enucl.* Ex hac igitur legum scientia fit, ut cognoscat quis res divinas et humanas, et simul justum et injustum, quod necesse fuit adjici, *Jurisprudentiam esse justi et injusti scientiam.* Nam non alio fine explorat res divinas et humanas, quam ut justum ab injusto discernat. Hæc est sapientia civilis, hæc jurisprudentia, hæc est absoluta jurisprudentia, non sapientia simpliciter, quoniam hæc latissime patet, sed sapientia, quæ consistit in cognitione justi, et injusti, non tantum si tractetur de rebus humanis, sed et de divinis. *L. pen. et ult. sup. ad l.* 1. fuit explicata.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Lib. II. In Tit. I. De Jurisdictione.

Ad L. I. II. III. et IV.

L. I. Jus dicentis officium latissimum est: nam et possessionem bonorum dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere judices litigantibus dare.

L. II. Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit.

L. III. Imperium aut merum est, aut mixtum est. Merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines. Quod etiam potestas appellatur. Mixtum est imperium, cui etiam juirisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.

L. IV. Jubere caveri prætoria stipulatione, et in possessionem mittere imperii magis est, quam jurisdictionis.

Lex 1. est de jus dicentis officio, quod dicitur officium jurisdictionis, *l.* 1. §. *an autem inf. de postul.* et officium juris dicundi, *l.* 1. §. *damus, de suspect. tutor.* quod quidem differt a jurisdictione, sicut genus differt a specie. Nam ut ostendit *hæc l.* 1. officium jus dicentis non tantum continet ea, quæ sunt jurisdictionis, ut Prætorem judicem dare litigantibus, quod esse jurisdictionis ait *l.* 3. *hoc t.* sed continet etiam ea, quæ sunt imperii, veluti bonorum possessionem dare secundum tab. vel contra tab. vel ab intestato, et in possess. mittere ex decreto, quod esse imperii ait *l.* 3. *et* 4. Continet etiam officium jus dicentis ea, quæ sunt neque imperii, neque jurisdictionis, ut tutorem dare pupillis vel curatorem, quod non esse imperii, neque jurisdictionis ait *l. muto* §. *tutoris, inf. de tutel.* Igitur officium jus dicentis late patet, cum ea omnia complectatur. Non ita late patet jurisdictio. Nam jurisdictio pars est officii jus dicentis. Jurisdictionem habent soli magistratus vel potestates, et quidem omnes. Imperium vero (quod scilicet mixtum dicitur) soli magistratus vel potestates habent, non tamen omnes *l. nec magistratibus, inf. de injur.* ut Magistratus municipales plane imperium non habent jurisdictionem habent, *l. ea quæ inf. ad municip.* Ædi-

les quoque imperium non habent, qui eleganter a M. Tull. appellantur *paulo amplius quam privati, act. 1. in Verrem.* Tutoris autem vel curatoris dationem habent etiam privati homines, ut patresfam. *ex l. 12. tab.* Et magistratus quidam, ut prefectus urbi, *l. pen. §. Romæ, inf. de excusat. tut.* Et hoc ex epistola Severi habet præfectus urbi, ut auguror, quæ fundavit jus præfecti urbi. Item tutoris dationem habent Prætor Urbanus, et Tribuni plebis ex leg. Attilia, ut ostenditur in Institut. et Præsides ex l. Julia et Titia; item Legatus Proconsulis habet tutoris dationem ex Oratione D. Marci. Ex ejusdem Marci constitutione tutoris dationem etiam habet Juridicus Alexandriæ, et Prætor tutelaris, quem ipse primus creavit. Et constitutione Claudii, Consules. Non tamen omnes Magistratus habent tutoris dationem, quoniam censorem habuisse, nusquam legitur, neque Quæstorem, scilicet antiquum Prætorem Reipublicæ Romanæ. Quæstor Justinianeus habet, de quo in *Nov.* 80. de quo etiam est accipiendum, quod est scriptum apud Harmen. *lib.* 5. *t.* 9. *a Quæstore curatorem datum*, scilicet novo, hoc est, Justinianeo. Igitur ea, quæ sunt imperii sive jurisdictionis, qui jus dicit, hoc est, Magistratus vel potestas ea habet proprio jure, hoc est, quia est Magistratus. Tutoris dationem non habet sui natura, sive suo jure, sed ex l. sicut privatus quoque eam habet ex lege, non suo jure ut pater. Sic etiam pleraque alia Magistratus habet ex lege, non suo jure, quod sit Magistratus, hoc est, multa alia sunt legis, non jurisdictionis, aut imperii mixti; velut extraordinariæ cognitiones omnes, quæ nominatim certis ll. Magistratibus injunguntur, ut cognitio de transactione alimentorum, quæ committitur specialiter ex Oratione D. Marci Prætori vel Præsidi; et cognitio de suspecto tutore ex Constitutione Severi et Antonini, quæ cognitiones possent similiter a privatis, hoc est non habentibus jurisdictionem, exerceri, si lex daret. Item merum imperium lege datur Magistratibus, vel legibus publicorum judiciorum, nec competit jure magistratus, *l. 1. sup. de offic. ejus cui mand.* Imperium merum non definio esse publici judicii exercitionem, sed jus graviter animadvertendi, coercendi, verberandi, belli gerendi, nominatim lege datum. Dico *graviter animadvertendi*, *etc.* ex *l. si quid erit*, *sup. de offic. procons.* dico, *belli gerendi* nam potestatem belli gerendi, et tenendi exercitus hoc nomine contineri declarat M. Tull. in 5. *Phil.* In *l. 3. h. t.* Merum imperium definitur gladii potestas simpliciter, quoniam hæc est summa pars meri imperii, nempe capitis animadversio, vitæ ademptio; sed continet etiam merum imperium jus damnandi in metallum, jus deportandi, relegandi atrociter verberandi, jus confiscandi. Hæc omnia non competunt jure Magistratus, sed dantur ll. specialiter, non tantum Magistratibus, sed etiam privatis quandoque: quo pertinet valde *l. aliud est fraus §. ult. de verb. sign.* Ait *l.* differentiam esse inter *multam et pœnam.* Nam multam dicunt soli Magistratus, pœnam irrogat (quod est meri imperii) quilibet, hoc est etiam non Magistratus, cui lex dederit criminum exsecutionem. Et ita Pompejus missus cum imperio adversus Sertorium privatus erat. *Cic. in* 11. *Philip.* Igitur missus erat cum imperio mero nominatim lege dato ut Festus interpretatur, quæ verba omisi in definitione meri imperii. Illud etiam sciendum est, hæc omnia quæ sunt meri imperii, non semper in unam personam concurrere, quoniam lex non dat semper uni omnia. Sepe ei, cui datur jus gladii, non datur jus deportandi vel confiscandi, atque ita ille minori carebit potestate, cum non careat majore. Et inde nullum argumentum sumendum est, quoniam hoc totum facit lex. Veluti præsidibus provinciarum datum est jus gladii et gestandi, et exercendi ex lege Augusti, ut Dio scribit libro 53. *l. illicitas §. qui universas, de offic. præsid.* Non tamen omnibus præsidibus semper dabatur jus gladii. Et hic etiam non valet argumentum hoc: ille præses habet jus gladii, ergo et ille præses habebit. Id dirimet legis voluntas: quam in rem notanda est *l.* 4. Proconsulibus initio non est datum jus gladii, ut idem Dio scribit, d cit. §. *qui universas, jus gladii*, dicit gladii potestatem *l.* 3. Idem dicitur jus ferri. Lucanus *lib.* 5. loquens de Dictatore. Justinian. in Edicto 8. ξίφος. Sic Lamprid. in Alexand. *Honores juris gladii aliis decerni non est passus.* Augustinus *in epistola* 61. *Nullis legibus jus gladii accepisti.* Ex quo loco apparet, jus gladii lege dari non proprio jure, hoc est, Magistratus jure competere. Verum ad rem Præsidibus, qui habent jus gladii, jus deportandi non est, *l. inter pœnas*, §. 1. *de interdict. et releg.* Ratio, quia datum non est: eis etiam non est jus confiscandi, *l. 1. C. ne sine jussu princip.* Itaque in tractatu meri imperii non valet argumentum a majori ad minus, vel contra. *Merum* autem imperium sic appellatur, quod sit separatum a jurisdictione, hoc est, quod non competat jure Magistratus, ad differentiam mixti imperii, quod jurisdictioni cohæret, quod competit jure Magistratus et ideo non est merum, sed mixtum, *l. ult. sup. de offic. ejus cui mand. est jur.* Merum imperium non vocatur alibi, quam in *l.* 3. *et in d. l. ult.* et apud Zonaram in Basilio Porphyrogeneto vocat ἄκρατον ἐξουσίαν, id est *merum imperium*, Græci vocant τὸ κράτος ἄκρατον, etc. M. Tull. in 2. *Agrar.* intelligens merum imperium, et belli gerendi pote-

statem, ait: *summo cum imperio judicioque omnium rerum.* Separat imperium a judicio, hoc est, a jurisdictione. Nam sæpe in lib. nostris, ut judicem accipimus pro Magistratu, non pro delegato judice, sed pro ordinario, ita etiam judicium sive judicationem accipimus pro jurisdictione, *l.* 1. *in fin. inf. de judic.*

Sed nunc, ut propius accedamus ad definitionem mixti imperii et jurisdictionis, sciendum est, mixtum imperium vel jurisdictionem non continere ea, quæ sunt legis et ideo non tam late patere, quam officium jus dicentis. Continentur officio jus dicentis, non etiam continent officium jus dicentis. Tutoris datio est legis; ergo non continetur imperio vel jurisdictione. Prætor tutorem dat, non quia est Prætor vel Magistratus, sed quia hoc jus ei dedit lex Attilia; et ideo si Prætor Titio mandat jurisdictionem suam (ut potest) in Titium non transit jus dandi tutoris, quoniam mandat quæ sunt jurisdictionis, non ea quæ sunt legis, quæ etiam non possunt mandari. Eadem ratione in legatum Proconsulis mandata jurisdictione, ex mandato illo non tsansit proprie jus dandi tutoris, id tamen habet, non quia mandata ei est jurisdictio Proconsulis, sed quia oratio D. Marci id ei dedit, *l.* 1. *inf. de tut. et curat. dat.* Imo et in legatum Proconsulis non transit jus dandi judicis ex mandato jurisdictionis, quoniam Proconsul habet jus dandi judicis ex lege, non vi Magistratus: Prætor habet suo jure, *l. cum prætor de judic.* Neque obstat *l. legatus*, *de officio Proconsul. inf.* quæ ait, legatum Proconsulis, mandata jurisdictione, posse judicem dare; hoc ideo, quia lex ei certa quædam dedit, ut indicat *d. l. cum prætor:* nam ait Proconsulem lege judicem dare. Subjicit postea, legatum dare quoque, lege scilicet, sed non ante potest dare, quam ei sit mandata jurisdictio. Ita etiam accipienda *l. legatus.* Sic etiam constitutione Severi et Antonini legatus Proconsulis mandata sibi jurisdictione potest cognoscere de suspecto tutore, non ex mandato proprie (quia Proconsul non jure mandat, quod habet ex lege) sed ex illa constitutione. Et quantum ad hanc speciem attinet de suspecto tutore officium juris dicundi in legatum transit ex constit. *l.* 1. §. *damus*, *de suspect. tut.* quod introductum est specialiter propter utilitatem pupillorum, ut ait *l. pen. sup. de offic. ejus.* Transit etiam officium in eum juris dicundi, quantum attinet ad judicis vel tutoris dationem, ut diximus *sup.* non tamen quantum ad alia omnia attinet. Nam merum imperium in eum non transit, *l.* 1. §. *ult. sup. de offic. ejus*, *l. si quid erit*, *de offic. Procons.* Ad quam *l.* valde notandum est, quod dixerunt Greci, posse defendi, legatum ex lege propriam jurisdictionem habere, non prorsus ex mandato, non tamen eam habere, nisi sit mandata jurisdictio: nam potest esse legatus sine mandato; datur Proconsuli legatus eique mandatur jurisdictio, cum est ei commodum. Idque confirmat *l. legatus*, *supr. de offic Procons. legati*, ait, *nihil habent proprium, nisi mandata jurisdictione*: ergo post mandatum videntur habere proprium. Id etiam confirmatur ex *l.* 2. *inf. quis et a quo appell.* Ea lex ostendit, a legato Proconsulem appellari, quod est absurdum, nisi dixeris legatum habere aliquid proprium, alioquin videbitur idem a se ipso appellari. Quare ab eo, cui Prætor mandavit suam jurisdictionem, quia hic nihil habet proprium, sed quicquid habet, habet beneficio et mandato Prætoris, ab eo, inquam, non appellatur Prætor, ne videatur idem a se ipso appellari, *l.* 1. *eod. t.* Legati diversa causa est. Inde mixtum imperium sic est definiendum. *Mixtum imperium est, quod non lege datur, sed jure magistratus et potestatis*: hoc est, quod ait *l.* 1. cui jurisdictio ipsa inest, nec ulli alii competit, quam Magistratui. Hanc definitionem paulo diligentius excutiamus. Ex ea definitione colligitur, mixtum imperium competere solis Magistratibus. Nam cum mixtum imperium mixtum sit jurisdictioni, jurisdictio ipsa autem soli Magistratui competat, consequens quoque est, etiam mixtum imperium competere. *Merum autem imperium non tantum Magistratibus competit, sed etiam privatis nonnunquam.* Nec Magistratui competit, quod sit magistratus, sed quod lex vel constitutio dederit: non omnibus tamen Magistratibus competit mixtum imperium, sive omnia ea, quæ sunt mixti imperii. Ut Magistratibus municipalibus non licet restituere in integrum, non licet jubere cavere prætoriis cautionibus, et in possessionem mittere, non licet eis jubere possidere ex secundo decreto, *l. ea quæ, j. ad Municip.* Non licet etiam bonorum poss. dare, aut non licuit olim, cum dabatur bon. possess. Hodie non datur bonorum possessio, sed agnoscitur a successore, et sufficit contestatio agnitionis seu agnoscendæ et amplectendæ bon. possess. nec necessaria est datio. Et hæc contestatio hodie recte fit apud Magistratum municipalem, *l. ult. C. qui admitti ad bonor. possess. poss.* At cum dabatur bonorum possessio, non dabatur a Magistratibus municipalibus. Non possunt etiam Magistratus municipales judicem dare, sive jubere judicare, quod idem est. Nam si Magistratus provincialis, puta Proconsul, non potest proprio jure judicem dare sine lege, *l. cum prætor. de jud.* multo minus id poterit Magistratus municipalis suo jure, quod sit Magistratus, judicem dare. Sed et a Proconsule sive Præside mandari non potest Magistratui provinciali, ut judicem det, quoniam Præses hoc habet ex lege. *Quæ ex lege habemus non manda-*

mus, quæ jure nostro habemus, quod simus Magistratus, ea recte mandamus, vel generaliter, vel specialiter. Atque ita superiora omnia mandari possunt Magistratibus municipalibus, videlicet ut restituat in integrum, ut det bonor. possessionem, ut mittat in possessionem, ut jubeat possidere, in *l. pen. §. ult. sup. de officio ejus cui mand. est jur. l. 2. §. 1. inf. de dam. inf. l. ult. C. ubi et apud quem.* Nam illa omnia competunt jure Magistratus, sive legis beneficio speciali: sed etiam a Prætore, et Magistratu quolibet fere urbano, judicis datio alteri mandari potest, quia Magistratibus urbanis competit proprio jure, more majorum, ut ait *l. cum prætor.* Quodcunque habent *more majorum*, suo jure habent, nec opus est in eis speciali lege: igitur hæc omnia habent Magistratus urbani proprio jure, scilicet possess. dare, in integrum restituere, jubere cavere; vel si non caveatur, in possessionem mittere, et deinde jubere possidere, duobus decretis, item jubere judicare. Eadem etiam habent Magistratus provinciales, excepta judicis datione, et ea omnia sunt mixti imperii. Quæritur, an ea omnia etiam sint jurisdictionis? Sic sane necessario. Nam huic imperio mixta est jurisdictio, et hæc est vera definitio mixti imperii. In *l. 31. Mixtum Imperium,* inquit, *est, cui jurisdictio inest*, hoc est, quod jure magistratus, sive jurisdictionis competit, nec lege datur, sicut merum imperium. Atque ita vere possum dicere, bonorum possessionem dare, esse jurisdictionis. Sicut dixit Harmenop. 1. *Epit. t. 4.* Dicam etiam jubere possidere, esse jurisdictionis, ut *l. 1. et 2. de damn. infec.* Sic etiam judicem dare, et in integrum restituere, et cetera quæ sunt imperii mixti, dicam esse jurisdictionis. Rectius dicam ea esse imperii. Nam id quod duplex est, sive junctum, ab eo quod majus est, nomen accipere solet, ut honestum, quod est etiam utile, honestum simpliciter dicitur. Huic sententiæ nihil obstat *l. 4. h. t.* jubere cavere, et in possessionem mittere, esse magis imperii, quam jurisdictionis. Lex his verbis non negat id esse jurisdictionis, quoniam *magis* ponitur in comparationem: igitur composita est vis magistratus propria ex imperio et jurisdictione: sed quædam accedunt ad imperium plus, quam ad jurisdictionem, ut jubere possidere, jubere judicare, possessionem dare bonorum, in integrum restituere. Hæc sunt majoris cujusdam potestatis, quam sit jurisdictio simplex, qualem habet magistratus municipalis. Nam simplicem tantum jurisdictionem habet. Et ita recte Græci ad *d. l. ea quæ*, ajunt: magistratus municipales non habere ea, quæ sunt majoris potestatis, jurisdictionem simplicem habere. Dices, ex his quæ supra dicta sunt, colligitur, jubere judicare, hoc est judicem litigantibus dare, esse magis imperii mixti, quam jurisdictionis. Id est verissimum, et omni affirmatione confirmandum. Et ita in *l. cum prætor, inf. de jud.* Jurisconsultus scribit: Magistratus urbanos judicem dare propter vim imperii. Et ita etiam in antiquis ll. de limitibus agrorum, jurisdictio, simplex scilicet, separatur a judicis datione (inquiunt) *de eadem re jurisdictio, judicisque datio et addictio esto.* Qui locus indicat aperte, quid significent hæc tria verba Prætoris: *do*, *dico*, *addico.* Do judices, dico jus, item *addico*, quod fit varie, ut in cessione, quæ fit in jure, hoc est apud Prætorem, addicit ei rem Prætor, cui ceditur: addicit etiam in judiciis duplicibus, in judicio familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, addicit bona libertatum conservandarum causa. Sic igitur jurisdictio; simplex scilicet, a judicis datione separatur, hæc est magis imperii quam jurisdictionis. Neque obstat *l. 5. h. t.* quæ videtur definire, jurisdictionem esse judicis dandi licentiam. Nego in illa *l.* ullo genere definiendi simplicem jurisdictionem definiri. Lex proponit hoc tantum initio, duplex esse Imperium, *merum*, *et mixtum*, de jurisdictione nihil proponit. Ut proponit, sic cetera sequuntur aut sequi debent. Definit deinde merum imperium esse *gladii potestatem* a maxima sui parte, et majoris momenti: definit deinde mixtum imperium esse id, *quod jurisdictioni adjunctum est;* et hujus imperii mixti duo proponit exempla, *bonor. possess. dare, et judicem dare.* Ait, mixtum imperium est, *cui etiam jurisdictio inest*, hæc est definitio: sequitur, *quod in danda bonorum possessione consistit, etc.* quod est unum exemplum, dum ait: Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. Expendendum est illud *etiam*, quo articulo demonstratur, hoc velle Ulpianum, imperium mixtum jurisdictioni, sive jurisdictionem mixtam imperio, de qua sola tractat, non de simplici, non tantum bonorum possessionis dandæ, sed etiam judicis dandi licentiam esse. Jurisdictio igitur etiam illa, scilicet quæ mixta est imperio, est etiam judicis dandi licentia, nedum bonorum possessionis dandæ licentia. In hac *l.* de jurisdictione simplici nihil tradit. Sciendum illud est, recte nos dicere, duo proponi exempla mixti imperii. Nam sunt pleraque alia jura, sunt multæ aliæ licentiæ, quæ sunt mixti imperii, ut licentia restituendi in integrum, in possessionem mittendi, et jubendi possidere. Ea supra denegantur magistratibus municipalibus. Sunt etiam quædam alia mixti imperii, sine quibus jurisdictio expediri non potest: hæc dantur etiam magistratibus municipalibus et omnibus jurisdictionem habentibus, uti est modica coercitio, *l. ult. de officio ejus.* Modica coercitio, hoc est, fustium vel flagellorum castigatio non atrox. Nam atrox verberatio est meri imperii, item pignorum capio, corpo-

ris retentio in carcere, et mulctæ dictio. Et hæc sunt meri imperii, *l.* 9. §. *ult. ad l. Jul. peculat.* Prætor urbanus gravem coercitionem habet, *l.* 8. §. *si in locum inf. de religios.* habet etiam pignorum capionem, et mulctæ dicendæ jus, *l.* 1. §. *cogenda*, *de vent. inspic.* Et generaliter Prætor habet omnia quæ sunt mixti imperii. Magistratus municipalis non habet omnia, quæ sunt mixti imperii, sed necessario ea tantum, sine quibus jurisdictionem suam explicare et exsequi non potest. Alioquin frustra haberet jurisdictionem, nisi eam posset tueri et exsequi. Huc pertinet *l.* 2. *hoc t.* Et ita habet pignorum capionem, si ei jus dicenti non pareatur, cogit sibi pareri captis pignorib. *l. quemadmodum* §. *magistratus*, *j. ad l. Aquil.* habet etiam modicam coercitionem in corpus, *l.* 12. *h. t. l. si privatus, qui et a quib. manu.* Quod illa lex ait de castigandis servis a magistratibus id est accipiendum, a municipalibus scilicet. Et ita Græci accipiunt ἐκ τῶν στρατηγῶν. Sciendum est, illam *l.* 2. *h. t.* esse omnino conjungendam cum *l. quemadmodum*, *j. ad l. Aquil.* Utraque est ex eodem libro, et utraque est referenda ad legem Aquiliam, hoc modo: ut magistratus municipalis tenetur l. Aquilia, si pignora acceperit, et ea reddat corrupta, vel si pignori capta animalia fame necarit: ita etiam, si servum occiderit, quasi magistratus tenetur l. Aquil. Hæc est mens *l* 12. quia injuria occidit, cum non possit sumere ultimum supplicium de servis, cum tantum habeat modicam coercitionem. Item *l.* 4. *h. t.* conjungendum videtur quod est scriptum in *d. l. ea quæ*, primo libro ad edict. licet ab auctoribus diversis. Itaque hæc conjunctio indicabit, ideo in *l.* 4. *h. t.* Jurisconsultum monere, in possessionem mittere, esse magis imperii, quam jurisdictionis, ut intelligatur magistratum municipalem non posse jubere cavere, et in possessionem mittere. Adjecit tamen Jureconsultus, magistratum municipalem habere jurisdictionem usque ad certam summam. Id etiam tradit Paul. in 5. *Sent. t.* 4 Vel etiam in majori summa inter volentes, *l. inter, inf. ad municip.* quæ est ex eod. libro. Puto etiam magistratum municipalem habuisse mulctæ dictionem, quod plerique negant. Nam hanc habent omnes quibus publice jurisdictio est, *l.* 1. *in fi. j. de jud.* Magistratibus municipalibus publice est jurisdictio, quæ patet omnibus. Ergo habet mulctæ dictionem. Procuratori Cæsaris publice jurisdictio non est: nam jus dicit inter certas personas, ergo mulctæ dictionem non habet. Sed alia est causa magistratus municipalis: item dum prohibetur defensoribus civitatum, ne mulctam infligant, *l.* 5. *de defens. civit.* satis indicatur id permitti magistratibus municipalibus. Non obstat *l.* 1. *inf. si quis jus dic. non obtemper.* quæ lex non loquitur de mulctæ dictione, sed de pœnali quadam actione. Certum est etiam de Duumviris, eos esse sine imperio in *l. nec magistratib. inf. de injur.* habent tamen coercitionem modicam, alioquin inanis esset eorum jurisdictio, *l. eos qui, de decur.* Habent etiam ædiles mulctæ dictionem, auctore Gellio *lib.* 10. *cap.* 6. Et si hi, qui sunt sine imperio, habent mulctæ dictionem, multo magis eam habet legatus proconsulis, cui plenum imperium mandatum est, quod quidam impudenter negant, licet id probet aperte *l.* 2. *inf. quis et a quo appell.* Conclusio est, mixtum imperium solis magistratibus competere, sed non omnibus. Sunt magistratus qui imperium mixtum suæ jurisdictioni habent, sunt qui simplicem tantum jurisdictionem habent, veluti Duumviri et ædiles urbani. Non potest esse imperium sine jurisdictione: jurisdictio potest esse sine imperio, non tamen sine iis, sine quibus jurisdictio explicari non potest, alioqui esset ludibrio ea jurisdictio, veluti sine modica coercitione, pignoris capione, corporis retentione et mulctæ dictione. Et hanc jurisdictionem simplicem definiemus infra. Quidam ita jurisdictionem definiunt *publicam potestatem juris dicund.* Publicam potestatem audio: quid sit jus dicere quæro? Nam qui sciam quid sit jus dicere, cum nesciam quid sit jurisdictio? Igitur hæc definitio idem per idem declarat, atque ideo vitiosa est. Publicam potestatem definiri non fero. Nam publica potestas ea est, quæ publice omnibus patet, quam omnibus invocare licet. Quædam est jurisdictio non ejusmodi, ut est jurisdictio procuratoris Cæsaris, quæ publice omnibus non patet, cui si esset publica jurisdictio, esset et mulctæ dictio, quæ tamen non est, *l.* 3. *C. de modo mulctar.* Quod si publicam potestatem ita accipias, quod detur publice, idest, per populum, vel per Principem, tunc hoc sensu facile feram potestatem publicam dici. Igitur ambiguum est illud verbum. Sic proprius videtur definienda jurisdictio; *notio et definitio causarum, quæ magistratui proprio jure competit*. Nominis ratio hæc est, quod ea notione et definitione rei sive causæ, jus statuitur jus suum cuique reddatur. Jus dicere, jus statuere, ut in tit. seq. jus reddere, justitiam exhibere, omnia idem valent. Notionem facio genus ex *l. notionem*, *de verb. signific. et l. ait prætor*, *inf. de re jud.* Quibus legibus perperam utuntur, qui ex eis colligunt, jurisdictionem esse genus, cognitionem sive notionem speciem, cum ex diverso, illæ leges hoc potius probent, latius patere notionis nomen, quam jurisdictionis. Ait *l. notionem*: notionem accipere debemus et cognitionem et jurisdictionem, hoc est, notionis nomen complectitur non

tantum judicis dati sive delegati, qui nullam habet jurisdictionem sed etiam magistratus, qui jurisdictioni præest, cognitionem: inter eas tamen multum interest. Judex datus cognoscit ex jussu, quia jussus est judicare, magistratus cognoscit suo jure. Judicis dati cognitio executionem non habet, nisi magistratus, qui dedit judicem, eam exequatur, hoc est, judex datus cognitionem habet, executionem non habet suæ sententiæ *l. a D. Pio*, *inf. de re judic.* Magistratus autem jus et vires executionis habet, quibus et suam et judicis a se dati sententiam exsequitur, id quod est extremum jurisdictionis, *l.* 1. §. 1. *si quis jus dic. non obtemp.* Nego autem jurisdictionis verbo significari notionem etiam dati judicis. Nam *l. ait prætor,* qua moventur, qui contra sentiunt, non reprehendit Prætorem, quod jurisdictionem acceperit pro cognitione judicis dati: sed quod latiori verbo uti debuerit, quod angustiori verbo usus sit jurisdictionis: debuit enim Prætor uti latiori verbo, ut complecteretur non tantum a magistratu, sed etiam a judice dato res judicatas: itaque non debuit scribere, *cujus de ea re jurisdictio est.* Nam id verbum est angustius, eo verbo species significatur, sed debuit scribere, *cujus de ea re notio est. Etenim*, inquit, *notionis nomen etiam ad eos pertinet, qui jurisdictionem non habent, sed habent aliqua alia de causa notionem*: etenim notionis nomen latius pateret quam jurisdictionis, nec opus esset suppletione. Conclusio hæc est. Nunquam jurisdictionem accipi pro cognitione judicis dati, notionem tamen sive cognitionem utrumque complecti, et genus esse, species autem duas, cognitionem judicis dati, et jurisdictionem.

Male etiam quidam negant, *judices datos*, proprie cognitionem habere, atque ita efficiunt, ut judices dati, neque habeant jurisdictionem, quod est certum, neque cognitionem, quod est falsum. Moventur ea ratione, quod judices dati non cognoscant nisi jussu: male est hæc ratio. Nam exempli gratia, si judex datus a Prætore judicaret vice Prætoris, certe proprie judicium et cognitionem non haberet, idque exemplo ejus, cui Prætor mandavit jurisdictionem suam, qui proprie jurisdictionem non haberet, et cum cognoscit, de re, causa, vel lite, non ipse videtur jus dicere, sed Prætor qui mandavit, *l.* 16. *h. t.* Et ideo ab eo non appellatur Prætor, sed alius, qui habet majus imperium, perinde ac si ipse Prætor jus dixisset, *l.* 1. *inf. quis et a quo appell.* At judex datus a Prætore non dicitur vice Prætoris judicare, sed sua, licet ex jussu Prætoris, cum Prætor, etiam cogatur eum judicem dare litigantibus jure ordinario, cum cogatur eum sortiri ex certo ordine hominum, et dare litigantibus: ergo judex datus proprio jure cognitionem habet, non ex jussu solo. Quam ob rem frequenter dicitur cognitio in libris nostris, *l.* 1. *C. qui pro sua jurisdict. jud.* Sicut etiam legati Proconsulis habent jurisctionem non tam ex mandato Proconsulis quam proprio jure, licet non antequam eis mandata sit jurisdictio a Proconsule. Ideoque sicut a legatis Proconsul appellatur, qui mandavit, ita etiam judice dato, qui dedit judicem, appellatur, *l.* 1. *inf. qui et a quo appell.* Alius ergo videtur esse qui dedit, et judex datus proprio quodam jure cognovisse et pronuntiasse. Dixi in definitione, *quæ proprio jure magistratui competit*, ut quod in datione bonorum possessione et judicum datione consistit, *l.* 3. *h. t.* Aliud datur lege speciali, ut quod in vita reis adimenda consistit in jure gladii, de quo valde notanda est inscriptio quædam Neapolitana, quam supra omisimus, in qua est, M. METIO PRÆFECTO ANNONÆ URBIS SACRÆ CUM JURE GLADII. Ex qua apparet præfectum annonæ interdum habuisse jus gladii, ut vero habuerit, beneficio speciali necesse est. Hoc est maxime contra eos, qui scribunt vix esse, ut in urbe magistratus ullus potestatem gladii habuerit. Est etiam in eos alia inscriptio urbis Romæ, quam refert Alciat. in lib. 2. *Parerg. cap.* 19. in qua Apronianus præfectus urbi mandat formam interdicti, et dispositionis suæ servari sub gladii periculo habuit ergo præfectus urbi jus gladii, qui omnia crimina sibi vindicabat ex epistola Severi. Sunt et multi alii illorum errores, sed meam sententiam protulisse satis sit.

Est et alia quædam divisio jurisdictionis, ut alia sit contentiosa, alia voluntaria. Contentiosa est inter litigantes, h. e. litigiosa. Voluntaria est, ut cum magistratus servos alienos manumittit vindicta, volentibus dominis, cum filios alienos emancipat, volentibus patribus, cum adoptat. Et hæc fiunt inter eos qui presentes in jure sunt sponte, et ideo voluntaria jurisdictio hæc dicitur. Et hæc quidem notio est quædam, quæ magistratui proprio jure competit, et competit facilius quam contentiosa. Nam Proconsul aut præses contentiosam non habet antequam provinciam ingressus sit, hoc est, non habet jus cognoscendi inter litigantes, voluntariam habet statim atque urbe Roma est egressus, in ipso itinere, *l.* 2. *de offic. procons.* Et ita Plin. *lib.* 7. *Epistolarum* 16. scribit, cum Proconsul quidam Beticæ peteret Beticam, et transiret per Ticinum, rogatus est manumittere servos alienos, atque ita in ipso transitu exercuit voluntariam jurisdictionem. Hæ omnes notiones sunt jurisdictionis potius, quam imperii. Nam non sunt

majoris cujusdam potestatis, ut bonor. posses. dare vel jubere possidere vel in possessionem mittere invitis dominis, vel in integrum restituere, hæc sunt potius imperii quam jurisdictionis Hoc plus est quam cognoscere, et ideo hæc non omnes magistratus habent: at jurisdictionem simplicem omnes magistratus vel potestates habent, et hoc amplius, ea etiam, sine quibus illa jurisdictio explicari, expediri, et exsequi non potest. Hæc de leg. 1. 2. 3. 4.

Ad L. V. et VI.

L. V. More majorum ita comparatum est ut is demum jurisdictionem mandare possit, qui eam suo jure, non alieno beneficio haberet.

L. VI. Et quia nec principaliter ei jurisdictio data est nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam jurisdictionem, ideoque si is qui mandavit jurisdictionem, decesserit antequam res ab eo, cui mandata est jurisdictio, geri cœperit: solvi mandatum, Labeo ait, sicut in reliquis causis.

Utraque lex est *de mandato jurisdictionis.* Et hoc proponitur in principio *l.* 5. eos, qui jurisdictionem habent suo jure, h. e. magistratus populi Romani posse eam mandati genere in alium transferre. Et hoc ait *l.* esse comparatum more majorum, et *l.* 1. §. *qui mandatam, sup de offic. ejus cui mand.* quod magistratus habent more majorum, id suo jure habent. Et sic more majorum habent judicum dationem *l. cum prætor, inf. de jud.* Et ideo datio judicum, quæ competit magistratibus urbanis, recte tribuitur misto imperio *l.* 3. Sic etiam more majorum habent mulctæ dictionem. Gell. lib 11. *c.* 1. Et hoc jus mandandi habent more majorum propria jurisdictione, *l.* 5. *h. t.* Mandant autem universam jurisdictionem suam, sive generalem, ut ait *l. pen. sup. de offic. ejus cui mand.* vel mandant jurisdictionem inter certas personas tantum, omnem tamen. Vel mandant jurisdictionem de specie una tantum, de lite una tantum *l.* 16. *et* 17. *h. t.* ut quam in causam (ut ait *l.* 17.) *Prætor advocatus adfuit ante præturam, de ea post magistratum seu præturam ipse jus non dicet, sed mandabit jurisdictionem alteri,* quod notandum: non potest quis jus dicere in ea causa, in qua advocatus adfuit: nam non potest etiam adsidere jus dicenti in ea causa, in qua uni parti advocatus adfuit, *l. ult. C. de adsessor.* multo minus jus dicere et præesse tribunali. Non potest etiam testimonium dicere in ea causa, *l. ult. inf. de testib.* Eo autem mandato jurisdictionis vel generali vel speciali non tantum transferretur *jurisdictio simplex,* hoc est, notio causarum sive litium, sed etiam mixtum imperium. Ergo is, cui mandata est jurisdictio, potest judicem dare, bon. poss. etc. Merum imperium non transfertur, cetera etiam omnia, quæ lege specialiter dantur, non transferuntur nec possunt transferri, cum magistratus ea non habeat proprio jure, sed speciali legis indulgentia, *l.* 1. *et* 2. *sup. de offic. ejus.* Addatur exceptio, nisi si qua excepta sint specialiter lege aut constitutione, ut cognitio de suspectis tutoribus lege datur specialiter, et nihilominus mandata jurisdictione transfertur in mandatarium ex constitut. Severi, propter utilitatem pupillorum, *l. pen. eod.* Porro is, cui mandata est jurisdictio, proprie eam non habet, quia nec magistratus est, nec potestas, quia vice ejus qui mandavit jus dicit, non sua, *l.* 16. *h. t. l.* 3. *sup. de offic. ejus.* Et ut ait *l.* 6. *h. t.* principaliter ei jurisdictio non est data, et lex ei jurisdictionem non defert, id est, nec magistratum eum, nec potestatem facit, sed confirmat lex mandatam jurisdictionem: ergo dat et defert suo quodam modo, sed non principaliter, sicut qui confirmat tutorem dat, *l. idem fiet, inf. de test. tutel.* et exigit satisdationem, ac si daret tutorem. Sic confirmat lex mandatam jurisdictionem, vult inutile mandatum censeri. Et hoc sensu etiam dicimus legem Vellejam confirmare testamentum, hoc est, nolle corrumpi testamentum successione, *l. si hæreditas, §. quidem, de testam. tut.* Lex Cornelia confirmat testamantum, hoc est, non patitur rumpi *l.* 12. *de liber. et posthum.* Lex 12. tabul. confirmat testamentum eodem sensu *l. leg. inf. de verbor. signif.* Non omnino male Accursius in *l.* 6. *confirmat* inquit *dum non infirmat,* quia, is qui mandata est jurisdictio, eam non habet proprio jure, sed alieno beneficio, alieno nomine. Ideo, eam rursus non potest mandare alteri, *l. ult. sup. de offic. ejus.* Eadem etiam ratione, sicut omne mandatum finitur morte mandatoris re integra: ita etiam hoc genus mandati finitur morte ejus qui mandavit jurisdictionem, re integra, antequam res geri cœperit a mandatario, hoc est antequam sit aditus a litigantibus, *l.* 8. *h. t.* Potest tamen judicem dare, quoniam hoc est mixti imperii, quia mistum imperium transit, *l.* 1 *in fin. de officio ejus.* Et generaliter, exsequi potest omnia, quæ sunt imperii et jurisdictionis, universam jurisdictionem rursus alteri mandare non potest. At quid dicemus *de legatis proconsulis,* qui non tam ex mandato, quam proprio jure jurisdictionem habent, an hi etiam non possunt eam jurisdictionem alteri mandare? Sic videtur. Nam judices dati sive delegati, cognitionem non tam ex jussu, quam proprio jure habent, alium cognitorem facere non posssunt, *l. a judice, C. de judic.* Ergo et legatus Proconsulis similiter alium legatum non faciet. Rursus an etiam morte Proconsulis exstinguetur potestas legatorum? Hac in par-

te subsisto. Nam hoc non est temere affirmandum, exstingui potestatem morte. Regulariter sicut morte, ita etiam voluntate mandatoris re integra mandatum finitur. At mandata jurisdictione legati, non temere revocatur mandatum voluntate Proconsulis, *l. solet*, §. 1. *de offic. Procons.* Ergo temere etiam non dicam, id exstingui morte Proconsulis. Quin potius dicam, mortuo consule legatos ipsius in eadem jurisdictione perseverare, etiamsi eam non attigerint, donec revocentur a Principe. Eadem ratione an mortuo eo, qui judicem dedit, judicium solvatur? Subsisto, argumento *l. venditor*, §. *ult. inf. de jud.* Quæ lex non distinguit: et ait, finito magistratu, judicem ab eo datum permanere indistincte, sive res fuerit integra sive non, hoc est, sive lis fuerit contestata, sive non. Nam et judex datus proprio jure jurisdictionem habere videtur, et ita etiam mandata actione ex causa venditionis, quo casu et mandatarius habet proprio jure actionem, non ex proprio jure mandantis solum, illud non finitur morte mandatoris, si is hæredem reliquerit, *l.* 1. *C. de obligat. et action.* Puto etiam judicem datum non temere mutari. Atque ita esse accipiendam *l. judicis*, *inf. de judic.* exemplo legatorum Proconsulis. Interpretes in hac re differentiam non faciunt inter judicem delegatum, et eum cui mandata est jurisdictio. Quem errorem primus notavit Antonius Contius in *tit. de pedan. judic.* Mandata jurisdictio potest quoque delegata dici non absurde. Sicut criminum jurisdictio, quæ lege datur, legata dicitur, *l.* 1. *sup. de officio ejus*, secundum Florentin. lection. sed judicis delegati jurisdictionem non esse constat. Ergo est summa inter eos differentia, et omni judicio explosa est hæc sententia interpretum.

A L. VII. VIII. et IX.

L. VII. Si quis id, quod jurisdictionis perpetuæ causa, non quod prout res incidit, in albo vel in charta, vel alia in materia propositum erit, dolo malo corruperit, datur in eum quingentorum aureorum judicium, quod populare est.

§. 1. *Servi quoque et filiifam. verbis edicti continentur, sed et utrumque sexum prætor complexus est.*

§. 2. *Quod si dum proponitur, vel ante propositionem quis corruperit, edicti quidem verba cessabunt; Pomponius autem ait, sententiam edicti porrigendam esse ad hæc.*

§. 3. *In servos autem si non defenduntur a dominis, et eos, qui inopia laborant, corpus torquendum est.*

§. 4. *Doli mali autem ideo in verbis edicti fit mentio, quod si per imperitiam vel rusticitatem, vel ab ipso prætore jussus, vel casu aliquis fecerit, non tenetur.*

§. 5. *Hoc vero edicto tenetur et qui tollit, quamvis non corruperit: item qui suis manibus facit, et qui alii mandat, sed alius sine dolo malo fecit, alius dolo malo mandavit: qui mandavit tenebitur: si uterque dolo malo fecerit, ambo tenebuntur: nam et si plures fecerint vel corruperint, vel mandaverit, omnes tenebuntur.*

L. VIII. Adeo quidem, ut non sufficiat, unum eorum pœnam luere.

L. IX. Si familia alicujus album corruperit, non similiter hic edicitur, ut in furto, ne in reliquos actio detur, si tantum dominus, cum defendere voluit, unius nomine præstiterit, quantum liber præstaret, fortasse quia hic et contempta majestas prætoris vindicatur, et plura facta intelliguntur, quemadmodum cum plures servi injuriam fecerunt, vel damnum dederunt: quia plura facta sunt, non, ut in furto unum: Octavenus hic quoque domino succurrendum. Sed hoc potest dici, si dolo malo curaverint, ut ab alio album corrumperetur: quia tunc unum consilium sit, non plura facta, idem Pomponius libro decimo notat.

Hæc lex est *de actione albi corrupti*, per quam vindicatur contempta majestas jus dicentis, hoc est, si quis album Prætoris corruperit, proponuntur in eo albo edicta Prætorum. Videtur dici in *albo*, sicut Festus et Sosipater scribit, ut Latini dicunt *in mundo*, hoc est, *propalam et in aperto.* Sed verius est quod Theophilus ait, *album* fuisse tabulam dealbatam, vel parietem dealbatum. Nam et Festus album interpretatur albas tabulas: ita etiam in hac lege ait, in albo, vel in alba charta, vel in alba materia. Nam tenetur hac actione albi corrupti et qui album corrumpit, vel aliam materiam in qua edicta Prætoris proponuntur. Verum olim erat actio albi corrupti, hodie est falsi pœna, *l. pen. inf. ad leg. Corn. de fals. Hodie*, inquit, *falsi pœna tenetur.* Ait *hodie*, quoniam olim hæc tantum erat actio quæ est civilis actio in 500. aureos, et est popularis. Hodie est etiam actio criminalis falsi, Paul. *in* 5. *Sent. tit. ad leg. Cornel. testam.* Quærunt cur non detur Aquilia, albo corrupto? Nam ea actio legis Aquiliæ datur de corrupto, occiso, etc. Respondeo, Aquiliam dari domino notum est, albi nullum esse dominum, album publicam rem videri, et ideo de albo corrupto publicam actionem propositam fuisse: quæ quidem ita demum datur, si in eo albo fuerint proposita edicta Prætorum de jure dicundo, si fuerint proposita perpetuæ jurisdictionis causa. Jurisdictio interdum etiam pro edicto accipitur, *l. major*, *C. de pignor.* *l.* 2. *C. de restitution. milit.* Et qui edicit, signifi-

cat jus dicere, ut in §. *introduxit*, *Institut. Quod cum eo.* At edicendo non jus dicit proprie, sed monet quid sit servaturus et secuturus in jure dicundo, *l. 2. sup. de orig. jur.* Qui corrumpit album vel aliam materiam, in qua sunt proposita edicta perpetuæ urisdictionis causa, is tenetur hac actione, non qui corrumpit album, in quo sunt proposita edicta alia: veluti edicta peremptoria quibus litigatores in jus vocantur, non tenetur in 500. aureos, hic non videtur contemnere jurisdictionem Prætoris, ut qui publicam tabulam corrumpit, in qua jus publicum est propositum. Et hoc est quod ait *l. non prout res incidit*: veluti peremptoria vel citatoria edicta. *Et propositum* quod ait, nihil aliud est, quam proscriptum loco publico, quod male interpretes acceperunt in *l. cum in plures*, § *locator. loc.* Species est: Locator horrei propositum habuit, id est, proscriptum in horreo, se in horreum non recipere aurum vel argentum, vel margaritas suo periculo, alias res se recepturum suo periculo. Deinde locavit horreum, et passus est inferri sciens aurum et argentum. An præstabit periculum earum rerum contra quam proposuerat? Sic videtur. Nam videtur remisisse illud propositum, hoc est, illam proscriptionem, patientia illa illum obligat periculo contra legem proscriptionis. Interpretes in eo loco *propositum* accipiunt pro *animi destinatione*, ut apparet ex summa quam illi §. proponunt, cujus sententia hæc est, tacita mens contrahentis, quam notam non facit, eum non liberat, hoc est verissimum. Verum id nullo modo potest colligi in eo §. Nam propositum in eo loco non significat animi propositum. Additur postea, hac actione de albo corrupto, non tantum eum teneri, qui in albo edicta proposita corrumpit, sed etiam eum, qui proponenda edicta delevit, aut corrupit ex sententia edicti, et ideo utili actione, non recto jure. Additur etiam, hac actione teneri non tantum mares, sed etiam fœminas, neque enim facientem excusat sexus, si dolo malo fecerit. Imperitia aut rusticitas excusat, item casus, item jussus Prætoris. Et generaliter qui dolo malo caret, non tenetur hac actione: dolum malum exigimus, ut hæc actio competat. Additur etiam servos et filiosfam. teneri hac actione. At quomodo? cum hæc act. sit in 500. aureos, et ii nihil proprium habeant? defendentur a dominis vel patribus, qui pro eis solvent 500. aureos: vel si relinquantur indefensi, in corpus torquebuntur. Noxæ dedi ex hac non possunt, quia nemini noxam fecerunt, et hæc actio est publica: publicæ autem actiones non sunt noxales, sed privatæ tantum, quæ ex maleficiis nascuntur. Additur etiam, alii qui sui juris sunt, si non sint pares 500. aureis, in corpus torquentur, *l. 4. C de serv. fugit.* Citatur etiam in eam rem, *l. si quis injuriam*, *inf. de injur.* Injuriarum actio est famosa. In ea actione lis æstimatur pecunia. Nunc finge: is, cum quo agitur injuriarum, jam est infamis ex alia causa, est etim inops, adeo ut non possit litem præstare, igitur ob infamiam vel egestatem non timetur injuriarium actio. Quid fiet? Prætor debet hanc rem atrociter exequi, et injuriam facientem coercere. Ex quo loco quidam colligunt, Prætorem urbanum habere gravem coercitionem, quod est falsum. Merum imperium non habet, sed modicam coercitionem. Verum, quod illo loco proponitur, ita est accipiendum et temperandum, ut si res non sit contenta modica coercitione, sed exigat graviorem animadversionem, ut tunc Prætor ipse non ita coerceat, sed coercendum remittat ad præfectum urbi, *l. ult. inf. de in jus voc.* Male etiam citatur ab eisdem in hanc rem, *l. quod si minor servus*, *de minor.* Dico ex eo §. non posse colligi, Prætorem habere gravem vel modicam coercitionem. Loquitur quidem *ille* §. de servo, qui minorem 25. annis circumscripsit verberibus castigando: at ob id factum non castigatur verberibus a Prætore, sed a domino, vel ab eo, cui dominus cum verberandum tradit, dum non vult eum noxæ dedere, ut in *l. sed si unius*, §. *cum servus*, *de injur.* Et generaliter, ubi est actio noxalis, vel dominus præstat litis æstimationem, vel servum verberandum dat, vel in noxam dat. Filiifam. nomine in partem non est actio noxalis, ergo nec unquam filius a patre verberandus datur. Nam hæc actio vice noxæ deditionis est, et noxæ deditionem excludit: igitur ipsemet filiusf. cogitur solvere, vel a præfecto urbi in corpus torquetur.

At quæritur an tota hæc pœna 500. aur. ad actorem pertineat? Sic videtur Accursio. Verius tamen est, hanc pœnam esse dividendam inter actorem et fiscum, alioquin non est actio popularis, si nihil redigitur in fiscum. Et ita est expressum de actione apertarum seu effractarum tabularum ante quæstionem familiæ, *l. lege Cornelia* §. *ult. de Senatusc. Syllan.* Sicut est etiam Senatuscons. quoddam apud Frontin. in 2. *de aquæduct.* quo Senatusconsulto constituta pecuniaria pæna ita dividitur, ut dimidia pars accusatori detur pro præmio altera pars dimidia redigatur in ærarium. Idem dicendum est de actione sepulchri violati, et de act. de dejectis et effusis in 50. aureos, quæ etiam sunt populares. Notandum etiam ex *l. 7.* hac act. non tantum eum teneri qui corrupit, sed etiam eum qui mandavit dolo malo, licet alter fecerit sine dolo malo. Denique is, cujus consilio vel mandato album Prætoris corruptum est, hac actione tenetur, licet is, qui, fecit, excusetur forte propter imprudentiam. Accurs. aliud tentat in furto, eum cujus con-

silio furtum factum est non teneri. Id vero non probabit, nisi probet eum cujus consilio furtum factum est, non teneri, si is, qui rem abstulit, non teneatur furti. Verum id non probat; nam adfert *l. si quis perferendum, inf. de furt.* Ea lex nihil facit ad rem, quia non loquitur de eo, cujus consilio furtum factum est, sed de ipso fure. Species hæc est. Fur dedit Titio rem furtivam. Titius est fur manifestus, secus si ignorabat, quia caret dolo. Is autem qui dedit rem, non est fur manifestus, quia deprehensus non est. At certe est fur nec manifestus, et tenetur act. furti nec manifesti. Adfert etiam Accurs. *l. si is qui rem* §. *si tu Titium, eod. tit.* Species est: commendavi tibi eum quasi idoneum, ut ei pecuniam crederes: Tu de eo; inquisisti, an esset ejus fidei, jamque paratus es ei pecuniam dare, apparet eum esse bonæ et probæ fidei: ego tibi paro pecuniam dare, alium abduco, qui non est Titius, ei das pecuniam, an furtum fit? Si Titius sciens acceperit, uterque tenetur furti. Si ignorans acceperit, nesciens fraudem meam, furtum non facit. Ego igitur non teneor directo, qui opem tulerim Titio furi, quia non est fur: sed teneor utili act. furti. Ergo contra Accursium, id potius colligitur *ex eo* §. eum, cujus ope pecunia accepta est, teneri furti, licet qui acceperit, fur non sit, nec teneatur. Itaque non est aliud in furto statuendum, quam in albo corrupto. Postremo, notandum *ex l. 7.* si plures album corruperint, singulos teneri in 500. aureos. et unum solventem non liberare alios; *l. 8. h. t.* Neque obstat lex 1. §. *si plures, de eo per quem fac um erit.* Cui Accurs. respondet recte. Illa act. de qua agitur illo tit. proprie non est pœnalis, sed in id quod interest. Unus si mihi præstiterit quod interest, alii liberantur, in pœna secus est, quæ extra id, quod interest, consideratur. Non obstat *l. 5. de his qui dejecer. inf.* quoniam in ea legis specie plures fuerunt habitatores cœnaculi, ex quo quid dejectum est at plures illi non dejecerunt nec effuderunt, sed unus tantum. Et ideo uno solvente, ceteri ab actore liberantur, quoniam non plures, sed unus fecit: ab uno igitur pœnam præstari satis est, sed in incerto actor eligit, quem volet. Inde quæritur, si familia album corruperit, hoc est, plures servi sub unius dominio constituti, et dominus velit eos defendere, utrum debeat dominus pro singulis inferre 500. aureos, an suf ciat præstari 500. pro omnibus, ac si unus fecisset? Et *l. 9.* tradit non sufficere, sed pœnam esse inferendam pro singulis servis, tot esse delicta, quot sunt servi, tot etiam pœnas exigendas. Et hoc quidem, ita, si plures corruperint: secus tamen est, si non fecerunt ipsi, sed curaverint, mandaverint, vel consilium dederint, ut faceret quis: quo casu unum est consilium unum mandatum, et satis est semel præstari unam summam 500. aureorum. Sed si fecerit familia ipsa tunc pro singulis oportet dominum pœnam inferre, quia plura facta sunt, et quia atrociter vindicanda est contempta jurisdictio Prætoris. Idem dicendum, si plures servi unius familiæ injuriam fecerint. Nam tot sunt injuriæ, quot sunt servi, totque æstimationes litis, *l. si plures, de injur.* Idem est etiam si familia damnum dederit; nam tunc plura sunt facta, ut ait lex 9. Igitur sive familia album corruperit, sive injuriam fecerit, sive damnum dederit, plura sunt facta. Obstat lex *illud inf. ad leg. Aquil.* quæ lex si familia damnum dederit, ait, satis esse a domino præstari, quod præstandum foret, si unus fecisset, ergo unum factum esse intelligitur. At *lex* 9. ait, plura esse facta, si familia damnum dederit. Breviter ita censeo: si familia furtum fecerit, id esse edicto expressum: *Si familia furtum fecisse dicatur,* ut satis sit præstari, quod præstandum foret, si unus homo liber fecisset quod illo edicto datur pro beneficio dominis, ne tota familia careant, ne suam familiam evertant dum coguntur pro singulis pœnam præstare. Et in illo tit. id dicitur sæpe beneficium Prætoris et levamentum, ut scilicet dominus defungatur una æstimatione, quam unus homo liber, si furtum fecisset, sufferret. Igitur si familia furtum fecit, unum est factum, una æstimatio, una pœna. Idem non est expressum edicto de albo corrupto, hoc est, quod ait lex 9. *non similiter hic edicitur, ut in furto*: hoc est, id est omissum a Prætore, quod non est omissum in furto. Idem non est expressum in edicto de injuriis, id etiam non est expressum in leg. Aquilia. Igitur si familia album corruperit, injuriam fecerit, si damnum dederit, ut plura sunt facta revera, ita etiam per edictum vel legem licebit ea plura facta appellari, quoniam edicto aut lege hoc unum factum esse non existimatur ut in furto est expressum edicto. Verum id, quod exigitur in furto specialiter per interpretationem, trahitur etiam ad damnum datum, *d. l. illud et l.* 1. §. *pen. si famil. furt. fec. dic.* præsertim ut lex ait, *cum hæc causa delicti sit plerumque levior.* Nam lege Aquilia agitur non tantum ob dolum, sed etiam ob culpam, vel imperitiam, quæ non excusat in lege Aquilia. Ideoque cum levior plerumque sit causa hujus delicti, succurrendum est domino, exemplo furti, ut non teneatur pro singulis servis, sed satis sit præstari, quod præstandum foret, si unus liber homo fecisset. Idem etiam in albo corrupto facto a familia per interpretationem Octavenus admittebat *d. l.* 9. Prævaluit tamen sententia durior, vindicandæ jurisdictionis causa: nam gravissimum hoc delictum censetur, et ideo interpretatione ejus pœna molliendа non est, videlicet si familia ipsa

furtum fecerit : sed si consilium duntaxat dederit, tunc facilius sequemur Octaveni sententiam, vel hanc ampliationem edicti de furto amplectemur. Prævaluit etiam durior sententia in injuriis, vindicandi honoris læsi gratia. Ideoque si familia injuriam, fecerit plures sunt injuriæ, plures fiunt æstimationes litis, nec contumeliarum pœna mollienda est interpretatione. Denique quod ait lex 9. plura esse facta, si familia damnum dederit, id ita est accipiendum, plura esse facta si legem Aquiliam inspicias quæ id omisit, quod exprimit edictum de furto; sed si interpretationem et æquitatem inspicias, unum factum censetur. Hoc nihil est apertius, quod etiam quidam animadverterunt, nec probarunt statim.

Ad L. X.

Qui jurisdictioni præest, neque sibi jus dicere debet, neque uxori, vel liberis suis, neque libertis, vel ceteris, quos secum habet.

Lex 10. ait, eum, *qui jurisdictioni præest*, hoc est, magistratus, *neque sibi jus dicere posse, neque uxori, neque liberis, neque libertis, vel ceteris, quos secum habet*, hoc est, Comitibus et Adsessoribus, ut Græci interpretantur. Loquitur lex de Magistratu, non de judice dato. Quantum distat magistratus a judice dato, quod supra exposuimus, tantum distat jus dicere a judicare. Plus est jus dicere quam judicare. Qui juris dicundi potestatem habet, rei judicatæ executionem habet. Qui judicandi tantum potestatem habet judicati executionem non habet. Et sibi quidem nec jus dicere quis, nec judicare potest, ut habetur *in tit. Codicis ne quis in sua causa.* Alii, puta uxori, liberis, libertis, Comitibus sive Adsessoribus, is qui magistratu fungitur, eis jure magistratus jus dicere vel judicare non potest. Eis tamen personis, quasi privatus judex esse potest, *l. in privatis, et seq. inf. de judic.* Et quidem invitus si detur, eis judex est, judicare cogitur, quia judicandi munus est publicum munus. Munera publica invitis deferuntur, nisi videlicet habeant legitimam excusationem, *l. pen. §. pen. inf. de vacat. mun. l. si longius, inf. de judic.* In quibus *ll.* illud etiam est elegans quod in eis judex datus dicitur *operam dare.* Ut a Marco Tullio in libro de *jure dicundo*: *Marcumque filium jussit operam dare, quod rei privatæ esset.* Igitur datus judex invitus cogitur operam dare, etiamsi uxori, liberis, et ceteris datus sit. Huic *l.* 10. male opponitur *l. senatusconsulto, sup. de off. præsid.* Ex qua colligunt male, præsidem provinciæ posse jus dicere libertis, et comitibus suis, sed parcissime. Male. Nam ea lex loquitur de jurisdictione urbana, non de jurisdictione præsidis provinciæ. Et non tantum ea l. loquitur de libertis vel comitibus præsidis, sed etiam de præside ipso. Ut scilicet, profecto præside in provinciam, de rebus ab eo contractis in urbe, antequam proficisceretur, ut de eis dicatur jus parcissime, quoad redierit, ne justa absentia ei noceat. Item de maleficiis, ut ea lex loquitur, puta si furtum vel injuriam passus sit, antequam in provinciam proficisceretur, ut interim dum abest, lis duntaxat contestetur, non finiatur ante reditum, et res ablata sequestro deponatur. Itaque in ea l. non quæritur, an præses sibi vel suis jus dicere possit; sed demonstratur tantum, quemadmodum præsidi vel in præsidem jus dicatur, antequam in urbem veniat. Excutiamus etiam Græcorum sententiam in hac *l.* qui eandem differentiam faciunt inter jus dicere et judicare, δικαιοδοκεῖν καὶ δικάζειν, et dicunt *jus dicere esse*, veluti bonorum poss. dare : recte : et de crimine cognoscere : id etiam non male : nam est quædam jurisdictio criminalis, *l.* 1. *sup. de off. ejus.* In causa filii pater non potest jus dicere. Ita est omnino. Verum subjiciunt, potest tamen judicare in causa pecuniaria filiifam. Hoc non est omnino verum, et negandum est, si pater sit magistratus et jurisdictio sibi competat. Nam judicium magistratus est jurisdictio, pater autem jurisdictionem non habet in causa filii, maritus in causa uxoris, patronus in causa liberti jurisdictionem non habet, sed si judicet ex delegatione, puta datus a magistratu, recte judicat. Non probo etiam rationem differentiæ quam adferunt: pater potest judicare de causa criminis, sive pecuniaria, quia ea sententia facile potest corrigi. De causa criminali (inquiunt) non potest cognoscere, quoniam in eis causis sæpe fiunt ἐξετασμοὶ et ἀποκρισμοὶ, ut illi vocant, hoc est, *quæstiones* et *tormenta*, quæ omnia non possunt appellatione corrigi et emendari; non appellatur etiam a pœna, quoniam lege certa introducta est, ne videatur de legis iniquitate conqueri, *l. si qua pœna, inf. de verb. sign.* Et quod ait, in causa criminali fieri quæstionem, id comprobat lex *ult. de abolit. C.* Verum illa ratio non est idonea, sed cur non possit de crimine cognoscere, hæc est ratio, quia hæc cognitio jurisdictio est lege data : ideoque, qui hanc cognitionem, hoc est, jurisdictionem habet, qui habet criminalis judicii executionem, etiam animadversionem habet. Igitur quia jurisdictioni inest, eam non exercebit pater in filium. Judicare tamen licet de eorum causis, si quasi privati, dati sint judices, sive speciales judices. Ait *l.* 10. *Neque sibi, neque liberis*, ex eo quidam colligunt, non semper patris et filii eandem esse personam censeri; sibi quis judex esse non potest, filio judex esse potest. Item, quod quis accepit a fratre, non videtur accepisse a patre, licet res paterna sit, *l. ult. de leg.* 3. Item quod jus dixit filius alteri, id non videtur dixisse

pater, *l.* 3. §. *si filius, tit. seq.* Filiusfam. etiam recte fidejubet pro patre, *l. filiusfam. C. de fidejuss.*

Ad L. XI.

Si idem cum eodem pluribus actionibus agat, quarum singularum quantitas intra jurisdictionem judicantis sit, coacervatio vero omnium excedat modum jurisdictionis ejus: apud eum agi posse Sabino, Cassio, Proculo placuit, quæ sententia rescripto Imperatoris Antonini confirmata est.

§. 1. *Quod si mutuæ sunt actiones: et alter minorem quantitatem, alter majorem petat, apud eundem judicem agendum est ei, qui quantitatem minorem petit, ne in potestate calumniosa adversarii mei sit, an apud eundem litigare possim.*

§. 2. *Si una actio communis sit plurium personarum, veluti familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum; utrum singulæ partes spectandæ sunt circa jurisdictionem ejus, qui cognoscit: quod Ofilio et Proculo placet; quia unusquisque de parte sua litigat: an potius tota res, quia et tota res in judicium venit, et vel uni adjudicari potest. Quod et Cassio et Pegaso placet, et sane eorum sententia probabilis est.*

Legis XI. quæstio est de judicibus, qui jus dicere possunt usque ad certam tantum quantitatem, cujusmodi sunt magistratus municipales, auctore Paul. *in* 5. *sent. tit.* 5. quod etiam indicat lex *inter*, *inf. ad* munic. dum ait, *magistratum municipalem non cognoscere de re majori*, hoc est; quæ excedat modum jurisdictionis suæ, nisi inter eos, qui se subjiciunt jurisdictioni. Nunc finge, idem cum eodem adversario egit pluribus actionibus apud magistratum municipalem, singulæ act. sunt intra jurisdictionem magistratus municipalis: coacervatæ autem excedunt modum magistratus municipalis: quæritur an omnes act. institui possint apud eundem magistratum municipalem? Resp. posse, cum lites diversæ, licet sint inter eosdem, singulæ tamen spectentur per, se, atque ita de omnibus cognoscet magistratus municipalis. Atque ita etiam hodie observatur, a quibus non est provocatio usque ad certam quantitatem. Accurs. non male ponit exemplum in defensoribus civitatum, quos quidam male negant habere propriam jurisdictionem. cum *Nov.* 15. περὶ ἐκδικῶν dicat aperte, eos obtinere locum præsidum. Præses est ἄρχων ἀρχόντων, ordinarius ordinariorum, ut dicitur in foro. Ceterum et defensor civitatis est præsidis loco: defensores civitatis sunt ad exemplum tribunorum plebis, quamobrem dicuntur etiam defensores plebis, *l. ult. de off. jurid. Alex. l.* 4. *C. de defensor. civit.* In provinciis decuriones imitantur senatores civitatis. Duum viri autem magistratus municipales, imitantur consules: defensores civitatis tribunos plebis. Itaque non est negandum, eos habuisse jurisdictionem, maxime cum habeant etiam rei judicatæ executionem ex ea *Nov.* 15. Neque obstat, quod dicitur in ea *Nov.* defensores civitatum non posse acta conficere de eis, quæ jurisdictionem desiderant: nam id quid sit, statim *Novella* declarat, quæ scilicet pendent ex imperio præsidis. Et ait lex 1. *C. de desens. civit.* quæ forensi magnitudine dignæ sint, ut bonor. poss. dare, vel in integ. restituere, hæc majus imperium, amplioremve jurisdictionem requirunt. Possunt autem jus dicere usque ad 300. aureos. Nunc si idem adversus eundem egerit pluribus actionibus apud eundem defensorem civitatis, quæ conjunctæ sint supra modum jurisdictionis, id est excedant 300. aureos; separatæ autem singulæ sint intra ejus jurisdictionem, nihilominus singulis actionibus apud eundem agetur. Et recte ait l. 11. *si pluribus act. actum sit.* Nam si una tantum sit actum, et ejus actionis capita, species, summæ diversæ, omnes sunt coacervandæ, quia una est actio, una lis: et si coacervatæ excedant modum jurisdictionis, non poterit agi apud magistratum municipalem, argumento *l.* 10. §. 1. *inf. de appell.* Inde quæritur. Finge mutuæ sunt petitiones: ego qui provocavi, petii minorem quantitatem, quæ scilicet intra modum est jurisdictionis. Adversarius vice mutua petit majorem quantitatem, quæ est supra jurisdictionem aditi magistratus. Quid fiet? An poterit defensor etiam jus dicere de majore quantitate? Sic videtur, alioquin (et hæc est sententia §. 1. *hujus leg.*) adversarius vel per calumniam petendo majorem quantitatem, efficiet, ut in aliud judicium distrahat, quod non est ferendum; sed ambæ quæstiones apud eundem judicem sunt finiendæ, qui prius aditus est. Et ita etiam, licet præses provinciæ de commodato vel mutuo non cognoscat, sed judicem det, qui cognoscat, de salario autem, aut nutricio, διδάκτροις, ipse solus cognoscat extra ordinem, si apud eum actum sit de salario, et ab adversario introducta sit mutua petitio de commodato vel mutuo, præses etiam hoc casu de commodato cognoscet, *l.* 1. §. *ult. de extraord. cognit.* Non est existimandum, idem penitus esse mutuam petitionem et compensationem. Nam compensatio fit ipso jure, *l. postquam*, *de compens.* petitionem introducere oportet. Item compensatio fit de re liquida, puta de confessa aut judicata, petitio mutua de controversa. Et quod dicitur, compensationem fieri, constitutione Justiniani in *l. ult. C. de compens.* est etiam ex jure veteri. Quæcunque enim sunt in *l. ult.* obtinuerunt antiquitus, olim non fiebat compensatio, nisi de re liquida. Itaque male quidam fingunt speciem

in hoc §. 1. Ego prior petii majorem quantitatem apud judicem congruum, deinde mox adversarius petit minorem quantitatem apud defensorem civitatis, male agit. Nam debet adversarius mutuam petitionem introducere coram eodem judice, quem ipse prior adiit, hoc ita est *Nov.* 94. Verum dico, hanc speciem nihil pertinere ad hanc *l.* 11. Nam totius hujus *legis* quæstio est de quantitate ad jurisdictionem pertinente, vel non, ejus scilicet qui non potest jus dicere nisi usque ad certam quantitatem. At quæstio, quam ponunt, non est eadem : quinimo certum præsidem, qui cognoscit de majore, posse etiam cognoscere de minore : sed species hæc est, an mutuæ actiones apud diversos judices institui possint, de qua in hac quæstione non quæritur. In qua stultum est ponere apud unum peti majorem, cum de quantitate non sit quæstio. Et si sola quantitas petatur, recte agitur apud utrumque. Sed si spectatur divisio petitionum mutuarum non recte agitur. Itaque de ea specie respondetur recte, sed aptatur male *huic l.* Male etiam ad hanc *l.* de mutuis petitionibus putant pertinere *l. ult. C. de sent. et int.* Dico enim eam *l.* non loqui de mutuis petitionibus. Quæstio *l.* hæc est, judex aut debet absolvere reum, aut condemnare, id est certum. Inde nata est quæstio, an possit actorem condemnare. Id respondet Papin. posse, si ei videatur. Id auget constitutio illa, quoniam adjicit, ut condemnet actorem, etiamsi judex sit actori incompetens, cum actor eum adeundo videatur se subjecisse ejus jurisdictioni. Itaque actor recte condemnabitur a non competente judice in eodem negotio, hoc est in eadem re et causa ; itaque non loquitur de variis et mutuis actionibus sed de una actione et negotio. In quo finiendo ita procedit judex, ut absolvat vel condemnet reum, vel etiam actorem, si ita negotii qualitas exigat. In §. *ult.* est quæstio de actionibus duplicibus, qualessunt comm. divid. famil. ercisc. finium reg. Notanda est differentia inter act. mutuas et duplices. Mutuæ act. duæ sunt act. distinctæ et divisæ. Duplices duæ sunt actiones, confusæ et commistæ, et communes ut ait §. *ult. l. in trib. inf. de jud. l.* 10. *fin. reg. l.* 2. *com. div.* in act. mutuis, si quæ prior instituta est actio intra modum jurisdictionis sit, trahet ad se alteram, etiamsi supra modum illa sit. Sed quæ instituta est prior actio, si excedat modum jurisdictionis, nihil agitur. At in duplicib. non apparet, quæ actio prior instituatur, quia confuse, et communiter instituitur actio ea duplex. Quid igitur fiet ? Utrum spectabimus singulas partes, an rem totam communem, quanti sit, puta totum finem agri ? Et verius est rem totam esse æstimandam, quoniam et tota res ei potest adjudicari. Id etiam sciendum est, in hac eadem quæstione non esse spectandum, quantum revera debeatur, sed quantum petatur, *l. pen.* §. *pen. inf.* Ita etiam in causis appellationum non spectatur, quantum debeatur, sed quanti quis damnatus sit, ut pro modo condemnationis appelletur ad principem, *l. in offerendis, C. de appell.*

Ad L. XIII. XVI. et XVII.

L. XIII. Eum, qui judicare jubet, magistratum esse oportet. Magistratus autem, vel is, qui in potestate aliqua sit (ut puta Proconsul, vel Prætor, vel alii, qui provincias regunt) judicare jubere eo die, quo privati futuri essent, non possunt.

L. XVI. Solet Prætor jurisdictionem mandare, et aut omnem mandat, aut speciem unam. Et is, cui mandata jurisdictio est, fungetur vice ejus, qui mandavit, non sua.

L. XVII. Prætor, sicut universam jurisdictionem mandare alii potest, ita et in personas certas, vel de una specie potest, maxime cum justam causam susceptæ ante magistratum advocationis alterius partis habuerat.

In *l.* 13. ostenditur, qui judicare jubeant, hoc est qui judicem dent, et qui judicem datum jubeant operam dare. Primum omnes magistratus urbani jubent judicare suo jure, more majorum, et quidem omnes, cujuscunque ordinis. Ita habetur in *l. ult. inf. Quis et a quo appell.* item judicare jubent potestates, vel ii qui in potestate aliqua sunt. Hoc verbo *potestatis* puto comprehendi procuratorem Cæsaris, *l. pen. inf. de jud.* Procurator Cæsaris dat judicem in causis fiscalibus tantum, *l. ex consensu* §. 10. *de appell.* In causis privatorum non etiam, *l.* 1. *C. de pedan. jud.* Puto etiam eo verbo comprehendi legatum Proconsulis, quem constat posse judicem dare, *l. cum prætor*, *de jud.* quem etiam diximus sup. habere propriam quandam potestatem : licet enim non habeat, antequam Proconsul jurisdictionem mandaverit, sed post mandatum propriam quandam potestatem gerit. Et qui scribunt, legatum non esse potestatem, quod quodam loco distinxerit inter legatum et potestatem Cicero (*cum potestate, imperio, et legione, hæc dixit*) si sentiunt de legato Proconsulis, errant ; nam ille potestatem habet ; si sentiunt de legato pop. Rom. non errant. Et ita Tull. 3. *de leg.* hæc tria distinxit, *imperia*, *potestates*, *et legiones.* Dico etiam potestatis verbo contineri omnes provinciales magistratus, et hoc hæc *l.* indicat, quamvis non habeant facultatem judicis dandi proprio jure, sed ex lege, ut diximus supra. Atque ita etiam ap. Lamprid. Imp. Alexand. ait, *non patiar mercatores potestatum.* Et Sveton. in Claud. Male autem quidam in hac l. 13. sentiunt,

ita esse legendum: *Proconsul*, vel *Proprætor*. Male: nam *Proprætoris* nusquam fit mentio in libris nostris, sed qui olim dicebantur Propretores, semper dicuntur præsides vel legati Cæsaris, *l. pen. sup. de off. præsid. l. hos accusare*, *inf. de accusat. l. non est*, *de manum. vind.* Aliæ erant provinciæ Imperatoris, aliæ populi. In provincias populi mittebantur Proconsules. In provincias Imperatoris præsides vel legati Cæsaris, et olim eos vocabant Proprætores, ut refert Dio *lib.* 13. Malim autem in *hac l.* 13. ita legere, ut puta *consul, vel prætor*. Atque ita in *l.* 3. §. *ult. de arbit. in magistratu*, etc. Deinde sequitur in hac *l. vel alii*, *qui provincias regunt*., hi sunt potestates, veluti præsides aut Proconsules: (*) non possunt autem magistratus judicem dare eo die, hoc est, in diem eum, quo privati futuri sunt, ut Prætor judicem non dat in eum diem, quo Prætor futurus non est: verum judice dato pure, sine die, statim is judex judicare jussus intelligitur; et ideo etiamsi is, qui dedit, postea fiat privatus, judex esse non desinit, *l. vend.* §. *ult. inf. de judic.* Et hoc de *l.* 13.

Ad L. XIV.

Est receptum, eoque jure utimur, ut si quis major, vel æqualis subjiciat se jurisdictioni alterius, possit et ei, et adversus eum jus dici.

Notandum est, magistratum non habere jurisdictionem, vel imperium in majorem magistratum, vel in collegam, vel in parem. At quomodo? Potestne magistratus in jus vocari, quamdiu magistratu fungitur? Non: atque ita ei jus dici non potest, sed expectandum est quoad magistratu abeat, *l.* 7. *de in jus voc. l. nec magistratibus*, *inf. de injur.* Hoc quidem ita est. Verum alia ratione potest ei jus dici. Aliud est, magistratum non posse in jus vocari, et magistratui vel in magistratum non posse jus dici: diversa sunt, prius verum est, posterius non omni modo: nam magistratus potest cogi ut hæreditatem, de qua rogatus est, adeat et restituat, qua in re versatur jurisdictio quædam: item si magistratus ex compromisso arbiter datus sit, cogi potest ut sententiam dicat. Verum cogi debet a majori: a minori, vel pari magistratu cogi non potest; veluti Prætor a Prætore cogi non potest, vel consul a Prætore, sed si libens subjiciat se jurisdictioni prætoris, collegæ Prætor solet jus dicere, *l. ille a quo*, §. *tempestivum*, *inf. ad Trebell.* ait, *solet*, scilicet Prætor jus dicere. Hæc lex ait, *est receptum, quo jure utimur*. Accursius hic tradit hanc *leg.* 14. vel quod dicitur, non habere magistratum jurisdictionem in æqualem vel majorem, censet intelligendum de jurisdictione contentiosa, non voluntaria. Ideo putat, Prætorem apud collegam manumittere posse. Et in *l. apud*. §. 1. *de manumiss. vind.* est scriptum, *prætor manumittere potest*. Sed rectius Florentinis additur negatio, quod confirmat lex *apud*, *de manumiss.* ait *lex* apud collegam manumittere non possumus, sed Prætor etiam manumittere potest apud consulem: recte (nam olim legebatur male Proconsul) nam consul majus imperium habebat; igitur recte Prætor manumittere apud consulem, apud collegam non recte. Alii differentiam esse statuunt inter jurisdictionem contentiosam et voluntariam, quam non probant; nam ajunt, si major vel æqualis subjiciat se contentiosæ jurisdictioni, ei et in eum jurisdictio est, sed si major vel æqualis subjiciat se voluntariæ jurisdictioni, non est jurisdictio, et utuntur hac ratione differ, quod major magistratus possit contendere per procuratorem, manumittere autem non possit per procuratorem, ne imminuatur (inquiunt) majestas majoris magistratus, si ipse adeat minorem magistratum. Fateor, manumissionem non fieri per procuratorem. Et hoc etiam est, quod ait lex *nemo*, *de reg. jur. nemo alieno nomine lege agere potest*, hoc est, emancipatio, manumissio, adoptio, per procuratorem fieri non potest, quæ legis actiones sunt, sive actus legitimi, idem est: eadem ratione acceptilatio, quæ est legis actio, non fit per procuratorem, *l. et per jusjurandum* §. *tutor*, *inf. de acceptil.* Neque hæreditatis aditio, quæ est legis actio, *l. actus de reg. jur.* non fit etiam per procuratorem, *l. per procuratorem, de acquir. hæred.* Eadem ratione servi optio non fit per procuratorem. Tutoris datio est etiam actio legis, si detur tutor a judice, et ideo judex non dabit tutorem per alium. Tutoris datio non mandatur, *l. nec mandante*, *de tut. et curat. dat.* Denique nulla legis actio fit nomine alieno. Actiones instituuntur alieno nomine per procuratorem, sed non legis actiones, ut sup. Denique licet manumissio non possit fieri per procuratorem, potest tamen dominus absens manumittendi causam probare apud consilium, *l. etiam* §. *absens*, *inf. de manumiss. vind.* Et ita est accipienda hæc vetus inscriptio urbis Romæ, quæ ita habetur: *Priscus manumissus apud consilium procuratorio nomine apud Domitianum.* Nunc dico, si quis major vel æqualis sua sponte adeat minorem magistratum manumittendi causa, neque enim potest hoc exsequi per procuratorem, non magis sibi faciet injuriam, hoc est, suam majestatem minuet, quam si litiget per se: hoc vero non prohibetur, hoc est, litigare potest, ergo nec illud, injuriæ illius metu. Igitur in majorem vel æqualem magistratum nul-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 19.

lam esse jurisdictionem contentiosam vel voluntariam, nisi se ei subjiciat: similiter incompetentis vel incongrui judicis nulla est jurisdictio in eum, qui non est suppositus jurisdictioni ejus, nisi inter consentientes, *l.* 1. *et* 2. *de jud.* In consentientes est jurisdictio, sed oportet utramque partem consentire in præsentem, hoc est, eum adire. Nam antequam eum adierint, mutare voluntatem possunt. Et hoc proponitur in *l.* 18. *hoc tit.* cui nihil obstat *l. pen. C. de pact.* quæ lex loquitur de eo, qui specialiter renuntiavit præscriptioni fori, in instrumento habito cum altero: hic non potest mutare voluntatem, hic invitus sequitur incompetens forum. At is, qui consentit in judicem incompetentem et incongruum, si specialiter non renuntiavit præscriptioni fori, mutare voluntatem potest, antequam eum adierit; sed posteaquam eum adiit, et res geri cœpit, tunc omnino ejus jurisdictioni parere cogitur, nec censetur incompetens. Incompetens ex consensu partium fit competens. Et hoc ita si non adeatur ab errantibus. Nam quid si adierint alium pro alio, ut si Prætorem tutelarem acceperint pro Prætore fideicommissario? tunc non videntur in eum consensisse, et ei parere non coguntur, *l.* 2. *inf. de jud.* non videntur consentire in Prætorem, male, præsidem, qui errant, ita est legendum in *l.* 15. *hoc tit.* ait, errantes non consentire in Prætorem, cum initio de Prætore consenserint. At qui errant, non consentiunt, ergo nihil agitur, v. obs. 1. 52.

Ad L. XIX.

Cum quædam puella apud competentem judicem litem susceperat, deinde condemnata erat, posteaque ad viri matrimonium alii jurisdictioni subjecti pervenerat; quærebatur, an prioris judicis sententia exsequi possit? Dixi posse, quia ante fuerat sententia dicta: sed et si post susceptam cognitionem ante sententiam hoc eveniet: idem putarem: sententiaque a priori judice recte fertur. Quod generaliter et in omnibus hujuscemodi casibus observandum est.

§. 1. *Quotiens de quantitate ad jurisdictionem pertinente quæritur, semper quantum petatur, quærendum est, non quantum debeatur.*

Notandum ex *l. pen.* uxorem sequi forum viri post nuptias, *l. mulieres*, *C. de dignitat. lib.* 12. Quin etiam domicilium mutat, et cogitur facere munera, quo loco ea facit. Vidua etiam retinet idem forum et idem domicilium, quoad transierit ad alias nuptias, per secundas nuptias hæc mutat, *l. filii*, §. 1. *ad municip.* Verum si lis sit inchoata a muliere ante nuptias apud judicem competentem, licet non ante sponsalia, nam ea non mutant forum, *l. ea quæ desponsata*, *ad municip.* postea secutis nuptiis ea lis non transfertur in forum viri, sed ubi cœpit lis, eo loco etiam finietur. Et sententia dicta ab eo judice poterit exsequi adversus mulierem, licet sit facta alterius fori. *Exequi* hic accipitur passive, ut dicitur in *l.* 2. *de re judic.* Id fit initio litis inspecto, quia is judex recte initio aditus est, alioquin extra territorium jus dicenti non paretur, ut ait *lex. ult. eod.* Cujus legis sententia videtur proprie pertinuisse ad municipales, quod Paulus libro primo ad Edict. multa retulerit de magistratibus municipalibus. Et quod subjicit, non pareri magistratui, non solum si extra territorium jus dicat, sed etiam si in ipso territorio jus dicat ultra modum, quod optime refertur ad magistratum municipalem, igitur nec in suo territorio jus dicet supra eam quantitatem *l. Duumvirum*, *C. de decurionib.* De origine hujus verbi, *territorii*, multa traduntur, quæ omitto, eo contentus quod in *l. pupillus*, *de verb. signific.* scriptum est, dici, quod vulgo *districtum* appellatur, quod intra eos fines sit jus distringendæ jurisdictionis, et intra eos fines magistratui sit jus terrendi, hoc est, submovendi, submovendi populi a lictore: sic lictor appellatur submotor a Livio et Seneca *lib.* 14 *Epistolarum.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Seu

Repetita prælectio in eundem titulum de Jurisdictione. Anno 1580.

Ad L. I.

Jus dicentis, inquit Ulpianus, *officium latissimum est.* Dixit in superioribus titulis de singulorum magistratuum officiis, tam provincialium quam urbanorum, et de officio etiam eorum, quibus ii magistratus jurisdictionem suam mandant, qui vice magistratuum funguntur, ut ait *l.* 16. *hoc tit.* hoc est, pro magistratu sunt, et de officio quoque adsessorum, qui quasi quædam portio cujusque magistratus sunt, ut ait *l. omnis*, *C. Theod. de his qui admin. vel offic. publ. ger.* Initio autem hujus l. primæ generaliter dicit de officio omnium magistratuum proposita generali regula, nam lex est ex libris regularum, *jus dicentis*, id est, magistratus officium esse latissimum. Jus dicentis officium in *l.* 1. §. *an autem*, *de postul.* Jurisdictionis officium, hoc est, magistratus officium, quod sæpe

et jurisdictionis nomine significatur, puta jurisdictio sæpe pro prætura, vel consulatu, jurisdictionis officium in *d. l.* 1. §. *an autem*, dum ait, prætorem ex certis causis, ex officio jurisdictionis suæ restituere in integrum. Juris dicendi officium in *l.* 1. §. *damus de suspect. tut.* dum ait: Mandata jurisdictione ad eum totum officium juris dicundi transire. Et hoc quidem jus dicentis officium vel jurisdictionis, vel juris dicendi, quod ait esse latissimum, videtur conferre cum jurisdictione, quæ non tam est lata vel ampla, et differt ab officio jus dicentis eo modo, quo genus a specie. Complectitur enim officium jus dicentis non ea tantum quæ jurisdictionis sunt, ut actiones, judicia, judices, recuperatores litigantibus dare, aut successoribus ex testamento, vel ab intestato bonorum possessionem dare, *l.* 3. *hoc tit.* sed complectitur etiam officium jus dicentis ea quæ sunt imperii magis, quam jurisdictionis, ut jubere cavere stipulatione prætoria, et in possessionem mittere ex primo decreto, et jubere possidere ex secundo, ut *l.* 4. *h. t. l. ea quæ, ad munic.* Complectitur etiam officium jus dicentis ea, quæ neque imperii, neque jurisdictionis sunt, sed juris, veluti tutores pupillis non habentibus constituere, *l. mutuo.* §. *tutoris, de tutel.* dum ait, tutoris dationem, neque imperii esse, neque jurisdictionis, sed ei soli competere, cui id nominatim lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps dedit, hoc est, tutoris datio est legis, vel Senatusconsulti, vel Constitutionis: uno verbo est juris, non jurisdictionis, non imperii. Et contra cum §. imprudentiæ ne dicam stultitiæ est scribere, *tutoris dationem esse mixti imperii*, cum d. §. decidat, tutoris dandi potestatem, neque esse imperii cujusquam, nec jurisdictionis. Ergo dum ait in hac l. jus dicentem bonorum possessionem dare posse, veluti bonorum possessionem secundum tabulas, vel unde liberi, et judices litigantibus dare posse, sane notat ea, quæ propria sunt jurisdictionis, et imperii etiam mixti, quod sic appellatur, quod mixtum sit, quia mixtum est jurisdictioni: ita ut mixti imperii nihil sit, quod non sit etiam jurisdictionis, ut fusius explicabitur in *l.* 3. *h. t.* Dum autem ait jus dicentem in possessionem mittere posse, notat ea: quæ sunt magis imperii quam jurisdictionis, de quibus in *l.* 4. *h. t.* Et postremo, dum addit, eundem tutores pupillis non habentibus constituere posse: notat ea, quæ neque imperii sunt, neque jurisdictionis, sed juris. Jurisdictionem habent omnes, et soli magistratus: imperium soli magistratus habent, quod scilicet mixtum dicitur, sed non omnes: quidam sunt minores magistratus sine imperio, sine potestate, *l. nec magistratibus, inf. de injur.* Qui sane exequi non possunt ea, quæ sunt imperii magis, quam jurisdictionis: non possunt jubere cavere, jubere possidere, non possunt in possessionem mittere, nec restituere in integrum, ut magistratus municipales sive duumviri, *l. ea quæ ad municip.* Itemque ædiles] plebis: nam et horum sane modicum aut nullum imperium fuit. *M. Tull. act.* 1. *in Ver. Erat*, inquit, *tum Consul Hortensius, cum summo imperio et potestate: ego autem ædilis, id est, paulo amplius quam privatus.* Est igitur exiguus honor, exiguaque potestas ædilis, cum dicatur non esse cum imperio, sed paulo amplius quam privatus. His etiam procul dubio addi possunt ἀςυνόμοι, id est, curatores viarum et operum publicorum, quos posterior ætas vocavit patres civitatum. Porro tutoris dationem neque soli magistratus habent, neque omnes: non soli magistratus: nam et privati tutores dare possunt, ut parentes jure potestatis in suo testamento tutores dare possunt liberis impuberibus quos in potestate habent, quia id eis etiam privatis permisit l. 12. tabul. *l.* 1. *et* 20. *de testam. tut.* nempe illa lex: *Paterfam. uti legassit super rei suæ, tutelave, ita jus esto.* Parentibus igitur competit tutoris datio ex lege, quæ eam eis permisit nominatim, sicut etiam magistratibus, qui tutoris dationem habent, eam non habent suo jure sive magistratus jure, sed quia nominatim sive specialiter eam eis lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps potestatem dedit, ut ait *d.* §. *tutoris. Lex,* ut lex Julia et Titia Prætori urbano adhibita majori parte tribunorum plebis, et l. Attilia præsidibus provinciarum, ut est in *Inst. tit. de At. tut.* SC. ut SC. factum auctore D. Marco, sive ex oratione Marci, eandem potestatem dedit legato Proconsulis, *l.* 1 *de tut. dat.* Princeps scilicet idem D. Marcus eam quoque tutoris dandi potestatem permisit Juridico Alexandriæ, *l.* 2. *de offic. jurid. Alexand.* et Imperator Severus Præfecto urbi, *l. pen.* §. *Romæ, de excusat. l.* 1. *de offic. præf. urb.* quibus nisi hanc potestatem lex, vel Senatusconsultum, vel Princeps dedisset, quamvis sint magistratus, sane eam non haberent, nec sane præter eos, ulli alii magistratus eam habent. Sequitur igitur tutoris dationem, neque solos magistratus habere, neque omnes. Et inter ea quidem quæ juris sunt, sive legis, quæ præter tutoris dationem sunt, multa alia, ut patet ex *leg.* 1. 2. 4. *de offic. ejus cui, etc.* inter ea, inquam, quæ juris sunt, et ea quæ sunt jurisdictionis, vel imperii multum interest. Nam hæc quæ sunt jurisdictionis, alii mandari possunt, quia proprio jure competunt, innato jure cuique magistratui creato sive pronuntiato, vel prodito, *l.* 4. §. *ult. et l.* 5. *de officio ejus cui mand.* illa autem quæ juris sunt, hoc est, quæ magistratui speciali jure data sunt, nec nativo jure

ei competunt, alii mandari non possunt, *dict. leg.* 1. 2. *et* 4. *in princip.* Ut tutoris dationem quam quis habet sibi lege permissam, alii mandare non potest, *l. nec mandante in princ. de tut. dat. ab his.* Nec quod dicitur, quandoque magistratum municipalem tutorem dare ex jussu vel præcepto Præsidis provinciæ, non ideo dicas mandari a Præside tutoris dationem magistratui municipali, quia et ex Constitutionibus novissimis, magistratibus municipalibus data est et permissa tutoris datio, *l. jus dandi, de tutor. et curator. dat.* Et Præses igitur, qui tutoris dationem remittit ad magistratum municipalem, non eam in eum confert, sed remittit ad eum, cui jus dandi tutores competit ex Constitutionibus. Multum igitur distant ea, quæ juris sunt, ab iis, quæ sunt jurisdictionis vel imperii. Verum hæc omnia tamen jus dicentis officium complectitur, ut in hac lege proponitur: omnia scilicet, quæ juris sunt vel jurisdictionis, vel imperii. Quæ omnia etiam non nego contineri jurisdictionis nomine accepto generaliter, ut in inst. *de Attil. tut.* dum dicitur, *Romæ præfectum urbi et Prætorem tutores dare secundum suam jurisdictionem.* An jure jurisdictionis proprie? minime: quia tutoris datio non est jurisdictionis secundum officium, quod gerunt et uti officium illud eis lege injunctum est: ut Præfectus urbi tutores dat illustrium et clarissimorum filiis, *l.* 1. *C. de tutor. et curat. illustr. pers.* qui etiam filii illustrium apud Præfectum urbi jus legitimæ ætatis affectantes mores suos commendant et approbant, *l.* 1. *Cod. Theodos. de his qui veni. ætat.* Prætor autem tutores dat ceterorum filiis. Atque ita Præfectus urbi et Prætor tutorem dant secundum suam jurisdictionem, secundum quod eis lege injunctum est, ut ille daret illustribus et clarissimis: his ceteris secundum officii sui modum finemque. Denique *jurisdictio* generaliter accipitur pro omni jus dicentis officio, aut specialiter. Specialiter accepta et proprie *notio est sive statuendi pronuntiandive potestas quæ jure magistratus competit.* Notio est generale nomen, quo continetur tam jurisdictio, quam magistratus habent, quam cognitio nuda litium sine jurisdictione, quam habent judices dati, recuperatores, judices delegati, judices pedanei, judices speciales. Tot enim appellationibus designantur. Notionis nomen utrunque complecti ostendit *l. notionem, de verbor. signific. et l. ait prætor, de re jud.* Quod vero additur quæ jure magistratus competit, separatio est jurisdictionis ab iis, quæ jure legis, non jure magistratus competunt, ut *d. l.* 1. *de off. ejus cui mand.* Separatio etiam est jurisdictionis a notione, quæ iis, qui non sunt magistratus, competit, veluti cognitoribus recuperatoribus, sive judicibus datis. Multis definitionibus jus civile locupletavi, at nullam memini meliorem me fecisse. Dictio dicitur quasi oraculum, ut Græce λόγιον: ut apud Cornificium 4. ex Accio, *aperta fatur dictio*, quod ita est scribendum: *aperta*, hoc est Apollinis oraculum, ut Festus interpretatur, *apertam* esse Apollinem. Et apud Nonium ex Pacuvio: *flexa non falsa autumare*, hoc est dicere, *Dictio Delphis solet*, et alio loco: *Sed me incerta dictio.* Et ex Livio in Andronico: *Ita septuose dictio ab eo datur.* Et dictio est, sive dicat magistratus, sive addicat, sive det, sive his contraria agat, quæ tamen plerunque ita in legibus antiquis distinguuntur, ut in lege Manilia de limitibus agrorum. *Quicunque magistratus juri dicundo præerit ejus magistratus de ea re jurisdictio, judicis recuperatorumve datio, addictio esto.* Et in lege Toria, quæ una est etiam ex Agrariis: *De ea re jurisdictio judicii*, vel ut scriptum est, *judici*, pro *judicii*, *Judicis recuperatorumve datio esto.* Et quæ sequuntur sunt scribenda singularibus literis I. V. E. E. R. P. F. V. S. V. E. *Ita ut eis e republica, fideve sua videbitur esse.* Quas singulares literas etiam in antiquo marmore ita Græce per consequentiam verborum, sive literarum, vel consequentibus literis legi esse expositas, οὕτως ὡς ἄν αὐτοῖς ἐκ τῶν δημοσίων πραγμάτων πίστεως ἰδίας γένηται. Et sic etiam in lege Manilia: *Denuntiandi potestatem facito, ita ut e republica fideve publica videbitur.* Et his etiam addenda lex vetus, quæ distinguit jurisdictionem a judicis datione: dictionem a datione, quamvis et datio pars sit dictionis, in hæc verba: *Post tres menses majores possidere liberos, servos bello Mithridatico omiserunt magistratus* (probe magistratus) *quin de ea re uti jus additum erit* (ita est scriptum, alias *editum*) *ita de ea re jus dicunto, judicia recuperatores danto*, ut ii eos recuperare possint. Dividuntur hæc quidem partes jurisdictionis in his legibus et distinguuntur, sed tamen et jurisdictionis nomine in secunda significatione, quæ specialis et propria est, continetur, scilicet datio et addictio.

Ad L. II.

Hæc verba Javolenus scripsit lib. 6. ex Cassio, quo et tractasse eum de jurisdictione argumento est *l. censere, de verbor. sign.* quæ sumpta est ex eodem libro, et indicat eodem libro Javolenum tractasse etiam de censoribus et eorum jurisdictione, penes quos Titus Livius scribit lib. 4. *morum disciplinæque Romanæ regimen, senatus, equitumque centuria, decoris dedecorisque discrimen, sub dictione jus magistratus, publicorum, privatorumque locorum jus, et vectigalia populi Romani sub nutu et arbitrio ejus erant.* Magistratum

eum vocat Titus Livius, sicut Tullius in ll. quum jubet eos magistratus quinquennium habere, quod quinto quoque anno censeretur populus Romanus: ceteros autem magistratus annuos esse. Non deest tamen nostra ætate qui scripserit, *Censores non fuisse magistratus*: et pari stultitia, Decemviros legum ferendarum non fuisse magistratus: quos tamen, quod magistratum ultra annum prorogarent, innumeri auctores sunt, qui scribant causam dedisse ob eam rem secessioni plebis, *l. 2. de orig. jur.*

Hæc autem Javoleni definitio proposita hoc loco, pertinet ad omnes magistratus, *cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest.* Datur jurisdictio magistratui, *l. 6. hic*: non quidem nominatim singulis partibus jurisdictionis ei dictatis, aut prænumeratis, ut solent dari ea, quæ juris sunt non jurisdictionis, sed magistratus ipso per se nomine solo, puta Præturæ, aut Consulatus, aut Censuræ per consequentias omnia, quæ sunt jurisdictionis propria, trahente secum et conferente in eum, qui populi suffragiis aut beneficio principis creatur magistratus: ut hodie fere omnium, nec tamen omnium magistratuum creatio ad solum principem pertinet, *l. 1. ad l. Jul. de ambit. l. quidam, de re jud.* Cur igitur lex aut Princeps defert magistratum, ei etiam tacite defert jurisdictionem omnem, et defert quæ jurisdictionis sunt: et retro, qui principaliter defert, sive dat jurisdictionem, ea quoque concedere videtur sine quibus jurisdictio explicari non potest, etiamsi non sint expressa verbis. Nam si verba captemus et aucupemur, tunc sane jurisdictionem ei adimemus contra voluntatem populi vel Principis, qui eam ei detulit, ei delato magistratu. Concessa itaque videtur executio rei judicatæ, vel ab eo, vel ab aliis, quos is judices speciales, vel arbitros dederit, *l. a divo Pio, de re judic.* Et plerumque concessa esse etiam videtur mulctæ dictio, et pignoris capio, et prehensio damnati, vel rei, et modica coercitio vinculorum, aut flagellorum, et carcer, quem, ut Tullius ait, *vindicem nefariorum et manifestorum scelerum majores nostri esse voluerunt.* Hæc omnia concessa videntur ei, cui jurisdictio principaliter data est, *l. 2. inf. de in jus voc. l. 9. §. ult. ad leg. Jul. pecul. l. 1. §. cogenda de vent. inspic. §. pen. Inst. de satisd. tut.* Concessa videtur manus militaris, qua sibi morem gerere inobedientes compellat, manus ministrorum sive officiorum, *l. qui restituere, de rei vind. l. 1. si vent. nom. mul. l. 3. ne vis fiat ei.* Hæ sunt vires magistratus, vires consulatus, vires præturæ, ut ait *lex 2. §. 1. de jud.* vis imperii, vel ut alibi, districtio juris, severitas juris. Uno verbo: cui jurisdictio data est, ei et mixtum imperium datum videtur, quæ est sententia hujus legis, quam innuit etiam mox subjecta imperii divisio in l. 3. Concessum autem videtur imperium, quod mixtum dicitur, quia sine hac mixtura imperii inanis et lusoria jurisdictio est. Qua de causa et præter ea, quæ enumeravimus, pœnali judicio, quod proponitur in *l. 1. inf. si quis jus dic.* cuilibet magistratui jurisdictionem suam defendere licet. Imo vero, ut Asconius scribit in prætura urbana: qui jurisdictionem suam non defenderit, imminuti magistratus veluti majestatis reus est. Et l. 9. hic contemptam majestatem Prætoris, albo scilicet corrupto, etiam vindicari docet actione pœnali et populari: contempta autem jurisdictio, videtur contempto albo Prætoris, quoniam proponitur jurisdictionis causa, *l. 7. hoc tit.* contempto autem extremo jurisdictionis, ea res vindicatur proprie pœnali judicio, de quo in *d. l. 1.* et hæc vindicta competit cuilibet magistratui, exceptis solis magistratibus municipalibus, qui pœnali illo judicio jurisdictionem suam tueri non possunt, *dict. leg. 1.* sed non desunt alia remedia, quibus eam tuentur, veluti pignoris capione: nam et magistratus municipales pignoris capionem habent, *l quemadmodum, § magistratus, ad leg. Aquil. l. 4. §. 1. de dam. infect.* quæ sunt accipiendæ de magistratibus municipalibus, quoniam Basilica interpretantur ϛρατηγοὺς, quo nomine semper significantur magistratus municipales. Imo in libris nostris et locis innumeris in *tit. de magistr. con.* magistratus simpliciter, est magistratus municipalis: et plerumque ita magistratum exaudire oportet in Digestis, non magistratum populi Romani, non præsidem provinciæ, hoc est, non majorem magistratum. Magistratus municipales pignoris capionem habent, maxime jubente Præside, ut significat *l. nominatori, C. de pign.* nam ut tutoris datio constitutionibus permissa est magistratibus municipalibus, *l. 3. de tut. et cur. dat.* non tamen ea potestate uti solent, nisi jubente Præside, *l. 1. §. magistratibus, de magistrat. conv. l. Lucius §. cum testamento, de administ. tut. l. 2. §. et quidem, ad Tertull. l. 6. C. qui dare tut. poss.* ita non solent magistratus municipales pignoribus captis quemquam coercere, licet hoc illis jus competat, nisi jussu præsidis captis pignoribus et distractis, vel etiam, si hoc malint, ut solitum fieri Marcus Tullius ait in 3. *de orat. pignoribus captis et concisis, et confractis.* Habent etiam magistratus municipales mulctæ dictionem: et de his magistratibus municipalibus, quod notandum est, accipiendum est, quod ait lex *al ud inf. de verb. signific. Magistratus solos et præsides provinciarum posse mulctam dicere*: magistratus, id est, duumviros qui in municipiis provinciarum magistratu fungun

tur, non magistratus urbanos, de quibus ante dixerat, et magistratus solos, id est, duumviros, quia plerunque erant duumviri magistratus: solos, non defensores civitatum, quoniam hi mulctæ dictionem non habent, *l.* 5. *C. de defensor. civit.* ubi et cum defensoribus civitatum, qui ἔκδικοι dicuntur, interdicitur mulctæ dictione: sane magistratibus municipalibus, qui celsiores erant, permitti videtur. Habent etiam magistratus municipales in servos modicam castigationem, *l.* 12. *hoc tit.* quod ibi latius explicabimus. Quod autem de jurisdictione principaliter data dicitur hoc loco, non est omittendum, idem obtinere in jurisdictione mandata. Denique idem obtinere in data et mandata. Datur jurisdictio a lege, vel a principe, mandatur a magistratu, cui data est: nam ut est proditum in *l.* 1. *et l. ult. de offic. ejus cui mand. est jurisd.* mandata jurisdictione, etiam mixtum imperium videtur mandari: *nam jurisdictio*, inquit, *sine modica coercitione nulla est*, aut inanis et derisoria est. Modicam coercitionem vocat ut *l.* 12. *hoc tit. l.* 8. *si in locum, de relig.* vel castigationem verberum, quod jus virgarum Cornelius Tacitus 1. *Annal.* vocat, et mulctæ dictionem, vel pignoris capionem, vel vinculorum nexum: *et datæ jurisdictionis* nomine, etiam mandata intelligi potest, ut litis vel actionis datæ mandata actio, *l. cum pupillus, de tut. et rat. distr. l.* 1. *C. de satisd.* Proinde sic concludamus: data et mandata jurisdictione, etiam mixtum imperium mandatum videri, sine quo jurisdictio expediri, et explicari non potest: nullam in ullo magistratu jurisdictionem esse sine aliquo imperio mixto, commixtam et compositam esse omnis magistratus vim ex jurisdictione et imperio: et inde esse nomen mixti imperii, quia jurisdictioni cohæret et inest: nec ulla in quoquam jurisdictio est, cui imperium aliquod non insit, ut ratio tuendæ, explicandæ, exsequendæ jurisdictionis. Dico magistratus omnes habere imperium aliquod, quo jurisdictionem suam tueantur, et ad effectum perducant: non tamen omnes æque amplum habere, puta non omnes posse exsequi, et peragere ea, quæ magis sunt imperii, quam jurisdictionis, *l. ea quæ, ad municip. l. magistratibus, de injur.* non omnes habere mulctæ dictionem: nam et si ex minoribus magistratibus etiam eam habeant ἀστύνομοι *l.* 1. *de via publ.* et Ædiles plebis ut ex libro Attei Capitonis Jurisconsulti quem scripsit de publicis judiciis, *A. Gellius refert* 10. *cap.* 6. non tamen eam procurator Cæsaris habet, licet magistratus sit, *l.* 3. *C. de modo mulct.* nec etiam Logista, qui et curator Reipubl. alio sensu dicitur, præfectus scilicet rationibus publicis, quamvis et hic magistratus sit, *l.* 3. *C. eod. tit.* neque ut paulo ante dixi, defensor civitatis, qui tamen et ipse magistratus est in municipiis, similis Tribuno plebis urbano, qua de causa et defensor plebis dicitur, et civitatis. Non omnes etiam magistratus possunt, ut supra dixi, pœnali judicio jurisdictionem suam defendere; sed aliis remediis eam defendunt: quia nulla jurisdictio est sine imperio aliquo, quo explicetur, et ad emolumentum perducatur, nec alia est sententia hujus leg. 2.

Ad L. III.

In hac lege proponitur divisio imperii *in merum et mixtum*: quæ divisio legi 2. convenienter subjecta est, quod lex 2. significavit, ei cui data est *jurisdictio*, non nudam jurisdictionem sine imperio, sed cum imperio aliquo datam videri, cujus vi et adjutu explicaretur, quod mixtum imperium appellatur ex jurisdictionis, cui cohæret, connexione et societate: quod ut intelligeretur, nunc in hac lege facit duo genera imperii, merum et mistum, ex Ulpiano *libro de offic. Quæst.* Qui magistratus sive quæstor, licet merum imperium non habuerit, quia nec lictorem habuit, nec viatorem, per quos, aut vocaret, aut præhenderet quemquam, ut Aulus Gellus docet ex Capitone, ex Varrone 13. *cap.* 12. *et seq.* non tamen fuit sine imperio mixto: nam et judicia, judicesque dare, et in possessionem eum mittere potuisse, quod est imperii mixti, constat ex divinatione in Quintum Cæcilium. Duo, inquam, in hac l. 3. proponuntur genera imperii, merum, et mistum, nihil præterea. Duo in ea sunt tantum, agitanturve termini, merum imperium et mixtum, non tres; ut vulgo opinantur, merum imperium et mixtum, et jurisdictio simplex: nam mixtum imperium, et jurisdictio, unum et idem est: nec quicquam vindicatur mixto imperio, quod non possit et debeat etiam vindicari jurisdictioni, et contra nihil vindicatur jurisdictioni quod non debeat etiam vindicari mixto imperio, quia quæ commixta sunt simul, commeant semper, nec aliud ab alio secernitur: mero autem imperio quod vindicatur, sane etiam non potest vindicari jurisdictioni, quia non jurisdictionis, aut magistratus jure merum imperium competit, sed legis specialis datione atque permissu, quæ id genus imperii dedit vel magistratui, vel privato: nam et privatus ex lege merum imperium accipere et habere potest, ut inferius comprobabitur, sicut et cetera, quæ legis sunt, non jurisdictionis: ut tutoris dationem, non tantum magistratus habet, sed etiam privatus, ut puta, parens, qui testamentum facit, et impuberes habet liberos in potestate. Et inde ratio appellationis imperii meri, quia non est

mixtum jurisdictioni; sicut imperii mixti; quia cum ex jurisdictionis mixtura consistat, non est merum, *l. ult. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* mixtum imperium nulli competit, nisi magistratui: merum imperium etiam privato competit, si lex vel Senatusconsultum id privato concesserit specialiter, ut judici quæstionis publicæ, cui ex lege publici judicii quæstio aliqua criminis publici sorte obtigit, qui certe privatus est, non magistratus, *l. 1. ad leg. Corn. de sicar. l. 1. de offic. ejus, ibi: Ut is cui obtigerit exercitio publici judicii, prætor scilicet, vel judex quæstionis, cui sorte obtigerit exercitio publici judicii*, ut item Pompejo misso cum imperio adversus Sertorium, qui privatus erat, ut docet *Philip.* 2. non magistratus privatus, cum imperio meo tamen: cum imperio summo, ut idem ait 1. *in Verrem.* Hortensium consulem esse cum summo imperio et potestate: quia scilicet, ut Festus interpretatur, nominatim ei a populo datum erat imperium, et ita *l. 2. §. exactis, de orig. jur. Consulem in caput civis Romani non posse animadvertere injussu populi*, hoc est, jure magistratus potestatem gladii non habere, sed ex lege, id est, jussu populi et in *l. 1. §. ult. de offic. ejus. cui mand.* merum imperium lege dari, hoc est, jussu populi, mixtum vero magistratui inhærere, merum extrinsecus advenire, id ei donante nominatim lege, ut cuilibet, non ut magistratui: mixtum imperium est ἀκόλουθον ἐπὶ τὴν ἀρχὴν, ut loquitur Dionysius Halicar. *lib.* 7. merum imperium non consequitur magistratum, proinde mandata jurisdictione non transire merum imperium, quia a jurisdictione sejunctum et semotum est: at transire mixtum, quia jurisdictioni cohæret, *d. l. 1. §. ult.*

Definitur autem in hac lege utrumque imperium non exacte, vel non omnino ex arte, sed per exempla, ut recte scripsit hoc solum Joannes: puta, *merum imperium esse, habere gladii potestatem ad animadvertendum in facinorosos homines.* Animadvertere est verbum proprium ultimi supplicii et extorquendæ vitæ, ut *l. si quid erit de offic. proconsul. l. perspicien. §. ult. et l. seq. de pœn.* hæc est major et severior animadversio, quæ vitam extorquet: a majori parte meri imperii, confecta definitio est: major pars est potestas gladii, quam et a legibus accipi nominatim scribit D. August. *epist.* 61. Potestas gladii, jus gladii, gladius, sicut jus ferri, et ferrum. Lucano, et Papinio. Lucanus:

Et sibi ne ferri jus ullum Cæsar abesset,
Ausoniis voluit gladiis miscere secures.

Papinius.

Imperium mulcere toga:

quod idem alibi:

Ferrum mulcere toga:

Jus gladii frequentius dicitur, *l. illicitas, §. qui universas, de off. Præsid. l. 14. C. Theod. de decur.* et in edicto Justiniani 8. Gladii jus, gladii potestas, *et l. 1. C. Theod. ne lic. sine jussu princ. cert. jud. confisc. Præsides*, inquit *in illos gladii sui, et jus severitatis exercere, in quos statim stringi ferrum jura præcipiunt.* Lampridius in Alex. *Honores juris gladii nunquam vendi passus est.* Julius Firmicus, quod iterat sæpe, *faciet constellatio illa judices habentes jus gladii.* Capitolinus in Gordiano: *Gordiano Proconsuli Africæ filium legatum a senatu datum cum gladii potestate.* Quam alioqui legatus Proconsulis non habet, *l. solent, de off. proc.* Et in antiqua inscriptione Neapolitana: M. METIO PRÆFECTO ANNONÆ URBIS SACRÆ CUM JURE GLADII. Sulpitius Sev. Dial. *Illa cura præcipua, ne tribuni cum jure gladiorum ad Hispanias mitterentur.* Et jus quidem sive potestas gladii dicitur, quoniam hæc sola irrogandæ mortis ratio plerunque lege permittebatur ei, cui dabatur jus vitæ necisque in facinorosos homines, gladio scilicet non telo, non laqueo, non securi, non veneno, non fustibus; quod posteriores dixere, fustuarium supplicium, non quo alio modo, sed gladio tantum, *l. aut damnum §. 1. de pœn.*

Addit Ulp. hoc loco, hoc etiam imperium simpliciter potestatem appellari, per eminentiam scilicet, vel ὑπερβολὴν: nam et mixtum imperium potestas est, *l. pen. ne vis fiat ei, qui in pos. l. 1. si vent. nom. mul. l. potestatis, de verb. sign.* Ubi quum ait: *in persona magistratus potestatis verbo significari imperium*: quia dixit, magistratus, mixtum intelligit, non merum: per eminentiam autem *potestas* dicitur pro gladii potestate, summa parte meri imperii: nam præter gladii potestatem merum imperium complectitur omnem aliam facinorum graviorem coercitionem, veluti damnationem in metallum, vel in opus publicum, deportationem in insulam et relegationem, et publicationem omnium bonorum, et generaliter omnem judicii publici exercitionem legibus publicorum judiciorum, veluti Julia aut Cornelia, aut Fabia delegatam, *l. solent, de off. procons. l. 1. de off. ejus cui mand. l. aliud, in fin. de verb. sign.* Et in summa merum imperium, quod et Græce Zonaras in Basilio Porphyr. vocat ἄκρατον ἐξουσίαν, ἄκρατον κράτος, *merum imperium, meram potestatem.* Ut utrumque exactius definiam, est *merum* quidem *imperium* coercendorum facinorum potestas, lege data ac definita nominatim, *l. 1. C. qui non poss. ad libert. Mixtum* autem *imperium* est potestas, quæ jure magistratus competit proprio et ingenito, *d. l. 1. de off. ejus*, etiam si lege nomina-

tim magistratui finitum aut descriptum non sit. Denique mixtum imperium est potestas, quæ jure proprio magistratus competit: potestas cui jurisdictio inest, ut ait Ulp. hoc loco: *cui jurisdictio adhæret*, *C. ubi et apud quem l. ult.* Denique imperium mixtum est imperium, quod jurisdictioni cohæret, ut ait *d. l.* 1. *in fin. de off. ejus.* Cujus quidem imperii mixti duo tantum hoc loco proponuntur exempla. Unum quod consistit in danda bon. poss. honorariis successoribus: namque ii tantum dare bon. poss. secundum vel contra tab. vel unde legitimi, vel quam aliam possunt, qui imperium hoc, et jurisdictionem habent. Dare bon. poss. est mixti imperii, ut aperte ait hoc loco: et jurisdictionis igitur, ut et nominatim ait Theodorus Hermop. tit. 4. lib. 1. τὸ γὰρ διδόναι διακατοχὴν δικαιοδοσίας ἐστίν. *Dare enim bonor. possessionem jurisdictionis est.* Alterum exemplum mixti imperii, quod proponitur in hac lege, consistit *in dando judice*: nam et judicis dandi licentia imperii est mixti jurisdictioni, et jurisdictionis igitur. Et e contrario, si jurisdictionis: ergo et mixti imperii, *l. cum Prætor*, §. *item hi quibus*, *de judic.* Magistratus urbanus propter vim imperii, more majorum, jure suo habet potestatem dandi judices speciales in singulis causis: et hoc est, quod ait hoc loco, in fine leg. *Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia:* nam illud etiam (quod notandum) habet vim ἀναφορικὴν, ac si diceret, sicut bon. poss. ita etiam judicis datio mixti imperii, et jurisdictionis partes sunt, sive species. Sed sunt et aliæ pleræque partes mixti imperii, et jurisdictionis, veluti certis ex causis extra ordinem cognoscere et judicare, exequi suas, vel judicum a se datorum sententias, jubere cavere prætoria stipulatione, jubere possidere secundo decreto, vel in possessionem mittere primo decreto, et restituere in integrum et mulctam dicere, vel quam aliam modicam coercitionem infligere, ne jurisdictio nulla, aut lusoria sit. Hoc loco notantur duæ tantum partes, videlicet *bon. poss. facere*, qui sit hæredis vice, et *judicem facere*, qui de re cognoscat et statuat, non etiam exequatur quod statuerit, quia datus judex factusve cognitionem tantum habet, non jurisdictionem, et executionem sententiæ: ad jurisdictionem pertinet et mixtum imperium, *l. a D. Pio, in princ. de re jud.* judicem facere, inquam, vel quod idem est judicium, judicesve speciales, aut recuperatores dare, ac jubere judicare: neque enim hoc jubere potest, nisi qui magistratus est, *l.* 13. *in princ. h. t.* et eadem verba, *Judicis dandi licentia*, sunt in *l.* 2. *C. de ped. jud.* Et ex his quidem liquido apparet non definiri hoc loco jurisdictionem nudam sive simplicem, ut comminiscuntur, sed imperii tantum duo genera constitui atque describi: nihil est evidentius.

Ad L. IV.

Pertinet hæc lex ad edictum de damno infecto, ex quo, postulante eo qui timet, ne quod sibi damnum contingat ab ædibus vicinis, quæ vitiosæ et ruinosæ sunt, Prætoris vel Præsidis officium est, ut dominum vicinarum ædium jubeat ei cavere de damno nondum facto, sed futuro, forte collapsis ædibus super ædes ejus qui hac cautione sibi caveri, postulat, quæ prætoria cautio, sive stipulatio est, quia ab ipso Prætoris officio proficiscitur, *l.* 5. §. *prætoria*, *de verb. obl.* et domino ruinosarum ædium non cavente damni infecti datis fidejussoribus, ut fit, æque Prætoris vel Præsidis officium est, ut vice cautionis actorem ex primo decreto mittat in possessionem earum ædium, *l. si finita*, §. *si quis*, *de damn. infect.* quo genere pignus prætorium constituitur, *l. misso*, *pro empt.* et fit ille, qui mittitur in possessionem veluti custos ædium pignoratitius, non plane possessor: nec enim expellitur vetus possessor, sed ei adjungitur quasi possessor novus, ut tædio eum afficiat, vel tædio ei extorqueat cautionem, *l.* 5. *in princ. ut in poss. legat d. l. si finita* §. *si quis autem*, *l.* 3. §. *ult. de acq. poss.* vice cautionis non præstitæ, ut dixi. Qua de causa, et ea missio vicaria possessio dicitur, quia est vice cautionis non interpositæ, *l. postquam*, *ut legat. nom. cav.* Hoc igitur est Prætoriæ, vel præsidialis jurisdictionis, nimirum jubere cavere prætoria stipulatione damni infecti, et vice cautionis in possessionem mittere, non etiam est jurisdictionis duumviralis, hoc est, quæ magistratibus municipalibus competit, quia jubere magis est imperii, mixti, scilicet jurisdictioni, quam jurisdictionis, quod proponitur ex Ulpiano *lib.* 1. *ad Edictum*, quo constat, eum tractasse de stipulatione damni infecti. Magistratus autem municipales facere, et exequi non possunt ea, quæ magis sunt imperii, quam jurisdictionis, ut Paulus etiam scripsit *lib.* 1. *ad edictum*, tractans de eadem stipulatione, *l. ea quæ*, *ad munic.* Denique, hæc sunt prætoriæ, aut præsidialis jurisdictionis, non duumviralis, quia duumviri non habent ea, quæ magis sunt imperii, quam jurisdictionis. Verum, quoniam hæc potestas Prætori vel præsidi jure suo competit, jure Magistratus, ut jubeat caveri, ut decernat iri in possessionem, non dubium, quin possit eam potestatem mandare, sive delegare magistratui municipali, *l. penult.* §. *ult. de off. ejus*, quia quæcunque jure magistratus competunt, mandari possunt, *l.* 1. *eod.* et plane sunt stulti, qui

hoc negant: qui et in hac materia innumera alia peccant, ut cum faciunt eundem judicem datum, et eum, cui mandata est jurisdictio, veluti legatum proconsulis; cum hic jurisdictionem habeat, judex datus non item, sed causæ cognitionem tantum *l. ait prætor, de re jud.* et longa est differentia inter cognitionem et jurisdictionem: nam et princeps ipse, quamvis sit celsior omni magistratu, cognitionem quidem habet extraordinariam, non jurisdictionem, quia nec magistratus est, aut dicitur unquam: sed si quæratur quid sit princeps, dicam, primus ac singularis administrator Reipublicæ, vel ut in ultimo libro Strabonis; *προστάτης τῆς ἡγεμονίας*, hoc est, *qui suscepit stationem tuendæ totius Reip.* Nec in hoc titulo quicquam proprie tractari potest de potestate Principis, quia titulus est de jurisdictione, quæ magistratui tribuitur, non principi. Sic etiam peccant, cum officium magistratus confundunt cum jurisdictione ejus, quod satis refellunt ea, quæ notavimus ad l. 1. in Cod. satis manifeste hi duo tituli separantur: *De officio div. judicum*, et titulus *de jurisdictione omnium judicum.* Ergo officium aliud est, quam jurisdictio: officium scilicet latius patet, quam jurisdictio: nam et ea complectitur, quæ jurisdictionis non sunt. Verum ad rem. Ut damni infecti caveatur, ut is, cui non cavetur, in possessionem mittatur, mandari potest: et vere, ut ait *l. infecti, in fin. de damn. inf.* quia res propter periculum ruinæ, quod imminet, celeritatem desiderat, et periculosa procrastinatio est: ideo solet Prætor, vel præses hæc duo magistratibus municipalibus, sive duumviris mandare, ut curent damni infecti cavere dominum vitiosarum ædium, aut vice cautionis actorem in earum possessionem mittant. Et hoc est, quod ait *l. 4. §. 1. eod. tit. Duas res Prætorem vel præsidem magistratibus municipalibus injungere, cautionem damni infecti, ut ea scilicet exigant et interponi curent, caveaturque vicino damnum timenti, et possessionem*, hoc est, missionem in possessionem vicariam ex primo decreto: *cetera prætorem vel præsidem suæ jurisdictioni reservare*, puta secundum decretum, quo missus in possessionem ex primo, si dominus ædium vitiosarum perseveret non cavere damni infecti, causa cognita jubetur eas ædes possidere jure dominii, expulso veteri domino: quæ est hujus rei extrema linea, et quæ efficit, ut ædibus careat, qui eas non defendit, *l. 4. §. si forte, l. hoc amplius §. 1. l. si finita, §. ubi, et §. postea, de damn. inf.* Item reservat Prætor vel præses suæ jurisdictioni, neque demandat alteri, ut ex causa forte oblata cautione jubeat decedere possessione eum, qui in eam missus est ex primo decreto: nam et hujus rei cognitionem non mandat Prætor alteri. Et ita est accipiendus *d. §. si forte, in fine, juncta l. si finita §. item videamus, eod. tit.* Hæc quidam etiam Prætor, vel præses mandare posset magistratibus municipalibus, ut juberent possidere jure dominii, ut missum juberent ex causa possessione decedere: mandare, inquam, hæc possent magistratibus municipalibus, imo et privato homini, quia et jurisdictio privato etiam homini mandari potest, *l. ult. de off. ejus*, non tamen solet magistratibus municipalibus aut privatis mandare, nisi cautionem et missionem in possessionem, cetera ipsemet exequitur. Illa duo magistratus municipales ex mandato habent; non suo jure, quia non habent, ut dixi ea, quæ magis sunt imperii, quam jurisdictionis, ut ait hoc loco. Nam ea sunt *ἀρχικώτερα*, ut Aristoteles ait *4. Polit.* *τὸ ἐπιτάττειν ἐστὶν ἀρχικώτερον*, et Basil. in *d. l. ea quæ*, esse ea *μείζονος ἐξουσίας*, *majoris potestatis*, dum ita definiunt, *τὰ ὄντα μείζονος ἐξουσίας πράττειν ὁ στρατηγὸς οὐ δύναται*, hoc est, *quæ sunt majoris potestatis, ea facere magistratus municipales non possunt.* Et observandum, tum hoc, tum illo loco *Magis* accipi *συγκριτικῶς*, et esse in comparando, quoniam nihil est mixti imperii, quod non sit et jurisdictionis. Et hæc etiam ipsa, *jubere caveri*, nominatim jurisdictioni vindicantur, in *d. l. 1. et 4. de damn. inf.* et vice mutata, nihil est jurisdictionis, quod non sit etiam mixti imperii, sed in hac mixtura est tamen aliquid, quod eminet et excellit: et in mistura honesti, et utilis valde placet, quod Diogenes Laertius scribit ex disciplina Pyrrhonis; magis sive *μᾶλλον* modo accipi *συγκριτικῶς*, ut quum dicimus: *Mel magis dulce esse, quam uvam.* Nam et uvam dulcem esse, non negamus: modo *magis* accipi *θετικῶς*, ut quum dicimus: virtutem magis prodesse, quam obesse. Hoc enim significamus, virtutem non obesse: quo modo in *l. 1. C. comm. divid.* hoc posteriore modo, *magis* accipitur, dum ait, actionem pro socio magis ad personales præstationes, quam ad rerum divisionem pertinere: quia sane nullo modo pertinet ad rerum divisionem, ad quam comparata est actio communi dividundo, non pro socio. Et in *l. 6. de leg. 1.* his verbis: *Stichum qui meus erit, cum moriar, do, lego*, magis injectam videri condictionem legato, quam demonstrationem non esse legato insertam, sed condictionem meram. Contra *magis* accipitur *συγκριτικῶς* in *l. 3. §. sed utrum, vers. sed in hoc, de minor.* Magis patris, quam filii interesse, filium peculium habere: nam et filii interest, peculiatum esse. Et similiter hoc loco jubere cavere, magis esse imperii, quam jurisdictionis: nam hæc sunt etiam jurisdictionis, nec separantur his verbis, quæ confusa invicem, et commixta sunt, imperium et jurisdictio: sed ex iis

significatur in quibusdam imperium magis elucere, quam jurisdictionem, ut si agatur de re majore, de exigenda cautione damni infecti, quia major quæstio est, cum ex ea, si cautio non interponatur, soleat dominium domus vitiosæ domino auferri, et alteri acquiri: quamobrem ea de re frustra agitur apud magistratus municipales, nisi eis Prætor vel præses ejus rei cognitionem mandaverit, vel nisi inter convenientes, ut eodem *lib.* 1. *ad edict.* tractans ea de re Paulus scripsit in *l. inter*, *ad munic.* Inter convenientes, inter consentientes vicinos seu adfines, *l. cum tutorib.* §. 1. *de transact.* *l.* 3. *rem rat. hab.* *l.* 3. *de fide instr.* sicut ex diverso quædam sunt, in quibus imperium occultatur, et jurisdictio magis apparet, ut puta, si qua de re levi cognoscat magistratus extra ordinem, vel si de plano, non pro tribunali ut si non contentiosam jurisdictionem exerceat, quæ exercetur inter invitos litigatores sed voluntariam jurisdictionem, quæ exercetur inter volentes, puta in emancipandis, aut adoptandis liberis, *l.* 2. *de off. procons.* Reipsa nunquam secernitur mixtum imperium a jurisdictione, intellectu secernitur; ita scilicet, cum alia facimus, et dicimus, esse magis imperii, quam jurisdictionis, quæ non tribuimus omnibus magistratibus: omnibus tribuimus imperium et jurisdictionem, sed non omnibus omne imperium, non id quod dicitur ἀρχικώτερον: quo nihil evidentius.

Ad L. V.

More majorum ita comparatum est, ut is demum jurisdictionem mandare possit, qui eam suo jure, non alieno beneficio haberet.

Lex 5. ait: more majorum ita comparatum esse et receptum, ut is demum jurisdictionem mandare possit, qui eam suo jure habet, id est, jure magistratus, non alieno beneficio, puta ex mandato magistratus, sicut *l.* 1. §. *qui mandatam, de off. ejus cui mand.* more majorum jurisdictionem transferri ad eum, cui a magistratu mandata est. Denique more majorum comparatum esse, ut magistratus jurisdictionem suam alteri mandare possit: si more majorum, et suo jure igitur: nam quodcunque more majorum propter vim imperii magistratui competit, id magistratus suo jure habet, etiam si non sit datum lege nominatim, dummodo non sit denegatum, *l. et ademptum*, *l. magistratus*, *ad municip.* Et sic magistratus urbani more majorum judices dare possunt, et suo jure igitur; non ut Proconsul aut legatus Proconsulis ex lege speciali, *l. cum prætor, de judic.* Proconsules et legati Proconsulum judices dare possunt, quia id eis lex permisit nominatim: magistratus urbani judices dare possunt, non quia id eis permisit lex, sed suo jure, sive pro imperio, hoc ipso quod sunt creati magistratus: et magistratus urbani cujuscunque ordinis, *l. ult. quis et a quo appel.* Ac *l.* 3. *hujus tit.* quæ jurisdictioni, et mixto imperio, quod semper jurisdictioni cohæret attribuit judicis dandi licentiam: eam, inquam l. 3. esse de magistratibus urbanis, non de provincialibus coarguit inscriptio, *de off. quæst.* nam quæstor magistratus urbanus erat, quanquam solerent quæstores sortiri provincias, vel sortito mitti in provinciam. Magistratus igitur urbani, quia, ut proditum est in *d. l. cum prætor*, more majorum judices dare possunt; suo igitur jure judices dant: ac similiter more majorum, et suo jure igitur, magisratus urbani habent mulctæ dictionem, supremæ vel minimæ, ut nominatim scribit A. Gellius initio *lib.* 11. etiamsi eis data non sit mulctæ dictio lege specialiter. Provinciales igitur magistratus vel municipales mulctæ dictionem habent, non more majorum, non suo jure, sed mandatis principum nominatim concessam, *l. aliud* 131. §. *ult. de verb. signific.* quo loco dum ait, *mulctam dicere, suo jure scilicet, posse eum, cui judicatio data sit* (nam et mulcta judicari dicitur, indici dicitur: pœna irrogari) his verbis magistratum urbanum significat, cui publice judicium est, hoc est qui populi Romani magistratus est, *l.* 2. §. *ult. de jud.* ait: *His tantum dari jus mulctæ dicendæ, quibus publice judicium est. Et non aliis*, inquit, non præsidibus provinciarum, non magistratibus municipalibus, quoniam mulctæ dictio his non competit suo jure, sed specialiter mandatis principum permissa est. Quod etiam subjicitur in *d. l. aliud* §. *ult. de verb. sign.* *Mandatis permissum esse magistratus solos, et præsides provinciarum mulctam dicere posse*, magistratus municipales scilicet, hoc est, duumviros, et quidem solos, non etiam defensores civitatum, *l.* 5. *Cod. de defens. civitat.* Magistratus quum dicimus in jure, ut plurimum intelligimus municipales. Et ita illo loco: *Magistratus solos*, id est, duumviros, non defensores civitatum. Duumviri in civitatibus erant instar Coss. urbanorum. Defensores civitatum instar tribunorum plebis, cum et defensores plebis dicantur *l.* 4. *et* 5. *C. de defensor. civit.* *l.* 1. *C. de off. jurid. Alexand.* Et tribunorum plebis etiam in urbe mulctæ dicendæ jus fuit perexiguum: nam ut Corn. Tacitus refert 13. *Annal.* mulctam ab eis dictam quæstores ærarii in publicas tabulas ante quatuor menses non inferebant, intra quos contradicere licebat, et si quis contradiceret, de eo Coss. statuebant, non ipsi Trib. plebis, qui mulctam dixerant. Præsides autem in provinciis, quas administrabant, erant instar omnium magistratuum urbanorum: etiam eorum, qui extra ordinem facti essent magistratus, *l.* 7. §. *ult. et l. seq. de offic.*

proc. Verum ad rem. Eodem modo, quo magistratus urbani more majorum dicuntur habere judicii, judicisquæ vel recuperatoris dationem, et mulctæ dictionem: ita in hac *l.* 5. dicuntur more majorum jurisdictionem suam, ac proinde mixtum imperium alii mandare posse, tam provinciales quam urbanos magistratus: et mandare posse jurisdictionem suam cum mixto imperio, tam privato homini, *l.* 1. *de off. procons. et l. ult. de off. ejus*, quam alii magistratui, *l.* 3. *eod.* ut Prætor peregrinus Prætori urbano mandat jurisdictionem suam apud Livium *lib.* 24. et præses Duumviris, *l.* 4. §. 1. *C. de dam. inf.* Mandare suam jurisdictionem possunt, qui eam suo jure habent: at is, qui mandatam jurisdictionem suscepit, quia eam suo jure non habet sed alieno beneficio, etiamsi forte magistratus sit, ideo mandatam sibi jurisdictionem alii mandare vel delegare non potest, *d. l.* 5. *et ult.* quia suo jure eam non habet, quia ut subjicitur in *l.* 6. data ei non est principaliter sive directo, sed magistratui, qui ei mandavit, non dedit, quia nec dare magistratus jurisdictionem potest, sed mandare tantum: solius est populi, vel principis dare jurisdictionem, quod est, facere magistratum. Magistratus magistratum facere non potest, proinde dare jurisdictionem non potest, mandare potest. Lex quoque ipsa, ut ait *l.* 6. hoc est populi jussus, vel qui pro lege est, mos majorum, ei, cui mandata est jurisdictio a magistratu jurisdictionem non defert, sed confirmat tantum: et magnum est interjectum intervallum inter deferre, et confirmare tutelam et hæreditatem. Legitimam tutelam lex defert, *l.* 1. *de legit. tut.* Testamentariam confirmat, non defert, *l.* 20. *de test. tut. l. lege*, *de verb. sign.* et ita lex defert jurisdictionem magistratui soli. Ei autem cui mandata est jurisdictio, eam jurisdictionem confirmat, non defert. Quia igitur ei, cui mandata est jurisdictio, data non est directo et principaliter, nec ulla lex eam ei defert, sed confirmat tantum: ideo ait, more comparatum esse, ut mandatam sibi jurisdictionem alteri nemo mandare possit, quia non pro suo imperio, suove jure jus dicit, sed pro eo, aut beneficio viceve ejus, cujus mandatu jus dicit, *l.* 5. *de off. ejus*, *l.* 16. *et seq. hoc tit.* Ac simili ratione utitur Arnobius recte *lib.* 2. *adversus gentes*, ut efficiat solum Deum animas immortales efficere posse, non alium quemquam, etiam divini beneficii munere immortalem factum: *Qui fieri potest*, inquit, *ut alii præstare id, quod ipse est, valeat, cum alienum id habeat, et majoris sit potentiæ commodatum?* Eadem prorsus ratione, qui mandatam jurisdictionem habet, qui alieno beneficio eam habet, alteri eam mandare non potest. Præterea eadem prorsus ratione, quod magistratus ipse habet a lege specialiter sibi concessum, non jure magistratus, non potest alii mandare, quia id non habet ex jure et imperio suo, sed ex beneficio legis speciali, ut merum imperium, quod lex ei dedit, non potest alii mandare, *l.* 1. §. *ult. de offic. ejus*, tutoris dationem, quam etiam ex lege quidam magistratus habent, non possunt alteri mandare *l.* 8. *de tut. et cur. dat.* jus probandæ causæ manumissionis adhibito consilio, minore XX. annorum manumittere volente, vel majore volente manumittere minorem XX. annorum, Consul vel Præses, cui id specialiter dedit lex Ælia Sentia, alii mandare non potest, *l.* 2, *de off. ejus.* Cognitionem quoque da prædiis minorum distrahendis Prætor vel præses alii mandare non potest, quia specialiter et nominatim ei data est, *d. l.* 2. data est oratione Severi, sicut nec cognitionem de transactione alimentorum admittenda vel non, quæ specialiter ei data est oratione D. Marci, *l. cum ii*, §. *sed nec mandare, de transact.* nec cognitionem de nece domini a familia necati datam Senatusc. Syllaniano, *l.* 1. *de off. ejus*, nec cognitionem indulgendæ creditoribus separationis bonorum defuncti et hæredis, quæ edicto injungitur nominatim Prætori vel præsidi, *l.* 1. §. *de iis autem*, *de separat.* nec cognitionem mutandi procuratoris etiam edicto concessam, *l. in causæ*, §. *hæc autem*, *de procur.* Cognitio etiam removendi suspecti tutoris, de qua inter nostros Jurecons. multum disputatur, eadem ratione jure mandari alii non poterat, quia data est nominatim *l.* 12. *tab.* Prætori vel præsidi, ei qui tribunali præerit, *l.* 1. §. *suspecti*, *ad Senatusc. Turpillian.* Hodie tamen cognitio suspecti tutoris mandari potest, non jure ipso, sed constitutione Severi et Antonini, propter favorem et utilitatem pupillorum, ut ait *l. pen. de offic. ejus*, quorum favore et pleraque alia jure civili constituta sunt, *l.* 10. §. *ult. de test. tut. l.* 5. §. *præterea*, *de suspect. tut. l.* 1. §. *ult. de usur. l. pen. C. de servo pig. dato*, *l. pen. C. de necess. serv.* Constitutio Severi et Antonini legato proconsulis, cui proconsul mandat jurisdictionem, cognitionem dat de suspectis tutoribus. Et hinc quidem facile (quod notandum) ut ait *d. l.* 1. §. *damus*, *de suspect. tutor.* mandata jurisdictione legato, non jurisdictio tantum, sed et totum officium jurisdicundi, quod latius patet, quam jurisdictio, ad eum transit, quia scilicet legatus proconsulis, non tam mandatam, quam et propriam quodammodo jurisdictionem habet, ut ex contrario significat lex 13. *de off. procons.* qua vult legatum ante mandatam jurisdictionem nihil proprium habere: post mandatam jurisdictionem aliquid proprium habere videri: quod est verissimum. Et hac de causa legato proconsulis facile permittitur judicii sive quæstionis

publicæ exercitio, *l.* 11. *eod. tit. l. unica, C. eod.* Permittitur etiam judicis datio, *l. cum prætor, de jud. l.* 12. *de off. proc.* et tutoris datio, *l.* 1. *de tut. et cur. datis, l. pen. de off. proc.* Denique ad legatum proconsulis non tantum jurisdictio transit, sed et totum prope officium jurisdicundi. Verum, ad eum, cui Prætor aut præses mandavit jurisdictionem suam, transit quidem jurisdictio cum mixto imperio, non tamen officium jurisdicundi: neque enim ei permittitur exercitio judicii publici, *d. l.* 1. *de off. ejus*, nec datio tutoris, *d. l.* 8. *de tut. dat.* nec cognitio suspecti, *d. l.* 1. §. *suspect.* nec ei, qui mandatu præsidis jus dicit, competit datio judicis, quia nihil proprium habet. Legatus proconsulis propriam jurisdictionem habere intelligitur: quia nec eligitur ab ipso Proconsule, sed datur ei a Senatusc. ut diserte Appianus scribit in *lib.* 1. *de bell. civ.* Atque ideo habet etiam Proconsulis legatus adsessores sive comites, *l.* 6. §. *pen. de pœn.* et in quibusdam provinciis etiam sellam, et lictores et fasces, ut legatus Procons. Africæ, auctore Spartiano in Severo. Quare et a legato Proconsulis, Proconsul appellatur, quasi alius quidam, *l.* 2. *quis et a quo appell.* Ab eo autem, qui mandatu Prætoris vel præsidis jus dicit, Prætor vel præses non appellatur, *l.* 1. *eod.* quia idem ab eodem appellari videretur, propterea quod jus dicit vice Prætoris et præsidis: legatus proconsulis suo quodam jure potius, quam vice Proconsulis. Sed quia favores sunt ampliandi, et adjuvandi interpretatione, *l. cum quidam, de lib. et post.* ideo favore pupillorum, quod dedit constitutio Severi legato Proconsulis, idem ex interpretatione prudentum receptum est in eo, qui mandatu Prætoris jus dicit, *d.* §. *damus*, quasi tracto argumento a provincia proconsulari ad urbem, quod est consequens, trahi a provincia proconsulari ad præsidialem provinciam, ut scilicet et is, qui mandatu præsidis jus dicit, de suspectis tutoribus removendis cognoscere possit. Ratio quæ proponiter in *d.* §. *damus, quia mandata*, inquit, *jurisdictione totum officium juris dicundi ad eum transit*: est specialis ratio in legato Proconsulis, ad quem etiam prope totum officium juris dicundi transit. *Ad eum* enim, illo loco, hoc est, ad legatum Proconsulis: et totum, id est, fere totum: nam ad eum transit tutoris et judicis datio, et judicii publici exercitio, quæ non sunt jurisdictionis, sed officii jus dicentis sive legis, quæ jus dicenti hoc adjecit nominatim: non tamen transit ad eum gladii potestas, vel quæ alia extrema animadversio, *l.* 1. §. *pen. de off. ejus. l. solent, l. si quid de off. proc.* non est etiam apud eum legis actio, hoc est, actus solemnes apud eum peragi non possunt, *l.* 2. *et* 3. *de offic. proc.* Ex qua restituenda est negatio in *l. apud proconsulem, de manum. vind.* Totum vel omne, non semper comprehendit omne, maxime in jure nostro. Nam etiamsi lex dicat totum vel omne, semper excipitur aliquid. Et hujus rei suppeditat exemplum, *l. omnis, de exception. l. maritus,* 2. *sol. mat. l. et exhæredatum, de re jud. l. in omnibus, de solut.* Ratio igitur illa quæ ponitur in *d.* §. *damus*, est propria legato Proconsulis, ad quem prope totum officium jus dicentis transit, non etiam cuicunque utenti jurisdictione ejus, qui mandavit. At ratio proposita in *l. pen. de offic. ejus*, communis est omnibus propter favorem et utilitatem pupillorum. Itaque par utilitas, par ratio exigit, ut exemplum constitutionis Severi et Antonini, a legato Proconsulis trahatur etiam ad eum, cui Prætor vel præses mandavit jurisdictionem suam, ut scilicet favore pupillorum, his omnibus hodie indistinte causa cognita liceat removere suspectos tutores.

Ad L. VI.

Et quia, nec principaliter ei jurisdictio data est, nec ipsa lex defert, sed confirmat mandatam jurisdictionem; ideoque, si is, qui mandavit jurisdictionem, decesserit, antequam res ab eo, cui mandata est jurisdictio, geri cœperit: solvi mandatum Labeo ait, sicut in reliquis causis.

Diximus ante; eum jurisdictionem mandare posse, qui eam suo jure, non alieno beneficio habet: eum autem, qui mandatam jurisdictionem habet, alteri eam mandare non posse, quia non principaliter et directo ei jurisdictio data est, quia non lege delata, sed confirmata tantum. Nunc sequitur in *hac l.* 6. quia ei mandata est jurisdictio, nec eam suo jure habet, sed mandatu et beneficio alieno: quia non data vel delata ei est jurisdictio, sed mandata et confirmata, quia ex persona sua eam non habet, sed ex persona ejus, qui mandavit, cujus vice fungitur: ex eo, inquam, colligi potest, morte ejus, qui mandavit jurisdictionem solvi mandatum, si modo mors eum occupaverit re integra, hoc est, antequam res geri cœperit, sive jurisdictio exerceri ab eo, cui mandata est, antequam adiri a litigatoribus, et negotio, de quo aditus, est operam dare cœperit, ut in *l.* 18. *inf. h. t.* Adiri sane dicitur, si lis apud eum contestetur, sed non hoc tantum modo, ut male sentit Accurs. sed et si lis apud eum non contestetur, sed adeatur; vel dato libello, vel precib. oblatis, et rem gerere dicitur, si respondeat, vel etiam si judex ab eo petatur. Adiri dicitur et rem gerere, si judicem det, atque judicium sive actionem. Varii sunt adeundi modi

et variæ causæ. Ac quoquo modo rem gerere cœperit, hoc est jurisdictionem exercere, et partibus fungi ejus, qui mandavit, etiamsi nemo apud eum litem contestatus sit, res non est integra, quia cœpit mandatam jurisdictionem exercere. At si re integra decesserit is, qui mandavit jurisdictionem, solvitur mandatum, quod tamen non solveretur si jurisdictio ei suo jure vel quodammodo suo jure competeret, ut legato Proconsulis. Sic enim in legato Procons. fortiter defendi potest, ut legato Proconsulis mandata jurisdictio non extinguatur; etiamsi Proconsul re integra vita decesserit, nulla re a legato gesta, quæ pertineat ed exercitionem jurisdictions, quia non tam ex mandato jurisdictionem habet (quanquam non sine mandato habet) quam suo quodam jure proprio; at excepto legato Proconsulis, si alii sit mandata jurisdictio a Prætore, vel præsidis, modo contigerit re integra: ergo quod vulgo dicitur, *mandatum solvi morte mandatoris re integra*, *l. mandatum. C. mand. l. inter caus. in princ. inf. eod. tit.* id obtinet in qualibet auctoritate, ut in auctoritate tutoris, sine qua pupillus adeundo delatam sibi hæreditatem, nihil agit, nec se hæreditati obligat, hanc auctoritatem si tutor interposuerit, ut puta, si jusserit pupillum aut servum pupilli adire hæreditatem, et vita decesserit ante aditam hæreditatem, auctoritas illa tutoris pro non adhibita habetur, *l. si per epistolam, de acquir. hæred.* et mandatum quodlibet veluti auctoritas quædam est. Quod ergo dicitur et vulgo jactatur, *mandatum solvi morte mandatoris re integra*, id obtinet etiam in mandato jurisdictionis, optima ratione: quia non potest agi quicquam nomine ejus. qui non est; et is, qui ex mandato jus dicit nomine alieno jus dicit, non suo, ex persona aliena, non sua: longeque alia est ratio judicis dati: nam etiamsi magistratus, qui judicem dedit, vita decesserit re integra, judicium non solvitur, sed idem judex manet, qui datus est semel, et factus est judex, *l. venditor*, §. *ult. de judic.* Magistratus judicem facere potest, specialem sc. ad speciem litemque unam, ad lites singulas, ut solebat olim, qui notionem habet non jurisdictionem: atque adeo nec judicati executionem habet, quod est supremum munus jurisdictionis, *l. 1. si quis jus dic.* Sed quod judex datus pronuntiavit, et judicavit, id magistratus, qui eum dedit, vi potestatis suæ exequitur, et ad emolumentum perducit, *l. a Divo Pio, de re judic.* Magistratus, inquam, judicem specialem facere potest, magistratum facere non potest, quia ad solum populum vel principem magistratuum creatio pertinet, *l. unica, ad leg. Jul. de amb. l. quidam, de re judic.* Sicut nec judex datus alium judicem dare potest, quia judicis datio pertinet ad solum magistratum, vel principem, *l. 5. C. de judic.* Quem igitur judicem semel magistratus fecit, is judex manet etiam mortuo magistratu; eum autem, cui mandavit jurisdictionem, neque judicem fecit, neque magistratum facere potuit. Igitur neque judex est, neque magistratus; nihil denique adeptus est mandata jurisdictione, quod apud eum residere possit mandatore mortuo re integra. Est enim vicarius alienæ jurisdictionis, qua extincta morte ejus, cujus principaliter jurisdictio est, si res sit integra, consequens est etiam extingui vicariam operam, quam nomine ejus suscepit is, qui mandatam jurisdictionem suscepit. Et ita eleganter ait ex Labeone hoc loco; *ut in omnibus reliquis causis*: ut in omnibus mandatis, ita etiam in hac causa mandatæ jurisdictionis mandatum extingui morte mandatoris, si res sit integra, hoc est, si mandatarius nondum cœperit exercere mandatam jurisdictionem. Et ex iis satis intelligitur, quanto intervallo inter se distent judex datus, et is cui mandata est jurisdictio. Judex datur ad speciem unam ad litem unam, cuique liti suus judex, qui et specialis judex dicitur, *l. 5. de offic. præs. l. ult. de offic. præt. l. ult. C. de judic.* Mandata autem jurisdictio, vel est jurisdictionis species certa, veluti de fideicommissis, vel jurisdictio universalis, *l. 16. et 17. hoc t.* Judicis dati propria notio, sive cognitio est: ejus vero, cui mandata est jurisdictio, propria jurisdictio non est, nisi legati proconsulis. Item, judex datus notionem habet, non jurisdictionem, *l. ult. C. ubi et apud quem caus. rest.* Alter jurisdictionem habet, sed alienam, et quasi commodatam, ut dixi, sive vicariam, non propriam. Item, quod etiam ante dixi, judicium non solvitur morte ejus, qui judicem dedit, mandatum jurisdictionis solvitur morte mandatoris, si res sit integra. Item judex datus judicem dare non potest, nisi sit datus a principe, *l. 5. C. de judic. l. 1. C. qui pro sua jurisd. jud.* quod vocant subdelegare, licet a magistratu datus sit ex auctoritate principis nominatim judicem, qui daretur declarantis, *l. ult. inf. quis a quo appell. l. 1. §. 3. vers. denique, de appell.* Sed si datus sit ab ipso principe ad litem certam, ut fit semper, judicem dare, hoc est, alium subdelegare potest, qui de ea lite cognoscat, *d. l. 5.* nam et hic, qui judex datus est a principe, pro magistratu habetur: et jurisdictionem igitur habere intelligitur, cum adsessores habeat tanquam magistratus, ut constat ex *Novell.* 6. et apparitionem propriam, *l. pen. C. de fruct. et lit. expens.* et judicati executionem igitur, ut Accursius sentit recte in *d. l. a divo Pio.* Quo enim apparitores, nisi ut jussa, et judicata exequantur? Et præterea a judice, quem dedit judex datus a principe, ipse appellatur, non princeps. *l. 1. C. qui pro sua jurisd.* At judex datus a magistratu judicem dare non potest, verum is, cui præ-

fectus urbi, vel præfectus Prætorio, vel consul, aut Prætor jurisdictionem mandavit, proculdubio judicem dare potest jure magistratus, quia judicis datio pars est jurisdictionis urbanæ, et mixti imperii, *l. 3. hoc tit.* Judicem, inquam, dare potest: cognitionem dare potest: jurisdictionem neque dare, neque mandare potest. Præterea a judice dato appellatur is, qui dedit, *l. 1. et 3. quis a quo appellet.* Ab eo autem, cui mandata est jurisdictio, excepto legato proconsulis, non appellatur is, qui mandavit, sed is, qui appellaretur ab eo, qui mandavit, *l. 1. ult. quis a quo appell.* quia scilicet rem ipse judicasse videtur, quæ ab eo judicata est, qui vice ejus fungebatur: at non videtur ipse judicasse, quod judex quem dedit, cujusque de lite cognitionem propriam fecit, statuit, et judicavit, quia sua propria non ipsius vice judicavit. Judici enim speciali datur cognitio, non mandatur: plus est dare, quam mandare. Item magistratus non cogitur mandare jurisdictionem suam, si nolit, *l. solent*, §. 1. *de offic. procons.* Qua de causa et tale mandatum beneficium appellatur in *l. 5. hoc tit.* At judicem dare cogitur, quia jure ordinario ipse non potest judicare, *l. 2. C. de pedan. judic.* Et notus est ille locus M. Tullii in 1. *ad Q. Fratrem*: *quid Prætor solet judicare deberi*: Verba sunt negantis Prætorem judicare debere, vel Prætorem judicare: excipiebantur quædam certæ causæ specialiter, Prætori vel præsidi legibus demandatæ, de quibus ipse solus cognoscebat: et cognoscit etiam hodie extra ordinem, nec ad eas potest dare judicem specialem: ceterum omnia judicia sunt extraordinaria, §. *ult. Instit. de interd.* Et ideo hodie de omnibus causis ipsi magistratus judicant, non judices dant, *ex dict. leg.* 2. exceptis tribus casibus: si publicis occupationibus destringantur, si causarum multitudine obruantur, si humiliores sint causæ, quibus de agitur: etiam his casibus hodie judicis dandi licentiam habent, *d. l. 2. et l. ult. hoc tit.* Et quod placet quod ait *l. causas, Cod. Theod. de Jurisconś.* Præsidialis potestatis injuriam esse de parvis ac minimis rebus judicare. Qua de causa ad humiliores causas dantur judices speciales, ut recte dixeris judices datos, judices speciales, judices pedaneos, judices delegatos (his appellationibus idem significatur) plerunque esse humiliorum causarum judices, ut ait *d. l. ult.* Et similiter Josephus *lib. 2. de bello Judaico*, εὐτελεστέρων διαφορῶν, intelligens judices pedaneos, qui non pro tribunali judicant, sed de plano stantes, vel sedentes fortuito cespite: et hæc quidem omnia quæ hactenus dixi, non magis verbo tenus, quam digito demonstrant, quam inepte confundant interpretes nostri passim, et commisceant ea, quæ in jure dicuntur de judicibus datis et de iis, qui mandatam jurisdictionem habent, quoniam inter hos est interjectum valde longum intervallum.

Ad L. VII. et VIII.

Hæc lex et duæ quæ sequuntur sunt de actione in factum pœnali (in factum appellatur a Theoph. pœnalis, in §. *pœnales*, *Instit. de action.*) quæ ex edicto competit in eum, qui sciens dolo malo contempta majestate Prætoris, corrupit album Prætoris, in quo edicta perpetua proposita sunt, ex quibus Prætores perpetuo jus dicere solebant, non ut olim, subinde edicta mutare pro libidine, secundum legem Corneliam, qua Cajus Cornelius, ut Asconius scribit in *Orat. pro Corn.* gratiam ambitiosis Prætoribus, qui varie jus dicere consueverant, sustulit, effecitque, ne ab iis, quæ semel proposita essent, recedere possent, ut ea de re scribens Dio *lib.* 36. loquitur, μηδὲν ἀπ' αὐτῶν παρατρέπειν. Hinc frequens mentio edicti perpetui in jure et hoc loco perpetuæ jurisdictionis. Perpetua jurisdictio, et perpetuum edictum idem est, ut in *l. 2. C. de restit. milit.* absenti Reipublicæ causa in integrum restitutionem, si quid per absentiam amiserit, perpetua jurisdictione permitti. Ita sæpissime jurisdictio pro edicto, *l. quamvis*, *inf. de in jus voc. l. 5. §. possessio autem, ut legat. nom. cav. l. 2. l. major*, *Cod. de pign. l. 2. Cod. de condit. infert. l. 6. C. ut in poss. leg.* Certa forma jurisdictionis est. Hoc igitur loco, quod perpetuæ jurisdictionis causa propositum erit, hoc est, edictum perpetuum. Quod additur, *non prout res incidit*, sane glossema est insertum verbis edicti de albo corrupto. Nam hæc sunt verba edicti: *Si quis id, quod jurisdictionis perpetuæ causa in albo propositum erit, dolo malo corruperit*, et his verbis *jurisdictionis perpetuæ causa*, glossema indicat excludi, quod pro temporis et causæ, qua de agitur, qualitate proponitur, forte actoris vel rei, vel aliarum personarum evocandarum gratia, non ut ex eo perpetuo jus dicatur, ut in *l. contumacia, de re judic. l. ult. ubi pup. educ.* In qua, verba, quæ sunt trajecta, restituenda sunt hoc modo, idque est evidentissimum: *evocatis adfinibus atque amicis tutoris*, *edicto proposito Prætor causa cognita decernit.* Hoc vero genus edicti, quod pro re nata proponitur, qui corruperit, hac actione non tenetur, puta qui citationem edicto propositam, vel quodlibet aliud πρόγραμμα leve, propositum jussu Prætoris, corruperit. Sed is tantum hac actione tenetur, quæ in hoc edicto proponitur, de qua est lex 7. qui jurisdictionem perpetuam, qui edictum perpetuum corruperit, quod item additur ad hoc verbum, *in albo, vel in charta, vel in alia materia.* Etiam aliud glossema est, qui

albi nomine significatur tabula dealbata, in qua edictum, vel quid aliud palam inscribitur claris literis, ut de plano recte legi possit, quo genere quæcunque proscribuntur, vel proponuntur, publice proponi necesse est, claris scilicet literis, *l.* 11. §. 1. *de instit. act.* et in *l.* 2. *de orig. jur.* videtur mihi, quod notis erat scriptum, fuisse perperam explanatum hoc modo, dum ait, *Leges* XII. *tab. fuisse pro rostris propositas, uti possent leges apertius percipi.* Quod ita fuit explanandum, *unde de plano recte legi possent.* Invenio etiam Dominum *Abacuc* 2. ita præcipere, suas leges, suaque mandata perspicue perscribi, σαφῶς γράψαι. Hesychius quum explicat quid sit ἐν λευκώμασιν, quod valde pertinet ad hunc locum, ait moris esse prædia, aut mancipia venalia publice proponere, ex quo apparet *album* proprie esse tabulam dealbatam: quod initio dixi. Quamobrem huic verbo, *in albo*, addit glossema, *vel in charta, vel in alia materia,* ut intelligamus, quod et verum est, nihil referre, qua in materia edicta prætorum vel Ædilium proscripta, aut proposita fuerint, lignea vel in charta, vel membrana, aut qua alia materia. Sicut in *tit. de bon. possess. sec. tab.* admonemur tabulas testamenti dici, omnem materiæ figuram, sive tabulæ sint ligneæ, sive chartæ, sive membranæ, *l.* 1. *de bonor. possess. sec. tabul.*

Hoc autem verbo, *si quis* subjicit Ulpianus significari, aut comprehendi utrumque sexum (quod et in aliis plerisque edictis quæ incipiunt ab eodem verbo) notat comprehendi etiam servos et filiosfam. etiam fœminas, quia non adjecit cujus conditionis sit is, qui album corrupit. *Lex enim*, ut Marc. Tull. pro Cluentio ait, *omnes mortales alligat*, et alibi jus nostrum, *qui venenum malum fecerit, hoc verbo viros, mulieres*, inquit, *servos. liberos in judicium vocari.* Vindicat autem hæc actio albi corrupti contemptam majestatem Prætoris, *l.* 9. *h. t.* Et persequitur pœnam quingentorum aureorum, ut hoc loco. Ratio sestertiaria redigitur ad rationem aurariam, pro mille sestertiis, computato uno aureo, ad quem modum ubique Justinianus aut Tribon. redegit omnes pœnas edictorum et legum, omnia pœnalia judicia: nam in hoc sane edicto de albo corrupto, ita fere scriptum fuit: *In publicum quingenta millia sestertium dare damnas esto:* hac clausula adjecta, ut in legibus Agrariis. *Pecuniæ cui volet, ex hoc edicto petitio esto.* Qua quidem clausula actionem albi corrupti Prætor popularem facit, sive publicam, quia et hæc res publicam tutelam, publicam vindictam meretur. Et ita quoque hoc loco proditum est, hanc actionem esse popularem, hoc est, patere cuilibet de populo agere volenti: sed ex pluribus agere volentibus præferri idonejorem, *l.* 2. *de pop. act.* Plerunque autem ex ea pecunia, quam inferre jubetur in publicum reus conventus actione populari, pars media dabatur actori, cujus opera reus convictus esset, ut in *l. lege Cornelia*, §. *ult. de Senatus. Syll.* Et apud Julium Frontinum in 2. *de aquæductibus*, in Senatuscons. de spatiis, quæ circum ductus aquarum vacare debent, statuitur pœna pecuniaria in eum, qui adversus Senatusconsultum fecerit, et actio popularis, ita ut pars in publicum redigatur, pars detur actori: quod etiam puto Plautum significare in *Persa*, quum ita scribit. *Nam publicæ rei causa, qui non id facit magis quam sui quæstus, Animus haud induci potest, eum esse civem fidelem et bonum; Sed legirupam quidem, id est, qui det in publicum dimidium.* Verum hæc pœna pecuniaria 500. aureorum, sane non cadit in servos, *l.* 12. *omnib. de accus.* nec semper in filiosfam. qui plerunque nihil proprium habent. Et tamen verbis Edicti Ulpian. ait, *Servos quoque et filiosfam. contineri:* et cadit tantum ea pœna in liberos homines: nam in servos, si a dominis non defendantur, ex hac causa corpus torquendum est, hoc est, castigandi sunt verberibus. In filiisf. autem, non continuo corpus torquendum est, id est, non castigandi sunt, ut servi servilibus verberibus, filiifam. sed quia condemnari possunt, nisi judicatum fecerint, aut prædes dederint, in carcerem possunt duci, *l. pen. C. qui bon. ced.* nec carcere liberantur, nisi bonis cesserint: nam ex ea lege etiam filiifam. cedere possunt, *d. l. pen.* vel etiam tam filiifam. quam patresfam. si inopia dignoscantur laborare, castigandi sunt: juxta illud Græcorum παθεῖν ἢ ἀποτίνειν, *et l. ult. inf. de in jus voc.* Et hodie constat (quamvis olim hæc res vindicabatur tantum hac actione albi corrupti, vel castigatione, ut dixi) etiam ex hac causa extra ordinem puniri posse, vel judicio publico accusari posse ex lege Cornelia de falsis; *l. hodie ad l. Cornel. de fals.* Paulus I. Sententiarum *tit.* 20. *Is, qui album prætoris raserit, corruperit, sustulerit, mutaverit, quidve aliud propositum edicendi causa turbaverit, extra ordinem punietur.* Idem Paulus lib. 5. *tit.* 25. *Qui album propositum sciens dolo malo deleverit, mutarverit, sustulerit, falsi pœna coercetur. Propositum dicit,* ut Prætor in edicto, *Si quis id quod propositum erit.* Itaque si verba Edicti inspicias, hoc edicto is tantum tenetur, qui quod propositum erat, corrupit. Verum ex sententia edicti, etiam is tenetur, qui ante propositionem, vel cum proponeretur, id corrupit sciens dolo malo. Omnino exigit Prætor, ut sciens dolo malo id fecerit, non ignorans id, quod propositum erat, aut proponendum, esse edictum Prætoris. Nam, si ignorans corruperit, ut puta rusticus, excusatur, quod et hic notat Ulpianus. Itemque is, qui casu vel jussu Prætoris

id corrupit, quia dolo malo caret. Et quamvis in edicto Prætor dicat : *Si quis corruperit* : tamen et edicti causa eum tenet, qui non corruperit, sed sustulerit album Prætoris propositum, quod et Paulus significavit loco supradicto, *lib.* 1. *senten.* Quamvis item verbis edicti significetur is, qui manibus suis corrupit, tamen etiam placet eum teneri hoc edicto, qui alii mandavit, si sciens dolo malo mandaverit, ut alius corrumperet album Prætoris, et uterque, si sciens fecerit dolo malo, tenetur hac actione pœnali, nec si corruptor forte pœnam luat, ideo mandator liberatur, quia corruptor suam pœnam solvit, non alienam: denique a singulis 500. aurei exigendi: nam et plura facta esse intelliguntur. Quamobrem et pluribus corrumpentibus album Prætoris, in singulos datur 500. aureorum judicium, quod proponitur in fine hujus *leg.* et in *l. seq.* Et maxime aperit nobis viam ad *l.* 9. in qua quæritur, an si familia, quæ constat ex pluribus servis, album corruperit, singulorum nomine eadem competat actio in solidum ? an in singulos in solidum actio detur? quæ quæstio satis difficilis esse videtur.

Ad L. IX.

Velim confirmari plenius, quod ante diximus in *l.* 7. pluribus scilicet corrumpentibus aut corrumpi mandantibus album Prætoris in singulos 500. aureorum pœnale judicium dari, nec uno solvente suam pœnam, ceteros absolvi, quod verissimum est : sive plures liberi homines corruperint vel mandaverint, sive plures plurium servi, quos domini defendere parati sunt. Et generaliter idem obtinet in omnibus pœnalibus actionibus, quæ meram pœnam atque vindictam delicti persequuntur, videlicet quatenus pœnam persequuntur. Et in omnibus actionibus mixtis, quæ et rem et pœnam persequuntur, videlicet quatenus pœnam persequuntur extra rem, si modo rei restitutio, vel quod idem est, præstatio ejus, quod interest ex earum actionum causa, non impediat pœnæ persequutionem : Exempli gratia, si duo fures pecuniam abstulerint, etiam pecunia domino restituta, separatim quisque duplum debet, si furtum fuerit nec manifestum, non simplum tantum : vel si fuerit furtum manifestum, separatim quisque quadruplum debet, non duplum tantum, nempe quadruplum inter eos non dividitur, *l.* 1. §. *ult. si test. lib. esse juss. fuer. l. vulgaris*, §. *pen. de furt. l. ita vulneratus*, §. *ult. ad leg. Aquil. l.* 1. *C. de cond. furt.* Ac similiter, si duo damnum culpa dederint rei alienæ, singuli etiam damno pensato pœnæ nomine lege Aquilia tenentur in solidum : nec unius solutio liberat alterum, *d. l. ita vulneratus*, §. 1. *et l. item Mela*, §. *sed si plures*, *eod. tit.* Idemque si duo in jus vocatum vi exemerint, in singulos etiam præstito eo, quod revera actoris interest, non fuisse reum sibi exemptum, datur actio pœnalis in factum, quanti actor rem æstimaverit, ex edicto, ne quis eum, qui in jus vocatus est, vi eximat : nec quod unus exolverit, quidquam proderit ad exonerandum alterum, *l. pen.* §. *ult. eod.* Et huic definitioni nihil obstat *l.* 14. §. *ult. quod met. caus.* quia ex illo edicto quod metus causa, ita comparata est actio, quod metus causa in quadruplum, quæ mixta actio est, ut tamen re restituta pœnæ petitio non sit tripli. Itaque si duo metu illato rem aliquam Titio extorserint, ea re restituta ab uno ut edicto cautum est, nihil omnino ab eo, vel ab alio peti potest. Res autem restituitur ab uno tantum si ultro eam restituat initio litis, sed etsi ex sententia judicis quadruplum restituat, quia in quadruplo inest res metu extorta. Ergo nec hoc casu, quadruplo ab uno præstito, quicquam ab altero peti potest, quia res salva est actori. Nihil etiam obstat superiori definitioni *l.* 1. §. *ult. l.* 2. 3. *et* 4. *de his qui dejecer.* quæ leges, si plures in eo cœnaculo habitent, unde quid ejectum, vel effusum est, quod nocuerit alii, nec appareat quis ejecerit, vel effuderit, ajunt singulos quidem teneri in solidum pœnali actione, sed tamen in eo titulo proponitur, uno solvente, ceteros liberari : hoc ideo, quia non omes certe ejecerunt, vel effuderunt, sed unus tantum : et quia incertum, quis ille sit, omnes pro uno accipiuntur, et unius pœnæ præstatione funguntur. Multo minus superiori definitioni obstat *lex.* 1. §. *si plures, de eo per quem factum erit quo min.* quia ex illo edicto, de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat, non est pœnalis aut mixta actio : superior definitio est tantum de pœnali aut mixta actione : actio, inquam, in illo titulo, De eo per quem, etc. proposita, non est pœnalis aut mixta, puta, si quis dolo malo impedierit aliquem judicio sisti, forte dum triste aliquid denuntiat : sed est actio rei persecutoria, hoc est, in id quod interest actoris, *l.* 3. *eod. tit.* Et ideo si duo impedierint, et unus id, quod interest actoris præstiterit, consequens est alterum liberari, quia nihil amplius actoris interest. In ea igitur specie, singuli quidem ipso jure tenentur in solidum, sed quia rem actio persequitur, non pœnam, hoc est, vindictam, ultionemve delicti, ideo convento vel exacto uno, alter liberatur, secundum distinctionem *l. semper*, § *si in sepulchro, quod vi aut clam*: alias enim conventio unius et litis contestatio statim liberat alterum, alias non conventio, sed præstatio rei sive exactio, quam in rem est elegans distinctio *d.* §. *si in sepulchro.* Nec nos movere debet, quod in *d. leg.* 1. §.

si plures, pœnam nominat: nam est frequentissimum in jure, ut pœna accipiatur pro eo, quod interest, non pro ultione delicti: nam et reo sane pœna est, si inferat id quod interest: ceterum actori est res ipsa, quæ ei abest: denique pœna est non ex parte utraque, sed ex altera tantum: et superior definitio est de pœna tam ex parte rei; quam ex parte actoris, quod scilicet actor pœna illata; adventitio lucro augeatur, quod ei non aberat.

His cognitis, videamus quid sit dicendum, si familia unius domini album Prætoris corruperit, et dominus familiam defendere velit: quæ est quæstio hujus *l.* 9. Si familia corruperit, sane plures corruperunt, quia familia constat ex pluribus servis, saltem ex tribus. At contra potest videri et unus tantum corrupisse, cum familia corrupit, quia omnes servi unius personæ vice funguntur, propterea quod sub unius potestate sunt. Vinculum potestatis unam familiam, unum corpus, et quasi unum hominem facit, qua ratione, ut est notissimum, pater et plures filiifamil. pro uno habentur in omnibus negotiis. Quamobrem quæritur, utrum pro numero servorum, qui album corruperunt, pœnam dominus inferre debeat, qui eos defendit, an 500. aureos tantum, ac si unus tantum corrupisset? Et Paulus ait in hac *l.* 9. non satis esse inferri 500. aureos duntaxat, sed quot sunt servi, qui fecerunt, tot pro singulis esse inferendos 500. aureos: puta si sint tres, inferendos esse mille et quingentos, hac ratione, quia acriter vindicanda est contempta majestas prætoria, et auctoritas juris publici, edictorumve sanctitas, et sane etiam plura sunt facta, tot nempe, quot sunt servi, plura facta, pluribus pœnis ulciscenda sunt: nam et ita si familia alicujus, alicui injuriam fecerit, tot sunt facta, tot injuriæ, tot æstimationes injuriæ, quot personæ servorum, qui privato injuriam fecerunt, *l. si plures, de injur.* Ergo sive familia album corruperit, atque adeo injuriam fecerit prætori, sive injuriam fecerit privato, ut sunt plura facta, ita plures pœnas pro numero servorum, dominus, qui eos defendit, inferre debet. Et hoc est certissimum. Verum huic sententiæ opponitur, quod est *in titulo*, *Si familia furtum fecisse dicatur*, ex edicto proposito in eodem titulo, si familia alicujus furtum fecerit, dominus non tenetur pro singulis rem vel duplum, vel quadruplum præstare, si familiam defendere velit, quoniam satis est, id dominum præstare, quod præstandum foret, si unus furtum fecisset, vel servus, vel liber homo. Respondeo hac in re edicto speciali Prætorem dominis prospexisse et consuluisse, ne servi, qui plerunque, ut quidm ait, *furtificas manus habent*, evertant domini patrimonium, si ex causa furti unius admissi a pluribus, omnes noxæ dedere, vel pro omnibus litis æstimationem offerre cogatur, ne ex unius rei furto dominus tota sua familia careat. Plura quidem sunt facta, si familia furtum fecerit, sed beneficio edicti Prætoris unum factum esse intelligitur, et ideo satis est a domino rem restitui, pœnamque præstari semel dupli vel quadrupli.

Ac rursus opponitur, quod etiam citra edictum vel legem, quo vel qua id specialiter expressum sit, si familia alicujus damnum culpa dederit, puta si deteriorem rem aliquam fecerit, vel si servum alienum culpa occiderit, aut vulneraverit, satis est a domino præstari, quod præstandum foret, si id damnum unus dedisset, *l.* 1. §. *pen. si famil. furt. fec. dic. l. illud, ad leg. Aquil.* quia ut ait *l. illud*, eadem ratio intervenit in actione damni injuria dati, quæ in actione furti, ne servi hac ratione patrimonium domini exhauriant atque evertant, ne ex damno unius rei tota familia dominus careat, vel dedendo totam, vel pro singulis offerendo totam æstimationem litis. Æquitas paribus in causis paria jura desiderat, *l. ult. de cloacis l. pen. de fidejuss. tut. l.* 5. §. *constitutio, ut legat. nom. cav. et l.* 15. §. *ult. de instr. vel instr. leg.* In quibus locis omnibus jurisc. argumentatur a ratione pari, ab utilitate pari; ut d. *l. illud.* Et tamen hoc loco Paulus ait: si familia damnum dederit plura esse facta: sicut si familia injuriam fecerit, vel si album corruperit: ergo et plures debent inferri pœnæ, tot rei scilicet pœnæ, quot sunt facta. Et sane hoc quidem est verissimum plura esse facta, si familia culpa damnum dederit, nec quo minus plura esse facta existimentur lege Aquilia expressum est, sed æquitas exigit, ut diximus, ut etiam in hac causa domino subveniatur, utque sufficiat ab eo præstari tantum, quantum si unus damnum dedisset, ut in furto: quia par ratio intervenit, ne dominus omnem familiam amittat, et quia etiam, quæ ratio additur in *d. l. illud*, interdum levior est causa delicti, cum scilicet damnum datur culpa non dolo malo: nam et actio legis Aquiliæ est de damno culpa dato. In ea lege injuria significat culpa. Eandem vero æquitatem Octavenus Jurisconsultus producebat ad causam albi corrupti, si familia album corrupisset, satis esse existimans et hoc casu tantum præstari, quantum præstandum foret, si unus id fecisset, et solus quidem Octavenus in hac fuit sententia: nam prævaluit durior sententia, vindicandæ contumeliæ Prætoris causa: ut scilicet plura facta, ut sunt, et esse intelligantur, cum et vindicandæ privatæ contumeliæ causa, quam privato familia alicujus intulit, plura facta esse intelligantur, *d. l. si plures.* Denique albo corrupto, vel injuria facta a familia alicujus, plura facta sunt, et esse intelliguntur;

furto autem a familia facto, vel damno culpa dato, plura quidem sunt facta, sed plura esse non intelliguntur, sed unum tantum. Et ratio differentiæ est evidens, quia gravior est causa imminutæ majestatis Prætoris, vel imminutæ libertatis privati hominis, vel imminuti honoris, et tanto gravior injuria, quanto a pluribus admissa est, ut ait *l. si plures*, quam diminuti patrimonii, hoc est, damni pecuniarii, quod numerus eorum, qui damnum dederunt, sane non auget: neque enim magis amitto, quod plures auferant, quam quod unus aufert, quod unus aufert, quodve deterius facit. Idcirco facile patimur furtum quod familia fecit, vel damnum quod familia dedit, pro uno facto haberi: non item contumeliam illatam privato vel Prætori. Et uno tantum casu Paulus notat hoc loco, Octaveni sententiam esse sequendam, si familia non corruperit album Pretoris suis manibus, sed curavit, ut ab alio corrumperetur, quia tunc unum consilium est, unus animus omnium, unum consilium conflatum ex motu eodem plurium animorum. Quum autem familia ipsa corrumpit album Prætoris, sane plura sunt facta, et quidem impudentiora, quam si curet corrumpi ab alio, plures sunt offensæ, plura facta. Vide repetitam prælectionem in Appendice.

Ad L. X.

Ait *l. 10. eum, qui jurisdictioni præest, jus dicere sibi non posse*, magistratum intelligit. Magistratus est qui jurisdictioni præest, *l. pen. inf. de jud. l. 1. tit. seq.* ne dixeris, qui tribunali præest, nec enim omnes magistratus tribunal habent, *l. 1. de jud.* Omnes tamen magistratus jurisdictionem habent. Magistratus jus dicunt, non judicant, nisi extra ordinem certis in causis: contra judices dati a magistratibus judicant, non jus dicunt. Verum ut hoc loco Ulp. ait, *Jus dicere magistratus aliis debent, non sibi, non uxori, non liberis suis, non libertis, non ceteris, quos secum habent*, puta domesticis, sive comitibus vel adsessoribus. Jus dicere, adde vel judicare *ex tit. C. ne quis in sua causa judic.* Et sane judicare vel jus dicere sibi nemo debet vel potest: at liberis vel uxori, vel libertis, vel parentibus, vel domesticis potest quilibet jus dicere, *l. 6. de recep. qui arbit. et l. in privatis, de judic.* Quibus locis ostenditur, de re patris filium, vel de re filii patrem judicem esse posse: addita hac ratione, quia judicare munus est publicum: quæ ratio cum etiam jurisdictioni conveniat (nam et jus dicere munus publicum est) ideo dicam et patri filium, vel contra filio patrem jus dicere posse; quod etiam omnino probat lex *ille a quo, §. ult. cum l. seq. ad SC. Trebell.* nec hac in re faciam differentiam inter jus dicere et judicare, quam statuunt plerique, vel potius in *d. l. privatis*, judicem accipiam et judicare generaliter, ut et magistratus comprehendam: quia et magistratus nemo nescit judices appellari, ut in *tit. C. de jurisd. omn. jud.* Denique dicam, patrem de re filii judicare, vel jus dicere posse, et multo magis de re uxoris, aut liberti, aut domestici: quod significat *d. l. in privatis, et d. l. 6.* Sed ut ait Ulpian. hoc loco, posse quidem, sed non debere, nisi parcissime: licere, sed non decere, ut *l. solet, §. 1. de offic. proc.* dicitur, Proconsuli licere adimere, et revocare mandatam legato jurisdictionem, sed non debere inconsulto Principe: quia legatus Proconsulis, ut docuimus in *l. 5.* non tam mandatam, quam et propriam quodammodo jurisdictionem habet. Non omne quod licet, honestum est. Licet judicare de re filii vel patris, quia munus publicum est, et quia judicat quasi extraneus, aut publica persona, non quasi pater aut filius: sed id non decet. Et sane quod est honestius, etiam omnino sequendum est, ut in nuptiis contrahendis: in quibus dicitur non tam spectari quid liceat, quam quod sit honestum. Hic honesti ratio observatur magis, et prævalet, et licet quidem patri esse judicem in re filii, et contra, si privatum sit judicium, ut ait *d. lex in privatis*, si sit privatum negotium, non etiam si sit publicum, si capitale, si criminale, quia ut hic Græci recte notant, in privatis causis, si quid peccatum sit, facile emendari potest remedio appellationis, vel supplicationis: in publicis judiciis pleraque interveniunt, quæ emendari postea nequeunt, veluti carceres, tormenta, quæstiones, vincula, *l. ult. C. de abolit.* quia indignum maxime sit a filio pati patrem: ergo in privatis tantum causis dicimus posse patrem filio jus dicere aut judicare, et contra, sed non utique debere. Et ita hæc quæstio explicanda est, explosa sententia eorum, qui faciunt differentiam inter judicare et jus dicere.

Ad L. XI.

Ad hanc legem notandum est, non omnes magistratus de qualibet summa et quantitate jus dicere posse: de minori quantitate fideicommissi jus dicit Prætor fideicommissarius, de majore Consul. Quint. 3. Inst. *Non debes apud Prætorem petere fideicommissum, sed apud consulem, major enim prætoria jurisdictione summa est.* Magistratus quoque municipales non possunt de majori summa jus dicere, quod et Paulus aperte demonstrat *lib. 5. Sentent. Res*, inquit, *judicatæ videntur a magistratibus municipalibus usque ad summam, ad*

quam jus dicere possunt. Item defensores plebis, sive, ἔκδικοι, qui etiam magistratus sunt, et in *Novel.* 15. dicuntur obtinere τάξιν ἀρχόντων jus dicere possunt usque ad quinquaginta aureos, *l.* 1. *C. de defens. civit.* hodie usque ad 300. ex supra dicta *Nov.* 15. Hoc cognito: finge: quidam apud magistratum municipalem in Titium plures actiones instituit: singularum actionum quantitas est intra jurisdictionem magistratus: coacervatarum autem actionum quantitas superat jurisdictionem magistratus. Quæritur, an apud eum hæ omnes actiones recte instituantur? Et initio hujus legis ostenditur ex auctoritate prudentium et rescripto Antonini recte institui omnes apud magistratus municipales, quia nulla earum excedit summam, ad quam magistratus municipales jus dicere possunt: et utuntur etiam hodie hoc jure minores Senatus singularum civitatum, quibus judicatio data est usque ad certam summam sine provocatione. Eodemque modo cum lege Voconia non poterat, qui census erat, mulieri quicquam relinquere ultra certam partem bonorum, puta quadrantem, vel ut Rhetores fingunt, semissem, si quis pluribus mulieribus relinquens intra modum legitimum certas portiones, quæ tamen computatæ, et in unum contractæ plusquam portionem legitimam patrimonii efficiant, quæ species est apud Quintilianum in Declamat. 264. recte dicam singulis mulieribus deberi, quod separatim relictum est, quia plures sunt mulieres, ut in specie proposita, plures actiones uni mulieri non possent separatim plures summæ legari, si coacervatæ excederent modum legitimum, quia lex Voconia noluit mulieres nimias opes possidere, ne potentia earum civitas opprimeretur. Et similiter, si una sit actio, quæ plures species, plura capita habeat, et singularum specierum summa non excedat modum jurisdictionis, coacervatarum summa excedat, recte dicam, hanc summam esse supra jurisdictionem magistratus, et in hac lite ei jus dicenti impune non obtemperari, inspecta potius summa summarum, quia una actio est, quam summis singulis. Et hujus rei argumentum est in *l.* 10. §. 1. *de appellat.* Ad hanc causam, quum scilicet quæritur de quantitate ad jurisdictionem pertinente, pertinet etiam species hujusmodi: quidam apud magistratum municipalem agit de minori summa, at vicissim cum eo apud eundem adversarius agit de majori summa, quæ modum excedit jurisdictionis municipalis. Mutuæ scilicet actiones sunt, mutuæ petitiones, sive ἀντεναγωγαί, ut in *l.* 15. *de except. rei jud. l.* 34. *de procurat. l. Lucius, mandati.* Qua ex causa, ubi de mutua petitione liquerit, compensatio postulatur, *l.* 1. *C. rerum amot.* Nec enim compensatio fit, antequam de re liquerit, quæ vicissim in petitionem deducitur, *l. si debes*, *de compens. l. ult. C. eod. l.* 3. *de tut. et ration. distr.* Ex quo apparet, quid distet mutua petitio a compensatione. Fac igitur, mutuas esse petitiones: unam minoris summæ, ejus scilicet qui prior ad judicium provocavit, alteram majoris summæ, quæ superat jurisdictionem aditi magistratus. Quæritur: an utraque actio peragi possit apud magistratum municipalem? Et ostenditur, posse hac *l.* §. 1. alioquin vel per calumniam et malitiam, majorem quantitatem petendo adversarius traheret actorem, qui rite minorem petiit apud competentem judicem, ad alium judicem, quod non est ferendum: et ita Præses, qui de commodato non judicat, sed judicem dat, qui judicet: de salario vel nutritio, extra ordinem judicat ipse, non etiam judicem dat, si apud eum actum sit de salario, et ab adversario introducta mutua petitio de commodato, tum et de commodato recte judicat extra ordinem, *l.* 1. §. *ult. de extraord. cognit.* Prior lis, quæ rite mota est, trahit ad se litem, quæ vice mutua intenditur ab adversario, quamvis ea prius rite non moveretur: quoniam de priori lite aditus est competens judex. Si incompetens adeatur, veluti magistratus municipalis, de majori summa, ad alium judicem eundem est, licet mutua petitio sit: de minore summa non item, ut ponenda est species in §. 1. Si prius adeatur magistratus municipalis de minori summa, causa minor trahit ad se majorem, quæ objicitur a reo.

Postremo quæritur circa jurisdictionem ejus, qui cognoscit, quid sit dicendum, si agatur duplici actione, hoc est, communi utrique parti, actori et reo, communi plurium personarum, in qua scilicet omnes personæ quæ judicem sive magistratum adeunt, tam rei quam actoris partes sustineant, cujus generis est actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, et finium reg. Duplices sunt actiones sive communes, in quibus unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet, *l.* 10. *finium reg. l.* 2. §. *in famil. famil. ercisc.* Quid si agatur duplici interdicto, veluti interdicto uti possidetis vel utrubi, *l.* 3. §. 1. *uti possidetis?* Et ut ostenditur in §. *ult. hujus leg.* quoties quæritur de quantitate ad jurisdictionem pertinente, duplicem actionem pro una actione haberi, ed ideo non spectari separatim jus cujusque litigatoris, hoc est, non spectari partem, quam quisque persequitur, et suam esse vindicat, familiæ erciscundæ, vel communi dividundo judicio, vel finium regund. sed spectari totum, confusa utraque parte, non separari summas, sed cumulari, et consummari, quia hæc tota res in judicium permixtim et confuse, sive communiter deducta est, et una sententia etiam judicis socio vel affini sive vicino tota uni ex litigatoribus in solidum adjudicari potest. Ideoque in duplicibus

actionibus coacervandæ sunt partes singulorum, quorum communis res est, non separandæ.

Ad L. XII.

Magistratibus municipalibus supplicium a servo sumere non licet: modica autem castigatio eis non est deneganda.

Nihil est evidentius, quam hanc legem pertinere ad jurisdictionem duumvirorum, sive magistratuum municipalium. Et observandum est tractam esse ex Ulp. *l.* 18. *ad Edictum*: quo libro tractavit de lege Aquilia, et docuit etiam magistratum municipalem in ipso magistratu posse conveniri actione legis Aquiliæ, de damno culpa dato, vel actione injuriarum, sicut et Ædiles plebis, et alios minores magistratus constat eadem actione conveniri posse in ipso magistratu, *l. nec magistratibus, de injur. l. eumque, de peric. et comm. rei vend. l.* 29. §. *magistratus, ad l. Aquil.* Et teneri quidem magistratum municipalem actione legis Aquiliæ, exempli gratia, quod proponitur in *d.* §. *magistratus*, si pecudes, quas pignori cœpit, forte ex causa judicati (nam magistratus municipales pignoris capionem habent, *l.* 4. §. 1. *de dam. inf.*) fame necaverit, dum non patitur eis adferri pabulum, vel etiam, si res, quas pignori cœpit, vel ex l. municipii uti oportet, vel non uti oportet, nihil refert, eas si tritas vel corruptas reddat, tenetur leg. Aquilia. Itemque si a servo alieno ultimum supplicium sumat, quod ei jure non licet. *Magist.* inquit, *municipalibus supplicium a servo sumere non licet.* Licet, quod legibus permissum est, ut Oratio pro Balbo demonstrat copiose: non licet quod lege permissum non est. Lex autem nulla magistratui municipali dedit merum imperium, hoc est, jus vitæ necisque, quæ summa pars est meri imperii, nec cuiquam competit jure suo, nisi sit lege data nominatim: magistratui municipali, inquam, nulla lex dedit merum imperium, imo lex etiam ei denegavit ea quæ imperii mixti sunt magis, quam jurisdictionis, *l. ea quæ, ad municip.* Denegavit et pœnale judicium, quo tamen ceteri magistratus jurisdictionem suam defendere solent, *l.* 1. *in princ. si quis jus dic.* Et est illa l. 1. satis difficilis. Ait autem in principio: *Omnibus magistratibus non tamen duumviris, pœnali judicio jurisdictionem suam defendere concessum esse.* Et non posse magistratus municipales de servis sumere ultimum supplicium, etiam ostendit *l.* 17. §. *servus, de injur.* qui quidem §. hoc loco mihi explicandus est. *Servus meus*, inquit, *opera vel querela tua flagellis cæsus est a magistratu nostro* (ubi illud *nostro* manifeste est corruptum: nam sic non solet loqui: et scribendum est flagellis cæsus a magistratu municipali, ut in Basil. παρὰ τοῦ ϛρατηγοῦ: in quibus magistratus municipales semper appellantur ϛρατηγοὶ) eo casu mihi dari adversus te actionem injuriarum, quod opera tua factum sit, ut servus meus per injuriam cæderetur a magistratu municipali. Si servus ob eam rem vita decesserit, si loris ruptus fuerit, ut loquitur *lex* 15. §. *unde quærit, de injur.* et vim amiserit, ait, etiam mihi competere actionem legis Aquiliæ, adversus magistratum municipalem, scilicet quia nec in servos habet jus vitæ necisque. Non est tamen ut subjicit in hac lege, magistratui municipali deneganda modica castigatio. Castigatio in liberis hominibus est fustium castigatio in *l.* 3. §. 1. *de re mil. l. ult. de cust. reor.* in servis est flagellorum castigatio. In liberos autem nec modicam castigationem magistratus municipales habent; quamobrem et in *l. si priv. qui et a quibus man.* proponitur, dominum finxisse, servum suum esse liberum, *Ne*, inquit, *a magistratibus castigaretur.* Ubi Basilica pro magistratibus habent, ἐκ τῶν ϛρατηγῶν. Ergo servus recte a magistratibus municipalibus castigaretur qui in servos modicam castigationem habent, et fugitivos quosque servos in carcerem mittere vel carcere emittere, et domino reddere possunt, *l. si quis ux.* §. *si fugitivum, de injur. l.* 2. *de fugit.* In liberos autem castigationem nullam habent, et multo minus merum imperium. Et recte ait, *modicam*: nam et in servos duumviris gravior castigatio est deneganda, nisi forte quid servus audeat petulanter in honorem et ornamenta ipsius magistratus, *l.* 15. §. *adjicitur, de injur.* Ex alia causa si servum alienum loris graviter adfecerit, lege Aquilia tenebitur: ii magistratus, magisteriave municipalia, ut loquitur *Svet. in Aug.* erant ex ordine decurionum, ex curia et Senatulo municipali, *l.* 6. §. 1. *quod cujusque univers.* et erant plerunque annui magistratus, l. 18. *C. de dec. lib.* 10.

Ad L. XIII.

Ex hac lege intelligimus, solos magistratus judicem dare posse, et jubere judicare, hoc est, jubere judicem datum judicio operam dare, ut *l. pen. de vacat. mun. l. si longius de judic.* vel etiam posse eum excusare, probatis causis legitimis: Judex enim datus, qui non probat excusationis causam, etiam invitus judicare cogitur, *d. l. pen.* §. *qui autem, l. ult.* §. *judicandi, de munerib.* Est enim judicare civile sive publicum munus, *l.* 78. *de judic. l.* 2. *de reg. jur.* et civilia munera invitis injunguntur. Ergo soli magistratus judices dant speciales, et judicare jubent, *l.* 3. *h. t.* ut Præfectus urbi, sicut est proditum *in l. ult. de offic. præf. urbi.* Præfectus urbi judicare jubet etiam extra ur-

bem, et tametsi omnia crimina sibi vindicet, tamen extra urbem non nisi intra centesimum miliarium, qui terminus urbis dicitur, potestatem habet, ut ait *d. l. ult.* Potestatem, hoc est, merum imperium, quod per eminentiam potestas appellatur, *l. 3. hoc tit. et in l. 1. in princ. de offic. præf. urb.* cum ait: omnia omnino crimina præfecturam urbis sibi vindicare, nec tantum ea, quæ intra urbem admittuntur, verum et ea quoque, quæ extra urbem intra Italiam: manifesto principium legis ita emendandum est (*extra urbem, intra centesimum miliare*) ubi vulgo legitur (*extra urbem intra Italiam*) quia nimis latum est spatium Italiæ. Ulp. *tit. 9. de offic. proc. apud Licinium Ruffinum. Romæ*, inquit, *præfectus urbi solus de plagis cognoscit, si intra centesimum miliare sint in via commissa. Enimvero, si ultra centesimum præfectorum prætorio erit cognitio, in provinciis autem præsidum provinciarum.* Hoc vero loco ostenditur etiam Proconsulem jubere judicare, vel Prætorem vel alios, qui provincias regunt, veluti legatos Cæsaris et correctores (nam quidam mittebantur in provincias, non præsidum aut proconsulum nomine, sed correctorum tantum) vel consulares, vel præfectos Augustales, vel procurates Cæsaris, qui vice præsidum funguntur: denique omnes eos, qui provinciam regunt judicem dare, et judicare posse, cujuscunque potestatis, cujuscumque conditionis sint vel appellationis: *non tamen ea*, inquit, *die jubere judicare possunt*, *quo ipsi privati futuri sunt*, utpote magistratu defuncti: quia nihil interest privatus jubeat judicare, quod fit inutiliter, an magistratus in eum diem quo privatus futurus est, ut nihil interest maritus mulieri donet, an non martius in id tempus, quo maritus futurus est, quia neutra donatio valet, *l. 4. C. de donat. ant. nupt.* Igitur si calendis proximis magistratus jubeat judicare, quibus magistratu abiturus, et privatus futurus est nihil agit, judicis datio non valet. At si calendis proximis, quibus judicare jussit, nondum privatus futurus est, recte judicem dedisse intelligitur: nec mulctabitur judex etiamsi post susceptam cognitionem is, qui eam dedit, magistratu abeat. Et ita explicanda est *lex venditor §. ult. de judic.* quam opponit Accurs. *Magistratus autem*, inquit, *vel is qui in potestate aliqua sit*, ut puta Proconsul aut Proprætor, et quia præcedit *proconsul* hoc loco, quasi communi repetito illo articulo, *pro*, quod sequitur, vel Prætor sic accipi debet, vel Proprætor, omnino, ut *in l. pen. infr. ad l. Jul. repet. Quod contra legem repetundarum Proconsuli vel Proprætori donatum est, non poterit usucapi*, (*) ut hoc loco, Proconsul, vel Prætor. Sed repetendum est illud: *Proprætor est*, qui et legatus Cæsaris dicitur, qui mittitur in provincias, quas suæ potestatis fecit princeps, quas sibi reservavit. Proconsul autem mittitur in provincias, quas tribuit seu reliquit populo vel senatui. Nota est divisio provinciarum, quam fecit Augustus cum populo et senatu, *ex lib. ult. Strabonis, et 53. Dion.* ex Theoph. etiam nostro in §. *per traditionem, Instit. de rerum divis.*

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 13. cap. 19*

Ad L. XIV.

Ex hac lege hoc tantum notandum est, magistratum in eum qui par aut majus imperium habet, imperium aut jurisdictionem non habere, ut *in l. 3. §. ult. et l. 4. de recept. qui arb.* veluti in Prætorem Prætor imperium non habet, vel jurisdictionem, nec similiter Consul. in Consulem, nec Præses in Præsidem: nam et Præsides diversarum provinciarum inter se collegæ dicuntur, *l. solent, de custod. reor.* Prætor in consulem imperium vel jurisdictionem non habet, vel quia consulis est majus imperium; imo olim quum *majorem magistratum* dicebant, auctore Festo, solum consulem intelligebant, quia nullus erat. Coss. major, nisi quum extra ordinem creabatur dictator: vel quia etiam Prætor collega consulis vocabatur. Collegæ vocantur nonnunquam a majoribus ii qui inferiores sunt, quamvis revera potestate non sint collegæ. M. Tull. ad Attic. *lib. 9. epist. 15.* Consules a Prætoribus non rogari. Quid ita? Prætores rogantur, ut collegæ consulum sint quorum est majus imperium. Plinius *in Panegyr. ad Trajan.*, *Consul pleraque ad Prætores remittebat, ita ut eos collegas vocaret.* Quod etiam aperte est proditum apud A. Gellium *lib. 13. cap. 14.* Ergo qui majus imperium habent, inferiores collegas suos vocant. Proximitas autem legis, superioris indicat, non eo tantum pertinere hanc l. 14. ut intelligamus, non posse magistratum pari vel majori, vel in parem vel majorem jus dicere, sed specialiter non posse jubere judicare eum, qui par imperium, aut qui majus habet, ut in *l. judicium, inf. de judic.*

Ex contrario igitur recte dices, magistratum posse jubere judicare eum, qui minus imperium habet, verbi gratia, Præsidem magistratum municipalem specialem judicem dare posse, et jubere judicare, quod notandum est. Non habet autem magistratus jurisdictionem in eum, qui par aut majus imperium habet: non habet, inquam, in eum invitum, in volentem habet, si se subjiciat jurisdictioni ejus, *ut in l. ille, a quo §. tempestivum, ad Trebell.* quæ est sententia hujus l. ad quam recte Accurs. notat, huic legi locum esse in contentiosa jurisdictione,

quæ scilicet exercetur in invitos: hæc non exercetur in parem vel majorem, nisi volentem. Aliud est dicendum in voluntaria jurisdictione, quæ nec in volentem exercetur, quod tamen prima facie videtur esse falsum: voluntariam jurisdictionem magistratus, nec in magistratum volentem, qui par aut minor sit, exercere potest ut puta Prætor non potest manumittere, vel adoptare, vel emancipare apud collegam qui actus sunt voluntarii, et exercentur inter eum, qui vult manumittere, et eum, qui vult manumitti, emancipare et emancipari, adoptare vel adoptari. Denique hæc sunt voluntariæ jurisdictionis, et tamen hæc Prætor apud collegam exequi non potest, *l. apud eum. de manum.* Et ratio hæc est, quia apud seipsum servum manumittere, aut filium emancipare, apud seipsum extraneum in locum filii adoptare, *l. 5. de manum. vind. l. 4. de adopt. l. 2. de offic. præs.* Quod quis habet in sua potestate, id frustra requirit ab alio, vel exequitur apud alium, *argum. l. qua 22. de cond. inst.* et ejus, quod Theoph. notat *in §. proprius, Instit. qui test. tut.* Ergo magistratus apud se manumittere, emancipare, adoptare potest, quæ sunt negotia voluntariæ jurisdictionis, et frustra adit collegam vel superiorem. At privatus homo potest hæc omnia exequi apud magistratum quemlibet etiam incompetentem, si se subjiciat jurisdictioni ejus, vel ut loquimur, si proroget jurisdictionem ejus, *l. etiam §. ult. de man. vind. l. emancipari, §. 1. de adop. et l. 1. et 2. de judic.*

Ad L. XV.

Si per errorem alius pro alio Prætor fuerit aditus, nihil valebit, quod actum est: nec enim ferendus est, qui dicat, consensisse eos in præsidem. Cum ut Julian. scribit, non consentiant, qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit.

Hæc lex 15. est ex Ulp. *lib. 2.* de omnibus tribunalibus, in quo Ulp. ut constat *ex l. 6. et 8. de reb. eor. qui sub tut. et l. 198. de verb. signif.* tractavit de oratione Imperatoris Severi et Senatusc. quod vetat alienari et obligari prædia minorum XXV. annis: quo tamen Senatusc. quave oratione si æs alienum tantum sit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, nominatim expressum est, ut Prætor urbanus adeatur, et ex ejus decreto permittatur, prædiorum alienatio vel hypotheca, *l. 1. eod. tit. de reb. eor. qui sub tut.* In provinciis autem ut adeatur præses, *l. 11. eod.* quoniam ad eum pertinent Prætoris partes: et inde *in eod. tit.* fit frequens mentio aditi Prætoris, *l. 5. §. illud. l. 7. §. 1.* et in *d. §. illud*: hæc est quæstio, quæ proxime pertinet ad hanc legem. an si Prætor urbanus aditus sit pro præside, ut permitteret distrahi prædium provinciale, et causa cognita permiserit, an tale decretum valeat? Etsi quidem scientes tutores vel curatores et creditores vel emptores eum adierint, et tutela Romæ agebatur, ut ait, decretum valet. Duo exiguntur. Primum, ut Romæ tutela geratur: nam si geratur in provincia, non valet decretum, quo permittitur alienatio prædii provincialis, nisi a præside ejus provinciæ interpositum fuerit, *d. l. 11. et 12. et 19. C. de præd. minor.* Item exigitur ut scientes Prætorem adeant. Nam si per errorem tutoris et curatoris adeant Prætorem pro præside, non videntur consensisse in prætorem, et decretum ab eo interpositum non valet. Vulgo legitur hoc loco: *Non videri consensisse in præsidem*: et male, quia non præsidem, sed Prætorem fuisse aditum ponit; alium pro alio, ut puta Prætorem pro præside: vel, quod verbis legis congruentius est, Prætorem Augustalem, verbi gratia, pro Constantiniano, cujus ea de re jurisdictio est, ut ostendit *l. ult. C. de præd. minor.* vel Prætorem peregrinum pro urbano. Et malim legere hoc loco: *Non esse ferendum eum, qui dicat, consensisse eos in præsentem*, hoc est, in Prætorem quem adierunt: et ideo in eum consensisse eos non videri, quia non consentiunt, qui errant, ut Julianum scribere ait: et vero ita scribit *l. 2. de judic.* errori inest ignorantia, quæ scientiæ contraria est, si scientiæ, et sensui igitur: nam sensus nobis datus est scientiæ capessendæ gratia: et rursus, si sensui, et consensui igitur: proinde qui errant, non possunt videri sentire aut consentire, ut eleganter *l. si tibi, §. unius de opt. leg. Si non sentire*, inquit, *potest, nec consentire igitur.* Et hoc est, quod ait: *Nihil tam contrarium consensui esse, quam errorem, qui ignorantiam sive imperitiam detegit*: et errant sane, sive errent in persona Prætoris, ut si Mævium accipiant pro Cajo, sive errent in jure, ut si putent, hujus Prætoris ea de re jurisdictionem esse, quæ est alterius Prætoris, *d. l. 2. de judic.* Recte autem in præsentem: nam in absentem nec scienter, qui consentiunt, ex hac conventione sive consensione jurisdictionem Prætori absenti dederint, quam non habet, antequam eum adierint, *l. 18. h. t.*

Ad L. XVI. et XVII.

Utraque lex est de mandata jurisdictione, et ait, Prætorem solere (quod et more majorum comparatum esse ait *l. 5. h. t.*) jurisdictionem suam alii mandare, et vel omnem sive universam mandare, vel speciem unam jurisdictionis, ut quum Prætor magistratui municipali mandat: ut jubeat caveri damni infecti, et vice cautionis mittat in possessionem, *l. 4. §. 1. de dam. infec.* vel ut ait in *l.*

seq. potest mandare jurisdictionem suam in personas certas tantum, veluti in publicanos, aut mancipes, vel etiam ex justa causa in litem unam, ut in specie quæ proponitur *in l. seq.* quæ in eam rem singularis est, et confirmatur *cap.* 36. *ext. de appellat.* videlicet si qua in lite Prætor advocatus fuerit unius partis ante præturam, post præturam ea de re ipse jus dicere non debet, sed alii mandare potest, ut ea de re jus dicat, nec potest is, cui mandaverit prohiberi, quo minus ea de re jus dicat, hoc prætextu, quod de ea non potuerit jus dicere mandator, quod etiam probatur *in c. judex*, *de offic. deleg. in* 6. non debet quis de ea lite jus dicere, in qua advocatus fuerit, imo nec esse in consilio jus dicentis ea de re: *l. ult. C. de adsess. l. pen. sup. l. prox.* nec in ea re sive lite testimonium dicere *l. ult. de testib.* Sicut nec executor litis in ea lite potest testimonium dicere, ut eadem lex ostendit. Porro partem jurisdictionis posse alii mandari etiam id ostendit, quod M. Tullius scribit ad Quint. fratrem proconsulem Asiæ: *Parvi refert*, inquit, *abs te ipso jus dici æqualiter et diligenter*, *nisi idem fiat ab iis*, *quibus et tu ejusdem muneris partem aliquam concesseris*: Et loquitur aperte de munere juris dicundi. Et omnino ut privati possunt procuratorem omnium rerum facere, mandatis ei suis negotiis omnibus, vel ad unam rem tantum, unamque speciem, *l.* 1. §. 1. *de proc.* ita magistratus vel omnem jurisdictionem, vel unam rem tantum mandare alii possunt. Ac præterea ut procurator, cui negotia nostra mandavimus, vicem nostram subit, *l. minor*, §. 1. *de proc.* vel ut M. Tullius ait pro Cæcinna: *Operæ nostræ vicariam suam fidem interponit*, *et juris nostri vicarius est*: ita *l.* 16. ait: *Eum*, *cui magistratus mandavit jurisdictionem*, *fungi vice ejus qui mandavit*, *non sua vice*, hoc est, alienam jurisdictionem eum exequi, non suam, quia suam nullam habet, *l.* 3. *de offic. ejus cui mand. est jurisd.*

Ad L. XVIII.

Si convenerit, *ut alius Prætor*, *quam cujus jurisdictio esset*, *jus diceret*, *et priusquam adiretur*, *mutata voluntas fuerit*, *procul dubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare.*

Est hujus legis facilis et aperta sententia, et hæc est breviter: Si exempli gratia convenit inter hæredem, et fideicommissarium, inter quos erat controversia de jure fideicommissi, ut pro Prætore fideicommissario Prætor tutelaris adiretur, qui de fideicommisso cognosceret, non per errorem, sed certo judicio, si convenerit inter eos ut relicto Prætore fideicommissario, cujus ea de re notio est, adirent incompetentem judicem et incongruum, puta Prætorem tutelarem, qui de fideicommisso cognosceret, nec dum eum adierint, nuda conventio est: ex nuda autem conventione constat ex regula juris, non nasci obligationem: proinde nec huic conventioni quisquam stare compellitur, cum jure civili obligatus non sit. Nemo eorum igitur stare conventioni, nec adire judicem incompetentem cogitur, tametsi in eum absentem eo modo consenserint. Sed si eum semel adierint ea de re, vel libello dato, vel lite apud eum contestata, nihil refert, quia conventio ex re ipsa sumpsit effectum, et desiit esse nuda, jam nullus pœnitentiæ locus est, nulla ratio superest mutandæ sententiæ, mutandi judicis jam aditi, et ita approbati, quæ est sententia hujus legis.

Si objiciatur huic legi *lex penult. C. de pact.* dico in ejus legis specie contractui ex continenti adjectam fuisse conventionem adeundi ea de re judicis incompetentis, omisso competenti, omissa præscriptione fori: ex qua conventione obligationem nasci constat, maxime si adjecta sit contractui bonæ fidei, tametsi judex nondum aditus sit: Vel si adjecta sit contractui judicii, ex ea conventione agenti si obiiciatur præscriptio fori, datur replicatio pacti conventi, replicatio justæ conventionis adversus præscriptionem fori. Conventio autem, de qua agitur in hac lege, non fuit adjecta contractui, et ideo nec obligationem parit, et antequam Prætor adeatur, liberum est cuique mutare sententiam, et migrare a conventione. Cetera quæ ad hunc locum pertinent, reperies ad Africanum *tract.* 7.

Ad L. XIX.

Lex hæc pertinet ad fideicommissa, fideicommissorumve persecutionem, quod inscriptio satis demonstrat, quæ talis est: *Ulpian. lib.* 6. *fideicommissorum.* De fideicommissis autem in urbe cognitio erat consulum, aut Prætoris fideicommissarii, in provinciis autem præsidum provinciarum, ut idem Ulpian. scribit *lib. sing. reg. t. de fideicomm.* Et hoc ita accipiendum, ut apud præsidem ejus provinciæ fideicommissa, aut in qua hæres a quo fideicommissa relicta sunt, sedes suas, larem, et domicilium habet, *l. si fideicommissum*, §. *penult. de jud. l. tutores* §. *hæres*, *de admin. tut.* Finge, a muliere hærede instituta relictum fideicommissum peti: peti illic debet, ubi ipsa domicilium habet, si puella sit: vel si nupta sit ubi maritus ejus domicilium habet: nam contractis nuptiis mulier domicilium mutat, et sequitur domicilium et forum mariti, *l. exigere, de judic. l.* 13. *C. de dignit. lib.* 12. Idemque domicilium post mortem mariti, quamdiu vidua permanet, retinet, *l. filii*, §. 1. *ad municip.* domicilium mariti, lar et domi-

cilium matrimonii est, *l.* 5. *de ritu nupt.* *l.* 1. §. *demum*, *de lib. agnosc.* Servius in illum locum Virgilii :

Et patrio Andromachem iterum cessisse marito:

Secundum jus, inquit, *locutus est*, *quia uxor viri domicilium sequitur*. Et sane hac in re distat inter cetera sponsa ab uxore. Nam sponsa nondum domicilium mutat, *l. ea quæ* 32. *ad municip.* uxor mutat statim. De justa uxore loquor, non de injusta veluti de peregrina, quæ junxit se civi Romano, *l. pen.* §. *ult. eod. t.* quem §. vulgo male accipiunt de concubina, cum sit de injusta uxore, quæ habetur ut uxor, non ut concubina, quanquam in concubina idem esse non inficior. At quid dicemus si ab illa puella hærede instituta, priusquam nuberet, petitum sit fideicommissum apud præsidem provinciæ, unde ipsa orta est, et ubi vel moratur, vel ipsa domicilium habet, qui procuIdubio judex est congruus et competens, apud quem etiam ipsa de fideicommisso judicium acceperit, vel quod idem est, litem susceperit: præses autem cognitionem susceperit, quod fit lite contestata (contestatione litem suscipit utraque pars, judex cognitionem: ut in *l. inter*, *de publ. jud.*) Et finge: pendente cognitione ante sententiam, vel post sententiam, post condemnationem ante executionem sententiæ puellam Titio nupsisse homini alterius provinciæ. Quæritur, an sententia dicta a priori judice, exsequi et ad finem perduci possit? Et respondet posse, quia recte lata est, ideo et recte ad effectum perducitur et exequitur, quoniam in ea causa, de qua jure aditus est prior judex, non desinit esse judex competens, tametsi mulier transierit interim ad aliud forum per matrimonium, hoc est alterius judicis jurisdictioni subjecta esse cœperit. Denique ubi semel acceptum est judicium, ibi finem accipere debere, *l.* 30. *de jud.* Finis judicii et extrema linea est executio, *l.* 1. *si quis jus dic. non obt.* Quod generaliter ait hoc loco, *obtinere in omnibus casibus similibus*, nempe ut sententia, quam dixerit is, qui initio jure aditus est, et jure cognitionem litis suscepit apud eum contestatæ, ad effectum perducatur, etiamsi postea ante sententiam, vel ante executionem is, qui condemnatus est, alterius fori esse cœperit, veluti militia aut sacerdotio, quia his omnibus casibus (quibus quis fit alterius jurisdictionis ante sententiam) præventioni locus est, et prævenisse prior judex intelligitur, ut certe revera prævenit, et præoccupavit, *l.* 7. *de jud. cap. pen. ext. de for. compet.* et privilegio fori eo tantum uti licet, quod quis habet initio litis, non quod post litem rite inchoatam et contestatam apud competentem judicem habere cœpit. Nec obstat *l. qui autem*, *si quis caut.* quia ut docuimus ad Papin. *ad l.* 24. *de excus. tut.* ea lex non loquitur de præscriptione fori, sive privilegio fori.

Ubi autem et a quo exequenda sit sententia, quam prior judex dixit de fideicommisso, hæc lex non exprimit, quod tamen quasi expressum, adstruunt veteres juris interpretes temere: nam hæc lex tantum dicit, recte latam esse sententiam, et exequendam esse, a quo exequenda sit, non dicit. Verum dicas, ab eo exequendam esse, qui eam tulit, si in ea provincia sint bona damnati, vel nomina, quæ judicato faciendo sufficiant: alioquin rogatu ejus, qui sententiam dixit, quo jure utimur, alius judex eam exequetur. Et hoc modo fit ut sententia in una provincia dicta exequatur in alia: ut Romæ dicta exequatur in provincia, vel contra, *l. argentarium*, §. *ult. de judic. l. a divo Pio* §. 1. *de re jud.* sententiam Romæ dictam præsides exequi posse, si hoc jussi fuerint, hoc est si rogati fuerint. Eleganter Plinius in Panegyr. *Jubere esse adulationis non imperii verbum*, ut quum dicimus: Jubeo te salvere, verbum est precarium, quod fideicommissum faciat, non directum, quod legatum faciat.

Ad §. *ult. Quotiens L. XIX.*

Quod proponitur in §. *ult. hujus l.* aptari etiam debet ad fideicommissa, et sat modo docuimus supra in *l.* 11. ex Quintiliano, de fideicommissis majoris quantitatis agendum esse apud Coss. non apud Prætorem fideicommissarium. Unde quæri potest quemadmodum majorem quantitatem accipere oportet? utrum ex rei veritate, quæ scilicet revera fideicommissario debetur, an ex petitione fideicommissarii? Et ait spectari hac in re petitam quantitatem non debitam, quoniam id tantum in judicium deducitur, quod actor petit. Minor quantitas, si minorem petat: etsi major debeatur. Major quantitas, si majorem petat, etiamsi minor debeatur: et pro modo petitionis sive libelli actoris vel Coss. vel Prætorem suscipere cognitionem fideicommissi. Et ita quoque in causis appellationum, quum quæritur earum quantitas, qua de agitur, ut liqueat, apud quem disceptandæ sint causæ, et merita appellationis, spectatur quantum sit in condemnationem deductum, non quantum debeatur, *l. in offerendis C. de appellat.*

Ad L. ult.

Extra territorium jus dicendi impune non paretur. Idem est, et si supra jurisdictionem suam velit jus dicere.

Hanc l. pertinere proprie ad magistratus municipales multa argumenta evincunt: ac primum quidem inscriptio; nam libro primo ad edictum constat pleraque Paulum tractasse de magistratibus municipalibus sive duumviris. Deinde conjunctio *l. inter, ad municipal. ex eodem lib. Pauli*, quæ huic congruenter ait: *De re majori non posse agi apud magistratus municipales, nisi inter consentientes.* Nam et hoc loco idem Paulus ait: Non tantum eum, qui magistratui jus dicenti extra territorium, hoc est, extra fines proprii municipii obtemperare detrectat, non puniri; sed etiam eum non puniri, qui non obtemperat jus dicenti de re vel quantitate majori, quam ei lege liceat. neque enim magistratui municipali, sive duumviro licuit jus dicere ultra certam quantitatem, ut docui in *l.* 11. Non punitur ergo qui non paret duumviro jus dicenti extra territorium, vel jus dicenti supra quantitatem legitimam intra territorium. Punitur tamen ipse duumvir, qui jus dicere audet supra quantitatem legitimam, vel ultra fines territorii sui municipii, *l. Duumvirum, C. de decur. lib.* 10. *Duumvirum*, inquit, *impune non liceat extollere potestatem fascium extra metas territorii propriæ civitatis.* Ejusdem rei aliud argumentum sumitur ex verbo territorii, quod ad magistratus tantum municipales refertur, *l. pupillus*, §. *ult. inf. de verb. signif.* Et ut omnium optime scripsit Flaccus Siculus, libro de limitibus agrorum: *Territorium est limitatio sive pertica universa, unius municipii conseptum, unius provinciæ.* Præsides sub jurisdictione et cura sua habent, non unum territorium, sed plura; non unum municipium, sed plura municipia, universitatem territorii, et universitatem civitatum, *l. penult. ad municip. l. cum unus*, §. *ult. de rebus auct. judic. possid. l. relegatorum*, §. 1. *de interd. et releg.* Territorium est universitas agrorum unius civitatis. Provincia est universitas plurium civitatum, municipiorum, coloniarum. Sed idem tamen est in provincia, quod in territorio, ut etiam suos quisque magistratus provincialis fines, hoc est, terminos provinciæ suæ non excedat in jure dicundo, *l.* 10. *et* 16. *Cod. Theod. de accusat.* In quibus dicitur ultra provinciæ terminos criminis in ea provincia commissi accusationem institui non posse, et consequenter nec in alia provincia, ejus criminis cognitionem alium sibi præsidem vindicare posse. Quod et generaliter obtinet in omni jurisdictione contentiosa, ut extra suam provinciam Præses vel Proconsul eam exercere non possit, præterquam ex Senatusconsulto Articulejano fideicommissariæ libertatis conservandæ causa, quæ petitur absente hærede, a quo relicta est: qua in re operam suam interponit Præses provinciæ: etiamsi hæres non sit ejus provinciæ nec pertineat ad jurisdictionem ejus Præsidis. *l. non tantum*, §. *sed Articulejano, de fideic. liber.* Denique Præses vel Proconsul contentiosam jurisdictionem non exerceret extra suam provinciam, vel in homines alterius provinciæ. Proconsul tamen voluntariam jurisdictionem exercere potest, etiam extra suam provinciam, in alia provincia, in itinere extra urbem, dum proficiscitur in provinciam, hoc est, in itinere et quocunque loco, quacunque provincia: apud eum possunt fieri manumissiones, emancipationes, adoptiones, quæ negotia, sive actiones voluntariæ jurisdictionis sunt, *l. emancipari*, §. 1. *de adopt. l.* 2. *de offic. proc. Plin.* 7. *Epistolarum*, 16. *Tiro*, inquit, *Proconsul provinciam Bæticam per Ticinum est petiturus, spero, immo confido me facile impetraturum, ut ex itinere deflectat ad te si voles servos vindicta liberare.* Qui locus ostendit, Proconsulem in itinere, antequam provinciam ingressus sit, sibi demandatam posse exercere voluntariam jurisdictionem. Sed hæc de Proconsule tantum, non de magistratu municipali, nec de Præside. Nam magistratui municipali, cui data est legis actio, puta, ut apud eum actus legitimi et solemnes peragi possint, adoptiones, emancipationes, manumissiones vindicta, non invenio, et hoc dari, ut extra fines sui municipii exerceat jurisdictionem ullam, ne voluntariam quidem: invenio hoc tantum dari Proconsuli. Dixi magistratui municipali, cui data est legis actio, puta ut emancipari et manumitti apud eum possit et adoptari, quoniam non est data cuilibet magistratui municipali. *l.* 4. *de adopt. l. ult. C. de vindict. libert. Paulus* 2. *sentent. Apud magistratus municipales*, inquit, *si habeant legis actionem, emancipari, et manumitti posse.*

Nec idonea est argumentatio a Proconsule ad Duumviros, imo nec a Proconsule ad Præsidem: majus enim est imperium Proconsulis, quam Præsidis; quod uno exemplo ostendere satis erit. Proconsul potest de statu cognoscere, Præses non potest principaliter, *l.* 1. *C. de ord. jud.* sed ex incidenti, *l. seq. Plin. Jun. in epist. ad Trajanum, de adsertione ingenuorum.* Major quoque est dignitas Proconsulis: Proconsul est spectabilis, Præses clarissimus tantum. Ergo cum *l. ult.* proprie pertineat ad magistratus municipales, ideo quæ propria est distinctio in Proconsule, inter jurisdictionem voluntariam et contentiosam, ea nullo modo potest accommodari ad hanc legem, sicuti ab Accurs. accomodata est.

JACOBI CUJACII J.C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Titul. II. Quod quisque juris in alterum stat.

Edictum quod hoc *t.* proponitur, est etiam *de jurisdictione*, iniqua tamen. Jurisdictio etiam iniqua a Juliano antecessore *jurisdictio* appellatur. Hujus edicti duæ sunt partes. Prima de eo, qui novum et iniquum jus dixit alteri et in alterum. Quod quis novum dixit alteri, eodem ipse uti debet, vel idem jus sibi dici æquo animo ferre debet. Ut si Prætor reum debitæ pecuniæ condemnaverit, non habita ratione præscriptionis triginta annorum, condemnabitur etiam ipse creditoribus suis, licet ipse habeat præscriptionem triginta annorum. Et ita ajunt Græci in *l.* 3. §. *si is pro quo*, *h. t.* Secunda pars est de eo, qui sibi jus iniquum postulavit a Magistratu vel potestate: quod quis jus novum sive iniquum sibi postulaverit, eodem ipse uti debet, in qualibet causa pari: sive eam tum habuerit, sive postea habere cœperit, *l.* 3. §. *pen. h. t.* Idem traditur in eo; qui jus iniquum impetraverit a principe, ut qui rescripto principis oblato pretio venditionem a se factam rescindi postulavit. Similiter, si quam emptionem fecerit, pati debet, ut eam auctor suus quilibet rescindat oblato pretio, *l.* 7. *C. de rescind. vendit.* Hæ sunt duæ partes edicti, utraque pars locum habet, si quod quis jus dixit iniquum alteri, quodve sibi postulavit, effectum habuerit, *l.* 1. §. *ult. h. t.* Nam si effectum non habuerit cessat pœna edicti. Ut si quis jure dixerit extra territorium inique, jurisdictio hæc nullius est momenti: et ideo cessat pœna edicti: quia hujus rei nullus est effectus, nulla pœna, in *l.* 3. *h. t. et l. cogitationis*, *infra, de pœn.* Quæ lex cum sit Ulpiani *lib.* 3. ad edictum, sicut, *l.* 1. *et* 3. *eod.* omnino est accipienda de pœna hujus edicti, ait *Cogitationis pœnam nemo patitur*: pœnam scilicet hujus edicti, *Quod quisque juris.* Nam effectum exigimus. In aliis plerisque causis non tantum effectus punitur, sed etiam voluntas, cogitatio, conatus. Et esse hunc veterem ritum Romanorum, ut puniant etiam conatum, Servius scribit *Æn.* 6. *Ausi omnes immane nefas ausoque potiti.* Igitur hoc est singulare in hoc edicto, ut cogitationis vel conatus pœna sit. Est etiam singulare, ut hæc pœna transeat in hæredem, *l.* 3. §. *Quod autem*, *h. t.* Quod quis iniquum dixit alteri, eodem etiam hæres ejus uti debet, si agat ex persona defuncti, non si ex sua. Ceterum hæc pœna non transit in patrem. Quod filius jus iniquum dixit alteri cum esset in magistratu, eo non cogitur uti pater, etiamsi agat ex persona filii, actione sibi quæsita per filium, *d. l.* 3. §. *si filius*, *eod.* Filius non potest facere deteriorem conditionem patris; ut servus domini, *l. post legatum*, §. *si filius*, *De his quæ ut indig.* At defunctus potest hæredis conditionem deteriorem facere. Quinimo hæres plerunque successor est vitiorum et virtutum, *l. vitia*, *C. de acq. poss.* Pergamus ad reliqua: utraque pars edicti locum habet, si aliquis postulet adversario id jus dici, quod is dixit alteri, quodve sibi dici effecit: nam nemine hoc postulante, idem jus ei non dicitur sine summa injuria, quod scilicet is alteri dixit, vel quod dici effecit sibi: oportet ut instet aliquis, et objiciat hoc edictum: sed admittitur quilibet adversarius postulans, sive ab eo læsus sit, sive non, *l.* 3. §. *hæc pœna*, *eod.* Est tamen differentia inter primam et secundam partem hujus edicti. In prima exigitur dolus malus jus dicentis: quod quis dolo malo jus iniquum dixit alteri in magistratu vel potestate, eidem parere debet. Sed latam culpam dolo comparabimus, ut si præses adsessoris imprudentia jus iniquum alteri dixerit, ipse adsessor tenetur, non præses, quia dolo caret, *l.* 2. *h. t.* Adsessoris ignorantia dolo comparatur. Adsessor debet præstare scientiam juris et legum non vulgarem, qualem etiam haberet quilibet, sed qualis est in perito juris, debet esse JC. sive juris studiosus. *l.* 1. *supr. de offic. adsess. l.* 4. *inf. de extraord. cogn.* Cum dicimus juris studiosum, jurisconsultum dicimus. Præses non debet præstare totalem scientiam: nam præsides erant plerunque viri militares. Lamprid. *in Alex.* Et hic honor eis deferebatur non ob jurisprudentiam, sed ob singularem principis fidem et gratiam, ideoque sibi adsumebant adsessores. Nunc si imperitia et imprudentia adsessoris præses jus iniquum dixerit, adsessor tenetur, non præses quia dolo caret, *l.* 1. *h. t.* Igitur in prima parte dolum exigimus jus dicentis. In secunda non exigimus dolum jus iniquum sive novum postulantis, nam satis est si impetraverit id et obtinuerit, ut recte Accursius notat in *l.* 1. etiam si eo jure nondum utatur, *l.* 3. *h. t.* Ubi legendum est, *sive usus est jure iniquo*, non *alio.* Id tamen omnimodo exigimus, quod etiam est proprium secundæ partis edicti, ut ipse id jus postulaverit. Nam si eo non postulante, præses Titio jus iniquum dixerit, præses in edictum incidit, ex prima parte, si dolo malo dixerit: Titius in edictum non incidit ex secunda parte, quia id non postulavit, *l.* 3. *h. t.* Inde nascitur hæc quæstio. Procurator qui agebat alieno nomine, jus iniquum postulavit et tulit. Quæritur uter incidat in edictum, procurator an dominus, *l.* 3. §. *si procurator*. Et sane procurator non incidit

in edictum, quia ejus commodo nihil cedit, nisi sit procurator in rem suam, ut emptor hæreditatis. Eadem ratione dominus non incidit in edictum, nisi probet factum, id est, ratam postulationem habeat, nisi eam specialiter mandaverit: at procurator in rem alienam nunquam tenetur. Alia est causa tutoris et curatoris: nam si tutor in causa pupilli iniquum jus postulaverit et obtinuerit, hoc edicto tenetur, quia tutor in omnibus pro domino habetur et pro domino litis, *l. interdum*, §. *qui tutelam*, *inf. de furt.* ideo plectitur in hoc edicto. Procurator in omnibus non est pro domino, nisi sit procurator in rem suam. Inde nascitur alia quæstio. Finge, debes mihi 100. et dedisti mihi fidejussorem in 100. deinde jus iniquum postulasti et obtinuisti adversus Cajum debitorem tuum, puta ne Cajus debitor tuus utatur contra te præscriptione 30. annorum. Nunc, me agente et petente 100. tu vis contra me uti præscriptione 30. annorum. Certum est te non posse præscriptione, uti quod scilicet vicissitudinem juris ex hoc edicto merearis. Sed an ea exceptione utetur fidejussor tuus? Minime, ne quod per te non habes, aut habere non debes, per fidejussorem habeas. Nam si elegero fidejussorem, et exclusus fuero præscriptione 30. annorum, id est, si licuerit fidejussori exceptione uti, jam non potero reverti ad te, et tecum agere. Contra quam si exclusus fuero ob inopiam fidejussoris: nam tunc recte revertor ad reum. Sed si exclusus fuero exceptione reali, creditum amittam nec revertar ad reum, *l.* 23. *et ult. C. de fidejuss.* Igitur ne quod per te non habes, alia via habeas per fidejussorem: ideo pœna hujus edicti debet pertinere etiam ad fidejussorem tuum, licet fidejussor quod solverit, abs te non possit repetere mandati actione, propter tuam inopiam forte. Inopia rei nunquam eximit fidejussorem obligatione, licet sit habiturus inanem actionem mandati. Contra si fidejussor tuus incidit in hoc edictum, idem illud jus iniquum impetrando, ipse quidem tenetur hoc edicto tu non teneris. Igitur si tecum agam, repelles me præscriptione 30. annorum. Fidejussor non item: sed cogetur solvere: licet actione mandati non possit abs te repetere quod solverit: propterea quod suo vitio condemnatus est, ob vicissitudinem juris a se jam pridem impetrati. Hæc est sententia *l* 3. §. *si is pro quo*. Restant duo per brevia. Primum notandum est, eum, qui per errorem facti solvit debitum, cum posset se hoc edicto defendere, et non solvere, non posse repetere quod solvit. Finge, creditor jure agere potest, sed non, si velit hoc edicto uti debitor, et non solvere: quia forte creditor in magistratu positus, circa litem quandam censuit ejus exceptionis rationem habendam non esse. Finge, debitor non est hoc edicto usus, quia nesciebat factum, et solvit, an poterit repetere? Minime, quia natura debitum solvit, jure Prætorio indebitum. Hoc edicto non tollitur naturalis obligatio, *l.* 3. §. *ult. h. tit. qui* §. est pungendus post verba, *ex hac causa*: Hæc est ejus sententia, solutum debitum repeti non potest ex hac causa, scilicet, quod si debitor usus fuisset hoc edicto non solvisset. Secundo notandum in hoc edictum incidere eum, qui primus jus novum et iniquum impetravit, non etiam eum, qui ex hoc edicto jure novo utitur. Nam in ejus persona jus hoc novum æquum est, in prioris persona iniquum est: alioquin edictum seipsum destrueret, si qui utitur jure novo, ex hoc edicto, in edictum incideret, *l. ult. h. t.* Summa hæc est, qui utitur jure novo, vel qui dicit aut obtinuit, jus novum, licet non utatur, hoc edicto tenetur: non tamen, qui ex hoc edicto utitur jure novo: nam in ejus persona jus hoc novum æquum videtur.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In eundem titulum, Quod quisque Juris, etc. Repetita prælectio. Anno 1580.

Ad L. I.

Hoc edictum summam habet æquitatem, et sine cujusquam indignatione justa. Quis enim aspernabitur idem jus sibi dici, quod ipse aliis dixit, vel dici effecit?

§. 1. Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit, ipse quandoque, adversario postulante, eodem jure uti debet; si quis apud eum, qui magistratum potestatemque habebat, aliquid novi juris obtinuerit: quandoque postea, adversario ejus postulante, eodem jure adversus eum decernetur. Scilicet, ut quod ipse in alterius persona æquum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur.

§. 2. *Hæc autem verba*, quod statuerit qui jurisdictioni præest, *cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo, si cum vellet statuere, prohibitus sit, nec effectum decretum habuit, cessat edictum.* Nam statuit, *verbum rem perfectam significat: et consummatam injuriam, non cœptam: et ideo si quis inter eos dixerit jus, inter quos jurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo habetur, nec est, ulla sententia, cessare edictum putamus: quid enim obfuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum?*

Quod quisque juris in alterum statuerit, ut

ipse eodem jure utatur. Sunt verba edicti sub eo propositi. quo cavetur ut quod is, qui jurisdictioni præest, in alterum novi juris dixerit et decreverit, ipse quandoque adversario ejus postulante, eodem jure utatur. Cujus summa est æquitas, et ut Ulp. ait, initio *l.* 1. *sine cujusquam indignatione justa.* Neque enim jure indignari quisquam, aut aspernari, aut recusare potest idem jus sibi dici, quod ipse dixit aliis, vel alii, eadem pati ipsum, quod ipse fecit aliis, *l. sed et partus*, §. 1. *de eo quod met. cau.* Et ut Stephilus in ea Oratione, quæ inscribitur ἀντιτείνειν ὁμοίαν θέμιν, ubi interpres in eam rem etiam adducit illud Hesiodi: εἴκε πάθοι τά κὲ ἔρεξε δίκη εὐθεια γένητο; *si patitur quæ fecit*, *erit jus rite peractum.* Versum hunc etiam usurpavit Arist. 5. *Ethic.* Et hoc exemplo legimus in auctorib. plerosque sua lege damnatos, et suo supplicio interemptos, vel suo gladio jugulatos, quod scilicet in alios excogitaverunt. Hujus rei exempla sunt innumera. Vetus autem jus hoc est et vetus edictum. Quod et Cic. intellexit ad Q. Fratrem, inquiens: *quicquid in magistratu injuriose decreverant, eodem ipsis privatis erat jure parendum*, Et non in magistratibus tantum valet æquitas hujusmodi, qui jus novum dixere in alios: sed etiam in privatis, qui jus sibi novum dici postulaverunt et obtinuerunt, eodem jure uti par est, ut si quis obtinuerit venditionem a se factam rescindi, nulla interveniente justa causa, oblato pretio, æquum est, ut et aliis venditionem ei factam rescindere liceat, oblatione facta, *l. ratas 7. C. de rescind. vend.* ut eadem quisque lege conveniatur, quam sibi tribui postulavit. Eam enim postulando sibi suæque causæ consimili præjudicavit. Et similiter, qui impetravit ne per emancipationem amitteret jus agnationis, pati debet ut cognati ejus adversus eum habeant integrum jus agnationis, eoque vicissim adversus eum utantur, *l. si ab eo*, *C. de legit. hæred.* Qui impetravit, ut victus in judicio sportulas aut litis sumptus minores aut nullos omnino agnosceret, pati debet, ut eodem jure utantur ii, quos ipse vicerit, *l. ult. C. de sumpt. et lit. expens.* Quo jure utimur in fisco hodie et in senatu, sive in senatorib. quibusdam, quibus privilegium datum est jure singulari, ut litigent gratis, ut etiam damnati non refundant sumptus litis. Item qui impetravit ne adversus se debitor aliqua exceptione utatur, non potest etiam ipse uti eadem exceptione adversus creditorem suum *l.* 3. §. *si is pro quo, hoc t.* Quæritur, dominus impetravit ne a se vasallus exigeret jusjurandum calumniæ, æquo animo ferre debet, et si vasallus idem nolit a se dominum exigere, quod et cavetur constitutione Friderici in *lib. Feudorum*, prolata ratione ex hoc. tit. *ut quod quisque juris in alterum statuerit*, *vel obtinuerit*, *eodem ipse utatur.* Itaque sunt duæ partes hujus edicti: prior est de magistratu, qui alii vel in alium novum jus dixit, vel dici effecit: posterior est de privato, qui in alium jus sibi novum a magistratu dici procuravit et perfecit, et utriusque eadem est pœna, ut scilicet idem jus subeat quod dixit, vel quod dici efficit. Non utique semper in omnib. causis suis similibus sed quandocunque hoc adversarius ejus in aliqua causa desideraverit: nam si nemo sit qui desideret, non utetur eo jure, quo quandoque usus est in alium, sed jure legitimo, jure communi *l.* 3. §. *hæc pœna*, *h. t.* Et novum jus vocat, aut dicit Prætor in malum, pro jure iniquo, cujus exemplum non extat, ut in *l.* 3. *in prin. h. t.* si quis iniquum jus adversus aliquem impetraverit, jus novum vocat injuriam, ut in h. *l.* 1. §. *ult.* Non ergo jus simpliciter. Nullum est jus si loquamur ἁπλῶς, quod non sit bonum et æquum, sed jus vocat, quod quasi pro jure petitur et redditur, licet jus non sit. Non ergo jus simpliciter, sed ut Aristoteles ait in Elench. κατὰ τὴν δόξαν τοῦ κρίνοντος, itemque 1. *Topic.* cum tractat de loco ἐκ τῶν πτώσεων, id est, *a casibus*, quem ex quodam Philosopho latius exposuit Suidas in verbo πτῶσις: vel etiam κατὰ ἀναφορὰν, relatione facta non ad id, quod dixit vel postulavit, sed quod dicere aut postulare debuerat, ut in *l. pen. de just. et jur.* Prioris partis edicti verba hæc sunt: *Qui magistratum etc.* Magistratum accipit pro urbano, et potestatem pro provinciali magistratu; in *l.* 13. *sup. tit. prox.* Et Sveton. in Claud. *Jurisdictionem de fideicommissis in urbe tantum magistratibus delegari solitam*, *per provincias potestatem delegavit*, *etc.* Et Alex. apud Lamprid. *Non patiar mercatores potestatum*, hoc est, provincialium jurisdictionum. Hos omnes paulo post Ulp. quasi in unum contraxit, dum ait, *qui jurisdictioni præest.* In edicto igitur, *qui mastratum potestatemve habebit*, uno verbo, id est, *qui jurisdictioni præst*, *quod statuerit*, inquit, *qui jurisdictioni præest.* Posterioris partis edicti verba sunt, *Si quis apud eum qui magistratum*, *etc.* Quod autem post hæc verba sequitur, *scilicet*, *ut quod ipse, quis in alterius persona, etc.* manifestum est esse ex glossa, quo explicatur frustra ratio edicti, quæ jam satis initio ab ipso Ulpiano fuerat expressa, his verbis: *Quis enim aspernabitur idem jus sibi dici?* Quod vero attinet ad prima illa verba edicti, *quod statuerit*, *vel si quid statuerit*, nihil refert, recte monet Ulpian. ea verba esse accipienda cum effectu, non verbo tenus: quia scilicet hoc edicto non punitur, qui jus novum in alium dicere voluit, et accinxit se ut diceret, atque comparavit, neque dixit tamen, forte prohibitus vi aut casu majori. Voluntas

aut cogitatio nuda hoc edicto non punitur, et ostendi ad hunc locum proprie pertinere *l. cogitationis* 18. *de pœn.* quæ est ex eod. lib. *cogitationis pœnam nemo patitur.* Quod tamen, si generaliter accipiatur, est omnino falsum: si specialiter, est verum. Veluti ex hoc edicto si cogitaverit, si voluerit in alium jus novum dicere, neque dixerit, vel ex qua alia consimili causa, *l.* 22. §. *et si servo, In. ad leg. Corn. de fals.* Si is, qui scribit testamentum, dictante testatore, adscribat legatum ei, quem servum suum esse putat, cum sit liber homo ab eo bona fide possessus, non punitur ex SCto Liboniano: quamvis quo ad cogitationem nocens sit. In levioribus causis cogitationis pœnam nemo patitur, conatus quoque nudus hac in re non punitur, ut puta si quis jus iniquum decreverit in alium, et decretum, sive sententiam suam non perduxerit aut non potuerit perducere ad effectum, ut puta, si jus dixerit eis, qui jurisdictioni ejus subjecti non sunt, quæ sententia ipso jure non valet, nec est, ait, ulla sententia, ut Virg. *Nec est ulla olivæ cultura*, id est, nulla est sententia ipso jure, ut *l.* 6. §. *quid si quis, de ini. rup. l. ult. C. si a non compet. jud. l.* 2. *C. de interdict.* Ergo nec exsequi illa sententia potest, et ad finem perduci, argumento *l. pen. tit. prox. sup.* Denique ut subjungit Ulp. in *h. l.* verbum *statuit*, *est pro*, *statuerit*, id est, decrevit, pronuntiavit, dixit, ut *l. pronunciatum* 46. *in princ. de verb. signif.* Hoc, inquam, verbum *statuere*, in edicto rem perfectam significat, injuriam perfectam et consummatam, non cœptam. Extra causam hujus edicti, vel si quam aliam similem, qualis ea est, quam protuli ex *l.* 22. *ad leg. Corn. de fals.* jure civil frequentius cogitatio et voluntas sola, cogitatio nuda, si detegatur, conspiratio nuda, et consilium nudum, et conatus solus punitur, maxime si sit res adeo turpis, ut et consilium et cogitatio puniri debeat, ut eleganter ait *l.* 5. *de his qui not. infam. et l. quisquis, C. ad l. Jul. maj. et l.* 1. *C. Theod. ad l. Jul. de ambitu*, pari sorte, pari severitate puniri effectum sceleris et voluntatem, quod traditur general ter, et verissimum est, ut non sit *l. cogitationis*, generaliter accipienda; sed suo titulo reddenda, id est, huic titulo, et coercenda, cum sit ex eod. l.b. Atque adeo conjungenda plane cum hac *l.* 1. §. *ult.* Apul. 4. Flor. *In maleficiis etiam*, inquit, *cogitata scelera, non perfecta adhuc vindicari, cruenta mente, pura manu, ad pœnam sufficere meditari puniendam*, quod latius comprobavi *Observ.* 15. *c.* 25. *et* 26.

Ad L. II.

Hoc edicto dolus debet jus dicentis puniri: nam si adsessoris imprudentia jus aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori.

Lex hujus tit. pertinet ad priorem partem hujus edicti, et quamvis in ea, ut et in posteriore parte nulla fiat mentio doli mali: nec enim dicit Prætor, *si quid dolo malo statuerit, vel si quid dolo malo impetraverit;* quamvis igitur non fiat mentio doli mali, tamen l. 2. ait, non debere puniri ex hoc edicto, nisi dolum malum jus dicentis. Adsessoris tamen ejus et consiliarii ex hoc edicto etiam culpam esse coercendam, ut si per imprudentiam adsessoris Præses provinciæ iniquum jus dixerit adversus aliquem, non ipse eodem jure quandoque privatus utatur, sed adsessor ejus, non ipse, quia dolo caret. Adsessor autem etiamsi dolo careat, quia imprudentia ejus jus aliter dictum est, quam oportuit, ex hoc edicto tenetur. Quid ita? Non quia, ut glossa notavit, consilio et suggestu suo adsessor effecit, ut Præses jus iniquum diceret, quia non sibi jus iniquum dici effecit, sed alii imprudens. Et hoc edicto is tantum tenetur, qui jus iniquum sibi dici effecit, id est, qui idem postulavit et obtinuit. Sed hac ratione ex hoc edicto punitur adsessor etiam culpæ nomine et imprudentiæ, quia adsessor pars est jus dicentis, ut ait *l. omnes, C. Th. de iis, qui adm. vel offic. quia*, inquit, *in partem adsessor judicis*, id est, jus dicentis, *habetur*, ut Cassiodorus ait, 11. *Variarum*. Et quod ex consilio adsessoris jus dixerit Præses, ipse adsessor dixisse videtur, et tenetur, licet suasor fuerit hujus juris reddendi, et auctor, per imprudentiam, non dolo malo. Denique ex hoc edicto imprudentia punitur in adsessore, qui pars est jus dicentis, non ipso jus dicente, id est, Præside vel Prætore. Et hoc est, quod ait: *Hoc edicto debere dolum jus dicentis puniri, non imprudentiam, non culpam. Nam si adsessoris imprudentia*, inquit, etc. Et ratio differentiæ inter magistratum et adsessorem hæc est, quia imprudentiam hoc loco vocat imperitiam juris, *l. ult. de exstraord. cogn. l. si per imprudentiam, de evic.* Cicer. de jure dicundo in Verrem, *qui perperam judicassit quod sæpe per imprudentiam fit.* Et hæc imprudentia sive imperitia juris, culpæ adssessoris annumeratur, et in adsessore punitur; quia adssessor magistratui præstare debet scientiam juris et legum quasi Jurisconsultus. Neque enim nisi Jurisconsulti, et qui se Jurisconsultos esse profitentur, in consilio magistratuum adsident, *l.* 1. *de offic. adsess. l.* 1. *C. de adsess.* Præsides autem vel alii majores magistratus plerumque sunt viri militares, qui non debent præstare scientiam juris et legum. Cic. pro Planc. *In magist. si qua est ars, populus Rom. facile pa-*

titur, sin minus virtute eorum et innocentia contentus est, Quotus enim quisque disertus est, quotus quisque juris peritus? Cassiodorus in formula Quæsturæ: *Aliæ dignitates scientiam adsessorum quærunt, quod scilicet, qui eas gerunt scientia juris præditi non sunt.* Quamobrem apud Lampr. Alex. Imp. ait, vel optat potius: *Magistratus eos promoveri, qui per se Rempub. gerere possunt, non per adsessores.* Adde militares habere suas administrationes, habere suos adsessores, et id unumquemque agere debere, quod nosceret, quia scilicet plerunque viri militares magistratus creabantur, legum et civilis juris ignari, nec ad jus reddendum idonei, sine consilio jurisperitorum adsidentium. Quod et Theodorus Græcus interpres notavit hoc loco: πολλάκις οἱ ἄρχοντες ἤτοι οἱ τῶν δικαστηρίων προκαθήμενοι οὐκ ἴσασιν ἀκριβῶς τοὺς νόμους (vide observ. lib. XXIII. c. ult.) id est, *sæpenumero magistratus, id est, qui judiciis præsunt, non admodum sunt periti legum, promoti non ob singularem aliquam peritiam juris, sed propter dignitatem qua præditi sunt, vel propter necessitudinem aut fidem, qua principi conjuncti, aut carissimi sunt.* Quamobrem non est etiam existimandum, actionem in factum, quæ quasi ex delicto comparata est in judicem, qui per imprudentiam judicavit perperam, atque ita litem suam fecit, de qua in *l. ultim. de extraord. cogn.* et institut. *de oblig. quæ ex q. del. nasc.* non est existimandum eam actionem pertinere ad præsides, a quibus prudentia juris non exigitur, sed ad judices datos, quia æque hi præstare debent scientiam νόμων καὶ πείρας, ut *ait Nov. 82. de jud. De la theorique, et practique.* Proinde si judices dati dolo malo male judicaverint. et damnato forte paupertas non permittat illorum sententiam corrigere remedio appellationis, et appellare, *l. 8. §. pen. mand. l. denuntiasse in fin. ad l. Jul. de adult.* puta, quia per inopiam satisdationem solemnem, quam implere debet, quicunque appellat, implere non potest, *l. 2. de cust. reor.* damnato, inquam, judices dati, qui dolo malo male judicaverint, tenentur in hoc, ut ei præstent veram litis æstimationem, *l. filiisfam. de jud.* Sin autem per imprudentiam, per imperitiam juris male judicaverint, tenentur damnato non quidem in veram æstimationem litis actione in factum, sed in id duntaxat, quod ob eam rem judici æquum esse videbitur, ut in *d. l. ult.* plus punitur dolus, quam imprudentia. Ceterum ea actio, qua punitur imprudentia judicis ad judicem datum pertinet, non ad jus dicentem, a quo prudentia juris non exigitur. Non est etiam existimandum, quod hic Accurs. tentat eam actionem pertinere ad adsessorem, quia judices dati adsessores non habent: nec etiam usquam adsessores litem suam facere dicuntur. Litem suam facere quid est? Suscipere periculum, et se obstringere præstationi æstimationis, vel quanti revera est ea res, qua de agitur, vel quanti judex arbitratus fuerit, *l. 2. et 26. C. Theod. Quorum appell. non recip. l. 1. C. Theod. de secundo lapsu.* Ac ut ad rem propositam redeam, si magistratus jus iniquum dixerit adversus aliquem, ex consilio et suggestione adsessoris, sive dolo malo id adsessor suggesserit, sive per imprudentiam aut imperitiam juris, non dolo malo, id soli adsessori imputatur ex hoc edicto, non magistratui, quasi ipse solus jus dixisset, non magistratus: id, inquam, ei imputatur, non ut litem suam faciat, sed ut quandoque ipse adsessor eodem jure utatur ex hoc edicto, non etiam magistratus, qui dolo caret. A magistratu non exigitur jurisprudentia, cum nec se jurisprudentem profiteatur: ab adsessore exigitur, quia se jurisprudentem esse profitetur: alioquin in consilium magistratus non adsumeretur. Non omnis, qui se Jurisperitum profitetur, ut hæc ætas probat, jurisperitus est. Idcirco propter imperitiam sæpe, qui se Jurisconsultos esse dicunt, incidunt in pœnam. Imperitia Jurisconsulti, id est, qui ludit Jurisconsultum punitur, sicut imperitia Medici, qui agit se pro Medico, non scit facere medicinam, *l. 6. §. siculi, de off. præsid.* Jam olim etiam Romæ non omnis, qui se Jurisconsultum esse profitebatur, erat Jurisconsultus, aut Jurisperitus. Non L. Valerius, de quo Cicero ad Appi. Pulcrum, in Epist. *L. Valerium Jurisconsultum valde*, inquit, *tibi commendo; sed ita, etiamsi non est jurisconsultus: melius enim ei cavere volo, quam ipse aliis solet.* Et ad eundem L. Valerium M. T. C. L. Valerio Jureconsulto: *Cur non id tibi gratificer, cum præsertim his temporibus audacia pro sapientia uti liceat?* Non item Pub. Costa, qui se etiam Romæ olim egit pro Jureconsulto, nec Jurisperitus fuit, in quem ob eam rem jocus ille Ciceronis apud Plutarchum: *Cum in testimonium rogaretur Pub. Costa, et se nihil scire dixisset: forte putas*, inquit Cicero, *te de jure rogari.* Denique verissimum est, quod ait in Orat. ad Brut. *Jus profitentur etiam qui nesciunt*, ut non sit mirum, si puniatur in *hac l.* adsessor, id est Jurisconsultus, aut adsessoris, id est, Jurisconsulti imperitia, non præses, qui jus iniquum dixit, quod præsidi viro militari plerunque imputari non potest. Solus dolus ei imputari debet, adsessori omnino imputari potest, quia profitetur se Jureconsultum esse. Ergo ex priori parte edicti punitur magistratus, si dolo fecerit, adsessor etiam, si culpa fecerit, si juris iniqui per imperitiam suasor fuerit et conciliator.

Ad L. III.

Si quis iniquum ad edictum jus adversus aliquem impetravit: eo jure utatur ita demum, si per postulationem ei hoc venerit. Ceterum si ipso non postulante non coercetur, sed etsi impetravit, sive usus est jure aliquo, sive impetravit ut uteretur, licet usus non sit, hoc edicto punitur.

Jam dixi, duas esse partes hujus edicti: Primam de magistratu, qui jus novum et inauditum, atque adeo iniquum in alterum dixit, ut si alteri non jure denegaverit actionem, denegaverit jurisdictionem suam, ut in *h. l.* 3. §. *quod autem et seq.* Alteram vero partem esse de eo, qui a magistratu iniquum jus postulavit et impetravit. Prætor ait in hac parte: si iniquum jus postulaverit et impetraverit, ut puta, si obtinuerit, ne debitor suus adversus se agentem, exceptione uteretur, ut in *h. l.* 3. §. *si is pro quo*, ut scilicet sibi agenti adversus creditorem remitterentur exceptiones debitori competentes, quod est iniquum. Si quis, inquam, iniquum jus postulaverit et impetraverit, non additur in hac parte secunda, et usus eo fuerit. Itaque etiamsi non utatur eo jure quod impetravit, vel quia non vult, vel quia non potest, hoc edicto punitur. Satis est si postulaverit et impetraverit. Non exigitur ut dolo malo postulaverit: etiam imprudentia punitur, quæ lædit alterum et prodest imprudenti: non exigitur etiam ut usus eo jure fuerit, quod impetravit. Effectus postulationis est postulato potiri, ut cum licebit, vel commodum erit, eo jure utatur: et postulato sane potitur, qui impetravit, etiamsi eo non utatur, qui rescriptum aut decretum, quod impetravit, penes se habet. Effectus autem jurisdictionis in priori parte est executio judicati, executio decreti, et in utraque parte effectus punitur, non nuda voluntas, non judicatio sola, non postulatio sola: qui postulavit, vel non postulavit, nec impetravit, hoc edicto non tenetur, quod maxime notandum est. Ita explicandum initium *h. l.* quod ut et sequentia, interpretes obscure et perturbate tractarunt, et disputant de aliis, quæ prorsus sunt aliena ab *h. l.* proposita, quia non tenent perspicue sententiam *h. l.* nec usum edicti.

Ad §. 1. *Si procurator.*

Si procurator meus postulavit, quæritur, quis eodem jure utatur. Et putat Pomponius, me solum uti, si hoc ei specialiter mandavi, vel ratum habui. Si tamen tutor vel curator furiosi postulaverit, vel adolescentis: ipse hoc edicto coercetur. Item adversus procuratorem, id observandum est, si in rem suam fuerit datus.

Porro additur in §. 1. nihil interesse, ego postulaverim et impetraverim jus iniquum, an procurator mandatu meo, vel me ratum habente, quæ ratihabitio mandato comparatur, nam si ego ratum habeo, quod postulavit procurator meus juris novi mihi permitti, ego solus eodem jure utar, ego solus vicissitudinem mereor ejusdem juris, non procurator meus, quia procurator non sibi jus dici effecit, sed mihi voluntate mea, cum scilicet datus esset in rem meam: nam si in rem suam factus procurator, veluti emptor hæreditatis, cui venditor mandavit hæreditarias actiones, jus iniquum obtinuerit, proculdubio ipse solus tenetur ex hoc edicto, ad quem omnis utilitas redit. Itemque si in rem meam factus sit procurator, et ego neque mandavero, neque ratum habuero, ipse solus tenetur hoc edicto, h. e. ipse solus idem jus subire debet, quod obtinuit. Ergo non tantum qui sibi, sed etiam qui alii non consentienti postularit, tenetur hoc edicto. Qua de causa, ut etiam ostenditur in *hoc* §. et tutor vel curator solus tenetur, si postulavit pupillo, vel adolescenti, vel furioso, quia pupillus, vel furiosus non intelligitur consensisse: et adolescens, si consenserit, facile restitui potest in integrum ex edicto sequente. Etiam solus procurator tenetur, et tutor, solus, vel curator, *l.* 1. §. *si procurator*, *tit. seq.* Et procurator quidem, ut opinor, etiamsi illi hoc dominus mandaverit specialiter, ut jus dicenti non obtemperaret, quia mandatum turpe est, quod injungit contumaciam adversus magistratum. At non est turpe, si quid postulari a magistratu mandaverim: si quid extorqueri a magistratu, turpe est: sed si quid postulari, qualecunque id demum sit, mandaverim, non est turpe mandatum, quia totum relinquitur in arbitrio jus dicentis. Postulare iniquum non est turpe: nam non postulatur ab invito: sed qui postulat, subjicit se æquitati, judicio jus dicentis vel magistratus, nec audet quicquam ipse, ut nec potest adversus æquum et bonum. Et hic §. ita est explicandus, quæ omnia ut sequentia erunt vobis usui in foro.

Ad §. 2. *Hæc pœna.*

Hæc pœna adversus omnem statuitur, qui in edictum incidit, non solum eo postulante, qui ab eo læsus est, sed omni, qui quandoque experitur.

In *hoc* §. ait ita puniri eum, qui iniquum jus impetravit, non tantum si is, adversum quem impetravit, et quem eo modo læsit, vicissim eodem jure uti velit: sed etiamsi alius quilibet adversarius, quo cum litigat, ut in *l. ratas*, *C. de rescind. vend.* Quod est apertissimum. At sequitur difficilior species in §. *seq.*

Ad §. 3. Si is pro quo.

Si is, pro quo spopondisti, impetraverit, ne aliquis debitor ipsius, adversus eum exceptione utatur, deinde tu in negotio, in quo spopondisti, velis exceptione uti, nec te, nec ipsum oportet hoc impetrare: etsi interdum patiaris injuriam, si solvendo debitor non sit. Sed si tu incidisti in edictum, reus quidem utetur exceptione, tu non uteris: nec pœna tua ad reum promittendi pertinebit: et ideo mandati actionem non habebis.

Debitor meus, qui mihi dederat fidejussorem in pecuniam debitam, a principe vel magistratu jus iniquum postulavit, puta, ne debitor suus adversus se uteretur exceptione aliqua, quæ ei competebat, dilatoria, vel peremptoria nihil refert, vel ut nulla exceptione uteretur: nam etsi impetrato non potuerit uti, ut si impetraverit ne adversus se debitor uteretur exceptione peremptoria, quæ impetratio nulla est, nec potest ad finem perduci, *l. 2. C. de precib. Imp. offer.* Hoc quidem edicto ipse, qui id impetravit, tenetur, nec me agente adversus me, exceptione uti potest. At quæritur, an etiam fidejussor ejus adversus me exceptione uti non possit? Ulpian. ait, nec fidejussorem ejus uti exceptione posse, si eligatur et conveniatur, eligendi potestas hoc jure permittitur creditoribus, *l. 3. C. de fidejussor.* Pœna igitur, in quam incidit debitor, pertinet etiam ad fidejussorem ejus, ita ut neque ipse, nec fidejussor ejus adversus me uti exceptione possit, nec beneficio exceptionis elidere actionem meam. Ratio hæc est: si exceptio fidejussori permitteretur, ut ea uteretur, impune esset debitori, quod iniquum illud jus impetravit: nam electo fidejussore, et absoluto beneficio exceptionis, debitor liberatur, id est, non licet ad debitorem transire, ut obtinuit hoc jure, ante Justinianum, id est, ante *l. ult. Cod. de fidejussorib.* Ne igitur debitor liberetur, ne absoluto fidejussore, beneficio exceptionis, defruatur effectu exceptionis, et impunis abeat pœna hujus edicti, in quam incidit debitor, etiam ad fidejussorem ejus porrigenda est, ne data exceptione fidejussor absolvatur, et per consequentiam debitor. Nec eo movetur Ulpianus, quod fidejussore condemnato, non habita ratione exceptionis, sive denegata exceptione, interdum evenire potest, ut fidejussor injuriam patiatur, id est, ut pecuniam solutam amittat, *l. fidejussori, de donat.* ut in damno versetur, puta si judicio mandati eam non possit recuperare a debitore, propter inopiam ejus, quia inopia rei non minuit obligationem fidejussoris, *§. ult. instit. de replic.* At ex diverso quæritur, quid sit dicendum, si fidejussor iniquum jus impetraverit, puta, ne debitor suus adversus se exceptione uteretur, an pœna fidejussoris pertinet ad debitorem: jam diximus pœnam debitoris, in quam ex hoc edicto incidit, pertinere ad fidejussorem, alioquin nec pertineret ad debitorem, ut si puniatur debitor, puniatur etiam fidejussor. Ex diverso quæritur, an etiam pœna fidejussoris pertineat ad debitorem? Et ait, ipsum quidem fidejussorem debitoris mei, qui impetravit, ne adversus se debitor exceptione uteretur, si conveniatur a suo creditore, vel a me, exceptione uti non posse: debitorem meum, pro quo fidejussit, exceptione uti posse. Pœnam igitur fidejussoris non pertinere ad debitorem, nec quod solverit fidejussor, dum non potest exceptione uti, nec mandati judicio eum a debitore repetere posse, quia vitio suo litem amisit, *l. Stichum §. pen. de solut.* Pœna tamen debitoris pertinet ad fidejussorem. Ratio differentiæ, quia fidejussor etiam locum obtinet debitoris, *l. 4. in fin. de fidejuss.* Non debitor fidejussoris, et fidejussor non utitur exceptione, ne impune sit debitori, quod iniquum jus impetravit, cui esset impune, si fidejussor uteretur exceptione. At contra, si debitor utatur exceptione, non ideo erit impune fidejussori, quod jus iniquum impetravit, quæ ratio maxime notanda est. Post hæc omnia, Ulp. redit ad priorem partem edicti in §. *si filius.*

Ad §. 4. Si filius.

Si filius meus in magistratu in hoc edictum incidit, an in his actionibus, quas ex persona ejus intendo, hoc edicto locus sit: Et non puto, ne mea conditio melior fiat.

In *hoc* §. ostendit, pœnam filiifam. qui in magistratu iniquum jus dixit, non pertinere ad patrem in his actionib. quas per filiumfam. acquisivit, quia scilicet per filiumfamilias melior conditio nostra, non deterior fieri potest, *l. filiusfam. 22. de solut.* Ergo ipse quidem filiusfam. si agat, eodem jure utetur, quod dixit. Sed si pater ejus agat, quamvis agat ex persona filii, actione sibi per filium quæsita, eo jure non utetur, quod filius dixit, ne ejus conditio deterior per filiumfam. facta esse videatur, quod est certissimum.

Ad §. 5. Quod autem.

Quod autem ait prætor, ut is eodem jure utatur, an etiam ad hæredem hæc pœna transmittatur; et scribit Julianus, non solum ipsi denegari actionem, sed etiam hæredi ejus.

Subicitur in *hoc* §. pœnam hujus edicti, in quam incidit defunctus, qui iniquum jus dixit vel impetravit, pertinere ad hæredes ejus. Ratio est, quia *qui in jus alterius succedit, jure ejus uti debet,*

ut est in reg. jur. notissima Nec potest quisquam plus juris hæredi relinquere, quam ipse habuit. Quam igitur defunctus ipse actionem non habuit, aut quam habuit inefficacem aut inutilem, quod scilicet ipse in magistratu eam alii denegasset, sane non habebit hæres ejus, aut habebit inefficacem: quæ defunctus amisit culpa sua, sane non potest relinquere hæredi suo. Denique pœna, quam luit jam amissa actione, non potest non pertinere ad hæredem. Neque objiciatur edictum, quod sequitur, neque objiciantur alia edicta pœnalia, ex quibus pæna non transit ad hæredem, quoniam sunt de pœna quam nondum defunctus luit adque persolvit. Et non transit in hæredem pœna, quam sustinuit jam amissa re sua vel actione, ut in specie proposita, non potest non pertinere ad hæredem, id est, eo minor hæreditas ad heredem transit.

Ad §. 6. *Illud quoque.*

Illud quoque non sine ratione scribit, non solum in his actionibus pati eum pœnam edicti, quas tunc habuit, cum incideret in edictum: verum si quæ postea ei acquirentur.

In hoc §. additur, pœnam ejus edicti pati eum, qui jus iniquum dixit vel impetravit, non tantum in actionibus, quas tum habuit, sed in iis etiam, quas postea habere cœpit, ut si in magistratu denegaverit actionem creditæ pecuniæ, non tantum denegabitur etiam ei, postulante adversario, actio creditæ pecuniæ, quam tum habuit, sed etiam quam postea habere cœpit.

Ad §. 7. *Ex hac causa.*

Ex hac causa solutum repeti non posse, Julianus putat. Superesse enim naturalem causam, quæ inhibet repetitionem.

In hoc §. ostenditur, debitorem, qui creditorem et actorem potuit repellere ex causa hujus edicti, si non repulerit, puta si non dixerit ei eam actionem esse denegandam, quam et ipse in magistratu alii denegavit, si usus non fuerit debitor, cum conveniretur, beneficio hujus edicti, sed solverit per errorem facti, quod petebatur, solutum non posse condicere, quia natura debitor mansit, et naturalis obligatio inhibet condictionem indebiti: etiam de errore facti accipio §. *ult.* Nec obstat *l. ult. inf. ad Maced.* quam interpres deduxit in aliam sententiam, et loquitur de filiofamil. qui pecuniam mutuam sumpsit contra Senatuscons. Maced. et jam paterfam. factus promisit eam pecuniam per errorem facti, quem si conveniatur ex promissione nova interposita per errorem facti, ait, se posse tueri exceptione in factum, quanquam filiusfam. natura debitor fuerit, quia Senatusconsulto Maced. non tollitur naturalis obligatio, *l. quia naturalis* 10. *eod tit.* Verum non obstat, quia loquitur de eo, qui promittit quod natura debuit, non de eo qui solvit: facilius ei qui promisit datur exceptio et retentio, quam ei qui solvit quod natura debuit, actio sive repetitio ejus quod solvit.

Ad L. ult.

Illud eleganter prætor excepit: præterquam si quis eorum contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisse. Et recte, ne scilicet vel magistratus, dum studet hoc edictum defendere, vel litigator, dum vult beneficio hujus edicti uti, ipse in pœnam ipsius edicti committat.

In *l. ult.* proponitur extrema clausula edicti, quæ utrique parti communis est, ut si quis neque novum jus dixerit, neque postulaverit et impetraverit, sed usus sit eodem jure beneficio hujus edicti, adversus scilicet eum, qui jus iniquum dixerat vel impetraverat: ut hic non incidat vel committat in pœnam hujus edicti, quoniam absurdum maxime esset et incongruum, si in edictum incideret, qui eo licite utitur: proinde qui utitur beneficio edicti jure iniquo adversus eum, qui prior jus iniquum dixit vel impetravit, non incidit in edictum. Magistratus quoque, qui defendit edictum, *qui l' entretient*, id est, qui jus iniquum dicit ei, qui jus iniquum impetravit, non incidit in edictum, et defendere leges impune licet: nec fraudi lex fuit ulla unquam utentibus, vel defendentibus eam, quæ sententia notanda est.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Titulum III. Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

In hoc t. proponitur edictum *de jurisdictione*, sive de pœna eorum, qui jurisdictioni non parent: nam qui non parent jurisdictioni, non fuerunt impune, sed mulctis coercentur, vel vinculis, vel pignoribus, vel litis damno, vel ex hoc edicto actione pœnali tenentur: qua quidem actione soli magistratus populi Romani, vel magistratus provinciales, qui urbanorum vicem susceperunt, hanc jurisdictionem suo jure defendere possunt, non etiam Duumviri, id est, magistratus municipales. Male Accursius ait, *Duumviros* esse defensores civitatum: male etiam ille hanc actionem hujus edi-

cti pœnalem confundit cum mulctæ dictione. Duumviri mulctam dicere possunt. Hoc autem edictum non pertinet ad jurisdictionem duumvirorum. Cur non pertineat, dicetur inferius: nam subest ratio apertissima. Prius quæramus, quis in hoc edicto dicatur non parere jurisdictioni, an is, qui rem a se vindicari non patitur, id est, qui secum agi rei vindicatione non patitur, qui conventus, frustratur et moratur, qui latiat, eam tamen rem duci, aut auferri auctoritate judicis patitur: an hic non videtur obtemperasse? Non videtur: quod ad hoc edictum attinet, quia initio jurisdictionis non paruit, at extremo paruit, id est, termino jurisdictionis. Quidam initium vocant aliud extremum, et statuunt duo extrema. Extremum igitur jurisdictionis, non est in jus vocatio, non actionis datio, non jubere cavere non in possessionem mittere, non sententiam dicere: sed extremum jurisdictionis est abductio vel ablatio rei. Abducuntur semoventia, auferuntur mobilia, auferri etiam dicuntur immobilia. Igitur qui rem abduci vel auferri non patitur, is demum non videtur obtemperasse jus dicenti: quia extremo jurisdictionis non paret. Et hæc est sententia §. 1. *Hic in* §. 1. *sed duci etc.* est defectio unius membri, ut Bulgarus sentit recte: deest enim, tunc videtur obtemperasse, scilicet si rem abduci patiatur. Ceterum si rem abduci vel auferri non patiatur, tunc incidit in pœnam hujus edicti, id est, non videtur obtemperasse. Nec obstat §. *pen. hujus l.* quo dicitur, non tantum reum hoc edicto teneri, si jus dicenti non obtemperarit, sed etiam actorem: nam et in actorem plerunque fit hujusmodi executio, sicut et condemnatio, *l. pen. C. de sent. et interloc. omn. jud.* Et si huic exceptioni obsistat auctor, tunc videbitur sane actor huic edicto non obtemperasse, hoc est, jus dicenti. Sic igitur concludamus: *In hoc edicto jus dicenti non obtemperare, est extremæ jurisdictioni non parere.* Dico *in hoc edicto:* nam alibi aliter ea verba accipiuntur. Si quis in jus vocatus non veniat, sane is etiam jus dicenti non obtemperat, et ob id mulctatur arbitrio judicis, *l. 2. inf. si quis in jus vocat.* vel ob contumaciam adversarius mittitur in possessionem, *l. satis quæ, de in jus voc.* Sed in jus vocatus hoc edicto non tenetur: is etiam, qui litem deserit, et tribus edictis evocatus, vel peremptorio, copiam sui non facit, sane is etiam jus dicenti non obtemperat, *l. contumacia, de re jud.* et damno litis coercetur, ut ea l. dicit: quomodo? Imo vero interdum absolvitur, et vincit, id est, plerunque secundum contumacem datur lis, etiam post tria edicta: sed hic est sensus illius legis, ut si condemnatus sit, non posse ex integro causam agere, quod absens damnatus sit: non poterit etiam appellare, *l. ex consensus §. ult. de appellat. l. ut post in fin. de jud. inf.* atque ita lite cadit, id est, restitui ei lis non potest ulla ratione, ne per appellationem quidem. Is etiam, qui missum in possessionem ex primo decreto non admittit, is (inquam) jus dicenti non obtemperat, quia non obtemperat decreto, et tenetur actione in factum ex edicto, *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, quæ quidem actio concurrit in id quod interest. Itaque multum distat ab actione hujus edicti, quæ est, quanti res est, licet illa actio pœnalis censeatur adversus extraneum, cum extraneus prohibuit mitti in possessionem, *l. 1. §. hæc verba, et §. ult. inf. ne vis fiat ei.* Verum ille non tenetur hoc edicto. At qui jussum possidere ex secundo decreto prohibet et arcet, qui rem abduci vel auferri prohibet: hujus abductionis contumaciam judex adversarii coercet, is inquam, qui hæc fieri non patitur, ad extremum inobediens est, et hac actione tenetur, quæ hoc titulo proponitur. Quamobrem hæc actio non pertinet ad duumviros, quoniam duumviri non possunt jubere possidere, quod est misti imperii: non possunt rem abduci jubere ob contumaciam, *l. ea quæ, ad municip.* ut diximus in tit. *de jurisdict.* Eadem ratione actio ex edicto, *ne vis fiat ei, qui in possess. etc.* non pertinet ad duumviros qui in possessionem mittere non possunt. Nunc quæritur, an hoc edicto teneatur procurator, qui extremam jurisdictionem arcet, an tutor, an curator hoc edicto teneatur? Superiori edicto: Quod *quisque juris*, procurator rei alienæ, vel curator non tenetur, *l. 3. tit. prox sup.* Hoc edicto procurator tenetur, sicut tutor et curator, quia juri alieno impedimento est, et lædit atque etiam contemnit auctoritatem Prætoris. Superiori edicto, ei qui jus aliquod novum impetravit, idem jus redditur: nihil sibi paravit qui in rem alienam jus novum postulavit: ergo non tenetur ex edicto. Dominus etiam non tenetur, nisi approbet factum: nam probando factum procuratoris, ipse sibi novum jus acquirit, et in edictum incidit: et hoc de procuratore in §. *si procur. eod.* Postrema quæstio est, hæc actio quare, vel quomodo censeatur pœnalis: hæc actio datur adversario in adversarium, non est dicendum dari fisco, non est dicendum duas dari, unam fisco, alteram adversario, ut male Accurs. Sed datur hæc actio adversario in adversarium, qui jus dicenti non paruit: non datur in id, quod interest actoris, alioquin rem persequeretur, non pœnam: sed datur hæc actio, quanti ea res est, quæ petita est, quæ in judicium venit, quæ abducenda est vel auferenda, vel quam judex abduci vel auferri imperavit, etiamsi revera non debeatur. Itaque etiamsi falsa sit petitio vel calu-

mniosa, huic actioni est locus: ut qui non paruit præcepto judicis, id est, qui rem duci non passus, præstet quanti ea res est: igitur quanti ea res est, hac actione petitur, etiamsi falsa petitio sit: quod non ita est in actione, *ne vis fiat ei.* Igitur hæc actio continet meram pœnam, et ob id finitur anno, et in hæredem non transit, §. *ult. hujus l. Quanti ea res est.* Hæc verba alias veritatem significant, id est, id quod vere interest, vel rei verum pretium, ut in *l.* 2. §. *ult. inf. qui satisd. cog. l. novissime, inf. quod fals. tut.* In hoc edicto significant meram pœnam, etiamsi nihil intersit, etiamsi adversario in ea re jus nullum sit: atque ita accipiuntur in *l. pen.* §. 1. *ne quis eum, qui in jus. voc.* Hæc actio est pœnalis, quia non tam spectat veritatem, quam quod petitum est, aut quod abduci justum est, jure vel injuria: ideoque est annalis, et in hæredem non transit. Ea in parte negotium nobis facere potest dicta *l. novissime, et l. hujus actionis, quod fals. tut. auct.* Sententia hæc est, ex edicto quod falso tutore in eum, qui cum tutor non esset, pupillo rem aliquam gerendi auctor factus est dolo malo: ei, cujus interest, datur actio, quanti ea res est, quæ tamen non continet pœnam, sed veritatem, id est, quanti interest revera, et tamen illa eadem actio perinde, ac si esset annalis, anno finitur, et in hæredem non datur, ut ostendit §. *ult. hujus l.* Breviter dicendum: hoc ideo, quia illa actio restitutoria est ex causa doli. Restitutoria dicitur in *d. l. novissime*, et dicitur ob dolum dari, in illa specie dolus dat causam restitutioni in integrum ei, qui falso tutore auctore contraxit cum pupillo. Et ob id Ulp. et Paul. *eod. lib.* 12. ad edictum (ut apparebit, si colligantur leges omnes) tractarunt eo libro, et de aliis causis restitutionis, et hoc edicto de dolo, *quod falso tut. auct.* ex quo apparet hunc tit. pertinere *ad restitut. in integ. quæ datur ex causa doli*: itaque eam constat esse annalem, et in hæredem non dari, id est, actio de dolo est annalis, licet rem tantum persequatur. Non igitur mirum est, si hæc etiam actio, quæ datur, *quod fals. tut. auct. etc.* annalis sit.

JACOBI CUJACII. J. C.

REPETITA PRÆLECTIO

Ad eundem Titulum III. Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

Anno 1580

Ad L. Unic.

Omnibus magistratibus, non tamen duumviris secundum jus potestatis suæ concessum est jurisdictionem suam defendere pœnali judicio.

§. 1. *Is videtur jus dicenti obtemperasse, qui quod extremum in jurisdictione est, non fecit, veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est. Ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur.*

§. 2. *Si procurator tuus vel tutor, vel curator jus dicenti non obtemperavit, ipse punitur, non dominus vel pupillus.*

§. 3. *Non solum autem reum, qui non obtemperavit hoc edicto teneri, Labeo ait, verum etiam petitorem.*

§. 4. *Hoc judicium non ad id quod interest, sed quanti ea res est, concluditur: et cum meram pœnam contineat, neque post annum, neque in hæredem datur.*

Proponitur aliud edictum de jurisdictione, et omnino ea de re tria sunt edicta pœnalia. Unum, si quis album jus dicentis corruperit, quæ habuimus in t. 1. Alterum, si quis jus iniquum dixit, vel dici effecit, quæ habuimus in 2. *t.* Tertium, quod datur in *h. t.* 3. si quis jus dicenti non obtemperavit. Ex quo Ulpian. ait, *licere omnibus magistratibus jurisdictionem suam pœnali judicio defendere,* licere, et vero debere: nam, ut Asconius Pedianus ait in prætura urbana, *qui potestatem suam in administrando non defenderit,* utitur eodem verbo: *imminuti Magistratus veluti majestatis læsæ reus.* Recte: nam majestas dicitur de magistratu, *l.* 9. *sup. de jurisd.* Licere autem vel concessum esse ait omnibus magistratibus pœnali judicio suam jurisdictionem defendere secundum jus potestatis suæ, id est, suo jure, jure potestatis suæ propriæ, *l.* 3. *ne vis fiat ei, qui in possess.* pro potestate sua, *l.* 1. *si vent. nom.* Cicero pro Cluent. *Tribunus plebis*, inquit, *illud judicium pro potestate sua dimitti jussit. Omnibus magistratibus, exceptis Duumviris,* sive magistratibus municipalibus. His verbis in hac *l. non tamen Duumviri*, pro quibus Basilica χωρὶς τῶν στρατηγῶν excipiuntur magistratus municipales, quos non esse eosdem cum defensoribus civitatum, ut Accursius autumat, satis demonstrant in Codice diversi tituli, qui convicini sunt, *De defensoribus civitatum,* et qui sequitur, *De magistratibus municipal.* Magistratus municipales erant instar consulum: defensores civitatis, qui et defensores plebis dicuntur, erant instar Tribunorum plebis. Idem et Accursius perperam confundit pœnale judicium, quod in h. t. proponitur, cum jure mulctæ dicendæ: nam hoc jus mulctæ dicendæ non est denegatum Duumviris, ut docuimus *sup. de jurisdict.* et tamen negatum est Duumviris jurisdictionem suam pœnali judicio

defendere. Omnibus igitur Magistratibus urbanis et provincialibus jurisdictionem suam pœnali judicio defendere concessum est, non municipalibus, quia nec ii manum militarem habent propriam, qua rem duci, de qua lis est, vel auferri jubeant, qua de re agitur h. t. Verum quid sit in hoc edicto jus dicenti non obtemperare, definiendum est. Nec enim pœnali judicio, quod in h. t. proponitur, coercetur, qui quandocunque qualecunque jus dicenti non obtemperat, qui cuicunque decreto Prætoris vel præsidis non obtemperat, coercetur hic quidem aliis modis, quicunque scilicet quoquo modo magistratui inobediens est, veluti damno litis, denegata jurisdictione, aut mulcta irrogata, aut captis pignoribus, aut vinculis, *l. contumacia, de re judic. l.* 1. §. *propter, de postul. l.* 26. §. *sed etsi dum, ex quibus caus. major. l.* 2. *si quis in jus vocat. non ierit.* Judicio autem sive actione pœnali, quæ in h. t. proponitur, coercetur, non quicunque jus dicenti non obtemperat, sed is dumtaxat, qui, quod extremum in jurisdictione est, non facit, id est, qui decreti, seu jurisdictionis executionem pati recusat. Nam sic scriptum est in Florent. §. 1. *hac l. Is videtur jus dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in jurisdictione est, non fecit*, quorum librorum auctoritatem nemo elevat, nisi demens sit, et tamen sero in orbe natus, ita mavult legere, *is non videtur jus dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in jurisdictione est, fecit*, ac si ad titulum magis attineat, definire, quis obtemperasse, quam quis non obtemperasse videatur. Quoniam ita legendo non definit Ulpian. quis non obtemperasse videatur, sed quis non videatur non obtemperasse, id est, quis videatur obtemperasse: is est, qui improbe feli similis alienum, quem lingat salem, si non habet, esuriens findit latus; si habet, non ideo minus alget et esurit. Quod autem ita definit. Ulpian. *Is videtur jus dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in jurisdictione est, non fecit*, declarat hoc exemplo, *veluti si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus est.* Qua in parte proculdubio præcisio ἐλλιπής; quoniam ut et Bulgar. sentit, subintelliguntur hæc verba, *jus dicenti obtemperasse videtur*, qui scilicet rem mobilem a se vindicari passus non est, sed duci eam aut auferri passus est, is scilicet jus dicenti obtemperasse videtur, ut eadem figura utitur, *l. in bello* 12. *de captiv. et postlim. rev.* in bello postliminium est: in pace autem iis, qui bello capti erant, de quibus nihil pactis erat comprehensum. Præcisio est sive reticentia. Nam subintelligitur, postliminium non est. Ut recte subjiciatur, quod ideo placuisse Servius scribit, quia spem revertendi civibus in virtute bellica magis, quam in pace Romani esse voluerunt. Et sic hoc loco cum dixisset, *si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed duci eam vel ferri passus*, et subintellexisset, *jus dicenti obtemperasse videtur*, convenienter et recte subjicit: ceterum si et sequentia recusavit, tunc non obtemperasse videtur, id est, si rem duci, aut auferri passus non est, si possessionem transferri in adversarium, qui vicit, passus non est si restitit manu militari magistratui, per quem transferri a condemnato possessio ad eum solet, qui causam obtinuit. Denique si decreti executionem fieri passus non est, ut *l. qui restituere* 68. *de rei vindic.* Quæ quidem executio est extremum jurisdictionis. Qui initio jurisdictioni non paret, ut puta qui rem mobilem a se vindicari non patitur, qui conventus frustratur, et moratur calvitur, extremo tamen paret, id est, qui rem adduci vel auferri patitur, obtemperasse videtur. Contra, qui huic extremo et summæ jurisdictioni non paruit, licet paruerit initio lite contestata, et judicio suscepto, et præstitis cautionibus solemnibus, non obtemperasse videtur. *Extremum jurisdictionis*, vocat ultimam lineam, et terminum jurisdictionis: neque enim *extremum* Latini unquam dicunt pro initio, nec unquam duo extrema, licet Græci posteriores dixerint δύο πέρατα. Latini nunquam duo extrema: extremum autem jurisdictionis, extrema linea consistit in evictione rei, de qua agitur, abductione puta vel ablatione. Auferuntur mobilia, abducuntur αὐτοκίνητα, id est, *se moventia*, et proinde apud Plautum, qui dixit, *abstuli hunc catinum* se corrigit subjiciens, *abduci volui dicere.*

Porro additur in hac l. §. 2. si procurator vel tutor, vel curator furiosi aut adolescentis jus dicenti non obtemperaverit, si extremum jurisdictionis non impleverit, aut non impleri passus sit, eum solum puniri ex hoc edicto, non dominum, non pupillum, aut adolescentem: et procuratorem quidem etiam solum puniri, si specialiter hoc ei dominus mandaverit, ut jus dicenti non obtemperaret. Aliter quam in t. superiori, ut docuimus in l. 3. §. 1. ex quo solus dominus punitur, cujus mandatu, aut voluntate iniquum jus procurator postulavit et obtinuit. Ratio diversitatis est, quia non excusatur, qui mandatu alicujus contemnit majestatem jus dicentis, sicut nec, qui mandatu alicujus vim facit, nec qui mandatu alicujus hominem occidit, *l.* 1. §. *quoties, de vi et vi arm.* quia rei adeo turpis nullum mandatum est, *l.* 6. §. *rei, mand.* Excusatur tamen facile, qui quid mandatu alicujus postulat a magistratu, licet id novum sit et iniquum, quia turpe mandatum non est, aut quia non usque adeo turpe mandatum est: neque enim ut id magistratui invito extorqueat, mandatum est, sed ut id sui

pliciter et demisse postulet, in quo nulla turpitudo versatur, cum totum committatur religioni jus di centis. Deinde additur in §. *non solum hujus l.* hoc edicto puniri non tantum reum, qui rem, qua de agitur, abduci vel auferri non patitur, sed etiam actorem, puta si actor condemnatus sit, non reus, quod potest evenire, ut in *l. pen. Cod. de sentent. et interloc. judic.* Igitur si actor condemnatus sit, et non patiatur rem, quam restituere, aut dare damnatus sit, sibi auferri aut abduci, quod hoc loco traditur ex Labeone: et hoc argumentum præbet, quia Labeo est ex veteribus, vetus hoc esse et translatitium edictum, ut alia quoque de albo corrupto et de iniquo jure constituto et impetrato, constat esse vetera. Puto etiam, quod notandum est, ut judicium de albo corrupto est populare, *l. 7. sup. de jurisd.* ut beneficium edicti, *quod quisque juris, etc.* patet omnibus adversus eum, qui iniquum jus dixit vel obtinuit, *l. 5. §. hæc actio, sup. tit. prox.* Ita ex hoc edicto tertio judicium pœnale (quo etiam vindicatur contempta majestas jus dicentis, ut judicio albi corrupti) esse populare, et patere cuilibet ex populo, qua de causa, in § *ult.* hoc loco, dicitur etiam hoc judicium non dari supra annum, et non dari in hæredem, videlicet secundum generalem definitionem, quam idem Ulpianus eodem libro tradidit, id est, 1. ad edictum, ex quo hæc lex sumpta est, *l. ult. de popul. act. Omnes populares actiones, neque post annum, neque in hæredem dari.* Dicitur etiam in §. *ult. hæc actio non datur in id quod interest.* Recte. Alioquin rem persequeretur, non pœnam: non esset pœnalis. Si tamen plures sint ex populo, qui agere velint, idem Ulpian. eodem libro 1. definit, *l. 3. de popul. actio.* præferendum esse eum, cujus interest id est, qui læditur ob contumaciam adversarii. Verum concluditur etiam ab eo hæc actio, non ad id quod interest, sed ad meram pœnam tantum, id est, quanti ea res est, pro modo contumaciæ, pro modo delicti scilicet, etiamsi nihil intersit actoris, si nihil actori absit, quanti publice utile est. Pœna pecuniaria vindicari contumaciam jus dicenti non obtemperantis, quæ quidem pœna religioni judicantis æstimanda et constituenda relinquitur, cum edicto definita non sit. Quomodo etiam concluditur aliqua in parte actio popularis de dejectis vel effusis, *l. 1. de his qui dejec. vel effud.* et actio popularis de sepulchro violato, *l. 3. de sepul. violato.* Et ea pœna, quam statuerit judex ea de re aditus, utique partienda erit inter actorem et fiscum, ut plerunque fit in popularibus actionibus, *l. lege Cornelia de Senatuscons. Syllan.* vel ut Accursius tentavit, tota cogenda erit in fiscum, ut quandoque pœna actionis popularis tota in publicum redigitur, *l. ult. inf. de term. moto.* (*)

JACOBI CUJACII. J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. IV. De in jus vocando.

Ad L. I.

In jus vocare est juris experiundi causa vocare.

In jus vocare verbum est 12. tab. in illo loco. SI MORBUS ÆVITASQUE VITIUM ESCIT, QUI IN JUS VOCASSIT JUMENTUM DATO. Quid autem sit in jus vocare, docet *l. 1. h.* dum ait: *In jus vocare esse juris juris experiundi causa vocare*: non definit, aut si definit, perperam definit, nempe *vocare* per idem verbum vocare, et in jus, per hoc, *juris experiundi causa*: cum autem compertissimum sit in jus, esse ad tribunal, vel ad sellam magistratus, non juris experiundi causa: non igitur l. 1. definit, quid sit in jus vocare: sed cum variæ sint et multiplices causæ vocandi aliquem in jus, vel testimonii dicendi, vel tutelæ, aut muneris publici suscipiendi, vel ad delectum, quamve rem aliam respondendi, vel juris experiundi causa, declarat *l. 1. in h. t.* agi de vocatione in jus, quæ fit juris experiundi causa, hoc est litigandi causa, non de ea, quæ fit ex aliis causis. Jus experiri est commune verbum actoris et rei, et quasi inter se instituti legitimi certaminis: ut *agere* quoque sane commune est verbum actoris et rei: ex aliis causis homines jussu magistratus vocantur a viatore non privati tantum, sed et magistratus minores, ut præses provinciæ a viatore præfecti Prætorio. Juris autem experiundi causa homines privati tantum vocantur a privato, id est, ab adversario ipso qui litem facit, et provocat ad judicium: vocantur a privato etiam sine jussu magistratus, ut fit hodie in regionibus quibusdam, quem utique vocatum, nisi statim sequatur in jus, qui vocavit, prius ea de re testatione habita, etiam invitum nisi satisdederit judicio sisti in diem certum, trahit, et obtorto collo rapit in jus, more institutoque populi Romani, quem morem spectant auctores nostri in omnibus his tit.

(*) *In hac L. unica observanda sunt, quæ concordavit Merillius in lib. 1. cap. 6. variant. ex Cujac.*

qui sunt de in jus vocando, non morem posterioris ætatis, quo homines cœperunt vocari juris experiundi causa, etiam a viatore dato libello conventionis, et juris die prædicta, §. *tripli*, *Instit. de actionibus.*

Ad L. II.

In jus vocari non oportet, neque consulem, neque præfectum, neque Prætorem, neque proconsulem, neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere alium possunt, et jubere in carcerem duci, nec Pontificem, dum sacra facit, nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt: sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. Præterea in jus vocari non debet qui uxorem ducat, aut eam quæ nubat, nec judicem, dum de re cognoscat, nec eum dum quis apud Prætorem causam agit, neque funus ducentem familiare, justave mortuo facientem.

In L. II. hujus t. ostenditur, qui non possint vel non debeant in jus vocari, qui edicto Prætoris sub h. t. comprehensi sunt, qui neque sequantur, neque ducantur, id est, qui tametsi vocantem non sequantur, inviti tamen in jus duci non possunt, ut constat ex inscriptione legis 48. *de verb. signif.* id est, qui in jus non vocentur, in jus scilicet. Cognata vero hæc sunt, et quasi connexa sequi et duci, quod vulgo tamen male explicatur. Ducimus sequentem, sequimur ducentem. Qui in jus vocari possunt, vocati sequuntur, et ducuntur, vel si non sequantur prehenduntur, et inviti rapiuntur in jus. Plautus in Milite, *ducite istum*, inquit, *si non sequitur, rapite.* Qui autem in jus vocari non possunt, neque sequuntur, neque ducuntur, neque rapiuntur impune. Ac primum ait, magistratus urbanos, consulem, Prætorem, præfectum urbi: vel magistratus provinciales, quamdiu magistratu funguntur, sine fraude id est, impune non vocari in jus, sine fraude vocantis, deposito magistratu posse vocari quis ambigit? Quandiu sunt in magistratu impune in jus non vocantur, majores, inquam, magistratus qui majora auspicia habent, *qui*, inquit, *imperium habent.* Imperium mixtum scilicet summum et plenum. *qui*, inquit, *coercere alium possunt*, verberibus scilicet vel alia pœna corporali, et qui jubere in carcerem duci possunt: hæ sunt notæ majorum magistratuum, ut de consulibus etiam est proditum in *l. 2. §. ex actis, de orig. jur.* consulibus summum jus esse, quod M. Tull. et Seneca summum imperium et potestatem, quod utique non est accipiendum de mero imperio, quod nec consulibus injussu populi, id est, sine lege speciali in cives Romanos erat permissum, *d. l. 1. §. exactis*, *et §. et quia:* ut diximus, et perperam Acc. hoc loco imperium accipit pro mero, cum sit mixtum, quod magistratui cohæret, sive jurisdictioni ejus. Eodemque errore Græci in *l. 4. de jurisdict. jubere cavere imperii magis est*, et in *l. nec magistratibus, de injur.* imperium interpretantur τιμωρητικὴν ἀρχὴν et ἄκρατον ἐξουσίαν, quod est merum imperium. Hoc vero, ut inviti majores magistratus, sine fraude in jus non vocentur, more majorum comparatum esse ait, *l. 26. §. ait prætor, inf. ex quib. cau. major et d. l. nec magistratibus, l. si reus, judicat. sol. l. qui accusare, de accusat. l. pars. de judic.* Igitur si cui sit res cum magistratu, quandiu in magistratu est, de ea re cum eo experiri non potest, sed differre litem et judicium debet in annum, quo abibit magistratu, in finem magistratus exacta cautione judicio sisti, *l. 58. §. ult. ad leg. Jul. de adul.* Varro in Satyra quadam apud Nonium: *Prætor noster*, inquit, *eripuit mihi pecuniam, de ea re quæstum ad annum veniam, ad novum magistratum.* Idque adeo verum est, ut nec Prætori quandiu prætura fungitur, novum opus nunciari possit; sed ne res pereat ei, cujus interest opus non fieri, testari debet se ideo non nuntiare novum opus, quod nondum ei nuntiare liceat per leges, *l. 5. §. si quis ipsi, de novi oper. nunt.* Minores magistratus, qui minus imperium habent, qui majus et summum imperium non habent, veluti ædiles in urbe, aut duumviri in municipiis, qui non habent fasces, lictores, tribunal, manum militarem, purpuram aut prætextam, carcerem, etiam in magistratu ipso sine fraude in jus vocari possunt, *d. l. nec magistratibus, l. eumque, de peric. et com. rei vend. l. 29. §. magistratibus, ad l. Aq.* Ii non habent summam potestatem, nec coercitionem nisi in servos, et in hos etiam permodicam, *l. 12. sup. de jurisdict. omnium judic.* Non habent carcerem, id est, neque verberibus, neque carcere quenquam coercere possunt: nam et *carcer ab arcendo, et coercendo dicitur*, ut ex Varrone Servius refert. Majores magistratus imperium summum habent immixtum jurisdictioni suæ, jurisdictionem summam immixtam imperio, et ex iis plerique etiam habent merum imperium, et carcerem, et vincula et virgas, et tribunal, et insulas, omniaque ornamenta majorum dignitatum: ideo autem dicitur majores magistratus sine fraude invitos in jus vocari, trahi, rapique non posse, quod non fit sine injuria aliqua, aut specie injuriæ, si quis rapiatur in jus ab adversario, sine fraude non rapi in jus, quia in eum qui rapuerit, est injuriarum actio deposito magistratu: nam ut non potest magistratus vocari in jus, ita nec ipse vocare quenquam in jus potest, quandiu est in magistratu, nec tutoris, nec curatoris nomine, sed differre debet

actionem in finem honoris, *d. l. pars*, *d. l. qui accusare*, *l. si maritus*, *in princ. ad leg. Jul. de adult.* Igitur qui rapuerit ejusmodi magistratus in jus, injuriarum tenetur, sicut etiam is qui aliquem de domo sua rapuerit in jus, quod etiam fit illicite *l. 23. de injuriis*, sicut etiam is tenetur injuriarum, qui offerentem satisdationem judicio sisti, qui offerentem vades invitum rapit in jus, *l. 5. §. ult. qui satisd. cog.* et qui quem rapit in jus, antequam antestatus sit, id est, antequam testato palam fecerit, nolle vocatum sequi, idcirco se rapere invitum. Qui non antestatus rapit aliquem in jus tenetur injuriarum, ut Acro et Porphyr. scribunt in illum locum Horatii, *licet antestari, ego vero oppono auriculam, etc. qui*, inquiunt, *antestatus erat. si manus adversario injecisset, injuriarum reus constituebatur.* Quamobrem apud Plaut. in Pœnulo, cum unus diceret, *rapiamus illum in jus*, et alter, *minime*, et ille quæreret *quapropter*, alter respondit recte, *quia injuriarum multam indici*, id est, *non dici satius est*, quam scilicet sustinet, qui quem non jure rapit in jus, et sic est legendum illo loco ex jure: *multam indici, aut multam non dici.* Hoc vero argumento liquet, quod ante dixi esse verum a privato adversarium in jus vocari, sine jussu magistratus: nam si interveniret jussus magistratus, etiam non jure vocato, non daretur actio injuriarum, propter jussum magistratus, *l. 13. §. si quis, de injur.* Si quis ductus sit, hoc est, si ductus sit in carcerem, ut indicat Paulus eadem de re tractans 5. *Sentent. tit. ad leg. Jul. de vi publica.* Si ergo ductus sit in carcerem, quod jus dicenti non obtemperavit, non potest agere injuriarum propter Prætoris præceptum. Additur in *hac l.* etiam in jus vocari non posse Pontificem dum sacrá facit, quod est notissimum, ne sacra turbentur, sacris peractis, sane vocari posse. Additur etiam eos non posse in jus vocari, aut non debere sequi, qui propter loci religionem inde se movere non possunt, puta sacerdotes qui discedere sine religione, sine piaculo ab ea æde non possunt, cui devoti et dedicati sunt, ut in *l. pen. de vacat.* Sen. 1. *de tranquill. quosdam exilia, quosdam sacerdotia uno loco tenent*, se movere, quod in Basilicis est, ἀναχωρῆσαι, perperam Belga quidam legit, *semovere* non *possunt* uno verbo, et de asylo interpretatur. Sequitur in *hac l. sed nec eum in jus vocari posse*, *qui equo publico in causa publica transvehatur*, ubi jampridem ostendi Ulpianum scripsisse non *in causa publica*, sed *in Capitolio*, vel in Castoris Pollucis, æde, qui equo publico in Capitolium transvehatur: nam transvectionem equitum Romanorum, de qua loquitur, solitam fieri in Capitolium a templo honoris multi docent, maxime Plinius, vel, quod idem est, in Castoris Pollucis, auctore Dionysio Halicarnasseo, qui eam transvectionem vocat pompam eorum, qui vehuntur equo publico, et huic loco convenienter, ut appareat hoc jus vetustissimum esse, Svetonius scribit Augustum non esse passum in transvehendo, quenquam equitem Romanum ab accusatore detrahi, hoc est, rapi in jus, peracta transvectione posse impune trahi in jus. Additur etiam eum eamve non posse in jus vocari, et rapi qui uxorem ducit, vel quæ nubit, die scilicet nuptiarum, dum pompa nuptiarum agitur, quoniam est intempestiva, atque adeo injuriosa vocatio, non posse etiam in jus vocari judicem datum, judicem pedaneum, dum de re cognoscit, ne cognitio interpelletur. Debet expectare actor quoad de re cognoverit, non ab ipsa cognitione eum avocare. Eademque ratione non potest in jus vocari, qui causam agit apud Prætorem ne judicium interpelletur, dum scilicet causam agit: nam ea acta, ubi exierit e jure quin possit in jus vocari non est dubium, sed non importune, dum causæ agendæ in jure dat operam. Nec huc quidquam pertinet *lex contra*, §. *ult. de re jud.* quam adducit Acc. quia non loquitur de eo qui vocatur in jus dum causam agit, sed de eo qui causam egit, et litem contestatus est, ac pendente lite vocatur ad majus auditorium, ad majorem magistratum, qui si ob eam causam litem contestatam et inchoatam deserat, non habetur pro contumaci. Sequitur etiam non posse in jus vocari, qui ducit familiare funus, lugubre officium facit mortuo, puta patre aut filio, aut conjuge, qui, inquam, ducit familiare funus, aut qui justa mortuo facit, hoc est, ferias denicales, ut apud Festum, et Cic. feriæ sunt dies certi, quib. justa mortuo fiunt, dum persolvuntur solemnia mortuis, quos Græci vocant τὰς νομιζομένας τιμὰς, et νομιζόμενα τὰ ἔντιμα, τὰ ἐφόσια, et ita in *l. interdum, de judic.* dicitur sustineri cognitionem judicii, ob fortuitos casus, veluti, si quis amisit patrem, aut uxorem, aut virum, id est, si ei ducat funus. M. Tull. pro Rabirio, *ad judicii moram familiaris excusationem quæri*: et ita ex Cincio A. Gellius scriptum reliquit militem, cui condictus est dies, quo adesset, si ad constitutum non venerit, excusari, si eo die eisve diebus ei fuerit funus familiare ducendum, aut si ei fuerint exequendæ exequiæ sive feriæ denicales, lib. 16. cap. 4. In eodem numero sunt, qui funus prosequuntur amici supremi officii gratia, *l. 3. h. t.* Nam quamdiu in eo officio sunt, non possunt rapi in jus, et dici potest, eandem esse æquitatem in his, qui nubenti, et uxorem ducenti ad officium venerunt, ut interim importune non vocentur in jus. Postremo initio *l. 4.* ostenditur eos etiam non posse in jus vocari eo die, quo litigandi causa necesse habent in jure, vel certo

alio loco sisti, id est, ut est in 12. tab. qui habent statum diem cum hoste, jure manum conserendi causa, condictum diem cum adversario, eo die in jus rapi ab alio non posse, nec item furiosos vel infantes, quia non habent legitimam personam standi in jure, non infantes sine tutorib. Adde etiam ex *l.* 22. *inf.* nec impuberes puellas, etiamsi excesserint infantiam, si alieno juri subjectæ sint, impuberes puellas filiasf. sane non posse attrectari, vel rapi teneras puellas, quæ sunt in potestate patris, ac ne vocari quidem ullo modo in jus.

Ad §. 1. *Prætor ait*, *L. IV.*

Prætor ait, parentem, patronum, patronam, liberos, parentes, patroni, patronæ in jus sine permissu meo ne quis vocet.

Dixi in superiori l. 3. et 2. et initio l. 4. de iis qui impune juri civili, inviti in jus vocari nullo modo possunt, de quibus fuit ille tit. edicti, qui neque sequantur neque ducantur. Hoc loco agitur de iis qui jure naturali impune inviti sine venia Prætoris in jus vocari non possunt, et de pœna eorum, qui eos aliter vocaverint: impetrata autem venia vocari possunt, de quibus Prætor egit sub h. t. *Si quis eum vocaverit*, *quem ex edicto non debuerit*, quæ verba male trajecta in *l.* 5. qui sequitur, in quo tamen nihil ea de re agitur in hunc t. quasi in suam sedem restituenda sunt, ut hic t. sit de in jus vocando, sive quis eum vocaverit, quem ex edicto non debuerit, nihil est evidentius, et de pœna eorum est, *l. pen. et ult. h. t.* Hujusmodi autem sunt parentes, et patroni patronæve, et parentes liberique patronorum patronarumve, quos liberi vel liberti invitos (sic dico ex *l.* 11.) in jus vocare non possunt sine venia, permissu, et decreto Prætoris, vel Præsidis, id est, non aliter quam si a Prætore postulaverint veniam edicti, quoniam edictum prohibitorium est, ne quis vocet, et causa cognita impetraverint, et qui aliter eos vocaverint, id est, sine venia, eisdem tenentur in factum actione pœnali in aureos 50. Venia quæ postulatur a Prætore, est venia ab edicto. Macrob. 7. Saturnaliorum: *ab auctoritate vestra, tanquam ab edicto prætoris impetrata venia*, hujus edicti verba hæc sunt, *parentem, patronum, patronam, liberos, parentes, patroni patronæ, in jus sine permissu meo, etc.* ubi parentem utriusque sexus intelligere oportet, ut *l. ult. C. eod. t.* cum sine discrimine sexus, patronus, patrona nominatim edicto vocari prohibeatur, et parentes quoque patronarum utriusque sexus accipiantur *l.* 10. §. *liberos. h. t.* Item parentem in infinitum intelligere etiam ultra tritavum honestius esse Ulp. ait, et prævaluisse merito, ne quis omnino parens irreverenter, sine venia invitus rapiatur in jus, quod indecorum, et injuriosum est, longeque alienum a reverentia, quæ omnib. parentib. naturali jure debetur æqualis, etsi inæqualis sit eorum potestas *l.* 4. *inf. de curat. furios. l.* 2. *C. de in jus voc.* Reverentia, quæ debetur parentibus omnibus, neque sexu finitur, neque gradu. Fateor proprie parentes dici usque ad tritavum, qui supra tritavum, sunt, majores appellari, sicut liberi dicuntur usque ad nepotem, qui infra sunt, posteriores appellantur, *l. ult.* §. *parentes, de gradib. et affinib.* Posteriores vel etiam minores. Servius in illum locum Virgil. *Ex illo celebratus honos lætique minores. Minores dicuntur quoties graduum deficit nomen*, et nomina graduum sane deficiunt in trinepote, ut supra in tritavo. Juvenalis Satyra 7. *et Catulis Pauloque minorib.* id est, posteris sive posteriorib. qui sequuntur trinepotem. Apol. *Aristotel. et Theophrast. ceterosque Platonis minores.* At in edicto honestas exigit et pudor, ut parentum appellatio in infinitum extendatur, ut omnibus æqua servetur reverentia, quam utique non servat, qui invitum et renitentem obtorto collo in jus rapit, vel abducit et trahit invitum, tametsi hujus rei testes aliquos faciat, id est, tametsi antestetur. Non adjicit Ulp. parentes etiam accipi in hoc edicto, sive habeant, sive non habeant liberos in potestate: nam edictum est *de in jus voc.* et jure experiundi causa; et certum est regulariter non posse inter se experiri parentes et liberos, qui in eorum potestate sunt, *l. lis nulla, de jud.* Quapropter liberi non tam hujus edicti jure, quod juri naturali congruit, vetantur parentes, quorum in potestate sunt, in jus vocare, quam jure civili, id est, jure potestatis, *l.* 8. *in princ. h. t.* excipienda tamen causa castrensis vel quasi castrensis peculii, ex qua lis nobis esse potest cum liberis, quos in potestate habemus, *d. l.* 8. *d. l. lis, l. si quis uxori*, §. 1. *de furt.* ex hac causa, quoniam in ea liberi qui sunt in potestate pro patribusfam. habentur, id est, hominibus sui juris, *l.* 2. *ad Maced. l.* 15. §. *si servus*, *de castr. pec. l.* 6. §. *ult. de inj. rup.* ex hac causa, inquam, hoc edicto tamen ac jure naturali, sicut liberi qui non sunt in potestate, sine venia Prætoris vetantur in jus vocare, non jure civili, quia, vel non sunt, vel in ea causa castrensis peculii, non censentur esse in potestate patris. His consequens est, nihil etiam interesse parentes sint ex injustis nuptiis, an ex concubinatu, an ex contubernio, in servitute quæsiti, qui naturales parentes dicuntur, quosque Paulus intelligit in *l.* 6. dum ait, *nec parentes naturales in jus vocari posse sine venia*, *quod una omnibus parentibus sit servanda reverentia*, et verum hoc est, etiamsi liberi transierint in adoptivam familiam, *l.* 8. *h. t.* quamvis in aliis causis parenti naturali pro extra-

neis sint liberi, qui sunt in aliena familia, puta in adoptiva, quia ex erant naturali, *l.* 1. §. *in eo, de Sylla. Senatuscons. l.* 8. §. *in adoptionem*, *de bon. possess. contra tab.* Nihil etiam refert liberi sint justi an spurii : nam et spurios, qui vulgo concepti dicuntur, Lucretio volgivaga venere concepti, Ulp. ait matrem non posse in jus vocare sine venia, rejecta sententia Severi Jurisconsulti, id est, Valerii Severi, de quo et in *l. ex facto, de neg. gest. et l.* 8. §. *sed et filia, de procurat. l.* 1. §. *quæsitum, de aqua quotid.* Qui quidem Valerius, hanc reverentiam exigebat tantum a justis liberis, non ab spuriis, cujus sententia improbata est : et cur matrem nominet non patrem cum de spuriis loquitur, ratio redditur in *l.* 5. *quia mater semper est certa, etiamsi vulgo conceperit : pater is tantum est, quem nuptiæ demonstrant*, vel etiam concubinatus, qui nuptiarum imago est. Extra nuptias pater est incertus : inter fœmineum sexum matrem scimus, patrem credimus, quia partus sunt testes et inspectores certi, conceptus nulli sunt arbitri. Denique patris naturalis una tantum demonstratio est, et probatio, quæ sumitur ex nuptiis aut quasi nuptiis, alioqui difficilis, *l. Titius*, *de cond. et demonst.* Et eleganter. Calpurnius Flaccus in declam. de puero ex meretrice suscepto : *in hoc puero*, inquit, *nescio quid sit indignius, utrum patris origo, quod est dubia, an matris origo, quod certa est* : et hac ratione etiam dicitur natura chariores nobis esse fratres ex eadem matre, quam ex matre diversos, quod illi certi sint fratres, hi esse existimentur, aut sint dubii fratres : et inde Homer. Iliade 3. κὐτὸ, etc. optat sibi fratrem ex eadem matre, et 21. rogat ne se inimicus Hectoris occidat, quod non sit Hectori frater ex eadem matre, sed ex diversa: eademque ratione natura chariores esse liberos matri, quam patri, ut Menander ait. His addamus, nihil etiam referre, pater sit naturalis an adoptivus : nam et adoptivus pater, puta ex causa castrensis vel quasi castrensis peculii, quamdiu durat adoptio, quamdiu in potestate filium adoptivum habet jure adoptionis, non potest in jus vocari sine venia edicti impetrata, *l.* 8. *h. t.* nec hodie si filius a patre naturali datus sit extraneo in adoptionem, licet ex constitutione Justin. extraneus, qui eum accepit in adoptionem eum non habeat in potestate, tamen quia pater est civilis, in jus vocari non potest sine venia, ut recte Acc. sentit in *d. l.* 8. sed adnotandum, hoc interesse inter patrem naturalem et adoptivum, quod patris naturalis parentes in jus vocare non possum, quia et ii parentes mei sunt patris autem adoptivi parentes in jus vocare possum quia parentes mei non sunt, et Prætor non ut patroni, ita parentes parentis in jus vocari vetat, sed parentes suos duntaxat : non semper autem patris parentes parentes mei sunt, ideo autem patris adoptivi parentes, parentes mei non sunt, quia qui me adoptavit non fuit in potestate et familia parentum suorum, alioqui non potuisset me adoptare, quia per adoptionem queritur patris potestas, *l.* 1. *de adopt.* et qui est in parentum potestate non potest filium habere in potestate, *l.* 21. *ad l. Jul. de adult.* Seneca 3. declam. *nec tricenario quidem filio, qui est in potestate adoptare licet : nec enim*, inquit, *quisquam potest alium in manum suam recipere, qui ipse in aliena manu est.* Quod si is, qui me adoptavit, non est in potestate parentum uti oportet, non est ergo eis agnatus : qui non est suus parenti nec agnatus est, *l. de bonis*, §. 1. *de Carb. edic. l. scripto, unde lib.* et is qui adoptatur his tantum fit cognatus per adoptionem, quibus et agnatus fit, id est, his quibus adoptator agnatus est. His autem quibus adoptator cognatus est, neque agnatus, neque cognatus fit, quia adoptio jus agnationis adfert, non jus cognationis, *l. qui in adoptionem, sup. de adopt. l.* 6. *et l.* 10. §. *si filius, h. t. l. ult. inf. de bon. poss. contr. tab.* et perspicue Theoph. in §. *ergo non omnes, de nupt.* et de parentib. hactenus.

Ad §. Patronum L. VIII.

Patronum inquit, Patronam. Patroni hic accipiendi sunt, qui ex servitute manumiserunt: vel si collusionem detexit : vel si qui præjudicio pronuntietur esse libertus, cum alioquin non fuerit, aut si juravi eum libertum meum esse, quemadmodum per contrarium pro Patrono non habebor, si contra me judicatum est : aut si me deferente, juraverit se libertum non esse.

Docet initio aut docere vult patronum in hoc edicto dici non eum cui respondet cliens, qui aliquem in clientelam suam suscipit, de quo l. illa 12. tab. *patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*, sed eum cui respondet libertus, qui aliquem ex justa servitute manumisit, sic dictus, ut Theod. Hermopolites scribit in *l.* 1. *de off. præf. urb.* διὰ τὸ δοκεῖν etc. *quod videatur quodammodo gignere eum quem manumittit*, quando quidem ante manumissionem non noverat eum jus civile, nec persona ejus ulla esse intelligebatur. Post manumissionem incipit personam habere, et in numero civium connumerari, quasi jure civili cognitus, et quasi nasci igitur beneficio manumissoris. Sed quantum attinet ad causam ejus edicti, interdum et is qui non manumisit, pro patrono habetur : id fere evenit quinque casib. ut pro patrono et manumissore habeatur, qui non manumisit ; uno si quis probaverit per indulgentiam et collusionem

patroni, libertinum se in ingenuitatem ablegasse, et ingenuum pronuntiatum fuisse: nam ex SC. de quo in *l. de collus. detegenda,* qui hanc collusionem detexit et convicit, quantum ad hoc edictum pertinet, pro patrono habetur, non quantum attinet ad successionem bonorum, ut est proditum in fin. constitutionis Græcæ Just. *de jure patronatus* cujus sæpe mentionem facit in Institutionibus, quæ est *l. 4. C. de bonis libert.* Altero casu, si quis præjudicio, id est, actione præjudiciali (sic appellatur actio in qua quæritur de statu hominis) si quis, inquam, præjudicio pronuntiatus sit patronus esse, licet revera patronus non sit: nam et hic pro patrono est, quia res judicata pro veritate habetur, et pro patrono est etiam quantum ad successionem attinet, *l. si juravero, de jure patron.* Tertio casu, si quis deferente eo qui libertus dicebatur, juraverit se patronum ejus esse, licet revera non fuerit patronus: nam et hic quantum ad causam hujus edicti attinet, pro patrono habetur, non etiam quantum ad successionem ejus, quem juravit suum libertum esse, qua in re distare jusjurandum a re judicata ostendit *d. l. si juravero*, atque ita plus posse religionem judicis quam litigatoris, id est, plus posse rem judicatam, quam jusjurandum ejus qui agit, vel quo cum agitur, et tamen (quod videtur obstare) *l. 2. de jurejur.* ait majorem esse auctoritatem jurisjurandi, quam rei judicatæ: verum non hoc respectu, sed alio, puta, quod res judicata appellatione rescindi possit, non etiam jusjurandum, si qui juravit eo uti velit, vel ejus exceptione, alioqui et post jusjurandum præstitum a judice damnari potest, sicut post transactionem, si non posuerit exceptionem transactionis sive doli mali, *l. nam postea*, *§. si damnetur, de jurejur. l. eleganter*, *§. si quis, de cond. indeb.* nam jusjurandum, quod quis præstitit deferente adversario sequi solebat sententia judicis, *l. cum judex, Cod. de sentent. et interloc. l. pen. C. de reb. cred.* Sicut confessionem partis sequi sententia debet, *l. 5. de confess. l. 5. de cust. reor.* Ergo non in omni re plus potest res judicata, quam jusjurandum: imo contra hac in re plus potest jusjurandum, quam res judicata, quia a re judicata appellatur, non a jurejurando. Qua ratione et in *d. l. 2.* jusjurandum transactioni comparatur, a qua etiam non appellatur, id est, quæ nullo modo rescindi potest, si sit bona fide facta. Item in hoc plus potest jusjurandum quam res judicata, quia jurejurando tollitur naturalis obligatio, sicut transactione sive pacto *l. Stichum*, *§. naturalis, de sol. l. si quis, de cond. indeb.* Re judicata non tollitur naturalis obligatio, *l. Julianus, de cond. indeb. l. 8. §. 1. rem ratam hab.* Ergo si quis juraverit se patronum esse, quantum ad successionem, non est patronus, quantum ad reverentiam ex hoc edicto debitam, est patronus. Contra vero aliter quam si pronuntiatum sit patronum eum esse, quoniam hoc casu per omnia est patronus. At e contrario sive præjudicio pronuntietur quis libertus meus non esse, quod hic tradit Ulp. sive me deferente, aut referente, ut Basilica adducunt hoc loco, ἐξ ἐπαγωγῆς, ἢ ἀντεπιφορᾶς: sive, inquam, me deferente, aut referente juraverit se libertum meum non esse, quantum ad omnia eadem est potestas jurisjurandi et rei judicatæ, ut scilicet nullatenus habeat pro patrono, *l. eum, qui*, *§. pen. de jurejur.* Et ratio varietatis hæc est, quia plus favemus ingenuitati, quam patronatui: qui jurat se ingenuum esse, per omnia habetur pro ingenuo, qui jurat se patronum, per omnia non habetur pro patrono. Quartus casus, quo etiam qui non manumisit pro patrono habetur, si vendidi ancillam ea lege ne prostituatur ab emptore, ut si prostituatur sit libera, quia si prostituatur ipso jure fit libera ex constitutione Vespasiani, et venditor quamvis ipse non manumiserit, quod ejus tamen legis dicendæ auctor fuerit in omnibus causis, pro patrono habetur, *l. divus*, *de jure patron. l. 10. §. 1. h. t.* contra ut subjicit in *d. §. 1.* aliud dicendum si venierit ancilla eadem lege ne prostitueretur, nec tamen sit adjectum, ut prostituta libera fieret, sed hoc tantum ut in prostitutam eam, aut in ipso articulo prostituendæ ejus, in eam venditor haberet manus injectionem, id est, jus abducendi eam, et ipse venditor qui hanc legem dixit, post injectam manum eam prostituat, vel ante injectam manum passus sit eam prostitui, pecunia accepta ne manum injiceret: hoc enim casu ipso jure fit libera ex constitutione Adriani, et nullum omnino patronum agnoscit, *l. 2. qui sine manumiss. l. 1. Cod. si mancip. ita fuer. alien. etc.* Quintus et ultimus casus hic est, si servum meis nummis emi ea lege, ut eum manumittam intra certum tempus, nec manumittam, servus ipso jure pervenit ad libertatem me cessante ex constitutione Marci ad Aufid. Victorinum, cujus sæpe fit mentio in jure, et ego qui emi eum servum meis nummis, per omnia fere pro patrono habebor, licet non ei dederim libertatem, sed lex, *l. 10. in princ. h. t. l. 3. §. 1. de suis et legit. hæred. l. 3. §. 1. de legit. tutor. l. 3. inf. Qui sine manumiss.* Excipiuntur tamen actiones ingrati et operarum, quas adversus eum libertum non habeo, *l. si quis*, *qui et a quibus etc. l. si quis*, *de oper. libert.* Dixi, si meis nummis emi: nam si nummis servi, vel amici ipsius servi, non meis, eum emi, fide ei data manumittendi, et fidem fregero, nec ultro manumisero, servus quidem ipso jure non fit liber, sed potest me cogere, ut fidem adimpleam, id est, ma-

numittam ex constitutione Divorum fratrum, *l.* 4. *et* 19. *de manumis. l. qui se*, *de judic. l.* 8. *Cod. de liber. caus.* et hoc certe casu licet coactus eum manumiserim, nullo casu nulloque modo pro patrono habeor *l.* 10. *h. t.* unde apparet multum interesse utrum meis nummis servum emerim, an nummis et servi, ea lege ut manumitterem: nam si meis nummis, et me cessante servus ipso jure pervenerit ad libertatem, mora et cessatio mea non adimit mihi jus patronatus, neque æquum est, ut adimat, cum mihi adsit pretium servi, sed si nummis servi emerim fide interposita manumittendi, cum mihi nihil adsit, perfidia mea mihi adimit jus patronatus, etiamsi coactus eum hominem manumiserim: et hoc casu qui manumisit, pro patrono non habetur. Ut quinque sunt casus, quibus qui non manumisit, pro patrono habetur, ita per contrarium quidam sunt casus, quibus qui manumisit, pro patrono non habetur, et primus ille est quem modo exposui, 2. hic est, si patronus jurejurando adegit libertum ne uxorem duceret, quod est contra utilitatem publicam, vel libertam, ne nuberet: nam ex l. Ælia Sentia per omnia amittit jus patronatus et sine fraude in jus vocare potest, etiam non petita venia. Jusjurandum autem illud liberto vel libertæ ipso jure remittitur: aliud est *l. Julia*, *l. adigere*, §. *ult. de jure patron.* unde quæritur in *l.* 8. §. *ult. h. t.* an hæc res noceat etiam liberis patroni, qui a liberto vel liberta, idem jusjurandum non exegerunt, et quantum ad successionem liberti vel libertæ attinet, Proculus et Celsus dicebant vivo patre culpam patris qui jusjurandum exegit tale; nocere filio, Julianus negabat, qui est diversæ sectæ: et hujus sent. obtinuit: culpa vel nota patris non nocet filio *l. Divi*, *de jure patron. l.* 2. §. *in avo*, *de decur. l. crimen*, *de pœn.* Semper est excipienda causa læsæ majestatis. Ceteroquin, nota aut culpa patris non nocet filio. Quod utique verum est quantum ad successionem attinet, si filius non sit in potestate patris, qui incidit in l. Æliam Sentiam, *l. in servitutem*, §. *si patroni*, *de bon. libert.* At si filius sit in potestate patris, quandiu vivit pater, culpa ejus nocet filio, nec quod suo nomine pater non habet, habeat filii nomine, jure potestatis, atque ita eludat *l. Æliam Sentiam* *l.* 9. *l.* 11. *l. quæritur*, *eod. tit.* Et ita est accipienda, ut glossa recte sentit *l. qui contra*, *de jure patron.* hoc est de liberis qui sunt in potestate; non de emancipatis: et hoc quantum ad successionem attinet: nam quantum attinet ad reverentiam ex hoc edicto debitam liberis patronorum ut in eo nominatim expressum est, liberi indistincte sive sui sint sive emancipati, quia innocentes sunt, cum non ipsi, sed pater eorum jusjurandum exegerit, honore privandi non sunt debito jure naturali: sui privantur bonis vivo pater, sed honore eos etiam privari æquum non est, *l.* 8. §. *ult. h. t.* ubi Ulp. ita evenire ait eleganter, ut patronus in jus vocetur, filius patroni quasi innocens non vocetur in jus impune. Extremum hoc est, ut adnotemus eum qui manumisit servum ex causa fideicommissi, cum a testatore rogatus esset manumittere, licet recte in jus vocetur, ut manumittat et possit hoc casu servus qui alias non potest causam orare, et judicio experiri, *l. vix*, *inf. de judic. l. de libertate*, *inf. de fide. lib. l. Titius*, *de act. empt. l. mulier*, §. *non est*, *ad Trebell.* Post manumissionem tamen impune in jus vocari non potest, quia etiamsi non ultro, sed ex causa fideicommissi manumiserit, si libertatem non donaverit, sed solverit; si non gratuitam, sed debitam libertatem præstiterit, nempe ex causa fideicommissi, *l.* 9. *hoc tit. l.* 24. *inf. de excusat.* et quantum ad successionem etiam ejus quem manumisit ex causa fideicommissi, pro patrono habetur, *l. qui ex caus. de bonis libert.* et quantum ad legitimam tut. *l.* 3. *in princip. de legit. tut. l.* 13. *de tut. datis*, et quantum ad originem et patriam manumissoris, *l.* 17. §. *ex cau. ad municipal.* non quantum attinet ad alia jura patronatus, *d. l. qui ex causa*, *l.* 1. *C. de libert. et eor. lib. l. si servo*, *de hæredibus institut. l. si servum*, §. 1. *de acq. hæred. l. prox. de ritu nupt. l.* 5. §. *si quis*, *de lib. agnosc.*

Ad §. *Patronum L. X.*

Patronum autem accipimus, etiamsi capite minutus sit: vel si libertus capite minutus, dum adrogetur per obreptionem: cum enim hoc ipso quo adrogatur, celat conditionem, non id actum videtur, ut fieret ingenuus.

In hoc edicto patronum accipit, *etiamsi capite diminutus sit*, quæ verba Accurs. accipit recte de minima capitis diminutione: nam qui maximam aut mediam capitis diminutionem subiit, non est patronus, hoc est capitis diminutione maxima et media jus omne patronatus amittit, ut nec ita capite minuto salvus sit honor ejus edicti, §. *sed si per pœnam*, *inf. l. si libertus*, *de jure patron.* quia scilicet jus patronatus competit tantum liberis hominibus et civibus Romanis: maxima autem capitis diminutio, veluti damnatio in metallum e libero servum facit: media autem, veluti deportatio, e cive peregrinum. At minima capitis diminutione jus patronatus non amittitur: exempli gratia, filius emancipatus non amittit jus quod habet in liberto castrensi, vel quasi castrensi, cum nec id amittat emancipatione in liberto patris *l. de jure patron.* Item is qui dat se in adrogationem non amittit li-

bertos suos, nec eos transfert ad adrogatorem, *l. libertus, inf. de bon. libert.* qui eos tamen in adrogatorem transfert quos in sua potestate habet, *l. 15. de adopt.* libertos autem non habet in sua potestate: et ita Basilica nominatim hunc locum interpretantur de adrogatione, non de emancipatione: quia ut hoc quæratur et dicatur in emancipatione raro evenit, quoniam pauci sunt filiifam. qui habeant castrenses libertos, soli nempe milites et non omnes, qui scilicet postea emancipentur: idem tamen olim sæpe eveniebat, patrona conveniente in manum viri, quo genere etsi patiebatur minimam capitis diminutionem, non tamen amittebat libertos suos, et jus patronatus: idem vero hoc loco subjicitur esse dicendum capitis diminutione, liberto contingente per adrogationem: nam etsi jure libertus adrogari non possit, *l. 15. inf. de adopt. l. 1. §. nepos, si a parente quis man.* tamen adrogatur quandoque libertus alienus per obreptionem, liberto obrepente principi celata conditione sua, cujus quidem principis auctoritate adrogationes fieri certum est: atque ita si libertus alienus per obreptionem fuerit adrogatus, patronus ejus non ideo jus patronatus amittit: neque commodum ejus edicti, ut ostenditur hoc loco, et *l. liberto, de bonis libert.* quia princeps cui obreptum est, non id sensit, ut ingenuus fieret. Itaque non fit ingenuus per adrogationem obreptitiam, vel subreptitiam. Et post hæc quæ hoc loco dixit Ulpian. de patrono et liberto adrogato, quæ exposui, poni debet §. *si per pœnam*, qui est de deportato: quod statim fatebitur, qui observaverit Ulp. hoc lib. 5. ad edictum ex ordine persequi singula verba hujus edicti: ac primum agere de parentibus, tum de patronis, deinde de liberis, et parentibus patronorum, et ad extremum ultima verba edicti interpretari *in jus sine permissu meo ne quis vocet*, quem ordinem perturbat qui postquam cœpit ult. agere de liberis, et parentibus patronorum, aliquid adjicit de patronis, quod sane facit præpostere qui infra post §. *liberos* collocat §. *sed si per pœnam*, cui suus proprius locus est post illa, quæ enarravi modo de patrono vel liberto adrogato, id est, de cap. demin. minima: et congruentissimum, ut sequatur de patrono deportato, id est, de cap. diminut. majore. Ideo autem libertus alienus jure non potest adrogari, quia si valeret adrogatio, et adrogaretur ab ingenuo, fieret ingenuus: et M. Sabinus apud A. Gellium lib. 5. non esse permittendum ait, ut homines libertini ordinis, per adoptionem in jura ingenuorum invadant: non esse permittendum, nec consentientibus quidem patronis: non dubito tamen quin consentientibus patronis libertini a libertinis adoptari possint, quia ordinem non mutant. Dissentientibus autem patronis dico nec a libertinis adoptari posse, ne fiat injuria patronis, si ex eorum familia abeant in aliam: cum non amplius quam unam familiam habere possint: nemo potest habere duas familias. Sequitur liberto etiam jus aureorum annulorum a principe obtinente patronum jus suum vel honorem hujus edicti non amittere, et habere quidem eum libertum, quod impetravit a principe, inter ceteros homines honoris jura, munia ingenuitatis, imo quod plus est in ordinem ingenuorum transire, *l. cum ex oratione, de excus. tut.* In familia tamen patroni pro liberto non pro ingenuo haberi etiam, quod notandum, si consenserit patronus, ideo jus suum remisisse videtur ut et consensus ejus; in hoc tamen requiritur, ut ratum sit beneficium principis, nec rescindatur, *l. 3. de jure aur. ann.* quia, ut ait Commodus, jus annulorum datum libertis ademit, qui id acceperunt invitis vel ignorantibus patronis. Longe alia est conditio ejus liberti qui consentiente patrono, uti oportet, natalibus a principe restitutus est, et quasi renatus: his scilicet natalibus in quibus omnes homines erant jure naturali, cum servitus et libertinitas nondum cognita erat, *l. 2. de nat. rest.* qui enim his natalibus, priscis hominum natalibus a principe restitutus est, in totum ingenuus efficitur, quia palam ingenuitati restituitur primævis natalibus. Ille vero cui datur jus induendi annuli aurei pro ferreo, quo libertini uti solebant (nec enim l cet eis uti aureo) ille, inquam, palam non vocatur ingenuus. Itaque nec si huic beneficio dandi annuli aurei libertino homini consenserit patronus, eum ipse patronus non habebit pro ingenuo: ceteri homines habebunt pro ingenuo, inspecto annulo aureo quem gestat; atque ita fiet, quod est paradoxum, ut ingenuus habeat patronum, sicut ex Nov. 78. hodie omnes homines ex servitute a domino manumisi ingenui sunt, et tamen patronum habent eum qui manumisit.

Ad §. Qui manumittitur.

Postremo notandum est ex hoc §. quod de patronis additur, servum civitatis, vel corporis certi aut collegii, si manumittatur, patronam habere civitatem vel universitatem: qui manumisit ex decreto ordinis, ut fit, patronos non habere singulos cives, vel singulos corporatos, vel singulos collegiatos, quia nec singulorum servus fuit pro parte, licet fuerit communis: quia non pro proprietate, sed usu tantum fuit communis. Denique singulorum servus non fuit pro parte, sed universitatis, sive publicus servus, ut in *l. in tantum, §. 1. sup. de rer. d vis.* ideoque singulos impune in jus vocare potest, non etiam civitatem vel universitatem quæ

paterna est, non etiam actorem, sive syndicum et defensorem universitatis, sine venia edicti impetrata: quia syndicus vice universitatis fungitur, nec accipitur ut singulus homo, sed ut universitas, *l. 2. inf. quod cujusc. univ.* dixi servum communem sive universitatis non esse singulorum pro parte, sicut servus communis inter Gajum et Titium est singulorum pro parte, non sic servus communis universitatis est singulorum pro parte, sed universitatis tantum; et idem dici potest de qualibet re communi universitatis, neque obstat lex 1. *inf. de colleg. illic.* quam adfert Acc. et explicat fuse, ac perperam in *d. l.* 1. quæ lex ait, ei qui recedit a collegiis, debere præstari, quæ ex ratione communi ei campetunt pro rata. Ergo videntur singuli qui sunt ex eodem collegio in rebus communibus collegii habere partem, quod tamen est negandum. Nam quod ea l. ait, ei qui recedit a collegio, debere præstari, quod ex ratione communi eum contingit: non hoc est partem ei debere præstari singularum rerum universitatis, sive collegii, sed quæ in viros distribuenda universitatis relicta sunt, quæ viritim distribuenda civibus aut collegiatis, ut fiebat sæpe in testamentis, debere viritim eis præstari annonas, et ei qui recedit a collegio annonas præteriti temporis, et sportulas quæ in viros distribui solent, sive in capita: de quibus division b. est *l. si quid relictum*, lex *mihi*, *l. civitatib. de leg.* 1. *l. cum quidam*, *de ann. leg.* collegio quoque dissoluto aut reprobato, tunc sane certum est pecuniam communem, quæ est in arca communi, esse viritim dividendam, *l. 3. eod. t.* et hæc de patronis.

Ad §. Liberos.

Liberos, parentesque Patroni, Patroneque utriusque sexus accipere debemus.

Ait liberos et parentes patronorum accipi utriusque sexus: et non tantum parentes naturales patronorum, sed etiam adoptivos, sed non etiam liberos patronorum adoptivos, quos constitutio Græca Just. in *l. 4. C. de bonis lib.* ait libertos esse extraneorum loco; quamobrem nec hoc loco liberorum patroni adoptivorum ulla mentio fit: quod observatu dignissimum est, et parentum patroni adoptivorum tantum mentio fit, quia adoptivis parentib. patroni, quem jam dixi in §. *patronum* adoptione non desinere esse patronum: honor hujus edicti servandus est, ne patroni scilicet parentes adoptivi vocentur in jus sine venia, quandiu adoptio durat: nam finita adoptione parentes esse desinunt, et omnia jura perdunt, etiam hunc honorem, ut non sint amplius parentes patroni, *l. 13. et 14. de adopt.* liberos autem patroni naturalis tantum accipimus, non adoptivos et naturales, sive sui sint, sive emancipati, sive a patrono in adoptionem dati, ut *d. l. 4. C. de bonis. lib. et l. 39. inf. de bonis liberti*, *l. satis*, *de jure patron.* Nam et liberi naturales patroni, quos patronus dedit in adopt. a liberto paterno in jus vocari non possunt, imo, nec nepotes ex eis, apud adoptivum patrem concepti et nati: nam etsi in aliis causis liberi in adoptionem dati, nec civili, nec prætorio jure in numerum liberorum patri naturali computentur, quia in familia sunt *l. non putavit §. in adopt. de bon. poss. contra tab. l. 1. §. in eo*, *de Syllan. senat. l. 2. §. sed si quis decesserit*, *ad Tert.* in causa tamen hujus edicti, atque etiam in successione liberti patris naturalis, pro liberis patris naturalis habentur: nec tametsi in adoptiva familia sint, patrem naturalem in jus vocare possunt, *l. 8. sup. h. t. l. 2. §. quod ait*, *inf. qui satisd. cogant.* neque, ut hoc loco ostenditur, in jus vocari ipsi possunt a libertis patris naturalis, licet non sint in familia patris naturalis, sed in aliena. At quod subiicit Ulp. si filius patroni emancipatus filium adoptaverit, hic nepos, id est, qui possit patrono videri nepos: non nepos, sed prorsus extraneus patrono est, quia pater patris adoptivi non est parens filii adoptivi, nec cognatus ullo modo, *l. 7. sup. h. t.* idcirco in jus vocari a liberto is filius adoptivus filii patroni emancipati impune potest, quia non est ex liberis patroni, licet sit filius filii patroni: et hoc est quod ait: *sed si filius meus emancipatus adoptaverit filium, hic nepos in jus vocare poterit: nam mihi alienus est*: non est igitur mihi nepos. Ponit filium patroni fuisse emancipatum, quia filius qui est in potestate, non potuisset filium adoptare, quod exposui latius in *d. l. 7.* sequitur liberos, et parentes patronorum, hic accipi in infinitum, sicut initio hujus edicti dixi etiam parentes accipi in infinitum, tum ex Caii Cassii sent. quæ obtinuit contra veterum opinionem. Tum vero addit unum casum singularem, quo mater et filius se invicem in jus vocare non possunt sine venia, quia regulariter: pater aut mater filium quem habet, vel non habet in potestate, ex causa castrensis vel quasi castrensis peculii in jus vocare potest sine venia, non contra filius matrem aut patrem. Proponit tamen hoc loco Ulp. casum singularem, quo nec mater filium suum in jus vocare potest sine venia: fac patronum ex liberta filium suscepisse, nec ipse filius libertam in jus vocare potest, quia mater sua est, nec ipsa illum, quia patroni sui filius est. Ac postremo de liberis patronorum additur hoc edicto, non contineri liberos patronorum natu majores qui capitis accusaverunt, vel in servitutem petierunt ex libertate libertum paternum, nec obtinuerunt, quia ex hac causa et commodum hujus edicti, et omnia jura patronatus amittunt, *l. qui cum major*, *et sequent. de bonis*

libert. l. 9. *et* 10. *de jure patron.* et hac in re distant patroni a liberis patronorum: nam patroni ex hac causa non amittunt jus patronatus, si libertos capitis accusaverint, vel in servitutem petierint nec obtinuerint. Liberi tamen patronorum ex hac causa, l. Julia et Papia jus patronatus amittunt, *d. l.* 4. *C. de bonis lib. l. si filius* §. *pen. de fideic. libert.* et hæc de liberis et parentibus patronorum.

Ad §. *Prætor.*

Prætor ait in jus sine permissu meo ne quis vocet. Permissurus enim est, si famosa actio non sit, vel pudorem non suggillat, qua patronus convenitur, vel parentes, et totum hoc causa cognita debet facere. Nam interdum etiam, ex causa famosa, ut Pedius putat, permittere debet patronum in jus vocari a liberto: si eum gravissima injuria adfecit, flagellis forte cæcidit.

Sequitur in §. pen. interpret. horum verborum edicti *in jus sine permissu meo ne quis vocet*, his verbis significatur decreto Prætoris opus esse quo causa cognita permittat liberis parentes, vel libertis patronos, aut liberos parentesve patronorum in jus vocare: et permissurus utique est Prætor, si actio non sit famosa, qua convenire eas personas desiderat is qui agit, vel si actio quam postulat, earum personarum pudorem non sugillet apud bonos mores: nam actio ipso jure famosa, turpis, veluti de dolo, injuriarum, aut furti non est danda adversus parentes vel patronos, sed utilis actio tamen verbis temperata in factum quo de agitur, ita ut doli vel furti mentio non fiat, et atrocitas rei sive actionis verbis mitiorib. in agendo subducatur, *l. non debet, de dolo, l.* 11. §. 1. *de accusat. l.* 2. *C. qui et adversus quos in integ.* invenio, quod maxime notandum est, etiam patri e contrario adversus filium non esse dandam famosam actionem, veluti furti, sed si patri furtum fecerit filius, dandam esse utilem actionem, id est in factum: nam in jure utilis actio, et in factum idem est. Denique ei dandam esse actionem in factum conceptam honestioribus verbis. Quod aperte ostendit *l. si quis uxori* §. 1. *de furt.* et ratio non quidem hæc est, quod vicissim filio pater reverentiam ullam debeat: quæ ratio in filio tantum procedit, qui turpi judicio cum patre experiri vult, sed non est etiam danda turpis actio patri adversus filium, quod maxime ad patrem pertineat non lædi famam filii; qua ratione etiam de filio corrupto patri nulla est actio, ne traducat filium simul atque familiam suam, *l.* 14. §. 1. *de servo corr.* Non est etiam danda in parentes vel patronos actio, quæ etsi ipso jure non sit famosa, apud bonos tamen et graves pulsat, onerat sugillat opinionem, et verecundiam eorum ut interdictum unde vi, et quod vi aut clam: nullum est interdictum ipso jure famosum, *l. neque, de vi et vi arm.* onerat tamen famam quodammodo ejus, qui eo interdicto convenitur apud bonos mores, scilicet, ut item condictione furtiva, quæ non est famosa ipso jure id est, ex legibus, *l. cessat, de oblig. et act.* sed sugillat tamen pudorem ejus qui ea actione convenitur, quoniam ea tenetur solus fur. Et verum est, quod interpretes dicunt duplicem esse infamiam, infamiam juris, quæ ipso jure irrogatur, puta, ex edicto Prætoris, et infamiam facti, quæ vel sola sine lege minuit apud bonos mores existimationem nostram: et sive hoc sive illo genere infamis sit, actio quæ a Prætore postulatur, adversus parentes vel liberos denegauda est: et parcendum est omnimodo famæ earum personarum, *l.* 2. §. 5. *et* 7. *de obseq. parent. l. apud.* §. *adversus, de doli except. l.* 1. §. *interdictum, de vi et vi arm.* Interdum tamen magna ex causa Prætor permittit famosam actionem liberto adversus patronum, veluti injuriarum actionem, si eum flagellis cæcidit, quæ in libero homine injuria est gravissima, sævissima, atrocissima, *l. prætor,* §. *præterea de injur. l.* 38. *ad l. Jul. de adult.* Liberi homines non cæduntur flagellis flagris, loris, sed fustibus, sive virgis, *l. in servorum de pœn.* servi soli flagellis, flagris: unde et flagriones dicuntur. Qua ratione etiam libertus patronum jure mariti adulterii accusare potest: nam et hæc gravissima injuria est, *d. l.* 38. §. *pen.*

Ad §. *Semper.*

Semper autem hunc honorem patrono habendum, etsi quasi tutor, vel curator, vel defensor, vel actor interveniat patronus. Sed si patroni tutor, vel curator interveniat, impune posse eos in jus vocari, Pomponius scribit, et verum est.

In §. ult. hujus l. ostenditur etiam hunc honorem patrono esse servandum, si in judicio interveniat nomine pupilli vel adolescentis, vel furiosi quasi tutor, vel curator, agente liberto, vel si interveniat amici nomine, quasi defensor et procurator voluntarius, vel si intervenerit universitatis nomine, quasi actor universitatis: *semper,* inquit, *hunc honorem patrono esse habendum,* sive cum eo scilicet libertus experiri velit, accipiente judicium suo nomine, sive alio nomine: *semper*, inquit, ut similiter in *l. liberto, de obseq. parent. semper*, inquit, *liberto, et filio honestam, et sanctam personam patris videri debere,* semper ea nomina ei sacra videri debere, id est, sive judicio, quo acturus, est libertus, vel filius suo nomine intersit pater vel patronus, sive alieno nomine: et similiter ad §. *adversus l.* 4. *de doli except.*

nihil interesse patronus conveniatur ex suo contractu, an ex alieno. *Semper enim*, inquit, *reverentiam ei habendam esse*, et quod additur in eo §. *tam eo vivo quam defuncto*, proculdubio abundat, et nihil pertinet ad rem propositam, et convenit proprie §. *sequenti*, in quo ea etiam sunt adscripta verba, quandoque dicitur nec conventum ab herede patroni libertum posse excipere de dolo patroni, quod tam vivo, quam mortuo patrono honorem a liberto exhiberi conveniat. Verum additur in fin. hujus l. tutorem tamen vel curatorem patroni, etiamsi res pertineat ad patronum, impune in jus vocari sine venia, puto et defensorem patroni, qui se liti ad patronum pertinenti offert, non puto tamen idem esse in actore universitatis, qui a liberto universitatis impune in jus non vocatur, §. *qui mittitur*, *sup. hoc. tit.* quia libertus qui agit cum actore universitatis, cum universitate, id est, patrona sua, prorsus agere videtur; quia non est alia ratio agendi cum ea propterea quod universitas est corpus incertum. Una est tantum ratio experiundi cum universitate, si agas cum actore ejus: videris ergo incessere patronam non actorem. At quia superest ratio alia agendi cum pupillo, vel adolescente, vel cum adversario quolibet, qui eum omittit, et eligit tutorem ejus, vel defensorem voluntarium, sane non continuo videtur etiam eum incessere, vel impetere: etiam illud est certum, patronum ipsum pupilli nomine posse in jus vocari sine venia, si libertus cum eo agat, ut tutor pupilli, et ex necessitate officii, et fide tutoria, ut ait *l. tutorem*, *de his quib. ut indig.* idque ostendit in *l.* 16. *h. t.* optima ratione, quia libertus non agit cum patrono suo nomine, ut libertus veluti in patronum, sed quasi in extraneum nomine alieno. Itaque non indiget veniæ petitione.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Lib. V. ad Tit. I. De Judiciis.

His titulus de judiciis libri, qui quintus est ex ordine Digestorum, secundæ autem partis primus. Septem enim partes sunt Digestorum: prima continet quatuor libros, et dicitur πρῶτα. Secunda continet libros septem, quorum primus est hic qui dicitur *de judiciis*. Quare quidam censent hunc titulum generalem esse ad totam secundam partem. Idem censent de partis tertiæ titulo primo, quod ea pars contineat libros octo, qui vocantur *de rebus*: sed quæro cur hæ solæ secunda et tertia habeant generales titulos, reliquæ enim omnes singulares a Justiniano vocantur in primo Digest. id est, in constitutione, *omnem*, quæ Digestis præposita est §. *alterutri*, §. *tertii*, §. *ita*. Quidam ad quintam partem adscripsere titulum *de testamentis*, quasi generalem, temere. Repugnant Pand. Flor. in quibus ita habetur inscriptio *de testamentis*, sed hoc modo *qui testam. facere poss.* repugnat Justiniani constitutio. Non est igitur cur secundæ et tertiæ parti titulum generalem potius tribuas quam reliquis. Denique tit. de judiciis ad eam totam partem non potest pertinere. Judicia enim vocamus disceptationes quæ fiunt apud judices et adsessores introductis litigatoribus, aut procuratoribus eorum. *Constantinus lib.* 1. *t.* 2. ἐκ τῶν προκαθεζομένων καὶ συνκαθεζομένων καὶ παριςαμένων καὶ δικαζομένων καὶ ἐντολέων. Hi sunt procuratores et incipiunt judicia a contestatione litis, et durant usque ad sententiam, *l. judex*, *infr. de re judic.* Porro de iis judiciis, eorum ratione, ordine, et de judicibus in hoc tantum titulo tractatur non in sequentibus. Idem dicendum de *t. de rebus credit.* nec enim ille ad sequentia, nec ad condictiones pertinet, hæ conditiones sunt ex æquo et bono, non ex contractu, *l. contra*, §. *ult. l. rerum*, §. *ult. rer. amot. l. indebiti*, *l. hæc condictio*, *l. in summa*, *inf. de condict. indeb.* Ideoque illæ non dantur nisi quatenus is qui accepit, factus est locupletior, *l. cum ii*, §. *sane si*, *sup. de transact.* Præterea si ita generalis est is titulus, cur ei non est subjectus titulus *de pignor. de usur. de evictione.* Dico in edicto perpetuo fuisse propositum specialem titulum *de rebus credit. si cert. pet. et de condict. indeb.* sub quo edixit Prætor de certi condictione, et de variis contractibus. Item de commodato nonnihil et pignore. Item de speciali condictione, quæ ex mutuo datur, edicti verba non habemus: videndum quam ob causam hujus secundæ partis libri omnes appellantur de judiciis. Item quare tertiæ partis libri omnes de rebus creditis appellentur. Hoc explicat constitutio *omnem*, ex qua auditores juris primo anno discunt Institutiones et τὰ πρῶτα. Secundo secundam partem vel tertiam, eamque discunt continua serie, nullo penitus derelicto. Tertio anno tertiam aut secundam, si tertiam priorem didicerunt, idque a capite ad calcem. Quia ergo ex ea constitutione, secunda pars uno contextu traditur, ideo ejus tituli *de judiciis* vocantur, etsi non sint de judiciis. Eadem ratione tertia pars tota de rebus appellatur, et si non sint omnes ejus libri de rebus. Reliquarum partium libri auditoribus sigillatim traduntur, nec earum ulla integra, unove tenore traditur: quod si quarta pars uno tenore traderetur, singuli ejus libri nuncupationem accepissent a titulo *de pignoribus*, non quasi generali, sed quasi ejus partis primo, et non ex tractactionis ordine. Hactenus de constitu-

tionis ratione. Quidam putant *de judiciis* in edicto Prætoris scriptum fuisse *de vindiciis,* quia de vindicationibus tractatur, sed eorum, sententia non est probanda. Nam in *C. Theod.* et sententiis Pauli, idem ordo traditur ; ibi enim præcedit titulus *de judiciis* , sequitur titulus *de vindicationibus* , *ubi quis agere,* id est, in quo titulus est *de foro competenti C.* forum locus est in quo exercentur judicia, dicitur *forus* ab Isidoro, a Victorino Afro *forus et status,* Justinianus interpretatur *forum,* κριτήριον, id est, *judicium*: sic retro *judicium* sæpe pro *foro,* forum est ex 12. tab. ita sumendum, in quibus ita erat *in comitio vel foro,* estque proprie causarum civilium, inde *forenses actiones. l. 1. de incend. ruina, nauf. Paulus 5. sent. tit. de abactorib.*

Ad L. I. et II.

L. I. *Si se subjiciant aliqui jurisdictioni , et consentiant : inter consentientes, cujusvis judicis, qui tribunali præest, vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio*

L. II. *Consensisse autem videntur, etc.*

Judicum nomen generale est, No. 82. §. πᾶς δὲ δικαςής. Primo judicum appellatione continentur magistratus qui tribunali præsunt, item qui magistratus non gerunt, sed aliquam jurisdictionem habent, ut procuratores Cæsaris, *l. 1. C. de jurisd. omnium jud .* item ii quib. mandavit magistratus suam jurisdictionem, ut legatus proconsulis, quam jurisdictionem lex confirmat, *l. pen. inf. eo l. eum qui sup. de jurisd. omn. jud.* Item ii qui notionem habent, non jurisdictionem , ut judices Pedanei , qui dantur a magistratib. Præterea Pedaneis dantur δικαςικὰ (*Gall. Espices.*) Nov. 82. magistratibus non dantur. Ad hæc magistratus plerunque erant viri militares. Pedanei periti esse debebant δικαίων καὶ πεῖρας d. Nov. Item judicum appellatione continentur et ii, qui nec notionem , nec jurisdictionem habent, ut compromissarii arbitri , qui privati sunt ; de his est *tit. de arbitr.* hic locus est de iis tantum, quorum proprie judicium est ordinarium, Constant. 1. Epit. tit. 4. ἀπῆλθεν εἰς ἐνόρδινον δικαςήριον, ἤγουν ἔμβαθμον καὶ κύριον. Sic Nov. 20. et 102. eo loco ordinarium κύριον appellatur. In libris nostris ordinarii judices dicuntur Præsides, Correctores, Consules, et alii qui sunt tantum clarissimi. Ordinaria judicia sunt tantum clarissimorum, id est, quæ a clarissimis exercentur vel dantur, spectabiles et illustres extra ordinem cognoscunt, et vice sacra, *l. omnes, C. de episc. et cler. l. ult. C. de modo mulcte l. 2. C. de prox. sacror. scrin.* Ergo ordinarii judices sunt infimi ordinis magistratus, ut et ordinarii milites gregarii. Adde arbitrum compromissarium semper sumi pœna interposita ex compromisso. Judex pedaneus datur a magistratu ex consensu, utriusque partis, sine compromisso, *l. ex consensu, de appellation. l. antep. inf. eod. Cic. pro Cluentio :* nec denique judex est is quem una tantum pars elegerit , id enim mali est exempli, *l. observandum, inf.* nisi hoc princeps permittat, et qui ita dabatur judex a ditius *Cic. pro Planco.* Servius in illud Eglogæ 3. *in me mora non erit ulla,* id est, *contendam etiam apud æditiuum judicem.* Adde eum qui aliquam inter partes jurisdictionem non habet, ex consensu tamen communi competentem fieri, si inter alios jurisdictionem habet *hac l. 1. et l. 1. C. de jurisd. omn. jud.* cui opponitur *l. pen. C. de pact.* sed ea lex pen. loquitur de eo qui in contractu cum alio habito renuntiavit præscriptioni fori, ut et *l. 1. sup. si quis in jus vocat.* hic enim nunquam potest mutare voluntatem: At nos loquimur de duab. partib. quæ mota jam controversia in judicem incompetentem consentiunt , quo casu pœnitentiæ locus est ante aditionem , sed si utique in eum consentiant , qui nullam jurisdictionem habet, privatorum consensus judicem eum non facit , *l. 3. C. de jurisd. omn. jud. l. pen. inf.* Ideo frustra consentiunt in pedaneum judicem , *D. Augustin. in quæst. vet. testam. compromittere quidem in eum possunt, judicem facere non possunt.* Summa est : ex consensu litigantium eum fieri judicem competentem, qui ex ordine est incompetens dummodo jurisdictionem habeat ; hæc nostri vocant, *prorogationem,* male: prorogatio enim ad tempus *l. 2. §. si et judex :* hic si quis sit judicare jussus intra certum tempus, prorogari poterit, si accedat etiam judicis consensus. At cum partes se subjiciunt incompetenti judici, non est ejus judicis necessarius consensus , *l. 2. §. convenire.* Ostenditur vero quando litigatores consentire videantur, si se non esse ejus jurisdictioni subjectos certo sciant : qui errant non consentiunt , *l. si per errorem, sup. de jurisd. omn. jud.* errant qui putant ejus se subjacere jurisdictioni quem adeunt, si non sint ejus jurisdictionis, vel si putent ex ejus provincia se esse , cum sint ex aliena. Item errant qui alium pro alio adeunt , ut Prætorem fideicommissarium pro tutelari, utreque casu errant in facto: si enim in jure errant, puto eos pro consentientibus habendos, ut si tutelarem Prætorem de causa centumvirali, putant posse cognoscere, pro confessis enim habentur et ani qui errant in jure , *l. 2. de confessis* , ut legatarius dum petit se quasi hæredem debere , errat in jure. Qui ergo errant in facto , in hoc proposito ii sunt qui non videntur consentire. Præterea non consentiunt , qui coguntur a judice incompetenti ad judicium acci-

piendum: nam ut error, sic vis contraria est consensui, viribus prætura, id est, vi imperii, *l. cum Prætor*, *inf. eod.* Inter consentientes ergo, et convenientes recte jus dicit quilibet judex incompetens. An et in eis judicis consensus exigitur? non. Lex enim Julia judiciaria, quæ hoc constituit, exigit tantum consensum litigatorum; ergo ea quæ lex exigit, sufficiunt §. 1. Inter multas leges judiciorum hæc est, de qua Gellius lib. 14. cap. 2. Macrob. Satur. 1. cap. 10. ubi eam Augusti legem et edictum vocat, ea complectebatur, aliquid de difissionibus judiciorum, et de feriis quibusdam. Est et hæc ex l. Julia, ut inter privatos consentientes cujusvis sit jurisdictio, non ut judex rei de qua judex est arbitrium recipere, et in se compromitti jubere non possit, *l.* 9. §. *si quis judex*, *sup. de recept. arbit.* solet ei §. opponi Novella 86. ex qua efficiunt judicem posse compromissum accipere. Dicendum, judicem ejus rei de qua judex est arbitrium suscipere non posse ex pœna, et compromisso, at honorariam operam suam, veluti amici posse interponere, hæc est sententia Novellæ 82. Tertio cognitionaliter, utraque parte præsente, et ritibus judiciorum solemniter peractis, qui operam honorariam interponunt a Justiniano μεσῖται. Novell. 90. de testibus a Constantino μεσάζοντες vocantur. Ergo judex rei, de qua judex est μεσίτης esse potest, non arbiter compromissarius. Id etiam cautum est l. Julia, ut minor viginti annis judicare non cogatur, *l. cum lege*, *sup. de recep. arb.* Eo in loco multi notant, minorem viginti quinque annis, posse judicem fieri, modo sit major 18. annis, exigunt enim in judice plenam pubertatem ex *l. quidam*, *inf. de re judic.* Sed id negat Constantinus Harmenopulus lib. 1. tit. 4. minorem ait judicare non posse, quod et verum est, et comprobatur 7. *Basil. tit.* 5. minor enim 25. annis non potest in curiam legi, *l. non tantum*, *inf. de decurionibus.* Lege Pompeja minores 30. annis, Plin. epist. 82. nostris moribus exigitur, ne sit decurio minor 25. annis, adde quod minor 25. annis non admittitur ad munera civilia, quæ patrimonialia non sunt, *l.* 2. §. 1. *inf. de vacat. mun.* nec ad honores. *l. ad rempub. de mun. et honor.* Interdum tamen ex causa admittuntur, et ut urgente penuria, *l.* 2. *qui ætate se excus. lib.* 10. *C. l.* 1 *C. qui et advers. quos in integ.* Item beneficio principis, et pro numero liberorum, pro quorum numero remittuntur anni ex l. Julia et Papia *l.* 1. *sup. de minorib.* item si ea sit civitatis consuetudo ut etiam minores admittantur, *dict. l. non tantum, in fin.* At si minor ex his causis fuerit in curia admissus, non poterit ante annum 25. suffragium ferre, *d. l. ad rempub. l. spurii*, §. 1. *sup. de decurionibus;* similiter dico non posse eum judicare; nec obest *d. l. cum lege*, *sup. de recept.* nam ea non definit aperte minorem 25. annis posse judicem fieri, sed si evenerit, ut minor 20. aut 25. annis ex consensu partium judex eligatur, aut detur, ait lex Julia eum non cogi invitum judicare, alii coguntur; nec obest *dict. lex quidam inf. de re jud.* ea enim lex non statuit minorem 25. annis posse judicem fieri, sed si is ex consensu partium judex datus fuerit, tueri sententiam oportere, dummodo non sit minor decem et octo annis qui nec ex consensu potest judicare, nec decurio esse, *l.* 19. *C. Th. de decurion.* nec obstat *l. cum Prætor inf.* in qua numerantur, qui non possunt judices dari, puberem illic non excipit, sed ideo loquitur de impubere, quia is nullo modo potest dari, ut nec eæ tres ibi enumeratæ personæ, pubes vero potest ex consensu partium. Postremo de l. Julia, illud etiam est ut in l. Juliam incidat reus vel accusator, qui intrat domum judicis, *l.* 1. *inf. de ambitu*, qua de re habes constit. Valent. et Gratiani *l.* 6. *C. Th. de off. rect. provinc. ad Ant. P. P.* ne quis domum ordinarii judicis pomeridiano tempore accusatione secreti familiariter ingredi affectet, quod *dict. l.* 1. convenit, *et l.* 1. *C. Th. de off. jud. civil.* ubi est ne meridianis horis, quib. scilicet tempus vacuum est a judiciis, a litigatorib. judices adeantur. Ergo ex l. Julia, non est necessarius consensus judicis, aliud est si prorogetur ex consensus partium tempus præscriptum judici, quo casu necessarius est judicis consensus, maxime si sciat se ad tempus datum, ut ostendit §. *si et judex*, sed hac in re necesse est ne illa prorogatio excedat definitionem legitimi temporis, *l. si judex*, 32. *inf. hoc t.* cujus verba cum adjecta sint a Tribon. sunt interpretanda ex *l. properandum*, *C. eod.* Causæ civiles finiri debent intra triennium, in criminalib. biennium præfinitum est, olim erat annus tantum, *l.* 2. *C. Th. ad leg. Corn. de fals. et tit. ut intra annum crim.* ex *l. reus, de munerib.* Species *l. si judex* est: judex datus a magistratu præscripto certo tempore, intra quod judicaret, decessit: in locum ejus, alius dabitur et huic subdito judici, tanta ex integro dabuntur, quanta fuere præscripta priori judici, tamen ut legitimum tempus non excedat: si triennium, ut si primus jussus sit judicare intra triennium, hoc casu dabitur tantum annus ne excedat triennium. At si primo præscripti erant sex menses, tot et subdito dabuntur: nec obest *lex properandum*, §. *sin autem*, nam *l. si judex*, loquitur de judice dato ad certum tempus nominatim, *l. properandum* de eo qui circumscriptus est tantum legitimo tempore, qui si moriatur, subdito nunquam minus dabitur quam annus. Postremo notandum consensum judicis requiri, si ex consensu partium

cognoscat de majori summa quam possit judicare, ut magistratus municipales. Paulus 5. *Sent. tit.* 5. *si is de majori summa velit judicare, necesse ut* et ipse sit conscius, *l. de qua re inf. l. inter convenientes inf. ad municip.*

Ad §. Legatis.

Legatis in eo quod ante legationem contraxerunt, item iis qui testimonii causa evocati sunt, vel accersiti judicandi causa, vel in provinciam destinati, revocandi domum suam jus datur. Ei quoque qui provocavit, non imponitur necessitas circa tempora provocationis exercendæ, Romæ vel alio loco, ubi provocatio exercetur, aliis pulsantibus respondere: nam Celsus huic etiam domum revocationem dandam ait: quoniam ob aliam causam venerit, et hæc sententia vera et rationabilis est. Nam et Divus Pius Plotio Celsiano rescripsit eum qui tutelæ reddendæ causa, Romam erat ad se evocatus, alterius tutelæ, cujus causa non erat evocatus, non debere compelli judicium suscipere.

Quæstio est de iis; qui jus habent revocandi domum aliud est revocare forum, aliud revocare domum. Revocant forum, qui utuntur præscriptione fori, ratione militiæ, dignitatis, aut sacerdotii, aut qui vocati ad judicem incompetentem, invocant competentem. Huic præscriptioni locus est, etiam si quis conveniatur eo loci, in quo contraxit, nisi specialiter privilegio huic renuntiarit, *l.* 1. *sup. si quis in jus vocat. l.* 7. *et l.* 49. *hoc t. l. pen. C. de pact.* Domum autem revocat is, qui vocatur ad forum non omnino incompetens, sed tamen postulat litem transferri in locum sui domicilii, ut si is, qui Romæ domicilium habet, in ea provincia conveniatur, in qua assidue versatur, non est incompetens forum, *l.* 2. *C. ubi senat. vel claris.* Item si is, qui in provincia domicilium habet, Romæ conveniatur. Nam Roma est communis patria, *l. Roma, ad municip.* Tull. Romam esse communem patriam Romanorum, et Italicorum, quoniam l. Julia Italicis data erat civitas, nostri dicunt Romam esse patriam omnium qui sunt in orbe Romano, ex constit. Antonini, *l. in orbe, de statu hom.* Rutilius in Itinerario, *urbem fecisti qui prius orbis erat. Novell.* 78. Si ergo communis patria, ergo et commune forum: si provincialis conveniatur Romæ, aut romanus in provincia, in qua assidue versatur, non est forum omnino incompetens, domum tamen revocabit, vel si testimonii dicendi causa, aut judicandi, accersitus sit, ibique conveniatur: vel si is qui Romam venit ob provocationem, intra tempora provocationis ibi conveniatur. Item si Romam venit rationis tutelæ reddendæ causa, aut alterius negotii. Item in provinciam destinatus a principe, si in ea conveniatur. Postremo legatus provincialis si Romæ conveniatur, *l.* 8. 9. *et* 28. *§. ex quibus, hoc tit.* Hæc revocatio domus, sicut præscriptio fori, in ipso limine quæstionis, ante litis contestationem opponi debet, *l. ult. C. de except.* Nam hac allegatione id agitur, ne reus judicium accipere cogatur. Itemque ne jurare cogatur. Nam qui non cogitur litem contestari, nec jurare cogitur, *l.* 28. *§. ex quibus, hoc t. l. tut. §. ult. de jurejur. inf.* Qui hanc allegationem habent, venire debent, ibi privilegium allegaturi, *l.* 2. *sup. si in jus voc. non ier. l.* 5. *hoc t.* Is autem, ad quem ille vocatus est, debet cognoscere, an ille qui vocatus est, in ea sit causa, ut domum revocare debeat, *§. sed si dubitatur, hac l.* 2. Et si deprehendat illum in ea causa esse ut domum revocari debeat, differenda est contestatio litis, exacta cautione judicio competenti sisti, eaque cautio erit nuda repromissio non satisdatio, id est, non necesse habet dare fidejussores, nam difficile est plerunque fidejussores invenire. Plures autem sunt, qui domum revocant. Inter eos sunt legati provinciarum et municipiorum. Magna est autem differentia inter legatos et alios, alii enim si Romæ contraxerint, præsenti tempore, vel alio, et ex eo contractu Romæ conveniantur, non revocant domum. Idem est, si contraxerint extra suam civitatem vel provinciam: nam ii Romæ etiam recte conveniuntur, *§. item si extra domum h. l.* 2. (qui §. non est accipiendus de legatis, sed de ceteris omnib. qui revocant) in legatis non idem est: provinciales enim legati domum revocant, etiam si Romæ contraxerint, vel extra provinciam suam, dummodo ante legationem contraxerint. Ceterum non nisi durante legatione domum revocant, ne scilicet per causam litis revocentur a munere publico: ea enim peracta, si ibi subsideant, non revocant, sed recte conveniuntur, *§. omnes, h. l.* Alii quoque qui jus habent domum revocandi, si Romæ agant cum aliquo, adversus alios omnes se debent defendere, id est, omnes aliorum actiones debent suscipere, quasi id ipsi sibi forum elegerint, nisi agant ex delicto; nam possunt persequi suam injuriam, *l.* 22. *h. t. §. sed etsi agat, h. l.* (qui etiam §. non pertinet ad legatos) Aliud est in legatis: nam illi Romæ nulla propria actione experiri possunt, nisi ex delicto. Denique nullis aliis negotiis quam publicis implicari possunt, *l.* 8. *§. ult. l.* 9. 10. 11. 15. *de legationib.* Excipienda sunt quædam: nam si hæres rogatus sit restituere Titio hæreditatem, qui nunc Romæ legatione fungatur, et nolit adire hæreditatem, cogi poterit a legato, interventu Prætoris, *l.* 28. *h. t. l. si legatus* 30. *ad Trebell.* Ratio, quia hæc occupatio levis est. Item legatus

potest etiam contrahere tempore legationis, *l.* 2. *inf. de legat. l. si legationis inf. h. t.* at tempore legationis litem sequi non potest. Item non potest sua vel aliena negotia procurare, ut edictum est, *d. l.* 8. *de legat.* nam hæ sunt graves occupationes. At quid dicendum, si ex contractu tempore legationis inito (quod potest) conveniatur? hoc casu non revocabit domum, *l. cum furiosus*, §. *ult. hoc t. l. non distinguemus*, §. *item si quis Romæ*, *sup. de recept.* quid si constituerit tempore legationis se soluturum, quod debet, an poterit conveniri ibi? distinguo. Si constituat se soluturum, quod contraxit in ipsa legatione, non revocat domum, sed agetur cum eo de constituta pecunia, Secus est, si tempore legationis constituat se soluturum, quod ante legationem debuit, *l.* 8. *h. t. l. qui id quod*, *inf. de donat.* spectamus originem contractus, *d. l.* 8. Eadem distinctio locum habet, si quis tempore legationis compromittat de eo, quod contraxit in ipsa legatione, arbiter cogitur sententiam dicere: at si compromittat de eo, quod ante legationem contraxit, arbiter non cogetur. Item, si tempore legationis nactus sit possessionem alienæ rei, non revocat domum, id est, patietur actionem in rem. At si ante legationem nactus sit possessionem, licet eandem habeat in legatione, revocabit domum: ratio, quia initium possessionis spectamus, non præsentem possessionem, *l. non alias* §. *ult. et l. seq. hoc. t.* Sed *l.* 8. *opponitur l. eum qui* §. 1. *inf. de constit. pecun.* In *l.* 8. ait, eum revocare, si constituat, quod ante legationem debuit, quod negat *l. eum qui Romæ.* Manifestum est illic negationem desiderari: si enim putat Julianus agi posse de constituta pecunia, debuit dicere, *conveniri posse*, non, *debere.* Præterea subjicitur in eo §. *sed etsi non cum Romæ esset*, *sed in provincia adhuc*, *constituit se Romæ soluturum*, *denegatur in eum actio de constituta*: subjicitur in eo §. *sed etsi, cum esset in provincia*, *se Romæ soluturum*, *denegatur actio.* Hæc verba; *sed etsi*, solent similia repetere. Porro priore casu etiam denegatur actio. Sensus est non tantum denegatur actio, si Romæ constituat, quod ante legationem debuit; sed etiam, si cum adhuc esset in provincia, Romæ constituat se soluturum: nam hoc etiam casu non convenietur, nisi nominatim dictum sit, ut legationis tempore solveret, *l.* 3. *inf. de legationib.* Legati etiam non habent jus domum revocandi, si tempore legationis deliquerint, *l. non alias* §. 1. *hoc t.* Nam si ob negotium contractum tempore legationis, non revocant domum, multo minus ob delictum revocabunt. Deinde quid juris est, si legatus tempore legationis hæreditatem adierit, an hæreditariis actionibus tenebitur, an conventus non revocabit domum? Et quidem dicendum videtur, cogi eum pati hæreditarias actiones, quia adiit tempore legationis: ac proinde, contraxisse videtur, *l.* 3. *inf. quib. ex c. jus in possess.* §. *hæres*, *Instit. de oblig. quæ ex quasi cont.* Ergo et conveniri posse videtur. Verum aliud receptum est, et hac in re separatur aditio hæreditatis ab aliis contractibus. Legatus ex uno vel altero contractu conveniri poterit: non item ex aditione hæreditatis, convenire non poterit. Nam hæreditas plerumque onerosa est, nec in ea una est res, unusque contractus, sed multitudo negotiorum, quorum multitudine si implicetur legatus, verendum est ne ab officio legationis abducatur. Itaque adhibit quidem hæreditatem legationis tempore, sed non statim respondebit creditoribus hæreditariis, aut legatariis. Verum satisdare eis debet, vel æris, vel legatorum nomine, et nisi id fecerit, mittentur in possessionem custodiæ causa, *l.* 26. *et* 27. *h. t.* Hac satisdatione, aut repromissione parum impeditur legatio, ideo admittitur, lites hæreditariæ suspenduntur. Sic etiam si legatus ædium suarum nomine non caveat damni infecti, vicinus in possessionem mittetur, *l.* 28. §. *ædium*, *h. t.* Idem dicendum, si legato tempore legationis ab hærede ex fideicommisso restituta fuerit hæreditas, nam perinde est, ac si ipse adiisset, ut scilicet interim non teneatur hæreditariis actionibus. Restituta quidem hæreditate, actiones transeunt in fideicommiss. ergo et in legatum transirent, ceterum eis non tenebitur durante legatione, *d. l.* 28. Poterit autem legatus durante legatione hæredem cogere, ut hæreditatem adeat, litem agere, ut restituat, actionem ordinariam movere non potest, eo nomine adire Prætorem potest, quia levis est occupatio. Quin etsi adierit eo nomine Prætorem, non ideo subjicitur mutuis actionibus *d. l.* 28. Nunc videndum quid dicendum sit, si ipse legatus adierit tempore legationis, et hæreditatem restituerit, an hoc privilegium, quod habet legatus, transfertur in fideicommiss. Minime: nam hoc personale beneficium est, *l. qui ita*, §. *pen. inf. ad Treb.* Eæ enim tantum actiones transeunt ad fideicommiss. quæ rei cohærent, non quæ personæ. Circa eam l. 28. fallitur Accurs. duobus in locis. Primo non adsequitur quid sit exceptio Treb. Ait lex fideicommiss. non dare exceptionem ex persona legati, id est, privilegium, quod legatus habet, non videri transmissum ex SC. Treb. in fideicommiss. eoque nomine fideicommiss. non dari excep. Treb. quasi translatam: et sic etiam actionem Treb. accipimus *l. si patroni*, §. *actiones, ad Treb.* Secundo fallitur, quod dicit legatum cogi tempore legationis adire, non tamen restituere, *l. si legatus, ad Treb.* quæ potius contrarium

ostendit. Sciendum hæredem legatum restituere hæreditatem, si sua sponte adeat, detrahere quadrantem. Si coactus adierit amittere Falcid. Item, si hæres detracta Falcidia restituerit hæreditatem, onera creditorum inter hæredem et fideicommissar. dividuntur pro quadrante et dodrante. Onera legatorum solus fideicommiss. agnoscit. His positis, lex ait, legatum qui non vult adire hæreditatem sibi suspectam, cogi adire, deinde subjicit. Quid si legatus dicat, se velle deliberare? quomodo consuletur fideicommiss. Hoc casu nihilominus statim adire cogitur, licet non statim restituat. At cum finito tempore deliberationis cognoverit sibi expedire, detrahet Falcid. reliquum restituet. Quod si sibi non expedire putet, assem restituet, nec onera ulla patietur. Ergo hoc casu legatus adire cogitur, sed non statim restituere, nisi post completum tempus deliberationis. Verum hoc non est singulare, sed in omnibus locum habet, *l. omnes ad Treb.* Summa est. Hæreditario nomine legatum conveniri non posse, etiamsi tempore legationis hæreditatem acquisierit: item ex contractu, aut delicto commisso tempore legationis, legatus conveniri non potest, nec ex contractu habito ante legationem, eo loco, in quo legatione fungitur. Alii omnes, qui habent jus revocandi, conveniri possunt ex contractu, etiam alio tempore eo loco habito. Huic postremæ sententiæ opponitur *l. non alias in prin. h. t.* Ea lex non loquitur de legatis, quos solos excipimus. Ait tamen eum, qui est Romam evocatus a principe, non aliter posse conveniri, quam si eo tempore contraxerit. Ergo si alio tempore Romæ contraxerit, omnino non poterit conveniri. At nos hoc tribuebamus solis legatis. Hocque pugnat cum §. *legatis*, *hac l.* in quo agitur de eo, qui tutelæ causa est evocatus a principe: et tamen traditur, eum posse conveniri, sive eo tempore, sive alio Romæ contraxit. Respon. sic. Initium *l. non alias* non est accipiendum de eo, qui evocatur a principe privati negotii causa, sed de eo, qui evocatur publici negotii causa. Hic non multum distat a legato. Ideoque statim in ea lege ei comparatur legatus. Intelligitur ergo de eo, qui evocatur per sacram evocationem, *l. 1. C. ut omn. jud. tam civil. l. ult. Cod. de dignitat.* Extat formula apud Cassiodorum *lib. 7. Variarum*, hujus meminit et *Nov.* 8.

Ad §. In omnibus.

In omnibus autem in quibus protelatur admonitio, hoc procedere sine temporali damno creditorum oportet.

Hæc verba, *in omnib. etc.* Ulp. non sunt, sed Trebon. protelandi verbum Justin. id est, proferendi, *l. properandum*, *C. de judic. l. cum antiquiorib. C. de jure deliber. l. 3. in princip. de damn. inf.* Protelare ibi est proferre, extendere, protrahere. Nonius, Terent. aliter accipit protelare, pro excludere. Accipitur etiam pro adjuvare, in eo loco Catonis: *protelo trini boves aratrum ducunt*, adverbium est. Lucil. *quem juga mularum protelo ducere non possunt.* Plin lib. 9. c. 19. *pisces protelis boum extrahit*, id est, junctis bobus, ubi male, *Prope is*. sic *lib.* 18. *C.* 18. *protelis binis ternis*, ubi male, *procellis*. Admonitionis etiam verbum Justiniani est, et accipitur hic pro conventione executoris, pro admonitione libelli, ut *l. ult. C. de duob. reis.* Græce ὑπόμνησις. Sensus est: domo revocata, atque adeo rebus dilatis, ex ea prolatione nullum præjudicium fieri creditoribus circa temporum præscriptionem, videlicet si habeant aliquam temporalem actionem: nam interim ejus actionis tempus non curret, *l. ult. in fin. C. qui bon. ced. poss. l. ult.* §. *donec*, *C. de jure delib. Nov.* 115. §. *pen. Nov.* 123. §. *si vero etiam Episcopi.* Neque obstat *l.* 28. §. *sed etsi dies*, *h. t.* Loquitur enim de legato, qui privilegium habet domum revocandi. At si creditoris actio sit tempore peritura, plerunque legatus cogitur litem contestari, et deinde eam transferre in provinciam ubi persequetur, idque ideo, ne actio pereat. Quæritur, cur cogatur litem contestari, cum dies actionis interim non currat? Superfluum est respondere tempus actionis currere ipso jure, idque non negatur *hoc* §. sed dicitur hoc procedere sine præjudicio creditorum, qui ex hac causa facile restituuntur, *l. ait prætor* §. *ult. et l. seq. et l. necnon*, §. *si cum*, *sup. ex quib. caus. major.* videlicet si actionis tempus fuerit continuum: nam si fuerit utile, ipso jure non currit. Nam non computatur id tempus, quo ad revocandum domum agi non potest *d.* §. *si cum.*

Ad §. His datur.

His datur mulctæ dicendæ jus, quibus publice judicium est, et non aliis: nisi hoc specialiter eis permissum est.

Sciendum est multas esse differentias inter pœnam et mulctam. Pœna genus est, mulcta species Omnis mulcta pœna est, sed non contra. Præterea mulcta hodie est pecuniaria, *l. aliud est fraus*, *de verbor. signific.* olim fuit ovium, boum, ex l. Aterina vel Ateria est pecuniaria, Gell. *lib.* 11. *cap.* 10. Pœna non tantum pecuniaria, sed etiam capitalis est, *d. l. aliud est.* Item mulcta est arbitraria, nisi quandoque lege sit constitutum quantam mulctam judex dicat, *l. ab executione*, *C.*

quor. appellat. non recip. l. 1. *inf. de serv. fugit.* Est etiam mulctarum modus quidam, quem judex non potest excedere: intra eum mulctat suó arbitratu *l. certa, Cod. quando provoc. non est nec l. ult. Cod. de mod. mulct.* Pœna autem omnis lege definita et certa est: ut furti pœna est quadruplum aut duplum, ideoque judex eam augere, aut minuere non potest, *l.* 1. §. *sed non utique*, *inf. ad Turpill.* Hocque verum est jure ordinario, si extra ordinem agatur, tunc potest. Porro hodie omnia judicia sunt extraordinaria. Hodie ergo pœna venit ex arbitratu judicis, *l. hodie*, *inf. de pœn.* Item mulcta provocatio est, eoque singulari casu appellatur ab interlocutione, et ante sententiam, et si judex mulcta dicta aut captis pignoribus, aut vinculis coerceat contumacem, *l. sacrilegi* §. *ult. inf. ad l. Jul. pecul. l.* 1. §. *quid ergo, de vent. inspic.* Cicero de legib. 3. *Magistratus nec obedientem et noxium mulcta, vinculis, verberibusque coercento.* Ergo ab ea mulcta appellatur. Sunt et alii casus, quibus id fit, ut *l. et in mulctis, C. de appellat. l. cum de præscriptionibus Cod. Theodos. de appellat. l. nullum, Cod. Theod. quor. appellat. non recip.* Pœnæ provocatio non est: nam legis provocatio non est, id est, is quem furem esse constat, quippe confessus et convictus est, de pœna quadrupli non appellat, alioquin de iniquitate legis appellaret, *l. si qua pœna, de verbor. signific.* Verum fur aut reus quilibet de omni judicio potest provocare. Hodie appellatur etiam de pœna, quando extra ordinem omnia aguntur, cum ea ex arbitrio judicis veniat. Appellabit ergo fur de pœna, dicens, graviorem esse æquo. Postrema differentia est: mulctam dicere is tantum potest, cui judicatio data est, *l. aliud est* §. *ult.* (quidam legunt *adjudicatio*, sed idem est) *l.* 2. *in fin. inf. fin. reg.* Puto in Pand. duob. aliis locis tantum legi *judicationem*, in ea significatione. Affertur *l. in furti. inf. de furt.* male: ibi enim legitur condemnatio: item *l. qui cum uno* 4. §. *non omnis inf. de re milit.* cujus sententia est: is, qui cum litem haberet, nomen militiæ dedit, lege exauctorari jubetur. Videlicet, si eo animo militiæ nomen dedit, ut se adversario duriorem ostenderet. Sequitur postremo, *nec tamen facile indulgendum est.* Sciendum, nostros auctores sic loqui: *Juliani sententiam sequendum est, l. in bello* §. *facti*, *inf. de capt. et post. rev.* et alio loco, *adversus eum exceptionem doli mali denegandum est, l. doli mali inf. de novat.* Sic etiam in §. *non omnis*, legendum, *Non tamen facile indulgendum est exauctorationem iis, qui negotium ante habuerunt*, id est, non facile exauctoratio remittenda est iis, qui ante litem habuerunt.

Adjudicatio et addictio idem est: is ergo tantum potest mulctam dicere, qui et addicere: nam in mulctæ dictione addictio interveniebat, *Gell. loco citato.* Porro addicere tantum possunt Magistratus populi Romani, aut provinciales. Ergo et hi soli mulctam dicunt, *d. l. aliud est*, §. *ult. l.* 2. §. 1. *si quis in jus voc.* Mulctæ dictio jurisdictionis est publicæ. Hoc ait hic §. *ult.* Non datur jus mulctæ dicendæ procuratori Cæsaris, quia is publice jurisdictionem non habet, sed inter certas tantum personas, ut inter fiscum et privatum, *l.* 2. *Cod. de modo mulctarum*, non est existimandum quidquam differre procuratorem Cæsaris a rationali, idcoque Græcis est ἑρμηνευτικὸν, non διαζευτικὸν. Curator Reipublicæ qui dicitur λογιστὴς, *l. ult. de offic. asess.* mulctæ dicendæ jus non habet, *l.* 3. *C. de modo mulct.* Curator Reipub est tantum judex, et censor rerum ad municipium pertinentium: is erat ex decurionibus, vectigalia locabat, vias curabat, causas Reipublicæ agebat apud præsidem vel principem. Præterea defensores civitatis ἔνδικοι jus dicendæ mulctæ non habent (Romæ erant Senatus, consules, et Tribuni plebis, in aliis civitatibus erant Duumviri loco Consulum, Defensores civitatum instar Tribunorum plebis, et Curia loco senatus). Hi defensores non erant publice judices, sed inter plebejos tantum cognoscebant, et ad certam quandam summam, *Nov.* 15. Hi mulctæ dicendæ jus non habebant, *l. defensores* 2. *C. de defensor. civ.* multo minus pedanei judices. Sequitur in *hoc* §. *Nisi hoc specialiter*, etc. Hoc videtur Tribon. nam pedaneis et specialibus judicibus interdum permissum est mulctam dicere, *l. ult. Cod. de sportul.* Ex qua hi possunt mulcta coercere executores litium, qui in lite instruenda improbato more versantur. Denique poterit etiam judex datus mulctare, si id dando illi judex specialiter permiserit. Sed de judice compromissario quæritur? Videtur, quod sit lege nominatim permissum, alioqui nunquam perveniet ad sententiam, *l. non ex omnib.* §. 1. *sup. de recept.* Constant. *lib.* 1. *Epit. tit.* 9. Pœnam vero irrogare potest etiam privatus, cui hujus criminis executio permissa est, *d. l. aliud*, §. *ult.* Sciendum enim merum imperium privato dari posse, merum enim imperium non est jurisdictionis, sed legis, *l.* 1. §. *ult. de off. ejus cui mand.* Sic pœnæ irrogatio non est jurisdictionis, sed legis: potest quis esse privatus cum imperio mero, ut Pompejus missus adversus Sertorium, de quo Tull. in Phil. XI. *Clarissimo viro atque innocentissimo decrevit imperium privato tamen.* Sic ex diverso, potest quis esse magistratus sine imperio mero (sine mixto nunquam) ut Tribunus plebis, qui nisi blandis verbis populum in turba

summovere potest sic, *si vobis videtur recedite, Quirites.* Eadem ratione tutoris datio non est jurisdictionis, sed legis, nam et privatus tutorem dat.

Videndum, an legatus Proconsulis possit mulctam dicere. Sic videtur; nam is, cui mandata est jurisdictio, modicam habet jurisdictionem, *l. ult. sup. de off. ejus cui mand. l.* 2. *inf. quis a quo appell.* cujus legis verba expendenda. *A legatis Proconsul appellari potest.* Sic Florent. qu'a Proconsuli dabantur tres aut quatuor legati, *l. legati, sup. de off. Proconsul.* Sequitur: *Et si mulctam dixerit, etc.* Ergo possunt mulctam dicere; nec mirum, quia Proconsul omnem eis jurisdictionem mandavit. Ex ea l. colligitur ab eo, cui mandata est jurisdictio, appellari ad eum, qui mandavit, quod videtur falsum: nam non ad eum, qui mandavit, sed ad superiorem appellatur, *l.* 1. *ff. Quis a quo appell.* Ut si Prætor tibi mandavit jurisdictionem, a te ad illum Pretorem non appellatur: tu enim vice ejus judicasti: non potest a se adseipsum appellare. Sed dicendum est hoc speciale esse in legatis Proconsulum: nam illi non deligebantur ab ipso Proconsule, sed a Republica. *Cic. de petit. consul.* Et Proconsul eis solis, qui ei dati sunt legati, potest mandare jurisdictionem. Prætor autem cuilibet mandat jurisdictionem, ideoque nec a dativo ad eum appellatur. Aliud est in judice dato: nam ab eo appellatur ad eum qui dedit: nam judex datus non fungitur vice ejus, qui dedit, quia ab eo nullam jurisdictionem habet, sed notionem tantum, idque sive ipse eum elegerit, sive partes, sive princeps, *l.* 3. *quis a quo app.*

Ad L. III.

Non videtur frustrandæ actionis causa latitare, qui præsens suscipere judicium non compellitur.

In edicto Prætoris fit mentio de eo, qui latitat fraudationis causa, in cujus bona ideo fit missio, *l. eo tempore, de pecul. l. Fulcinius, inf. quib. ex caus. in poss. eat. l.* 5. *de reb. auctor. jud. possid.* Itaque eo loci sic legendum: *Non videtur fraudationis causa latitare, etc.* ut sit sensus: qui habet jus revocandi domum, vocatus venire quidem debet, sed si non venerit, an actor mittatur in bon. poss. ejus? Non, quoniam qui est præsens, et non compellitur judicium accipere, non videtur fraudationis causa latitare; *l.* 3. *h. t.*

Ad L. IV.

Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio.

Inter patrem et filium emancipatum judicium consistere potest; sed si filius emancipatus patrem provocat, debet veniam a Prætore deprecari. Ipse pater litigaturus cum filio emancipato, veniam petere necesse non habet. At inter patrem et filiumf. nulla lis esse potest, nisi ex castrensi peculio, vel quasi. Nam in iis peculiis filiusfam. pro filio emancipato habetur. Ergo ex iis poterit cum patre litigare, venia prius petita. Sic etiam est de bonis adventitiis, quæ ei certis ex causis pleno jure acquiruntur, et in iis bonis militi filiusf. comparatur. At his exceptis nulla lis potest esse inter patrem et filiumf. nam idem videtur esse homo: secum ipso nemo litigat. Imo vero si lis fuerit inchoata adversus eum, qui erat sui juris, solvitur lis, si in adversarii potestatem ille per arrogationem reciderit, *l.* 11. *h. t.* patria potestas rite inchoatum judicium solvit, multo minus patietur inchoari, Opp. l. 4. restitutionis in integrum causa, est lis, *l. si intra, C. de restit. in int. l. si filius, sup. de minor.* appellatur etiam actio, *l. etiam ei, de minor.* At filiaf. restituitur adversus patrem, ergo adversus patrem litigat, *l.* 3. §. *ego autem, de min.* Pater cum dat filiæ nomine dotem, ex continenti recte eam stipulatur sibi, ex intervallo non recte, nisi filia consentiente. At si ea consenserit temere et imprudenter, restituetur adversus patrem, ergo litigat cum patre. Dicendum, id fieri extra ordinem: nam restitutio est extraordinaria, est enim cognitio prætoria; deinde in ea specie filiafam. litigat ex causa dotis, quæ ejus est propria effecta, sicut peculium est filiif. proprium. Dos autem dicitur propria filiæf. quamvis sit profectitia, *l. pater, inf. ad l. Falcid. l.* 4. *inf. de collat. bon* Hodie ex constit. Justin. non datur ratione ætatis restitutio filio adversus patrem, *l. ult. C. qui et advers. quos in integ. etc. Nov.* 115. Ex certis causis extra ordinem filius cum patre litigat, ut cum emancipet, *l. si cui legatum, inf. de condit. et demonstr.* Item extra ordinem filius a patre alimenta petit, cujus cognitio olim fuit consulum, *l. si quis a liberis, de agnosc. et alend. lib.* quæ lex est Ulpiani *de officio cons.* et in ea *judex*, id est Consul. Summa est. Jure ordinario nulla lis est inter patrem et filium. Extra ordinem autem sæpe.

Ad L. V. et. VI.

L. V. Si quis ex aliena jurisdictione ad Prætorem vocetur, debet venire, ut et Pompon. et Vindius scripserunt. Prætoris est enim æstimare, an sua sit jurisdictio. Vocati autem non contemnere auctoritatem prætoris: nam et legati ceterique, qui revocandi domum jus habent, in ea sunt causa, ut in jus vocati veniant, privilegia sua allegaturi.

L. VI. Cæcus judicandi officio fungitur.

Lex 5. exposita est. Sequitur 6. quæ sumpta est

ex *l.* 1. §. *quamvis, de postul.* Cœcus senatorium ordinem retinet, id est, si postquam lectus est in senatum, utrisque luminibus capiatur, non ideo desinit esse senator: non potest autem legi in senatum, qui nunc est cœcus. Id jus Augustus constituit. Dio lib. 54. ἀνάπηρος non sit Senator. Sic etiam cœcus non potest ad magistratum aspirare, at certe eum retinet, *d.* §. *quamvis.* Nam *d.* §. *quamvis*, ait cœcum retinere Senatorium ordinem et magistratum; judicandi munus eum retinere non dicit, sed judicandi munere fungi. Et sane interpretes idem esse putant in judice, quod quidem recte dicitur in furioso. Nam furiosus non potest judex legi: sed si furere, postquam lectus est, cœperit, non ideo dimittitur, nisi longior sit furor, *l. judex, hoc tit.* Non ergo idem est in furioso quod cœco, nullum videtur impedimentum adferre cœcitas. Optimi judices olim cœcitatem optabant (Alciatus in Emblem.) ut non haberent aliquem respectum personarum. Ideoque Areopagitæ noctu judicabant.

Ad L. VII.

Si quis posteaquam in jus vocatus est, miles, vel alterius fori esse cœperit, in ea causa jus revocandi forum non habebit, quasi præventus.

Sciendum est, certas esse personas, quæ habent privilegium fori, ut milites, sacerdotes, scholastici, item senatores et qui sunt positi in aliqua dignitate, de quibus dixi *sup. l.* 2. §. *legatis.* Nunc quæritur, si post litem contestatam quis factus est miles, an possit revocare forum? Resp. non, *l. pen. sup. de jurisdict. omn. jud. l.* 30. *hoc tit.* Ubi acceptum est semel judicium, id est, ubi lis contestata est, ibi et finem accipere debet, id est, mutari forum non potest, *Nov.* 90. *et* 123. Ideo quoties quæritur de loco, non distinguitur inter eum, in quo lis contestatur, et quo res judicatur. Idem enim semper locus est, *l.* 3. §. *ult. inf. de action. empt.* Imo etiam is, qui in jus tantummodo vocatus est, nec dum litem contestatus, obveniente militia non potest mutare forum: sufficit enim præventio; præventus est qui vocatus est in jus. Oppon. huic sententiæ *l. qui autem, sup. si quis caut.* qui novo privilegio utitur, non videtur in eadem causa sisti. Ergo post cœptum judicium licet uti novo privilegio. Ergo etiam privilegio militiæ. Resp. Potest quis novo privilegio uti: ut si debitor impetravit inducias anni aut quinquennii. At judicio semel accepto, nulla est præscriptio fori. Deinde oppon. *l.* 4. §. *reus, de re milit.* Loquitur de eo qui reus est capitalis criminis, et nomen militiæ dat: in eo ita jus procedit, ut si damnatus capitali crimine militiæ nomen dederit, capite puniatur, etiamsi levior pœna ante ei fuerit irrogata: aliud dicendum est, si semel dixerit causam capitalem, vel si requirendus annotatus fuerit inter reos. Nam si postea nomen militiæ dederit, ignominiose missus ad proprium judicem remittetur: ad quem post damnationem non potest remitti, quoniam desiit esse judex et finitum est judicium. Sed ille §. non est bene distinctus. Sic in eo legendum, ut incipiat §. ab eo, *si dicta causa sit, vel requirendus annotatus ignominia missus.*

L. VIII. explicata est in *l.* 2. §. *sed et si agant.*

Ad L. IX.

Insulæ Italiæ, pars Italiæ sunt et cujusque provinciæ.

Aristot. in lib. de mundo: *Insulas alii censent proprio jure, quidam eas eximunt a jure terræ continentis. Alii vero attribuunt eas finitimis patriis.* Sic hic: insulæ Italiæ non censentur præcipuo quodam jure, sed tribuuntur Italiæ, id est, pertinent ad fora Italiæ. Insulani Italici agnoscunt commune forum Italiæ. Idem in insulanis cujusque provinciæ.

Ad L. X.

Destitisse is videtur, non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum: desistere enim est de negotio abstinere, quod calumniandi animo instituerat. Plane si quis cognita rei veritate suum negotium deseruerit, nolens in lite improba perseverare, quam calumniæ causa non instituerat, is destitisse non videtur.

Hæc lex pertinet ad edictum de calumniatoribus. Sumpta ex libro 10. *Ulpiani ad edict.* Eo edicto coercentur, qui a lite instituta calumniandi animo desistunt, pretio accepto. Et ideo ibi quæritur quid sit DESISTERE. Negotium pro lite ponitur, *l.* 4. §. *non omnis*, *D. de re milit. l. qui explicandi, C. de accusat.* Et ideo executores modo dicuntur litium, modo negotiorum. At si quis desistat a lite bona fide instituta, accepta etiam pecunia, non incidit in edictum de calumniatoribus. Hanc sententiam Tribonianus accommodavit etiam ad edictum de minoribus, *l. destitisse, sup. de minor.* Species est: is qui contestatus est litem restitutionis in integrum, si desistat, ad eam non potest reverti. Et hoc est, quod dicitur per contestationem litis restitutionem non perpetuari, *l. si intra, l. Papin.* §. *ult. l. si filius*, *sup. de minor. l. ult. C. de temporib. integr. restit.* In eo proposito desistere videtur, qui in universum

a lite desistit, non qui differt. Ideo si quis inchoaverit litem restitutionis, poterit ad eam redire, si tempora restitutionis sufficiant. Accommodari etiam potest ad Senatusconsultum Turpillianum, quo puniuntur tergiversatores. Tergiversatores ii sunt, qui omnino destiterunt, ut est in *l.* 5. §. *destitisse*, *inf. ad Turpill.*

Ad L. XII.

Cum Prætor unum ex pluribus judicare vetat, ceteris id committere videtur.

§. 1. *Judicem dare possunt, quibus hoc lege vel constitutione, vel Senatusconsulto conceditur. Lege sicut Proconsuli. Is quoque cui mandata est jurisdictio, judicem dare potest, ut sunt legati Proconsulum, item hi, quibus id more concessum est, propter vim imperii, sicut Præfectus urbi, ceterique Romæ magistratus.*

§. 2. *Non autem omnes judices dari possunt ab his, qui judicis dandi jus habent: quidam enim lege impediuntur, ne judices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, et perpetuo furiosus, et impubes, quia judicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus, fœminæ et servi: non quia non habent judicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*

§. 3. *Qui possunt esse judices, nihil interest in potestate, an sui juris sint.*

Ejus est vetare, cujus est jubere. Prætor jubet judicare, idem vetat etiam. Et si ex pluribus unum vetat judicare, ceteris id committere videtur, id est, injungere, et imperare. At videndum quis possit jubere judicare, id est, judicem dare: ait lex, judicem dare posse eos quibus hoc lege datum est. Judicis datio est legis, non jurisdictionis: nec ea competit magistratus jure. Cum hoc pugnat *l. imperium, de jurisd.* ex qua colligitur judicis dationem esse jurisdictionis: in ea lege ponuntur exempla meri et mixti imperii, non definitiones. Merum imperium lege datur, nec competit jure magistratus. Et ideo etiam privato interdum competit, *l.* 2. *in fi. sup. h. t. l. aliud est fraus*, §. *ult. de verbor. signif.* Inde merum imperium dicitur, quia per se solum existit, et sejunctum ab omni jurisdictione a lege seorsim datur. Mixtum autem imperium jure Magistratus competit, et inde nomen, quia jurisdictioni immixtum est, nulla est jurisdictio sine imperio mixto. Et generaliter sic statuendum: quod est mixti imperii, recte etiam dicitur esse jurisdictionis. Et contra. Nam hæc nunquam separantur. At quædam sunt, quæ videntur magis fieri pro imperio mixto, quam pro jurisdictione: ut mittere in possessionem, dare bon. possessionem, restituere in integrum, quæ denegantur magistratibus municipalibus, *l. ea quæ, inf. ad municip. l.* 4. *sup. de jurisd. omn. jud.* Quæ lex etiam est referenda ad magistratus municipales. Nam cur traditur ibi: mittere in possessionem magis esse imperii, quam jurisdictionis? Ut scilicet intelligatur, Magistratum municipalem non posse mittere in possessionem. Illic *Magis*, accipitur συγκριτικῶς cum comparatione. Sic recte dicimus decernere, interdicere, edicere, cognoscere sumi magis pro jurisdictione, quam pro imperio. Hæc enim duo perpetuo vinculo connexa sunt. Merii imperii exemplum est jus gladii, id est, jus vitæ noxiis adimendæ, *l. illicitas*, §. *qui universas, de offic. præsid.* Lamprid. in Alexand. *honores juris gladii nunquam vendidit*: Augustinus epist. 161. *Jus gladii nullis legibus accepisti.* Lucan. lib. 5. vocat *jus ferri.* Jus etiam deportandi, relegandi, in metallum damnandi, confiscandi, omnia hæc tribuuntur mero imperio, nec competunt mixto. Mixti imperii est dare bon. possessionem, quod etiam jurisdictionis dicitur. Constant. *epit. tit.* 4. Sic etiam judicem dare est jurisdictionis sive imperii. Nam lex ait: *Imperium jurisdictio est etiam*, id est, non tantum jus dandæ bon. possessionis, sed et dandi judicis. Hæc etiam sunt mixti imperii multam dicere, jubere, cavere, decernere, interdicere. Quæ sunt jurisdictionis diversa omnino sunt ab iis, quæ lege dantur, *l.* 1. *de offic. ejus, cui mand. est jurisdic.* Nam quæ lege dantur non possunt transferri in alium, quæ jurisdictionis sunt, possunt. Notandum quod dicitur, *l. eum qui, sup. de jurisd. Eum qui judicare jubet, Magistratum esse oportet.* Magistratuum tria sunt genera urbani, et ii proprie: provinciales, qui dicuntur proprie potestates: et municipales. Provincialibus lege tantum datum est, ut possint judices dare. Sic legati Proconsulum, quibus mandata est jurisdictio a Proconsule, possunt judicem dare; sed hoc non agunt ex mandato, quoniam quod proconsul ex lege habet, non comprehenditur mandato jurisdictionis, *l. legatus sup. de off. procons. l.* 1. §. *damus, inf. de suspect. tutor.* Cognitio de suspecto tutore Proconsuli lege nominatim data est. Ergo hic cognitio non comprehenditur mandato jurisdictionis facto legatis, possunt tamen cognoscere de suspectis tutoribus. At non ex mandato, sed ex constitutione Severi: quoniam non sunt indigni ea cognitione, cum omne officium in eos a Proconsule translatum sit. Urbani magistratus judices suo jure dant, et more majorum, sic et mulctam dicunt more majorum, id est suo jure, *Gellius lib.* 11. *cap.* 1. Dant autem judices magistratus urbani cujuscunque ordinis, *l. ult. inf. quis a quo appell.* ut prætor, præfectus urbis, præfectus præt. judices dat, *l.* 1.

eod. l. ult. de off. præf. urbi, sic etiam quæstor judicem dabat, ideoque in *d. l. imperium*, quæ est de officio quæstoris, *Jurisdictio*, inquit, *est judicis dandi licentia.* Item consul, *l.* 1. §. *denique, de appell. d. l. eum qui, sup. de jurisdict. omn. jud.* ubi ita est: *Magistratus autem, vel is qui in potestate aliqua sit ut puta proconsul, prætor* (quidam legunt, *proprætor*: id in libris nostris nunquam legi) legendum, *Consul prætor.* In provincia poterat etiam procurator Cæsaris judicem dare, sed tantum in causa fisci: *l. ex consensu* §. 1. *de appell.* non inter privatos, *l.* 1. *C. de pedan. judicib.* Ipse autem qui datus est, non potest alium dare, id est, subdelegare. Inter judicem datum, et cui mandata est jurisdictio, hæc differentia est, quod is, cui mandata est jurisdictio, judicem dat, Judex datus non item, nisi sit datus a principe *l. a judice, C. de jud. l.* 1. *C. qui pro sua jurisdict.* Item judex datus tantum habet cognitionem, alter jurisdictionem habet. Magistratus municipali datam fuisse jurisdictionem non invenies: hoc tantum habet, ut ipse jus dicat, usque ad certam summam, *Paulus* 5. *Sent. tit. de effectu sentent.* habet etiam in servos coercitionem, *l. Magistratib. sup. de jurisdict.* In liberos nullam jurisdictionem habet. Omnes autem possunt dari judices, nisi impediantur tribus causis 1. Natura, ut surdus, mutus. Item impubes, perpetuo furiosus. Pubes dari potest ex consensu partium, *l.* 2. Item qui habet intervalla furoris, potest judex dari, etiam eo tempore, quo furore est correptus. Nam in datione judicis non exigimus illius scientiam aut præsentiam. Absenti et ignoranti, qui potest judex dari, comparatur, *l.* 59. *h. t.* ubi addicere judicem, est dare. Addictus judex, id est, datus *l. judex, et l. antepen. hoc tit. Macrob. lib.* 1. *cap.* 16. magistratum posse nundinis manumittere, judicemque addicere, litem addicere, bon. possessionem 2. *in Verrem*, id est dare. Secunda causa est lex: ut senatu motus non potest judex dari: quia prohibetur *l. Julia repetund. l.* 2. *supra de Senatorib.* quæ lex loquitur tantum de eo, qui motus est propter turpitudinem. Turpitudo sordes significat, quoties quis pecuniam accepit ob sententiam in senatu dicendam, *l.* 9. §. *ult. sup. de recept.* Tertia causa est: mos, ut servus et fœmina judices dari non possint, *l.* 1. *C. Theodos. de rap. virg.* Filiustam. vero non prohibetur judex dari.

Ad L. XIII. et XIV.

L. XIII. In tribus istis judiciis familiæ erciscundæ, communi dividundo, et finium regundorum, quæritur quis actor intelligatur, quia par causa omnium videtur. Sed magis placuit eum videri actorem, qui ad judicium provocasset.

L. XIV. Sed cum ambo ad judicium provocant, sorte res discerni solet.

In *hac l.* tria judicia dicuntur duplicia, quia in eis utriusque litigatoris par est conditio, *l.* 10. *inf. fin. regund. l.* 2. §. *in familiæ, l. inter cohæredes* §. *qui familiæ, famil. ercisc.* Ob id etiam vocantur mixta, quia indiscretæ sunt personæ actoris et rei, *l. actionis verbo, inf. de obligat. et act.* Tale est interdictum uti possidetis et utrub, *l.* 2. *inf. de interd.* §. *pen. Instit. eod.* Alia judicia sunt simplicia: in eis enim alter præcipue actor est, alter reus. Sunt quoque in his judiciis mutuæ præstationes personales. Nam sunt tam in rem, quam in personam. et ob id mista dicuntur, §. *quædam, Instit. de act.* actio familiæ erciscundæ est in rem et personam. Nam ex ea actione partim rei, partim pecuniæ fit adjudicatio, §. *si famil. de off. jud. l. item Labeo* §. *familiæ, famil. ercisc.* vel quia per eam actionem rem vindicamus cujus ex parte domini sumus. Item per eam actionem intendimus nobis dari oportere, puta si a nobis sumptus facti sint bona fide in rem hæreditariam, si cohæres res hæreditarias corruperit, si is solus fructus percepit, §. *si familiæ, Instit. de off. judic.* Item in act. finium reg. *l.* 1. *ff. fin. regund.* cujus sensus hic est, finium regundorum actio habet petitiones personales, licet rem vindicet. Notandum ob hoc fieri, ut procurator datus ad hæc judicia duplicem cautionem præstet, de rato scilicet et judicato solvendo, quoniam videtur datus ad agendum et defendendum, *l. si defunctus* §. *ult. de procurat.* ubi hæc verba, *duplici cautela interponenda*, Triboniani sunt: ablativis enim absolutis, et cautelæ vocabulo non utuntur nostri, *cautionem* dicunt vel *cavitionem.* Idem de tribus aliis locis dicendum est, ut de *l. quamvis*, §. 1. *de pign. act. l. si debitori, hoc t. l. si plures, inf. depos.* Notandum eadem ratione fieri ut uterque duplex jusjurandum de calumnia subeat, *l. inter cohæredes* §. *qui familiæ, inf. fam. ercisc.* ubi dicitur: *Et ideo jurare debent, non calumniæ causa*: illa etiam verba sunt Triboniani: jusjurandum enim illud de calumnia primus induxit Justinianus. Ante eum in certis quidem casibus exigebatur cautio de calumnia. Justinian. primus introduxit, ut initio litis juretur de calumnia, id est, ut juret uterque actor, se calumniæ causa non agere, reus, se calumniæ causa non litigare, non inficiari, sed quod existimet se bonam causam habere. Introduxit etiam, ut advocati jurati causam dicant, *l.* 2. *de jurejur. propter calumn.* §. 1. *Instit. de pœna temere litigant.* Adjecit idem, ut satis esset jurari de calumnia litis initio, neque repeteretur jusjurandum, ut si post litem motam et

præstitum jusjurandum, caluminæ actor deferat jusjurandum reo, aut exigat ab eo cautionem, non repetat jusjurandum calumniæ, *Nov.* 49. *de his qui ingred. ad appell.* Hæc igitur judicia sunt duplicia, sed placet hodie eum esse actorem qui prior provocat, et judicem postulat, sed si ambo simul postulant, tunc sorte lis decernitur, quis actor erit. Hoc si ita est quia tamen sors facere non potest quin hæc judicia natura sua, et reipsa duplicia sint, duplex jusjurandum semper exigetur, sors hoc non mutat, sed adhibetur tantum ordinandæ litis causa, ut sciatur, quo ordine sit causa agenda. Ceterum effectus actionum duplex est.

Ad L. XV. et XVI.

L. XV. Filiusfam. judex, si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.

§. 1. *Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo in fraudem legis sententiam dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur ejus vel gratia, vel inimicitia, vel etiam sordes, ut veram æstimationem litis præstare cogatur.*

L. XVI. Julianus autem in hæredem judicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere. Quæ sententia vera non est, et a multis notata est.

Hæc lex est de judice, qui litem suam fecit, quod tum fit, cum ab adversario lis in eum transfertur: quod fit, si in fraudem legis sententiam dicat (id vocant etiam causam suam facere (aut si male judicet. Male autem judicat aut per imprudentiam, aut dolum. Cum per dolum judicat, veram æstimationem ei, quem læsit præstat, et infamis fit, *l. ult. C. de pæn. judic. qui male jud.* Quod si per imprudentiam male judicavit, hoc casu non est definitum, ut veram litis æstimationem præstet, sed tantum quod religioni judicantis æquum videtur, præstat, *l. ult. D. de extraord. cognit.* idque actione in factum, quæ tamen est ordinaria. Ille enim titulus est duplex, *de extraordinariis cognitionibus, et si judex litem suam fecisse dicatur.* Sciendum hanc actionem in factum non dari in hæredem judicis. Nam est pœnalis, *l.* 16. *hoc tit.* Hæc est civilis constitutio in *l.* 1. *de privat. del.* ut pœnales actiones in hæredes non transeant, nisi ante mortem fuerint cum reo contestatæ. Atque si filiusfam. judex litem suam fecit, quis tenebitur et quatenus? Hujus legis verba sic interpretantur quidam, ut pater teneatur de peculio, quod falsum est. Nam ex pœnali causa pater non tenetur de peculio, sed tantum ex contractu et quasi, *l. ex pœna-lib. de reg. jur.* Præterea si pater teneretur de peculio, non teneretur pro quantitate quæ est tempore, quo filiusfamil. judicavit, sed pro quantitate, quæ est tempore, quo in eum de peculio sententia dicitur. Nam in actione de peculio spectatur, quantum sit in peculio rei judicatæ tempore, non quantum fuerit retro, *l. quæsitum, inf. de pecul. leg. l. Falcinius,* §. *si quis actione, quib. ex caus. in possess. eat.* Ergo non possumus dicere, patrem teneri de peculio. Nec vero dicere possumus, filiumfam. teneri in solidam quantitatem sui peculii. Nam peculium non est in jure filiifam. sed patris; patris est proprietas. Frustra ergo filiusfam. in peculium damnaretur, quod in suo jure non habet. Præterea certum est, filiumfam. qui male judicavit, teneri in solidum: quærat unde solvat, alioquin in carcerem detrudetur, *l. pen. C. qui bon. ced. poss.* §. *si filiusfam. de oblig. quæ quasi ex delicto nasc.* Quidam male legunt, *filiifamilias*, non *filiusfam.* et interpretantur hoc modo: si judex litem de peculio institutam adversus patrem filiifam. nomine, suam fecit, damnabitur in veram æstimationem litis. Ergo damnabitur in tantam quantitatem, quanta fuit in peculio rei judicatæ tempore. Nam judex debuit patrem damnare in tantam quantitatem, quanta fuit in peculio sententiæ tempore: id quoniam judex non fecit, ipsemet judex litem suam faciens in eam quantitatem tenebitur. Vide Obser. lib. XIII. c. 18.

Ad L. XVII.

Julianus ait, si alter ex litigatoribus judicem solum hæredem, vel ex parte fecerit, alius judex necessario sumendus est: quia iniquum est aliquem suæ rei judicem fieri.

Judicium solvitur, si judex datus uni ex litigatoribus, hæres extiterit, quoniam res facta est judicis. Nemo autem judex est in re propria: plus est jus dicere, quam judicare, sicut plus est esse Prætorem, quam judicem datum. Pater in causa filii judicare potest, jus dicere non potest, *l. in privatis, hoc t. l. qui in jurisdict. sup. de jurisd. omn. jud.* In re propria nec jus dicere, nec judicare quisquam potest: sic in re sua nemo arbitrari, aut testis esse potest: sic si in re de qua agitur judex hæres fiat, ex parte vel in solidum judicium solvitur.

Ad L. XVIII.

Si longius spatium intercessurum erit, quo minus judex datus operam possit dare, mutari eum jubet prætor, hoc est, si forte occupatio aliqua judicem non patiatur operam judicio dare,

incidente infirmitate vel necessaria profectione, vel rei suæ familiaris periculo.

Sunt aliæ etiam causæ ex quibus judicium solvitur: una hac lege proponitur: morte judicis, quoniam alium dare necesse est. Item, vetante eo qui illum dedit. Idem est vetante eo, qui majus imperium in ea jurisdictione habet, *l. judicium, h. t.* ut vetante proconsule, si legatus judicem dederit. Item si judex datus a præside, succedat præsidi in ea jurisdictione, judex esse desinit. Neque enim potest quis esse præses et judex pedaneus in eadem provincia. Sic enim idem videretur et dare et dari. Solvitur etiam, si ex aliqua justa causa non possit judex operam judicio dare; ut si incidat morbus sonticus, vel si necessario alio proficiscatur, vel ob occupationem propriorum negotiorum, *l. judex, inf. h. t. l. pen. C. de ped. judicib.* Notandum quod judex dicitur *operam dare.* Judicis enim id proprium est. *Cicero 4. Verrina*: *Equitem Rom. quem in consilio habet, jubet operam dare, quod rei privatæ judex esset.* Item 7. Epist. ad Galbam: *Is ad me venit, dixitque judicem sibi operam dare constituisse eo ipso die.* Sic in *l. penult. inf. de vacat. et excus. muner.* quæ lex cum hac conjungenda est, sunt ex *lib. 33. Ulpiani ad ed.* in quo Ulpian. exposuit edictum Prætoris de judicibus datis. In ea *l. pen.* additur judicium solvi, si judex datus sacerdotium nactus sit, ut discedere ab eo sine religione non possit, ubi videtur legendum, salva religione, sicut *l. ult. de mort. infer.* nisi exponas *sine religione*, id est, sine piaculo. Nam alias *sine religione*, sine respectu, sine delectu, significat Cic. 2. Agraria.

Ad §. *Si filiusfam.*

§. 1. *Si filiusfam. ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit, qui patris nomine agat, nam et Juliano placet: si filiusfamil. legationis vel studiorum gratia aberit, et vel furtum vel damnum injuria passus sit, posse eum utili judicio agere: ne, dum pater expectatur, impunita sint maleficia: quia pater venturus non est, vel dum venit, se subtrahit is, qui noxam commisit. Unde ego semper probavi, ut si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili judicio, forte depositum repetens vel mandati agens, vel pecuniam quam credidit petens: si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romæ, vel studiorum causa, vel alia justa ex causa agat; ne si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiatur, et egestate Romæ laboret viatico suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. Et finge senatorem esse filiumfamil. qui patrem habet in provincia, nonne augetur utilitas per dignitatem?*

Quæritur de actionibus, quibus filiifamilias experiri possunt sine patre. Regulariter filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, præter quam de castrensi peculio, quoniam omnem actionem patri acquirit confestim, ἐν ἀτόμῳ, quoniam ne momento quidem in ejus persona consistit, *l. placet, de acquir. hær.* Hoc ita verum est ipso jure. Verum si pater absit, vel si nullus sit, qui patris nomine agat, dantur filiisfamilias actiones utiles, et accipit ille procuratorem. Sic furti utiliter agit cessante vel absente patre, si quid ex peculio ei surreptum sit. Sic datur illi utilis actio injuriarum, item legis Aquiliæ, *l. 9. de obl. et act. l. sed si unius*, §. *filiofamil. de injur.* Utile enim est et æquum, ut filiusfam. absente patre actionem habeat de maleficiis. Idque ne impunita sint maleficia, et nota hæc verba: *Unde ego semper probavi*, non esse Ulp. sed Juliani, cujus hac in re auctoritatem semper auctores sequuntur, *l. Julianus 1. depos. d. l. 9.* Hoc autem etiam in actionibus ex contractu locum habet, ne, dum non agit pater, ipse filiusfamilias damnum ferat. Dabitur ergo illi actio mandati, commodati, depositi, itemque condictio ex mutuo utilis. Item utile interdictum, quod vi aut clam. Ut si in re peculiari vetante filiofam. aliquid factum sit, absente aut vetante patre, utetur interdicto, quod vi factum sit, non autem uti potest interdicto, quod clam: nam clam eo, qui nullum jus habet, fieri non possit quidquam. Sicque accipi debet, *l. denique*, §. 1. *et 2. quod vi aut clam.* Si filiusfamil. cujus pater est in provincia, Romæ viaticum suum mutuo det, *l. cum filiusfamil. inf. de reb. cred.* Sic definiendum generaliter: *filiusfamil. ex omnibus causis utiles actiones habet*, id enim utilitas exigit, ne fraudem patiatur ob absentiam patris cujus proprie actio. Appellantur actiones extraordinariæ (quoniam omnes actiones utiles extraordinariæ sunt) *dict. l. cum filiusfam.* cui conjungenda est *l. in factum, de oblig. et act. in factum actiones*, id est, utiles actiones ex omni causa exerceri possunt: non enim ibi de specialibus in factum actionibus loquitur. Omnis enim actio utilis est in factum, ut actio utilis legis Aquiliæ sæpe appellatur in factum. Sic actio in factum præscriptis verbis utilis dicitur, *l. cum mota, C. de transact. l. 3. C. de donat. quæ sub modo, l. 1. C. de pact. conven.* Sic quæ dicitur utilis in *l. quidam, in fin. de hæred. instit.* in factum appellatur in *l. si vero non remunerandi*, §. *si a filiofamil. mand.* utilis actio quæ sit docet §. *ult. hujus l.* quo dicitur patre agente in provincia filiofamil. Romæ agenti dari actionem utilem, maxime si sit Senator: augetur enim utilitas dignitate, id est,

utiliores sunt actiones quæ ei dantur. Utiles ergo vocantur, quod utilitate summa et æquitate suadente dentur. Utilitas opponitur stricto juri, §. *recte, Instit. de mand. l. servitutes, §. si sublatum, inf. de serv. urb. præd. l. quia actionum, 1. de præscr. verb.* Justin. in *l. ult. de bon. quæ liber.* jus acquisitionum aliquatenus mutavit. Vult enim, ut adventitia proprietatis jure filiofamil. acquirantur, et ut patri ususfructus tantum. Quod autem ad profectitia attinet, nihil mutavit: nam in profectitiis causis filiusfam. habet actiones utiles absente patre, ex adventitiis causis aut pater usumfr. amplectitur, aut non; si non amplexus est, filius agit consentiente patre, *d. l. ult. §. et filius, C. de bon. quæ lib.* Quod si amplexus est, pater aget consentiente filio, *d. l. ult. §. sancimus, et seqq.* Denique ex causis adventitiis communes sunt actiones patris et filii, sicut olim actio de dote fuit communis patri et filiæ: nam pater de dote non potuit agere sine voluntate filiæ, nec contra. Itaque utrinque cautio de rato exigitur, idque generale est in omni actione communi ut utrinque ratihabitio exigatur. Quod autem dicitur in *l. 2. §. ult. sol. matrim.* de dote profectitia actionem esse communem, id etiam in adventitia locum habet ex jure Justiniani et antiquo apud Ulp. *tit. de dotibus.* Itaque utriusque consensus et ratihabitio exigitur.

Ad L. XIX.

Hæres absens ibi defendendus est, ubi defunctus debuit, et conveniendus si ibi inveniatur, nulloque suo proprio privilegio excusatur.

§. 1. *Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argentariam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci administravit, et si ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere, et si non defendat, neque ibi domicilium habeat, bona possideri patietur.*

§. 2. *Proinde et si merces vendidit certo loci, vel disposuit, vel comparaverit, videtur, nisi alio loci ut defenderet, convenit, ibidem se defendere. Nunquid dicimus eum, qui a mercatore quid comparavit advena, vel ei vendidit, quem scit inde confestim profecturum, non oportet ibi bona possideri, sed domicilium sequi ejus? At si quis ab eo qui tabernam vel officinam certo loci conductam habuit in ea causa est, ut illic conveniatur? Quod magis habet rationem. Nam ubi sic venit, ut confestim discedat, quasi a viatore emptis, vel eo, qui transvehebatur, vel eo qui* παραπλεῖ, *id est, prætervavigat, emit: durissimum est, quotquot locis quis navigans vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi. At si quo constitit, non dico jure domicilii, sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, officinam conduxit, ibique distraxit, egit, defendere se eo loci debebit.*

§. 3. *Apud Labeonem quæritur, si homo provincialis servum institorem vendendarum mercium gratia Romæ habeat, quod cum eo servo contractum est, ita habendum, atque si cum domino contractum sit. Quare ibi se debebit defendere.*

§. 4. *Illud sciendum est, eum qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri, et hic, et ibi. Et ita et Juliano, et multis aliis videtur.*

Hæc lex pertinet ad edictum, quo absentis indefensi bona possideri jubentur. Regulariter eo tantum loci quis defendi debet, ubi domicilium habet, in quo nisi defendatur, bona ejus possidebuntur rei servandæ causa. Ab hac regula hæres excipitur. Nam is eo loco defendi debet, quo defunctus debuit, licet ibi domicilium non habeat, et nisi ibi defendatur, ejus bona possidebuntur. Eodem loci hæres etiam conveniri potest, si præsens sit, et generaliter, quo quisque loci absens defendi debet, eo etiam præsens conveniri potest. Hæres ergo si conveniatur, a creditoribus hæreditariis forum defuncti sequetur, non suum, ut si defunctus domicilium habuit Romæ, et ibi mutuam pecuniam accepit, hæres eo nomine Romæ convenietur, si ibi inveniatur, et si in provincia domicilium habet. Vel si hæres eo nomine in provincia condemnatus fuerit, convenietur Romæ actione judicati, *l. argentar. in fin. hoc t.* Ac generaliter qui successionis jure in locum alterius succedunt, defuncti partibus omnimodo funguntur ejus forum et judicem prorsus sequuntur, *l. quædam, §. nihil interest, inf. de edend.* Quo loci defunctus litem contestatus est, eodem debet hæres litem peragere: *l. si is qui Romæ, inf. hoc tit.* nec potest revocare domicilium. Excipiendus est etiam a regula proposita, qui alio loci contraxit, quam quo domicilium habet: nam hic se debet defendere eo loci, quo contraxit, aut bona ejus possidebuntur. Eodem etiam loco conveniri potest, si inveniatur, idem est, si quasi contraxit. Quærit hic Accurs. quomodo fieri possit, ut quis tutelam administret alio loci, quam quo domicilium habet. Nam is excusationem habet, *l. ult. de excus. tut.* Sed fingendum est, eum omisisse excusationem, vel mora eam intercidisse. Nam allegari oportet excusationem intra præfinita tempora. Nam ipso jure nemo excusatur, *l. neque, §. ult. sup. de procur. l. 1. C. ubi de ratiocin. tam publ. l. interdum, §. ult. inf. hoc t.* Senator Romanus qui in provincia gessit aliena negotia, in

ea suscipiet actionem negotiorum gestorum. Ad eum §. male objiciuntur quædam de legato: nam quod ibi ponitur in senatore, in legato fieri non potest. Nam legatus non potest se offerre alienis negotiis, *l. 8. §. ult. inf. de legation.* Ad eam sententiam pertinet *l. argentarium hoc t.* his verbis: *Ubi contractum est*, id est, ubi mensam exercuit. Argentarii omnium negotiorum rationes conficiebant, et ex scriptura mensæ nascebatur obligatio. Eas rationes edere coguntur per modum actionis in factum, quæ in eos datur. Edunt autem ubi mensas exercuerunt, *l. 4. §. ult. sup. de eden.* In edendis rationibus nulla dilatio datur, nisi justa ex causa, scilicet, ut codices ex provincia adferantur: illa lex proprie ad titulum de edendo pertinet.

Eo autem loco, quo quis contrahit, defendere se debet, nisi convenerit, ut se alibi defenderet. Hæc enim conventio justa est. Exigitur etiam, ut quis se cogatur defendere, quo loci contraxit, ut ibi constiterit, conducta forte taberna, id est apotheca (nam non opus est, ut domicilio constiterit ibi) aut officina, aut armario, aut horreo, *un magasin*, vel pergula: pergula est, ubi appenduntur merces venales, ut solent pictores, *l. 4. §. ult. inf. de his, qui dejec. vel effud. l. ult. C. Theod. de excusat. artif. pictores pergulas et officinas in locis publicis sine pensione obtineant.* Sic etiam dicuntur pergulæ Magistrales. Vopiscus in Saturnino: *Frequentaverat pergulas magistrales*: nam magistri litterarum, vel artium liberalium pergulis appensa tabula respondebant, quid docerent. Plaut. in Pseud. *Pergulæ meretricum.* Seneca 2. *cont. Juven. sat. 6. Sed nec structor erit cui cedere debeat omnis Pergula.* Si ergo quis vendiderit aliquid, ubi tabernam conductam habuit, ibi conveniętur. Verum si advena confestim discessurus in transitu vendiderit aliquid, aut emerit, non ibi defendere se debet. Nam necesse est, ut eo loci constiterit: alioquin esset absurdum quemque ubi vendidit conveniri, ne quot locis quisque iter facit, tot locis se defendere cogatur, quod durum esset. Ait lex 161. *conveniatur* scilicet is, qui tabernam conductam habuit et vendidit. Viator est qui suis pedibus iter facit, transvehitur, qui equo, *l. 2. sup. de in jus voc.* παραπλεῖν dicitur qui navigio transvehitur. Consequens est superioribus, ut si quis provincialis habuerit Romæ servum institorem, et Romæ se defendat institoria actione. Opponitur iis quæ dicta sunt *l. 1. C. de nund.* Sed si subtilius aspiciamus, ea lex pertinet tantum ad certum tempus, ad certas personas: id est, ad nundinas, et qui eas exercendi jus habent: hoc jus olim princeps dabat etiam privatis, vel senatus. Plin. X. epist. *l. 1. C. de nundinis*, in qua constituitur ne qui habeant jus nundinarum exercendarum eo tempore debitores concurrentes conveniant, et ne quid ex mercibus aut venalitiis, vel eorum quæstu detrahatur. Separat autem merces a venalitiis, *l. 1. de tribut. act.* Addendum etiam, *Contraxisse* videri eum non tantum quo loci tractatus habitus est, sed etiam quo loci solvere debet. Ideo si in provincia contraxerit, et promiserit se Romæ soluturum, utroque loco recte conventum iri exemplo arbitrariæ actionis. Quid enim si nunquam veniret Romam? *l. si duo §. 1. inf. de constit. pec. l. contraxisse, inf. de oblig. et act. §. ult. huj. leg.* Contraxisse etiam videtur, qui qualem qualem obligationem contraxit, quamvis in creditum itum non sit, nullusque contractus habitus, ut mutui, depositi: crediti nomen generale est, *l. 3. §. ult. l. 4. inf. quibus ex caus. in possess. eat.* Ut si adierit Romæ hæreditatem, aut si miscuerit se hæreditati, *l. 20. h. t.* quæ cum *d. l. 2. et 4.* conjungenda est. Excipiendus est ab hac sententia legatus provincialis: nam is si in legatione contraxerit, potest ibidem conveniri. Verum si tempore legationis hæreditatem adierit, sustinentur actiones, quoad peracta sit legatio, *l. de eo, h. t.* Eo excepto, quicunque provincialis adit Romæ, ibi conveniri potest: nam hæc obligatio pro contractu habetur.

L. XX. vide sup. *ad l. 2. sed et si, et l. prox. in fi.*

Ad L. XXI.

Si debitori meo velim actionem edere: probandum erit, si fateatur debere, paratumque dicat solvere, audiendum eum, dandumque diem, cum competenti cautela ad solvendum pecuniam. Neque enim magnum damnum est in mora modici temporis. Modicum autem tempus hic intelligendum, quod post condemnationem reis indultum est.

Sciendum est, confessis et judicatis eadem tempora ad solvendum dari, *l. 6. §. ult. de confess. Paulus 5. Sent. t. 5.* Loquimur autem de confessis in jure vel judicio. Si extra confiteantur, pro judicatis non habentur, *l. post. rem, inf. de re judic. Novel. de testib.* ex *l. 12.* tab. judicatis dabantur 30. dies, postea ex alia quadam lege dati sunt duo menses, *l. un. Cod. Theodos. de usur. rei judic.* in qua legendum, *per legem solutionis*, non *per legis solutionem*, *per legem* fieri dicitur in *l. intra inf. de re jud.* constitutio *solutionis grati* in *l. cum militi §. ult. inf. de compensat.* Ex constit. Justiniani sunt quatuor menses *l. 2. C. de usur. rei jud.* Eadem tempora cofessis dantur. Id autem tempus datum dicitur humanitatis causa, *d. l. cum militi*, πρὸς περιθάλψιν, ut ajunt Græci. Ideo si quis tecum agat, non potes compensare, quod in

diem tibi debet. Verum illud poteris, quod debet is ex causa judicati, licet dies nondum venerit: nam aliud est, non venisse diem obligationis, aliud indulgeri tempus humanitatis causa, *d. l. cum militi*, §. *cum intra*: in qua dies datur judicato, non contra judicatum, ideoque potest intra id tempus se liberare. At hodie non dubitatur, ut olim inter interpretes 12. tab. ex quib. 30. dies justi præscripti sunt. Itaque damnatus non videtur sententia teneri ante dies 30. et ante eos dies non videtur obligatus judicati nomine: proinde non videtur liberari posse, cum non sit obligatus. Hæc ex veteri prudentia. Hodie autem constat inter omnes, hoc tempus pro condemnato constitutum. Unusquisque potest contemnere ea quæ pro se constituta sunt. Quæritur an hoc tempus a judice coarctari aut prolongari possit? Potest ex justa causa a Prætore, ut si sit lis de alimentis, *l. 2. inf. de re jud.* Et ideo in *l.* 1. *Cod. Theod. de usur. rei jud.* recte dicitur nonnunquam concedi duorum mensium dilationem: qui a prætore tempus non semper sequitur. A pedaneo autem judice non potest coarctari, ideoque si jubeat solvi intra mensem ex *l. 4.* §. *si quis, de re judic.* reliquum tempus constitutum adjungitur; at prorogare id tempus etiam pedaneus potest. In causis fiscalibus constitutum est, non posse debitoribus in majoribus summis tempus ultra tres menses prorogari, in minoribus ultra duos, *l. in fraudem* §. *fiscalibus, de jure fisci.* Harmenop. 1. Epitom. notat Patricium quendam distinguere inter divitem et pauperem. In divite condemnato tempus legitimum observari ad solvendum Pauperi autem brevius μικρὰν προθεσμίαν: quoniam verendum est ne interim omnia adsumat. In hac re æris judicati et confessi eadem est ratio: ex utriusque enim causa pignora capi distrahique possunt, *l. debitor, inf. de re jud. l. ult. C. de execut. rei judic.* Est tamen quædam differentia inter confessum et judicatum: judicati enim actio est: et ideo res quodammodo judicato novatur. Nam in locum institutæ actionis succedit judicati actio, quæ gravior est, quoniam admittit centesimas et duplices usuras. At actio confessi æris nulla est, *Paul. 2. Sent. t.* 1. At confessus post legitimum tempus convenitur ea ipsa actione de qua est confessus, *l. 6. de confessis.* Sententia legis nostræ hæc est. Quidam edidit actionem scilicet in judicio apud Prætorem debitori, debitor confessus est se debere, petitque diem sibi ad solvendum dari: datur ei modicum tempus nam mora modici temporis parum nocet: verum exigetur cautio id est, debitor, qui dilationem petit, cavere debet se statuta die soluturum.

Cum competenti cautela. Verba sunt Triboniani, nostri dicunt cautionem, cavitionem, ut causa [illegible] Scaurus in Orthographia. *Competens* vero *cautela* nisi pro qualitate personarum definiri non potest: est enim vel satisdatio, vel repromissio, vel juratoria cautio.

Modicum tempus est, quod judicatis datur. Idem tempus confessis et judicatis datur. Notandum, quod dicitur *modicum tempus hic*, id est, in proposito. Nam alias modicum tempus est 30. dierum, *l. 1.* §. *hoc interdicto, de itin. act. priv.* alias 10. dierum. *l. promissor* §. 1. *inf. de constit. pecun.* Constantinus Harmen. *tit. ult. Epit.* §. 37. μέτριος χρόνος δέκα ἡμέραι εἰσι, id est, *Modicum tempus decem sunt dies.* Hic vero modicum tempus duos menses interpretabimur, vel ex constit. Justiniani quatuor. Adfertur *l. quod dicimus, inf. de solution.* quæ tradit vulgare quiddam, hæredem statim debere solvere, quod fidejussor testatoris pro eo solvisset: sed eo loco, pro *debere*, legendum, *deberet*, ut in aliis lib. Ex eo intelligitur hæredem adita hæreditate non posse statim exigi a creditoribus hæreditariis. Puto non fuisse ullas datas a lege hæredi inducias, sed dabantur a Prætore conquirendæ pecuniæ causa, argumento *l. si domus*, §. *in pecunia, inf. de legat.* 1. Excipiendus erat fidejussor, qui sua pecunia hæreditatem, seu defunctum liberavit, cui statim solvi debet, id est, cum aliquo spatio: non enim debet adire hæredem cum sacculo, quasi mox accepturus pecuniam: ea lex *quod dicimus* est ex lib. singulari Pauli *ad l. Falcidiam*, et jungenda est cum *l. 1.* §. *item si illa, inf. ad leg. Falcid.* Testator ita legavit: *Titio penum dato, si non dederit, decem dato.* Quæritur utrum legatum videatur, an in ponenda ratione Falcidiæ penum adscribemus rebus legatis? Non utique: sed si hæres penum in continenti solverit, legata videtur. *Incontinenti autem*, id est, *cum aliquo spatio*: hoc adjecit *Paulus in d. l. quod dicimus*, *statim* etiam sic accipi in illa vulgari sententia de hærede, qui debet statim solvere fidejussori testatoris: id est, cum aliquo temperamento temporis.

Ad L. XXII. *Vide supra l. 2.* §. *legatis.*

Ad L. XXIII.

Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset: ideoque alia interpellatione opus est.

Judicium, quod acceptum est inter aliquos, de ea controversia acceptum videtur, quæ ab initio fuit inter partes, non quæ post supervenit, quod et de arbitrio dicitur in *l. de iis rebus, sup. de recep.* Finge: acceptum est inter nos judicium tutelæ, postea inter nos orta est controversia de negotiis gestis: hæc controversia nova nihil ad eum judicem pertinet, sed opus est nova interpellatione,

et addictione judicis. Nihil obstat quod affert Accurs. Si ego egi in rem vel peculium, vel depositi aut mandati una est controversia; verum an ejus actionis causa sit justa, rei judicatæ tempore potissimum apparet: atque inde sequitur absolutio aut condemnatio: ut si in rem egi contra te quasi possessorem, una est controversia, rei judicandæ tempore judex spectat, an tu possideas, si possides, condemnat te, si non, absolvit. Condemnat autem te, etsi non possides, si judicii accepti tempore possederis: idem in aliis actionibus locum habet. Verum in hac specie legis nostræ ponimus duas controversias: unam, de qua lis accepta est, alteram, quæ post accidit. De controversia, quæ post supervenit, judicium acceptum non est. Itaque nova interpellatione opus est. Prioris autem cognitio judici injuncta est, non posterioris, nec potest judex judicare, nisi quod sui judicii est. In hanc l. male affertur *l. non quemadmodum*, *inf. h. t.* quasi proponat eandem sententiam. Nam in ea l. hoc tantum ostenditur, de futura obligatione judicium accipi non posse. Id cum nostra sententia nihil habet commune. Fidejussor quidem futuræ obligationi accedere potest. At judicium de futura obligatione non accipitur. Hæc est differentia inter legem et judicem, quod judex statuit de præteritis et presentibus, lex de futuris. Cic in Part. Neque huic sententiæ *dict. leg. non quemadmodum* obstat *l. in leg. Aquil. inf. ad leg. Aquil.* Quidam delevit chirographum, ex quo debebatur mihi pecunia sub conditione. Ergo nondum plane debebatur. Quæritur, an mihi competat actio leg. Aquiliæ? ait competere: ergo competit de obligatione futura, sed in ea specie ob jam deletum chirographum, datur actio l. Aquiliæ. Verum in ea etiam specie non utique semper agitur lege Aquilia pendente conditione, sed ita recte agitur, si metus sit, ne testes interim moriantur, quibus id probari potest; et qui delevit damnabitur. Sed damnatio nulla erit, si conditio deficiat, quia damnum nullum datum intelligitur. Vide *l. Antheus*, *in fi. inf. de aqua et aqua pluvia arc.*

Ad LL. XXIV. XXV. XXVI. XXVII. XXVIII.

Vide supra l. 2. hoc t.

Ad §. si paterfam. L. XXVIII.

Si paterfam. mortuus esset relicto uno filio et uxore prægnante, non recte filius a debitoribus partem dimidiam crediti petere potest, quamvis postea unus filius natus sit; quia poterant plures nasci: cum per rerum naturam certum fuerit, unum nasci. Sed Sabinus, Cassius, partem quartam peti debuisse: quia incertum esset, an tres nascerentur: nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent: sed nostram inscientiam aspici debere.

Quidam decessit intestatus, relicto uno filio et uxore prægnante. Quæritur, nondum nato posthumo, filius ille qua ex parte hæres intelligatur, ut sciatur qua ex parte possit vindicare, aut qua ex parte possit debitores paternos convenire? In hoc dissentiunt Proculiani et Sabin. Proculiani rerum naturam spectant. In rerum natura, quæ futura sunt, certa sunt ex Diodori sententia; incerta tamen sunt ex Chrysippi sententia. Tullius lib. de fato. Hanc sententiam Paulus hic sequitur, diximus de ea *ad t. de verb. oblig. in fi. Instit.* Nunc si unus tantum sit in utero uxoris, filius interim intelligitur hæres ex dimidia parte, quoniam per rerum naturam certum est, unum nasciturum, verum si gemini sint in utero, non petet nisi tertiam partem, aut si plus petiit, non adsumet sibi, nisi tertiam partem, si sint tres, non nisi quartam: extat hujus opinionis vestigium in *l. cum quidam*, §. *suum*, *de acquir. hæred.* ubi id refertur ex Pomponio qui Proculianus fuit: quod autem est in præsenti §. id ex Sabini sententia dicitur. Sabiniani putabant in hac specie non rerum naturam sequendam esse, sed inscientiam nostram. Ideoque filius nondum nato posthumo, non potest petere dimidiam, licet unus tantum sit in utero: nam id nos nescimus. At iidem Sabiniani permiserunt filio, ut interim peteret quartam partem, quia possunt tres nasci. At possunt etiam nasci quatuor, cur ergo non quintam potius petit? *l. 3. si pars hæred. pet.* quæ cum hoc §. conjungenda est. Hæc traduntur ex Lelio Jurisconsulto apud Tertull. *lib. de anima.* Augustinus de fato, ait posse nasci septem. Paulus Monachus de gestis Longobard. posse nasci novem. Cur ergo ei potius datur jus petendæ quartæ quam quintæ. hac de re Gell. *lib.* 10. *cap.* 2. Sabiniani mediam viam secuti sunt, et non spectarunt id, quod raro admodum fieri potest, ut nascantur quinque, sex, aut septem. At non admodum raro fieri potest ut tres nascantur; ideo filius non est hæres interim nisi ex quarta; sed si post unus tantum nascatur, non videbitur perdidisse totam dimidiam, sed solum quartam, quam potuit petere, *l. si pater* 56. *de solut.* Hac in re veteres disseuserunt: ideoque pugnat §. *suum* cum hoc §. Verum consenserunt omnes in eo, quod si quis decesserit relicto filio, qui existimabat falso matrem esse gravidam, filius interim, inspecta natura rerum, intelligitur ex asse hæres; ideoque, si interim totum petat, totum sibi adsumit, *l. illud, si pars hæredit. pet.*

Ad L. XXIX.

Qui appellat, prior agit.

Hæc est ambigua oratio. Ambiguitas est in distinctione; an scilicet *qui appellat prior, agit*, an vero, *qui appellat, prior agit*. Deinde est ambiguum verbum *appellat*. Nam reus appellatur, cum ad judicem vocatur. Judex appellatur, cum propter injuriam inferioris judicis ad eum appellatur. Sic vero interpungendum: *qui appellat, prior agit*. Id est, qui appellat judicem: prior agit, *il est premierement admis*, ut qui in priori judicio fuit reus, et secundo loco causam egit, si appellaverit, in judicio appellationis priore loco causam agat, id est, actor sit. Quod Accurs. adfert. de reconventionibus, petitionibus mutuis, nihil ad hunc locum, neque ad præjudicia pertinet.

Ad L. XXXI.

Si petitor plures hæredes reliquerit, unusque eorum judicio egerit: non erit verum totam rem, quæ in priore judicio fuerit, deductam esse. Nec enim quisquam alienam actionem in judicium, invito cohærede, perducere potest.

Actor vel qui cœperat agere, decessit pluribus relictis hæredibus: unus eorum litem cœptam a defuncto peregit et vicit, sibi tantum et pro sua parte vicisse intelligitur: nam pro sua tantum parte egisse intelligitur, quia non potuit actionem cohæredum in judicium deducere, invitis cohæredibus. Invitus autem hic intelligitur, non solum qui nominatim contradicit; sed qui tacet, aut ignorat: sic is, qui non est procurator, non potest rem alienam in judicium deducere, si agat nulla erit lis, nulla actio, nulla sententia, nullum judicium, nisi dominus ratum habuerit: nam ratihabitio mandato comparatur, *l. licet*, *h. t.* Alieno nomine non possum agere sine mandato, exceptis certis quibusdam personis, de quibus *tit. de procur.* Defendere vero possum. At quid, si plures cohæredes simul litem contestati sint (qua ex re dicuntur consortes litis) an poterit unus ex eis pro sua parte agere, vel respondere, reliquis cessantibus? sic videtur, *l. 1. C. de consort. ejusd. lit. l. non idcirco, inf. h. t.* Species hæc est: pupillus egit tutelæ adversus omnes tutores: omnes judicium acceperunt: postea quidam ex eis abesse cœperunt Reipublicæ causa, an ob absentiam quorundam interrumpitur judicium? minime: nam cum præsentium et absentium administratio dividi possit, id est, pro parte possit discerni, et pro parte æstimari, præsentes pro parte sua litem persequentur. Denique absentia consortium litem non interrumpit: imo vero præsentes in solidum agere possunt; modo caveant de rato vel judicato absentium nomine: de rato, si agant: de judicato si cum eis agatur, *l. 2. C. de consort.* Consortes litis non dicuntur, etiamsi res, de qua agitur, communis sit: sed ii, qui simul litem contestantur. Consortes dicuntur fratres, qui commune patrimonium pro indiviso habent, *l. is qui tres §. ult. de excusat. tut.* Cic. 4. *in Verrem: cum ex agris tres fratres consortes profugissent.*

Ad L. XXXIII.

Non videtur in judicem consensisse qui edi sibi genus apud eundem judicem desiderat actionis.

Prius est velle litigare, deinde sub quo judice. Sic etiam prius est; edi actionem postea litem contestari. Edita actione nondum lis est, sed controversia. Contestatio sola litem facit. In judicem autem videntur consentire, qui apud eum litem contestantur, non qui apud eum edi actionem postulant, et sic magna est differentia inter actionem editam et litem contestatam, *l. 1. de lit. contest.* Edita actio speciem futuræ litis tantum demonstrat, *l. edita, C. de eden.* quæ est conjungenda cum *d. l. 1.* Exigimus autem, ut consentiatur in judicem, si sit incompetens, aut a magistratu detur non partium consensu, *l. antepen. inf. h. t.*

Ad L. XXXV. De ea diximus in *l. 25. sup. eodem.*

Ad L. XXXVI.

Interdum ex justis causis, et certis personis sustinendæ sunt cognitiones: veluti si instrumenta litis apud eos esse dicantur, qui Reipublicæ causa aberunt. Idque DD. fratres in hæc verba rescripserunt: humanum est, propter fortuitos casus dilationem accipi, veluti quod pater litigator filium vel filiam, vel uxor virum, vel filius parentem amisit, et in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri.

§. 1. *Senator, si negotiis alienis se obtulerit in provincia, non debet judicium recusare negotiorum gestorum: sed actionem eum excipere oportere, Julianus respondit: eum sua sponte sibi hanc obligationem contraxerit.*

Certis ex personis aut causis causarum cognitio differtur. Cognitionum sunt quatuor genera, quæ explicat *l. cognitionum, inf. de extraord. cognition.* nam aut agitur de re pecuniaria quæ sunt civiles: aut de existimatione: vel de capite: vel de muneribus et honoribus: hæ suspenduntur interdum pro ratione rerum et personarum. Ut si instrumenta litis penes absentem sint, expectan-

dus est ejus reditus. Item si litigator patrem amiserit, vel filium, vel conjugem, æquum est ob eam rem litem sustineri, id est, suspendi, ut scilicet ducere possit funus defuncto, aut justa facere. Huc pertinet *l.* 3. *sup. de in jus voc.* ubi citatur hoc rescriptum Divorum fratrum, cujus est pars in hac l. ne in jus vocentur qui cadavera prosequuntur.

Ad L. *XXXVII.*

Si de vi et possessione quæratur, prius cognoscendum de vi, quam de proprietate rei, D. Hadrianus τῷ κοινῷ τῶν θεσσάλων, *id est*, communi seu Reipub. Thessalorum, *Græce rescripsit.*

Adrianus, id est, Divus Pius, *l.* 5. *inf. ad l. Jul. de vi publ. l.* 1. *de appell. inf.* Ex hac lege colligitur, mota quæstione proprietatis et possessionis, prius esse, ut de possessione cognoscatur, *l. incerti, C. de interd.* Sed ad hanc rem nihil hæc lex pertinet, ut putatur: nam lex ait, *si de vi et possessione quæratur*, non ait, *de possessione et proprietate.* De vi autem quæritur duobus modis. Uno civiliter, per interdictum unde vi, *l.* 4. *C. unde vi*, *l.* 1. §. 1. *inf. de vi, et vi arm.* altero criminaliter, *l.* 1. *C. quand. civil. act. crimin.* Cum civiliter quæritur, etiam de possessione restituenda quæritur: tunc ergo est una quæstio de vi et possessione. At cum agitur criminaliter, diversæ sunt quæstiones. Nam possessorium judicium cum criminali nihil habet commune, *l. si quis, C. ad l. Jul. de vi.* Hic ergo fingendum est, quæri de vi criminaliter: nam facit duas quæstiones; unam de vi, alteram de possessione, quod non potest nisi de vi quæratur criminaliter, de possessione civiliter vel de proprietate. Sicque hæc lex et *d. l.* 5. accipiendæ sunt: nam in eis libris ex quibus hæ duæ LL. sumptæ sunt, tantum tractatur de criminalibus cognitionibus. Non quæritur autem in *hac l.* mota quæstione de proprietate aut possessione, utra prior expedienda sit; sed hoc quæritur, mota de vi criminali quæstione, et de possessione aut proprietate civili, utra prior expedienda: prius de criminali agendum. Ait *si de vi et possessione*, addendum et proprietate ex *d. l.* 5. Sic ergo major quæstio puta criminalis, præfertur minori, *l. ult. C. de ord. cognit.* Si ita hæc lex accipiatur, pugnabit cum *l.* 1. *C. de appellat.* et cum *l. si quis, C. ad l. Jul. de vi*, ubi ostenditur manifeste, prius agi civiliter de possessione et proprietate quam de vi criminaliter. Dicendum ergo: Adrianum ita tantum decrevisse, et solum ipsius decretum referri in hac lege. Non dicitur, quid sequendum sit. Itaque posteriores leges sequendas esse. Nec enim omnia quæ referuntur in Pandectis sequenda sunt, ut *l. non putabam, inf. de cond. et demonst.* et *l. qui filium* §. *Fabius, inf. ad Trebell.* In quibus diversa pugnantiaque rescripta adferuntur.

Ad L. XXXVIII. L. LI. et LII.

L. XXXVIII. *Quod legatur, si quidem per personalem actionem exigetur, ibi dari debet, ubi est: nisi dolo malo hæredis subductum fuerit: tunc enim ibi dari debet, ubi petitur. Præterea quod pondere, aut numero, aut mensura continetur, ibi dari debet, ubi petitur, nisi si adjectum fuerit:* Centum modios ex illo horreo, *aut* vini amphoras ex illo dolio. *Si autem per in rem actionem legatum petetur, etiam ibi peti debet, ubi res est. Et si mobilis sit res, ad exhibendum agi cum hærede poterit, ut exhibeat rem: sic enim vindicari a legatario poterit.*

L. L. *Si fideicommissum ab aliquo petatur, isque dicat, alibi esse majorem partem hæreditatis non erit ad præstationem compellendus. Et ita multis constitutionibus cavetur, ut ibi petatur fideicommissum, ubi major pars hæreditatis est, nisi si probetur eo loco voluisse testatorem fideicommissum præstari, ubi petitur.*

§. 1. *Tractatum est de ære alieno, si in ea provincia, ubi fideicommissum petitur, plus esset æris alieni, an quasi major pars alibi esset, præscriptio locum haberet? Sed et hic placuit, nihil facere æris alieni nomen, cum non loci sit æs alienum, sed universarum facultatum. Æs enim alienum patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates. Quid tamen si forte certis oneribus destinatum sit id patrimonium? ut puta alimentis præstandis, quæ Romæ præstari paterfamilias jusserat, vel tributis, vel quibusdam aliis inexcusabilibus oneribus, an possit præscriptio locum habere? hic putem justius dici, locum habere.*

§. 2. *Sed et rescriptum est, ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium hæres habet. Quotiens autem cœpit quis fideicommissum solvere, non potest hac præscriptione uti.*

L. LI. *Quamvis ad eum hæreditas fuerit devoluta, qui domicilium in provincia habet. Sed et DD. Severus et Antoninus rescripserunt, si consenserit fideicommissarius, alio loco dare, necesse habere secundum consensum dare, ubi consenserit.*

L. LII. *Sed etsi suscepit actionem fideicommissi, et aliis defensionibus usus hanc omisit: postea quamvis ante sententiam, reverti ad hanc defensionem non potest.*

§. 1. *Si libertis suis tesseras frumentarias emi voluerit, quamvis major pars hæreditatis in provincia sit, tamen Romæ debere fideicom. sol-*

vi, dicendum est, cum apparet, id testatorem sensisse ex genere comparationis.

§. 2. *Sed et si proponas, quibusdam clarissimis viris argenti vel auri pondo relicta, et sit sufficiens ad hujusmodi fideicommissa Romæ patrimonium, licet major pars totius patrimonii in provincia sit dici oportet, Romæ esse præstandum. Nec enim verisimile est, testatorem, qui honorem habitum voluit his quibus reliquit, tam modica fideicommissa in provincia præstari voluisse.*

§. 3. *Si ea res quæ per fideicommissum relicta est, eo loci sit, dicendum est, non debere præscribi ei, qui petit, quasi major pars hæreditatis alibi sit.*

§. 4. *Sed si non fideicommissum petatur eo loci, sed fideicommisso satis: videndum est, an hæc præscriptio locum habeat? Et non puto habere. Quinimo et si nihil sit eo loci, attamen jubendum satisdare. Quid enim veretur, cum si satis non dederit, mittatur adversarius in possessionem fideicommissi servandi causa?*

In hisce LL. quæritur, ubi legatum vel fideicommissum peti oportet? Creditores cum hærede ibi agunt, ubi cum defuncto agere potuerunt, *l. hæres absens, h. t.* At legatarii vel fideicommissarii ibi agunt, ubi est major hæreditatis pars, vel tota hæreditas, *l.* 1. *C. ubi fideicommiss. peti oport.* Si alibi petatur, obstat agenti exceptio, quasi major pars hæreditatis ibi non sit. Hinc quæritur quid in hac specie dicendum: Defunctus habuit bona in Italia et in provincia: in provincia est major pars si non deducatur æs alienum, minor autem est si deducatur, quo loci peti fideicommissum debet? In provincia. Nam æs alienum defuncti certo loco non concluditur: licet enim illud sit contractum in provincia, minuit non solum provincialia, sed etiam Italica bona. Denique æs alienum in universis bonis et universis locis spectatur, *l.* 50 *h. t.* neque æs alienum minuit solum bona provincialia, sed omnia bona pro rata minuit. Cum ergo æstimandum est ubi sit major pars hæreditatis, non deducitur æs alienum. Hac in re æs alienum valde distat ab onere, quod rei cohæret: nam æs alienum certam rem non minuit. At onus quod rei impositum est, minuit eam rem, ut si stipendium prædiis provincialibus sit impositum. Stipendium est, quod penditur populo: hinc prædia stipendiaria dicuntur: aut si tributum sit impositum: tributum est, quod penditur principi: Teoph. §. *per traditionem t. de rer. divis.* hinc prædia tributaria, aut si solarium impositum sit, id est, id quod pro solo penditur, ut si quis ædificavit in solo alieno: aut si cloacarium impositum sit, *l. cum servus,* §. 1. *de legat.* 1. *et l.* 7. §. *pen. de usufr.* Ubi legendum, *solarium*, non *salarium* hæc vero onera ea bona tantum minuunt, quibus imposita sunt: ideoque ea bona æstimantur illis oneribus deductis. Et si illis deductis appareat in provincia esse minorem partem hæreditatis, petenti obstabit præscriptio, quasi non sit major pars, *d. l.* 50. §. *quod tamen*. Inter onera prædiorum est etiam præbitio alimentorum: nam certa prædia assignari solent ad alimenta, *d. l.* 7. *et d. l.* 50. in qua hæc verba: *Quæ Romæ præstari paterfam. jusserat:* supposititia sunt, et ex margine in contextum irrepsere. Quod ait, *Si forte ceteris oneribus id patrimonium*, loquitur de provinciali, de quo superius egit. Deinde ait, *vel tributis.* Roma autem et tota Italia a tributis immunis erat. Tributaria et stipendiaria erant tantum provincialia prædia. Deinde, *quæ paterfam. Romæ præstari jusserat*, hoc satis est, ut illa præscriptio inhibeatur, *l.* 52. §. 1. *h. t.* neque necesse est, ut illud onus sit impositum prædio Romano.

Peti ergo legatum debet, ubi major est pars hæreditatis; item ubi hæres domicilium habet, licet ibi non sit major pars hæreditatis; nec obstabit præscriptio. At si fideicommissum alibi petatur, quam his duobus locis, obstat præscriptio incongrui et incompetentis fori. Verum ea cessat certis casibus. Primus est, si hæres fideicommissi partem alio loco solvit, §. *ult. h l.* 50. Item si hæres consenserit alio loco dare, *l. quamvis hic* (ubi notandum, *hæredem* appellari *fideicommissarium.* Non est similis locus in Pand. idem est *Nov.* 108.) Hæc autem præscriptio initio litis opponenda est: nam est dilatoria. Post litem contestatam non potest opponi, *l. exceptionem, C. de probat. l. pen. et ult. C. de except. l.* 52. *h. t.* Petitur etiam fideicommissum, ubi testator solvi voluit, *d. l. fideicommiss. in princ. l. cum res* §. 1. *de leg.* 1. vel ubi verisimile est eum voluisse. Cujus rei duo sunt exempla in *hac l.* 52. Primum si voluit libertis emi tesseram frumentariam, hoc casu verisimile est, eum voluisse id fideicommissum Romæ præstari: nam tesseræ frumentariæ non vendebantur nisi Romæ, ut ostenditur in *Nov.* 88. ubi *Justin.* eas vocat ψήφους. Erant enim symbola sive calculi, in quibus erat inscriptus modus frumenti præbendi, et qui talem tesseram habebat, ad præfectum annonæ singulis mensibus afferebat. Tesseræ illæ dabantur tantum civibus, non provincialibus. Item, si testator clarissimis viris, id est, senatoribus Romanis legaverit certa pondo auri vel argenti, verisimile est, eum voluisse ea Romæ præstari. Nam id legatur illis honoris causa, id que etiam semper dicitur modicum, quantumcumque sit, quia honoris causa legitur. Omnia honoraria sunt modica, §. *sed etsi proponas*, *h. l.* 52. *et l. item si verberatum, de rei vindic.*

Non debent senatores in provinciam ire, maxime si sufficiat patrimonium quod est Romæ. Cum hoc §. conjunge *l. fœminæ sup. de senatorib.* in qua quæritur, quæ sint clarissimæ, quare sumenda est ratio ex hoc §.

Postremo petitur etiam fideicommissum, ubi res erat tempore mortis testatoris, licet hæres ibi domicilium non habeat, §. *pen. h. l.* At finge, legatum vel fideicommissum alibi petitur, quam ubi res est. An ibi præstari debet? minime. Nam si alibi petatur, non præstabitur ubi petitur, sed ubi est, nisi scilicet legatarius velit eam rem sua impensa et suo periculo eo perduci, ubi petitur, *l. cum res* §. 1. *et* 2. *et l. si servus legatus, de legat.* 1. Sed hoc ita accipiendum, nisi hæres eam rem dolo malo alio transtulerit: tunc enim cogitur eam præstare, ubi petitur, ne suus dolus ei prosit, ut docet l. 38 hic. Et hæc locum habent, sive agas legati nomine in rem, sive in personam. (Nam datur actio ex testamento, quæ est in personam) Item si certum corpus sit legatum: nam si legata sint, quæ constant pondere, numero, aut mensura, certum corpus non legatur, *l. cum Stichus inf. de solut.* nisi et dicatur, 100. nummi ex illa arca, aut 100. amphoræ illius vini. Hæc ergo ibi præstantur, ubi petuntur. Non possunt enim præstari certo loco, quia nullo certo loco sunt, cum in genere debeantur. Res etiam, quæ non est in præsentia, vindicari potest, aut de ea ad exhibendum agi. Verum ibi debet restitui, vel exhiberi, ubi est. Ergo alibi petetur alibi restituetur: nisi dolo malo subtracta sit a possessore, aut nisi actor eam suis sumptibus velit restitui, ubi agit, *l. si res, sup. de rei vind.* Nunc ergo videndum, ubi legatorum vel fideicommissorum causa cautio exigatur, an eodem loco quo ipsa legata petuntur? Petitur cautio eo loco, ubi est hæreditas aut major pars, aut ubi hæres domicilium habet, *l. postquam* §. *ult. ut legat. vel fid. serv. cau.* Item illa cautio petitur ubi res est et petenti non potest præscribi, quasi alibi major pars hæreditatis sit, *l.* 52. §. *ult. inf. hoc titul. eo loci*, id est, ubi res est per fideicommissum relicta, *sed fideicommisso satis*, id est, *satisdatio.* Recte etiam *eo loci* petitur cautio, licet ibi nihil præterea hæreditarium sit. Ratio, quod si nulla sit alia res hæreditaria, non est quod vereatur hæres, a quo satisdatio exigitur. Nam is, qui non satisdat, hac tantum pœna afficitur, quod fideicommissarius mittitur in possessionem rerum hæreditariarum. Non mittitur in res hæredis proprias, nisi certis modis ex constitutione Antonini: *l. is cui* §. *qui in possessionem, inf. ut in possess. legator. l. cert. C. eod. l. de eo, hoc tit.* Ergo si eo loci nullæ sint res hæreditariæ, nihil est quod hæres vereatur.

Ex hoc loco colligitur, eum qui jubetur possidere Romæ, vel in una provincia, non posse mitti in possessionem in altera provincia. Nam etiam jure nostro sententia, quæ dicta est in una provincia, exequi non potest in alia, nisi princeps jubeat, *l. a Divo Pio*, §. 1. *inf. de re jud. Si missi sint a principe*, inquit, scilicet Romani magistratus non habent jussum in provincia. Aliter vulgo traditur ab interpretibus ex *l. cum unus* §. *pen. inf. de rebus auctoritate judic. possid.* Verum *ille* §. potius contra eos facit. Nam ait eum, qui jussus est possidere, eo loci videri jussum, cujus cura ad jubentem pertinet, ergo alio loco nec videtur jussus possidere, nec mittetur in possessionem.

Præterea moventur *l. argentarium*, §. *ult. hoc t.* ubi dicta sententia in provincia, executio fit Romæ. Verum hoc fit ratione contractus, quoniam qui condemnatus est, contraxerat Romæ. Ergo ratione contractus habiti Romæ agam Romæ actione principali, vel judicati. Postremo ex *l. properandum*, §. *sin autem reus*, *C. de judic.* ubi dicitur absentem contumacem condemnari, et executionem fieri a judice, si id facere possit ex sua jurisdictione, vel ex relatione facta ad majorem judicem, videtur inde cujuslibet loci judicem quamlibet posse exequi sententiam per relationem ad eum factam. Verum non sic accipi debet ille locus: Judicem, qui jurisdictionem habet, per se sententiam exequi. At judex pedaneus sententiam a se pronunciatam quidem non exequitur, sed eam refert ad majorem judicem. Qui dedit ergo pedaneum judicem, ejus sententiam exequitur.

De L. XXXIX. Dictum est in L. XII. §. 2. *supra h. t.* De §. 1. vide L. II. §. *legatis.*

Ad L. XL.

Non quicquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati.

§. 1. *Judex si quid adversus legis præceptum in judicando dolo malo prætermiserit, legem offendit.*

Plerunque verbum, *potest*, significat necessitatem, et accipitur pro debet. Paulus 4. *Sentent. t. de leg. Fus. Canin.* Tullius *pro domo sua: senatus aliquid consilii capere potest.* Sic cum dicitur judicem posse aliquid facere, significatur, eum debere, ut cum princeps rescribit alicui judici: *Potes hoc facere*, id est, debes. At non sequitur, potest judex hoc facere, ergo id jus exigit. Ut si princeps rescribat præsidi hoc modo: Potes de ea re cognoscere non cogitur suscipere ejus rei cognitionem, sed existimare debet, utrum cognoscere, an judicem dare velit, *l. sæpe*, *et l.* ge-

neraliter, *sup. de offic. præsid.* Ideo si judex id prætermiserit, quod scriptum est eum posse facere, non semper legem offendit, quoniam non semper *potest* significat necessitatem. Judex duobus modis legem offendit, et ideo litem suam facit, *l. filiusfamilias*, *sup.* si id quod facere debuit, prætermisit, aut si quod facere non debuit, fecit, sic in *l.* 1. *inf. de usur. ita tamen ut legem non offendat.*

Ad L. XLI.

In omnibus bonæ fidei judiciis cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit.

Ante diem vel conditionem res debita peti non potest: verum plerunque recte petitur cautio de præstando debito, cum dies venerit, vel conditio extiterit, et si petatur ex justa causa, fit condemnatio: ait in omnibus bonæ fidei judiciis, id est, sive generalia, sive specialia sint, *l. pro socio*, *inf. pro soc.* Generalia sunt ut pro socio, negot. gest. specialia, ut mandati, commodati, depositi. Idem locum habet in actionibus arbitrariis In iis enim tantum potest clausula arbitrii, quantum in bonæ fid. judiciis, *l. grege* §. *pen. de pignor. l. quod si in diem* §. 1. *de pet. hæred.* In strictis hoc locum non habet. Huc pertinet *l. Seja de mort. caus. donat.* ubi est bonæ fidei actio, non quidem sui natura, et origine, sed constituta per exceptionem doli: nam exceptio doli actionem strictam facit bonæ fidei. Et ideo quæritur de hujusmodi cautione præstanda. Verum in ea specie non præstatur hæc cautio, quoniam nondum suberat causa vel obligatio. Notandum ad hanc sententiam non pertinere leg. *inter*, *sup. qui satisd. cogant.* Primo enim cautio, de qua hic agitur, est, de solvendo debito, cum dies venerit, cum conditio extiterit, in *l. inter* agitur de cautione, quam institutus sub conditione præstat substituto; eaque est de non diminuendo, quoniam is, qui est institutus sub conditione etiam nondum veniente conditione potest accipere bonorum possessionem secundum tabulas, sed cavet de non diminuendo. Hæc cautio est prætoria, *l. Paulus notat, de prætor. stipul. Paulus* 5. *Sent. t. de stipulationibus.* Cautio, de qua hic agitur, est judicialis, *d. l. quod si in diem* §. 1.

Nec ad hanc legem pertinet cautio de qua in *l. si cui plus quam per leg. Falc.* hanc cautionem legatarius præstat hæredi, cujus conceptio hæc est: *quando amplius, quam per l. Falc. liceat, cetera reddat.* Illa specialis est cautio proprio edicto proposita, *l. ex facto* 2. *de hæred. instit.*

Nec huc pertinet cautio *l. ut legatorum.* Nam hæc cautio est de servando, non de solvendo, itemque prætoria. Nec huc pertinet lex 2. *inf. de evict.* quæ lex duplicem sensum habet. Primo, ut si non caveatur duplo evictionis nomine, ut agatur ad eam cautionem interponendam, et in hunc sensum adfertur *l. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *de ædilit. edic.* Secundo, ut si non promittatur dupla, re evicta nihilominus agatur ex empto in duplam, *l. si edictum*, *de eviction.* qui sensus magis convenit. Nam ait lex dupli condemnandum reum, non condemnandum ut caveat.

Nec huc pertinent cautiones de requirenda, et persequenda, et restituenda re amissa sine dolo et culpa, ut hæres legatario cavet de requirendo servo fugitivo, quia hæres operam dare debet, ut res præstetur legatario. Alii cavent tantum de restituenda amissa re, si in potestatem forte eorum redeat, *l. si a bonæ fid.* §. 1. *de rei vid.* Alii vero nec de restituendo cavent, ut depositarius, cujus culpa res non periit. Nam pro beneficio nullus cautionis præstandæ oneri subjiciendus est, *l. si sine*, *inf. depos.* Obstat huic le. *l.* 1. §. 1. *de usur.* ubi agitur etiam de bonæ fidei judiciis. Nostra lex ait, ante diem, auctoritate judicis, cautionem prestari, quod *d. l.* 1. negat. Nam ait, judicem post sententiam non posse exigere cautionem ob usuras rei judicatæ. Sciendum sententiam inhibere cursum usurarum, etiam si antea debitum fuerit usurarium: verum cum rursus currant post tempus judicandi faciendi, de eis præstandis judex non exigit cautionem. Verum in ea specie judex perfunctus est suo officio: nam condemnavit reum in sortem et in usuras usque in diem sententiæ. Post condemnationem desiit esse judex. Ergo nihil ad eum pertinet ratio usurarum futuri temporis. Itaque earum nomine cautionem non exigit. Nec obstat *l.* 1. *C. de sentent. quæ sine certa quantitate prof.* Verum in ea *l.* fingendum est, judicem fuisse addictum actioni judicati. Is ita pronuntiavit: *quoad judicato satisfeceris*, *usuras pendito*. Hæc sententia incerta non est, ideo lex ait, eam valere, quia pecunia condemnationis certa est, et quia usuræ rei judicatæ certæ sunt Opponitur lex 2. *C. de hæred. vend.* Ait lex, emptorem hæreditatis non cogi satisdare se satisfacturum creditoribus hæreditariis, sed eum compelli quidem cavere, id est, repromittere, non vero dato fidejussore. At satisdare non compelli, quia ea sit natura emptionis, ne satisdationes mutuæ interveniant, nisi id convenerit, *l. pacta*, *C. de contrah. empt.* Cautiones de emptione, itemque de evictione sunt, nec est omnino eadem species *d. l.* 2. et hujus. Hic enim cavetur de eo solvendo quod debetur cum dies venerit, aut conditio extiterit. Nihil simile in *d. l.* 2. ideoque in hac l. putem etiam exigi satisdationem pro qualitate personarum, in *d. l.* 2. solum cautio ponitur.

Ad L. XLII.

Si uxor a legato Romæ diverterit, dotis nomine defendendum Romæ virum, responsum est.

Hæc lex ad legatos pertinet, de quibus *l. 2. sup.* Legati sunt provinciales, vel municipales Romam missi, vel in sacrum comitatum, *l. tutor, in fin. ff. de jurejur. l. εἰδέναι, de tut. et cur. dat.* nisi Romæ conveniantur, revocant domum: nec Romæ judicium pati coguntur, etiam de eo quod ante legationem contraxerunt, at si in legatione contraxerint, aut deliquerint, Romæ conveniri: hinc est ratio legis, uxor legati ab eo Romæ legationis tempore divertit, legatus Romæ judicium de dote sustinebit, non ob privilegium dotis, sed quia ipse videtur Romæ in legatione contraxisse, in *l. jurisgentium §. ut puta, sup. de pact.* Divortium contractui comparatur: pacta quæ fiunt ex intervallo, non formant actionem, ut quæ ex continenti. Si ergo post divortium fiat pactum de statim reddenda dote, non ideo id pactum format actionem, quia ex intervallo sit appositum. Si vero in ipso divortio fiat, format actionem divortium enim pro contractu habetur.

Ad L. XLIII.

Eum qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, quocumque loco agere posse in id, quod interest, constat.

Promisit quis se Capuæ ædificaturum insulam intra certum tempus, an potest eo nomine alibi conveniri? si congruo loco convenitur, ubi domicilium habet, vel ubi promisit, recte ibi actione ex stipulatu arbitraria convenietur, quæ sic facta commemoratione Capuæ proponetur, *si paret Titium insulam facere oportere*, circumscripto loco non recte agetur ita, *si paret Titium insulam facere oportere*: sed adjecto certo loco sequetur condemnatio in id quod interest. Sic in stipulatione incerta venit in condemnationem id quod interest. Ait, *eo finito.* Ergo priusquam alibi agatur, finitum esse insulæ ædificandæ tempus convenit: semper enim inest tacitum tempus quo Capuam perveniatur: antequam id exierit, alibi frustra agetur *l. si testamento, §. ult. inf. de fidejuss.* quæ conjungenda est cum hac l.

Ad L. XLIV.

Non idcirco judicis officium impeditur, quod quidam ex tutoribus post litem adversus omnes inchoatam reipublicæ causa abesse cœperunt: cum præsentium et eorum, qui non defenduntur administratio discerni, et æstimari possit.

§. 1. *Cum postea servus apparuit, cujus nomine per procuratorem fuerat actum, absolvi debitorem oportet: quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit.*

Ex contractu servi actio domino quæritur, ipse vero servus agere non potest: soli ergo liberi homines in judicio consistunt, servi nec per se, nec per procuratores, *l. servum, sup. de procurat.* Ait, erit judicium, et debitor ex contractu servi absolvetur, id est, ab obligatione παρασχάσεως id est, ab observatione judicii, non a sortis obligatione liberabitur. Ideo domino servi in debitorem erit actio. Certi casus sunt quibus servi in judicio consistunt, ut agit servus de momento, quoties possessio domino erepta est, *l. 1. C. Si per vim vel alio modo, l. 1. Cod. qui legit. person. standi in jud.* Actio momenti est, qua possessio vi, aliove modo turbata repetitur: servus principis recte quacunque ex causa agit, *l. 1. C. ubi causa fiscal.* In his servis hoc singulare est *Nov. Leonis* 38. ut possint testamentum facere, ut alienare, quæ suo labore paraverunt. Olim etiam servus publicus testari potuit de media parte quæsitorum, Ulp. *de testamentis, in tit.*

Ad L. XLVIII.

Pars litterarum D. Hadriani: τοὺς ἄρχοντας ἐν ᾧ ἄρχουσιν ἐνιαυτῷ μήτε εἰσιέναι δίκην ἰδίαν, μήτε διωκόντων, μήτε φευγόντων, μήτε περὶ ὧν ἐπίτροποι, ἢ κουράτορές εἶεν, κρινέτωσαν· ἐπειδὰν δὲ ἐξήκῃ ἡ ἀρχὴ, καὶ αὐτοῖς πρὸς τοὺς φεύγοντας, καὶ τοῖς φεύγουσι πρὸς αὐτοὺς, εἰσαγωγίμους εἶναι τὰς δίκας. Id est, *magistratus, quo anno cum imperio sunt, neque propriam, neque eorum, quorum tutelam, vel curam gerunt, causam in judicio, vel agendo, vel defendendo, sustinento, simul ac vero magistratus dies exierit, non ipsis tantum adversus reos suos; sed etiam aliis adversus ipsos litem intentare jus fasque esto.*

Ait τοὺς ἄρχοντας, non est specialiter accipiendum de Atheniensium magistratibus, accipe generaliter magistratus, vel præsides. Magistratus quo anno gerunt magistratum, propriam actionem non introducunt persequendo, vel fugiendo, et de iis quorum tutores curatoresve sunt non judicant: ubi vero magistratu exierint, tam ipsis id licet in alios fugientes, quam aliis in eos. Fugientes dicuntur rei, *l. properandum, §. sin autem, C. de judic.* φεύγοντες ait εἰσαγωγίμους εἶναι τὰς δίκας, competere actionem: inde præscriptio μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι δίκην. Nota magistratum in sui pupilli causa judicare non posse magistratus esse tutor potest si se non excusarit, aut si ante magi-

stratum, tutor fuerit quia dominus quasi est rei pupilli. nec potest litigare, nisi expleto anno, *l. 2. de in jus voc.* hoc vero est intelligendum de magistratibus qui imperium habent: magistratus municipales jurisdictionem habent non imperium, hi in ipso magistratu conveniri possunt, *l. nec magistratibus, inf. de injur.* hos et ἄρχοντας vocat, sed peculiariter. στρατηγούς. Præses est, ἄρχων ἀρχόντων. *Novell.* 15. Ædiles plebis imperium non habuerunt, nec vocationem prehensionemve, ideoque conveniri poterant, *l. eumq. inf. de peric. et comm. rei vend.* Gell. *lib.* 13. *c.* 13. quilibet etiam magistratus postulari potest crimine repetundarum, *l. 4. C. ad leg. Jul. repetund. Nov.* 86. male hic Accurs. inter majores et minores magistratus distinguit. Nostri auctores illam differentiam non statuunt. Olim enim magistratus majores et minores erant ex auspiciis, dum majora minorave auspicia fierent Gell. *lib.* 13. cap. 14. et distinguitur an imperium habeant, vel non.

Ad L. XLIX.

Venditor ab emptore denuntiatus. ut eum evictionis nomine defenderet, dicit se privilegium habere sui judicis. Quæritur an possit litem ab eo judice, apud quem res inter petitorem et emptorem cœpta est, ad suum judicem revocare. Paulus respondit, venditorem emptoris judicem sequi solere.

§. 1. *Judices a Præside dati solent etiam in tempus successorum ejus durare. et cogi pronuntiare, easque sententias servari: in eundem sensum etiam Scævola respondit.*

Duæ proponuntur sententiæ: prima est, venditor non tenetur de evictione, nisi emptor ei denuntiaverit, sibi litem moveri de re empta, idque ut rem defendat, ut liti subsistat: venditor non nisi laudatus tenetur de evictione. vel denuntiatus.

Denuntiatus hic dicitur laudatus, id est, cui facta est denuntiatio: venditor illaudatus non tenetur de evictione. Cum vero venditori denuntiatur, non potest is uti privilegio sui fori, sed emptoris forum sequi debet, *l. 1. C. ubi in rem actio.* Nam lis principaliter est cum emptore. Ergo quale sit emptoris forum spectamus: venditor tantum liti subsistit.

Secunda est §. 1. Judex datus a magistratu. etiam finito magistratu, judex manet et cogitur judicare, et valet sententia. At præses non potest dare judicem in eum diem, quo est magistratu abiturus, *l. eum qui, de jurisdict. omn. judic.* quæ huic *l.* alias opponitur. Ut præses magistratu est exiturus Cal. Martiis: Judex potest ex die dari, an ergo poterit Cal. Martiis judicem dare? Sic est *d. l. eum qui.* At judex pure datus in ipso magistratu, etiam finito magistratu permanet. Finitur magistratus tempore. Erant enim olim plerunque annui. Verum necesse est, ut successor venerit. Observari ergo præsentia successoris debet *l. meminisse, de off. proconsul. l. 1. de off. præf. August.* Neque obstat *l. ult. de offic. proconsul.* Proconsul portam Romæ ingressus deponit imperium. Ergo tunc tantum deponit, cum ingreditur urbem, non statim atque successor venit. Verum in ea *l.* imperium accipitur pro insignibus imperii, quæ non deponit ante ingressum urbis. Sic etiam cum præses Roma egressus est, statim assumit insigne, nondum tamen est in magistratu, *l. 1. de offic. procons.* Insignia erant vehiculum ex argento. Item stola purpurea, quam Justinianus vocat in *Nov.* 103. 123. τήβεννον. Item fasces sex, *l. antepen. de off. procons*, Fasces indicant eum habere merum imperium: sic et Prætorem vocat Polyb. ἑξαπέλεκυν. Rutilius: *Fascibus et senis creditæ jura dedi*, id est, proconsul fui. Hæc insignia cum ipso magistratu non deponit, donec urbem ingressus sit.

Ad L. LIII.

Vix certis ex causis adversus dominos servis consistere permissum est, id est, si qui suppressas tabulas testamenti dicant, in quibus libertatem sibi relictam adseverant. Item arctioris annonæ populi Romani, census etiam et falsæ monetæ criminis reos dominos, detegere servis permissum est. Præterea fideicommissam libertatem ab his petent. Sed et si qui suis nummis redemptos se, et non manumissos contra placiti fidem adseverent. Liber etiam esse jussus si rationes reddiderit: arbitrum contra dominum rationibus excutiendis recte petet. Sed etsi quis fidem alicujus elegerit, ut nummis ejus redimatur, atque his solutis manumittatur, nec ille oblatam pecuniam suscipere velle dicat, contractus fidem detegendi, servo potestas tributa est.

Vix hoc loco significat difficultatem, id est, prope fuit, ut non permitteretur servis consistere adversus dominum, sic *l. 1. C. de precib. Imp. offer.* Servus non facile est capax offerendi libellos, *l. 1. Cod. quibus ex caus. serv. pro præm. libert. accip.* quæ cum *d. l.* 1. conjungenda est: ibi ostenditur non facile audiri servum supplicantem, nisi ut vindicet mortem defuncti, reumque cædis deferat. Item si reo peracto pro præmio libertatem petat: eam enim ipso jure non habet. Sic dicimus, servum non facile consistere adversus dominum. Sunt tamen quædam causæ, ex quibus consistit, quas Martian. refert 2. *Instit.* ex quo lib. hæc quæ sequn-

tur leges sunt, *l. 5. inf. de manumiss. l. nullo ad leg. Corn. de fals. l. 1. ad l. Jul. de annona*: servus potest dominum accusare l. Corn. testamentaria ob suppressas tabulas, in quibus ipsi libertas relicta est, l. Jul. de annona, quod fecerit, quo egestas esset annonæ, *l. ideo 17. inf. de compensat.* Servus etiam dominum potest accusare census fraudati, quod scilicet dominus omnia, quæ habuit, in censum non retulit. Nam olim censebantur cives Rom. id est, sua et se profitebantur, et qui quid prætermiserat, accusabatur census fraudati, *l. 1. C. de quæst.* Item si quis non profiteatur apud publicanos omnes merces, quas attulit, tenetur de publicis fraudatis, *l. fraudati, inf. de publ.* Hoc etiam crimine tenebatur, qui alias pro aliis merces profitebatur. Servus potest dominum accusare l. Cornelia nummaria de falsa moneta. Servus potest a domino judicio petere fideicommissariam libertatem. Itemque hæreditatem, *l. mulier §. non est, inf. ad Trebell.* Species est, ab hærede servo relicta est libertas, ante aditam hæreditatem, nec potest directam vindicare, nec fideicommissariam petere: potest ergo cogere hæredem, ut adeat hæreditatem et restituat. Item, si servus suis nummis se a domino redemerit, nec sit manumissus, aget adversus dominum, ut manumittatur, *l. 5. de manumiss.* At quomodo fieri id potest, cum servus nihil proprium habere possit? Verum id fit conniveute domino, *l. 4. de manumiss.* Nam ipse quidem servus seipsum non emit, ne idem sit emptor et emptus, sed alius eum redimit: et si eum redimat, servus videtur sua pecunia redemptus, id est, ex eo, quod sua parsimonia comparavit, quod ex demenso suo comparsit. Seneca 11. *Epist. Peculium suum quod comparaverunt ventre fraudato, pro capite numerant.* Verum necesse est, ut probent se pecuniam numerasse, et si temere ea de re querelam instituerint, in metallum dantur, aut domino redduntur sub pœna vinculorum, *l. si quis aliquid §. qui se, inf. de pœn.* frequens est, ut servi illa pœna teneantur, *l. in servorum, l. capitalium §. solent. inf. de pœnis.* At si servus probaverit, manumittendus est. Nam ex eo, quod numeravit, non liber pronuntiatur, sed cogitur dominus manumittere, eaque manumissio retrotrahitur ad tempus, ex quo redemptus est, *l. qui se, inf. h. t.* Quod si dominus latitet, tunc servus liber pronuntiatur, exemplo senatusconsultorum pertinentium ad fideicommissam libertatem. Item si servus sit manumissus, *si actus sui rationem reddiderit*, ex hac causa adversus dominum consistet, et petet dari arbitrum rationibus discutiendis, *d. l. 5. inf. de manumiss.* Sic si servus sit redemptus nummis emptoris, interposita fide manumittendi, poterit postea offerre nummos emptori, atque ita eum cogere ad se manumittendum. Regulariter autem servi in judicio consistere non possunt, causamve orare.

Ad L. LIV.

Per minorem causam majori cognitioni præjudicium fieri non oportet. Major enim quæstio minorem causam ad se trahit.

Quæstio major est, quæ est de re vel pecunia majori: minor quæ de minori. Nonnunquam minor quæstio cum majori aliquam communionem habet, quod cum accidit, quæritur tum, utra prius disceptari debeat? Tum prius judicatur quæstio major, ne scilicet ei fiat præjudicium. Judicium enim minoris rei præjudicium est majoris, *l. scio, inf. de in integ. restitut. l. rei majoris, inf. de exception.* In hanc rem comparatæ sunt exceptiones præjudiciales, quibus hoc modo utimur, ut si de re minori agatur, quæ communis est quæstioni de re majori, actori obstet exceptio, *quod præjudicium non fiat quæstioni de re majori.* Et hæ exceptiones competunt nomine futuri majoris judicii, non jam cœpti vel constituti. Denique minor quæstio majorem ad se trahere non potest, at major minorem ad se trahit sed contra fieri non potest, *ait majori*, quæ scilicet futura est, supplendum ad finem, *non minor majorem.* Finge: inter nos est controversia de hæreditate, lis tamen nondum est, ago ex ea hæreditate vindicando res singulas: repellor exceptione præjudiciali, actio enim de rebus singulis minor est ea quæ est de hæreditate. At e contrario si egi prius de hæreditate, deinde recte agam vindicatione rerum singularum, *l. si post litem, inf. de except. l. si bonæ fidei, inf. de petit. hæred.* Item, inter me et te est controversia de proprietate fundi, quem tu possides: hæc major est quæstio, scilicet de proprietate. Est etiam inter nos controversia de via in fundo debita, quoniam dico in eum fundum viam mihi deberi. Hæc minor est: et tamen hæ quæstiones communionem inter se habent, nec potest de una judicari sine præjudicio alterius: nam non potest mihi via deberi in eum fundum, nisi is meus sit. Ergo prius agens de via repellor exceptione præjudiciali, *l. fundum inf. de except.* At e contrario: ego egi prius de fundi proprietate, deinde ago de via, jam nulla obstabit exceptio: nam hæc datur ob futurum judicium majus, non ob id, quod jam inchoatum est, *l. sed si ante, inf. de except.* Sed in ea *l.* verba transposita sunt: nam ita legendum: *Sed si ante fundum Titianum, deinde viam petam*: alioquin eadem proponetur species in *l. sed si*, quæ in *l. fundum*, cum particula, *sed*, diversitatem significet. Item, inter nos est controversia de proprietate fundi, quem

tu possides. Hæc est major quæstio: si ago prius de fructibus a te perceptis, quam de proprietate (condico enim fructus, quasi ex re mea sine causa perceptos) repellor exceptione præjudiciali. At contra, si prius de fundo actum sit, deinde recte agetur de fructibus. Item si est inter nos controversia de proprietate partis fundi, quam tu possides, ego tamen velim prius agere communi dividundo, aut familiæ erciscundæ, repellor except. præjudiciali, quia speratur vindicatio secutura. Non sic fiet si converso ordine actum sit, *l. fundi. inf. de except. l. 1. inf. famil. erc isc.* His obstat, *l. si quis libertatem, de pet. hæred.* Ex ea colligitur post litem contestatam de petitione hæreditatis non posse agi liberali judicio, quod tamen minus est judicium. Sciendum in ea *l*, tractari de judiciis liberalibus, quæ ex testamento pendent: scilicet, de libertatibus relictis, quæque differuntur, si ruptum testamentum dicatur, *l. 3. §. si quis, de Carbon. ed c.* Eadem judicia differuntur, si speratur judicium de inofficioso, ne fiat præjudicium petitioni hæreditatis. Item post litem contestatam de inofficioso, ea judicia differuntur quoad illa cognitio finiatur. Verum si in contestanda querela fiat longior mora, non differuntur. Ejus leg. species est: Licinianus quidam testamento liber, et hæres esse jussus, possessor est hæreditatis, filius exhæredatus est: filio exhæredato datur actio de inofficioso: ideoque non agit quidem querela statim, sed Licinianum in servitutem petit: Licinianus non vult ire in judicium libertatis, sed ait prius esse judicandum de testamento: et ait, *se id judicium libenter suscepturum*: (sic enim legendum est). At si agit de inoff. hæreditatem petit semper, *l. si quis filium, C. de inoff. test. l. pen. §. sed quoniam, de bon. poss. cont. tab.* Quid ergo hoc casu fiet? an differetur liberale judicium? Lex ait liberale judicium differri, quoniam in arbitrio filii est agere de inofficioso. Verum an liberale judicium in quinque transferetur annos (nam tandiu actio de inoff. durat.) Respond. Minime. Sed a judice modicum tempus statuetur, intra quod contestetur querela inofficiosi. Ergo si fiat longior mora in contestanda querela, non differtur liberale judicium, *l. ult. C. de petit. hæred.* Justin. constituit, ut libertates relictæ anno sustineantur numerando a tempore mortis testatoris, post annum competant, etiamsi de hæreditate lis nondum contestata sit. Sed ut componatur hæc lex cum superioribus, utendum est hac distinctione. Duo sunt genera quæstionum, quædam ex testamento pendent, quædam incurrunt extra testamentum. Ex testamento pendet quæstio libertatis testamentariæ, item quæstio legatorum et fideicommissorum. Inter has etiam est differentia: nam quæstiones libertatum differuntur eo modo, quo diximus. At quæstiones legatorum aut fideicommissorum non differuntur invitis legatariis: statim exiguntur ab hærede scripto, licet hæres litiget de testamento, sub cautione scilicet *evicta hæreditate legata reddi*, ex eaque cautione reddi pecuniam cum usuris quadrantibus, fundum cum fructibus, domum cum pensionibus deductis impensis, *l. 3. §. si legat. et §. ult. inf. si cui plus quàm per leg. Falc.* Libertates differuntur ideo, quod legata facile revocari possunt, libertates non item. Aliæ sunt quæstiones extra testamentum, et hæ etiam non differuntur, ut quæ sunt e contractibus defuncti, et ideo creditores hæreditarii agunt statim vel in petitorem, vel in possessorem. Verum quod eo nomine solutum est creditoribus, id victor victo restituit, *l. ult. §. sin autem, C. de petit. hæred.* nec obstat *l. apud, C. de jure fisci*: quoniam ibi est favor fisci. Similiter petitor vel possessor hæreditatis agit in debitores hæreditarios, vel vindicat res singulas a possessoribus, non quidem dum speratur petitio hæreditatis, sed post litem contestatam de petitione hæreditatis: hæc est sententia *d. l. si post litem.*

Ad L. LV. LXVIII. LXIX. LXX. LXXI. LXXII. LXXIII.

L. LV. *Edictum quod ab antecessore datum est, in numero trium edictorum connumerari debet. Plane licet omnis ab antecessore numerus finitus sit, solet successor unum edictum dare.*

L. LXVIII. *Ad peremptorium edictum hoc ordine venitur, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum.*

L. LXIX. *Per intervallum non minus decem dierum.*

L. LXX. *Et tertium, quibus propositis, tunc peremptorium impetret: quod inde hoc nomen sumpsit, quod perimeret disceptationem, hoc est, ultra non pateretur adversarium tergiversari.*

L. LXXI. *In peremptorio autem comminatur is, qui edictum dedit, etiam absente diversa parte cogniturum se et pronuntiaturum.*

L. LXXII. *Nonnunquam autem hoc edictum post tot numero edicta, quæ præcesserint, datur: nonnunquam post unum, vel alterum, nonnunquam statim, quod appellatur unum pro omnibus. Hoc autem æstimare oportet eum, qui jus dixit: et pro conditione causæ, vel personæ, vel temporis ita ordinem edictorum vel compendium moderare.*

L. LXXIII. *Et post edictum peremptorium impetratum, cum dies ejus supervenerit, tunc absens citari debet, et sive responderit, sive non*

responderit, agetur causa et pronuntiabitur, non utique secundum præsentem, sed interdum vel absens, si bonam causam habuit, vincet.

§. 1. *Quod si is, qui edictum peremptorium impetravit, absit die cognitionis, is vero adversus quem impetratum est, adsit, tum circumducendum erit edictum peremptorium, neque causa cognoscetur, nec secundum præsentem pronuntiabitur.*

§. 2. *Circumducto edicto videamus, an amplius reus conveniri possit, an vero salva quidem lis est, verum instantia tantum edicti periit. Et magis est, ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.*

§. 3. *Sciendum est, ex peremptorio absentem condemnatum, si appellet, non esse audiendum, si modo per contumaciam defuit, si minus, audietur.*

Quæstio est de ordine edictorum, quibus evocantur rei vel actores, qui litem institutam deseruerunt. Hæc edicta proponuntur, id est, publico loco affiguntur, unde recte legi possunt, *l. sed etsi pupillus*, §. *de quo*, *de institor. act. l. si quis id quod*, *de jurisdict. omn. jud. l. cum in plures*, §. *locator, loc.* In qua *propositum* ita sumitur, et hujus ita conscripsit summam Bartolus: *Propositum in mente retentum partim non expressum non relevat*, accipit *propositum*, pro animi destinatione, et tradit institutum nostrum, cujus expers sit adversarius, non eximere nos obligatione. Verum in eo §. *propositum*, id est, proscriptum. Qui erant locaturi ædes vel horrea, id exprimere quibus conditionibus solebant, et id etiam *proponere* vocabant: si locator in horreum proposuerit aurum, argentum, margaritas suo periculo se non recepturum: sed postea sciens eas res a conductore inferri in horreum passus est, sicque earum rerum tacite custodiam recepit, obligatur earum rerum nomine, perinde ac si *propositum* remisisset, id est, illud proscriptum. Illa etiam edicta proponuntur post litem contestatam. Nam ante adversarius in jus vocatur tum litem contestatur apud Prætorem, tum postea si reus abest vel actor, hæc edicta proponuntur, μετὰ προκάταρξιν. Constant. *epit.* 1. *t.* 4. et in *l.* 70. dum ait, *tergiversari, et l. contra* §. 1. *de re judic. si litem inchoatam deseruit.* Illi desertores, dicuntur *contrahere eremodicium*, id est, desertionem litis. Proponuntur autem tria edicta, intermisso in singulis spatio 10. dierum, *l.* 69. *properandum*, §. *et siquidem*, *C. eod. Constantinus ait*, δέκα ἡμέρας ἔχει προθεσμίαν. Hodie autem octo dierum intermissio fit, sed ex *Novella de litig.* tribuitur spatium 30. dierum post singula edicta, post hæc impetratur quartum edictum peremptorium, quod tollit disceptationem, *l.* 7. *h. t.* (Sic olim *fulgura peremptalia* dicebantur, quod superiora portenta perimerent, id est, tollerent; sic Novella *Valent. de præscript.* 30. *ann.* vocabulum, *omnia*, est peremptorium, cum dicitur, præscriptionem triginta annorum omnia tollere) Verum hic ordo non semper observatur: hoc enim pendet ex arbitrio judicantium: interdum enim post primum aut secundum edictum datur peremptorium; interdum statim ab initio, quod vocatur unum pro tribus, vel omnibus: interdum contenti erant tribus edictis, nec dabant peremptorium, tria enim edicta erant vice peremptorii, *l.* 2. *l. consentaneum*, *l. tres*, *C. quom. et quand. jud. etc. l. nonnunquam* 72. *h. t. l. contumacia*, *de re judic.* contumax est qui tribus edictis vel litteris, ita legendum ut apud Paulum *lib.* 5. *Sentent. t.* 5. Plerumque etiam non proponebant edicta, nec litteras ad absentem mittebant, sed utebantur trinis denuntiationibus quæ fiebant per executores post edictum peremptorium; edicti die adhuc solet, qui vocatus est in foro, citari voce præconis *l.* 73. *hic*, *l D ous, sup. de rest. in integr.* proprium munus præconum est citare litigatores in foro amplo boatu, Justin. vocem præconis, vocat vocem legis, interprete Juliano: si respondeat præconi, causa agitur, sin minus, agitur μονομερῶς, quod regulariter non fit. Non est autem contumacia, nisi præcesserint illa edicta, quæ retulimus. Pronuntiatur autem vel secundum præsentem vel absentem si videatur meliorem causam habere, *l.* 7. *et leg. properandum.* Contra hæc opponit Accurs. *l. contumacia*, *de re jud.* contumacia litis damno coercetur, id est, contumax litem amittit. Sciendum, eum, qui comdemnatus est ex contumacia, litis damno vere coerceri: nam non potest appellare, non potest ex integro causam agere, *l. ex consensu, l. ult. inf. de appellat. l.* 1. *C. quor appell. non recip. et hac leg.* 73. *in fin.* Sic ergo litis damno coercetur: ad eam enim litem nulla via reverti potest. Celerum iis verbis non negatur, quin possit vincere. Opp. etiam *l. certum*, §. *si quis de confes.* Non solet quis absenti condemnari: ergo absens vincere non potest. Sed absens ex contumacia potest damnari. At quid, si die postremi edicti venit, qui vocatus est, et qui edictum impetravit, abfuit? Respondeo: tunc non agetur causa, sed circumducetur et delebitur edictum peremptorium, id est, pro eo erit, ac si non fuisset vocatus, denuo erunt edicta proponenda. Denique qui vocatur, absolvitur ab observatione judicii: verum potest ex integro conveniri: diversa sunt circumduci edictum *et sententiam* proferri, *l. Divi inf. de liber. cau. et l.* 73. §. 1. *h. t.* Nunc hæc est sententia *l.* 55. Præsidi datus est successor: hic unum edictum dederat, successor peraget ordinem edictorum, aut si antecessor dedit

omnia edicta, adhuc successor novus dabit unum edictum. Sed hæc edictorum datio est in arbitrio judicantium.

Ad L. LVII.

Tam ex contractib. quam ex delictis in filiumfam. competit actio: sed mortuo filio post litis contestationem, transfertur judicium in patrem dumtaxat de peculio, et quod in rem ejus versum est. Certe si quasi procurator alicujus filiusfamilias judicium acceperit: mortuo, in eum quem defenderit, transactio, vel judicanti datur.

Huc pertinet *l. etsi condemnatus, de noxal. act.* Filiusfam. obligatur in solidum ex delictis et contractibus, et ex eis cum eo agitur in solidum. Duæ tantum sunt causæ, ex quib. cum eo non agitur, nisi ad quantitatem peculii castrensis vel quasi, quoniam in iis peculiis vice patrisf. fungitur. Verum ultra eam quantitatem, vel si nec peculium habet, cum eo non agitur. Una causa est mutui, quæ quidem Senatusconsulto Macedon. excepta est. Nam cum filiofam. mutui nomine non agitur, nec etiam cum patre, idque in odium creditorum introductum est, *l. qui exceptione, in prin. de cond. ind.* quoniam plerique filiisfam. credebant incertis nominibus, *l. 1. inf. ad Maced. Incertis nominibus*, id est, tacitam pecuniam. Tacite credi dicitur, quod in rem turpem creditur. Plerunque autem sumebant filiifam. pecuniam in res turpes: incerta et tacita nomina suspecta sunt. Altera est causa, voti sponsione filiusfam. non obligatur, *l. 2. inf. de pollicit.* Hic quærit Alciatus, cur ex voto filiusfam. non obligatur, 5. *Parerg. cap.* 9. quæ vero causa facit, ut non possit filiusfamil. testamentum facere, etiam vetat filium quicquam vovere. Ea autem causa est, quoniam nihil suum habet, de quo testari possit, sic etiam nihil habet, quod voveat. Verum hac in re differentia quædam est: nam filiusfam. testamentum, ne ex voluntate quidem patris facere potest, puta de profectitio, aut re patris: at votum nuncupare potest ex voluntate patris, *d. l. 2.* ut donare causa mortis ex voluntate patris, *l. in ædib. §. pen. de donat.*

Ratio differentiæ, quod jus testandi tribuitur non nostro jure, sed publico et legibus, ut patronus liberto non dat testamenti factionem, *l. Paulus, §. patroni, de bon. libert.* Sic pater filiofam. idem jus non dat, *l. 6. qui test. fac. poss.* Nemo etiam sibi sumit jus testandi suo arbitrio, ut pater dat filio jus donandi et vovendi, quilibet nobis hæc jura dat: jus testandi a privato non accipitur, sed l. 12. tab *paterf. uti super re sua legassit, ita jus esto.* Addit Accurs. hodie ex causa adventitia agi cum patre, non cum filiofam. videlicet si pater usumfructum amplexus sit, *l. ult. §. ubi autem in unum C. de bon. quæ lib.* Hoc sic explico. Si filius acquisiverit aliquid aliunde, quam ex re patris, ex constitut. Just. ejus rei pater usumfructum tantum habet: proprietatem retinet filiusfamilias. Et si amplectatur usumfructum, ejus rei nomine actiones movebit et suscipiet, ut si filiofam. ex donatione vel emptione res tradita sit et acquisita, ejusque rei pater usumfructum amplexus sit, agetur cum eo ex vendito pretii nomine, vel condictione, si lex addita sit donationi. Ipse autem pater aget eo nomine, adhibito consensu filii: nam actio ex adventitia causa est communis patris et filii, ut olim in dote: nec enim potest pater agere inconsulto filio, aut ignorante: ideoque si pater agat sine consensu filii, de rato cavere debet exemplo dotis, *l. 2. §. ult. inf. sol. matrim.* Verum non ita dicendum est, si aliquid sit commodatum filiofam. vel depositum: ex hac enim re patri nihil acquiritur. Ideoque tunc cum filiofam. agitur ex his contractibus in solidum, cum patre de peculio duntaxat, *l. 3 §. si fili fam.* et ibi Accurs. *inf. de pecul. l. 1. §. filiumfamil. depos.* Idem si filiusfam. deliquerit, ex quo etiam patri nihil acquiritur: ergo cum eo in solidum agetur: cum patre nullo modo, nisi post condemnationem agetur adversus patrem actione judicati de peculio. Ergo hodie ex plerisque causis cum filiofam. agitur in solidum. Ad has causas referenda est hæc lex, quæ ostendit patrem post condemnationem filii in solidum teneri de peculio, et de in rem verso: nam actioni de peculio semper inest clausula de in rem verso: plerumque separatim agitur de in rem verso, sed cum de peculio, tacite etiam de in rem verso agitur, §. *licet, Inst. quod cum eo, l. 3. §. idem scribit, inf. de pecul. l. si pro patre, in prin. de in rem vers.* præterea, si post litis contestationem mortuus sit filiusfam. hoc judicium cœptum transfertur in patrem: sed non condemnatur pater nisi de peculio et de in rem verso. Idque verum est, etiamsi lite contestata ex causa delicti filius decesserit, idque fit exemplo hæredum, in quos post litem contestatam cum defuncto ex causa delicti judicium transfertur, *l. constitut. l. omnes, l. sciendum, l. res, de obligat. et action.* Huic rei simile est quod hic dicitur. Filiusfamilias quasi procurator accepit judicium alterius nomine, post condemnationem actio judicati datur in eum quem defendit: vel si filiusfamilias mortuus sit post litis contestationem, judicium transfertur in eum quem defendit. Verum hoc postremum obtinet etiam in paterfamilias, *l. Plautius, de procurat.* Si mortuus sit defensor post litem contestatam, judicium transfertur in dominum, id est, eum, quem defendit (Accursius hoc loco recte explicat quasi procurator, hoc est, revera procurator). Nam si quis se

liti alienæ obtulit, eamque egit sine mandato, actio judicati datur in eum, qui defenditur, nec in alium fit eo defuncto translatio, *l. si procurator meus, in fin. sup. de procurat.* Itaque hic oportet procuratorem proprie accipere, pro eo qui mandatum habet.

Ad L. LX.

Mortuo judice, quod eum judicare oportuerat, idem eum, qui subditus est, sequi oportet.

In hac lege *subditus* dicitur, qui in locum mortui datur. Subdito judici ad judicandum idem tempus præscriptum videtur, quod mortuo, *l.* 52. Item ei videtur eadem formula præscripta, quæ mortuo.

Ad L. LXI.

Solmus quidem dicere, id venire in judicium de quo actum est inter litigantes. Sed Celsus ait: periculosum esse, ex persona rei hoc mentiri, qui semper, ne condemnetur, hoc dicet, non convenisse. Quid ergo? melius est, dicere, id venire in judicium, non de quo actum est, ut veniret: sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret.

§. 1. *Latrunculator de re pecuniaria judicare non potest.*

Vulgo dicitur, *id videri in judicium venisse, de quo actum est inter litigantes*, τὸ κρινόμενον. Verum omnis sententia sæpe fallit nos, et periculosa est. Nam circumstantiæ nunc ratas, nunc irritas regulas efficiunt, ut hic contingit, si hoc metiamur ex persona rei: dicet enim reus judicii vitandi causa se ea de re nunquam sensisse, atque ita judicium erit lusorium καὶ ἀσίςατον: finge ex consensu partium, de Sticho judex datus est: lite longius progressa, cum essent duo Stichi ejusdem, actor dicit se de hoc sensisse, reus de altero. Hic nullum judicium esse potest, si verum sit, hoc tantum in judicium venisse, de quo actum inter litigatores sit. Itaque melius est, ut actori credatur, et is Stichus petitus videatur, de quo actor sensit, *l. inter stipulantem*, §. *Stichum*, *de verbor. obligat.* Potius ergo dicemus: id non venit in judicium, de quo nominatim actum est, ne veniret: hæcque definitio nunquam fallit. Huc pertinet *l.* 66. *h. t.* in qua *intentionem* vocat formulam, orationem, narrationem causæ, Græci ἀφήγησιν petitus est Stichus: duo sunt Stichi: ambigua hic est intentio, sed is petitus videtur, de quo actor sensit. Harmenop. 1. *Epit. t.* 5. tale proponit exemplum: si apparet, numeratos esse centum nummos, hæc intentio ambigua est: nam duobus modis accipitur: si apparet me tibi, aut, si apparet, te mihi numerasse. Sed verba hæc ita accipienda sunt, ut quod utilius est actori, id consequatur. Sic ergo si apparet, me actorem tibi numerasse (εἰ φαίνεται καταβληθῆναι, et contra, μὴ καταβεβλῆσθαι) Aliud. In narratione negotii, quæ fit contestando litem, *l.* 1. *C. de lit. cont.* actor dixit: inter nos actum est de mutuo, et ducentos aureos numeravimus. Hic quæritur, uter numeraverit: accipietur hæc oratio, ut actor numerasse intelligatur, *l. in contrahenda, de reg. jur. Latrunculator*, qui latrones prosequitur, πησοδιώκτης. *Nov.* 8. Haloander interpretatur, *un prevost*: is de re pecuniaria non potest judicare.

Ad L. LXII.

Inter litigantes non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit. Esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, et qui commodo possessoris fungatur.

Prius judicatum est de possessione, quam proprietate, *l. incerti*, *C. de interd.* quia alias non posset expediri quæstio proprietatis, constare enim ante omnia debet, quis sit petitor, quis possess. Petitori enim onus probandi incumbit, hocque est commodum possessoris, ut nullas probationes præstare cogatur, et ut in pari causa possessoris melior sit conditio, *l. exitus*, *inf. de acq. possess.*

Ad L. LXIII.

Recte defendi, hoc est, judicium accipere, vel per se, vel per alium, sed cum satisdatione. Nec ille videtur defendi, qui quod judicatum est, non solvit.

Recte videtur defendi quis, si per se judicium accipiat, et si judicato satisfaciat: qui enim judicium detrectat, aut judicati solutionem, non recte defenditur. Item si judicium per alium suscipiat. Necesse autem est, ut qui pro pupillo judicium suscipit, satisdet judicatum solvi: hanc satisdationem qui detrectat, non videtur recte defendisse pupillum, ut *l.* 3. *et* 5. *inf. quib. ex caus. in possess. eat.* Cum pupillo agitur nomine patris defuncti, is non defenditur, tunc missio fiet in possessionem rei servandæ causa, dum pubes fit. Post pubertatem quilibet admittetur ad defensionem ejus, et si tum recte defendatur, qui missi sunt in possessionem, discedere jubentur interdicto quodam speciali, quo missi in possessionem discedere jubentur, *l. si legatarii*, *ut legat. caus. caveat.*

Ad L. LXIV.

Non a judice doli æstimatio, ex eo quod interest, fit, sed ex eo, quod in litem juratur. Denique et prædoni depositi et commodati ob eam causam competere actionem, non dubitatur.

§. 1. *Si quis alio judicio acturus, judicatum solvi satis acceperit, deinde in alio judicio agat, non committetur stipulatio, quia de alia re cautum videtur.*

Gravius est damnari, quanti actor juraverit in litem, quam quanti actoris interest, *l. qui restituere, de rei vind.* Jusjurandum in litem nihil aliud est, quam æstimatio ejus quod interest. Ceterum gravius est damnari arbitrio adversarii, quam judicis. Damnamur autem ex arbitrio adversarii, cum ex æstimatione ejus jurata damnamur, *l. 1. inf. de in lit. jur.* Hoc autem jusjur. defertur a judice, *l. videamus*, §. *deferre, de in lit. jur.* Defertur autem ob dolum adversarii, qui scilicet dolo rem non restituit, vel etiam qui dolo rem desiit possidere. Denique jurejurando in litem doli tantum æstimatio fit, culpam æstimat judex, dolum æstimat actor, *l. 2. l. videamus*, §. *ult. l. in action. de in lit. jur.* Judice æstimante, in id, quod revera interest, fit condemnatio: actore æstimante, gravior fit condemnatio, nam fit in id plerumque, quod actor juravit, etiamsi excedat id quod revera interest, sicque dolus rei punitur, juratur autem in litem in actionibus arbitrariis, quæ rei æstimationem continent, in actionib. in rem, ad exhib. de dolo et metus causa. Item in interdictis restitutoriis, *l. qui restituere, in fin. de rei vind.* Item in actionibus bonæ fidei, quibus agitur de re restituenda, ut depositi, commodati, tutelæ, pignoratitia, locati, de dote, non etiam de donatione inter vir. et uxor. facta, *l. 36. ff. de donat. inter vir. et uxor.* Lex ait, ob dolum depositarii vel commodatarii non restituentis, etiam prædoni dari actionem depositi et commodati. Datur etiam furti, *l. ita ut, inf. commod.* quæ est ex *lib. 6. decretorum Marcelli*, citaturque in *l. 1. §. 5. Si prædo, inf.* ubi pro *lib. 6.* legendum 5. At in his actionibus ob dolum juratur in litem; ergo iis verbis significatur, prædonem etiam jurare in litem, quasi dominum litis, et ex eo, quod is juraverit, condemnationem sequi, quod valde notandum est. In actionibus autem bonæ fidei, quibus de re tradenda agitur, non juratur in litem Similiter in actionibus strictis, quibus de re danda agitur, id est de dominio transferendo, non juratur in litem, nisi in actione ex stipulatu re extincta post moram, scilicet si judici difficile sit, eam rem extinctam æstimare, *l. in actionib. inf. de in lit. jur.* Item in condictione furtiva, et rerum amotarum juratur in litem, *l. si cum dos* §. *ult. rer. amot. l. cum furti, de in lit. jur.* ubi actio furti condictionem furtivam significat, non actionem pœnalem, ut in *l. si is cui, inf. de furt.*

Ad §. 1. Si quis alio.

Quæritur, quis satisdet judicatum solvi: reus id satisdat in actionibus in rem, non autem in personam, *l. 2. inf. de prætor. stipul. l. si eum hominem, inf. de fidejuss. l. in causæ, §. sed et hæ, de procurat.* et in *l. judicat. sol. l. pen. sup. de dolo.* Hodie ex constitutione Justiniani reus non satisdat judicatum solvi, sed tantum se in judicio adfuturum, scilicet vel satisdat, vel jurat pro distinctione personæ. Defensor autem rei omnibus actionibus satisdat judicatum solvi. Hæcque satisdatio præstatur ante judicium acceptum, *l. si ante, l. si petitor, inf. judic. solvi.* Nunc finge: ego cum defensore tuo acturus ex stipulatu satis accepi judicatum solvi. Deinde egi cum eo ex testamento, non ex stipulatu: stipulatio non committitur, quoniam, qua de re cautum est, etiam actum non est, sed de alia actum est, de alia cautum, *l. cum quærebatur*, §. *ult. judic. solvi.* Not. aliud judicium esse, si alia sit actio, et de alia re. Verum idem dicendum erit, non committi stipulationem, si satis accepi quasi aditurus Cajum judicem, et deinde egero apud Sejum, quoniam fidejussores non se subjecerunt sententiæ Seji, sed Caji, *l. 3. in princ. judic. sol.*

Ad L. LXV.

Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est: nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura.

Vulgo dicitur, conveniendum quem esse, ubi domicilium habet, eundem etiam posse conveniri, ubi contraxit. Ergo potest quis utrobique conveniri. Cum hac sententia pugnat hæc lex. Quæritur enim de repetitione dotis, quæ mulieri competit soluto matrimonio ubi repetat: constat eam repetere, ubi divortium factum est. Divortium enim pro contractu habetur, *l. si uxor, sup. h. t.* Præterea mulier dotem repetit, ubi maritus domicilium habet: nam uxor sequitur domicilium mariti, idque vidua retinet, quoad alteri nupta sit, *l. filii*, §. *1. l. ea quæ, de sponsalib. inf. ad municip. l. pen. sup. de jurisdict. omn. judic.* Quæritur, an dotem etiam possit repetere, ubi matrimonium contractum est,

ubique instrumentum dotale descriptum est : Resp. id quidem dicendum videtur : nam dotis datio contractus est, *l. contractus, de divers. reg. jur.* Denique in his quæstionib. de foro competenti omnis obligatio pro contractu habetur, *l. omnem, sup. hoc tit.* Verum hoc negatur hac *l.* Rationem lex ipsa adfert. Quia id quidem pro contractu habetur : sed ex eo contractu mulier migravit in alium locum, id est, talis est contractus, ut ex eo mulier statim migret in alium locum. Ergo non is locus spectatur, sed ille, in quem fit migratio. Hac ratione mulier non agit ubi contraxit matrimonium, sed ubi ex matrimonio migravit, vel ubi divertit, agit.

Ad L. LXXIV.

De qua re cognovit judex, pronuntiare quoque cogendus erit.

§. 1. *Judex, qui ad certam summam judicare jussus est : etiam de re majori judicare potest, si inter litigatores conveniat.*

De qua re judex datus cognovit, pronuntiare quoque cogitur. Cognitionem enim necessario sequitur pronuntiatio. Qui judex datur, etiam invitus datur, et cogitur judicare, sed si habeat excusationem evidentem, supersedere potest, *l. ult. §. judicandi, de muner. et honor. l. pen. de vacat. mun.* Cogitur ergo pronuntiare, alioquin frustra cognosceret, aut semper pronuntiatio esset remittenda ad eum qui judicem dedit. Cogitur autem pronunciare de re principali, non de incidente : potest tamen si velit : nam dum pronuntiat de principali, tacite etiam de incidente pronuntiat. Huc pertinet *l. 1. Cod. de ord. judic.* quæ explicanda. Petebatur hæreditas ab hærede scripto : nam testamentum ruptum dicebatur agnatione posthumi : petentibus hæredibus princeps ita rescribit : *adite præsidem Provinciæ, et ruptum esse testamentum docete* : si moveatur quæstio status, ut si qui hæreditatem petunt, negentur agnati, ea res non impediet cognitionem judicis, quamvis judex non possit ea de re principaliter cognoscere, *l. 2. C. de judic.* ut latrunculator de re pecuniaria non cognoscit ; at si pecuniæ quæstio incidat in latrociniorum disceptationem, de ea cognoscit. Sic Prætor de crimine non cognoscit, nisi incidat in quæstionem. Additur : *qui de hæreditate cognoscit.* Incidentem ergo quæstionem examinat judex, de principali tantum pronuntiat. Videtur illa *l.* dicere, præsidem non posse de statu cognoscere, sed videnda est *l. non distinguemus, §. Julianus, de recept. l. 2. C. de pedan. judic. l. jamdudum, C. ubi causa status agi.*

Docete.) id est, docete judicem datum a præside, qui judex etiam status quæstionem examinabit, etsi ad eum non pertineat.

Ad §. 2. Cum absentem.

Cum absentem defendere vellem, judicium mortuo jam eo accepi, et condemnatus solvi : quæsitum est, an hæres liberaretur : item quæ actio mihi adversus eum competeret : respondi, judicium quod jam mortuo debitore per defensorem ejus accipitur, nullum esse, et ideo hæredem non liberari : defensorem autem si ex causa judicati solverit, repetere quidem non posse : negotiorum tamen gestorum ei actionem competere adversus hæredem, qui sane exceptione doli mali tueri se possit, si ab actore conveniatur.

Sciendum debitores liberari, etiam invitos et ignorantes, si alius pro eis solverit, aut judicium acceperit, id est creditori litigare volenti sese offerat, et litem suscipiat, *l. solutione, inf. de solutionib. l. si pro parte, inf. de in rem verso.* Ideoque actio judicati datur in eum qui se liti obtulit, *l. 4. inf. de re judic.* Ergo liberamur si alius litem excipiat, quæ nobis intendebatur. Nunc finge : volens defendere Titium quasi absentem, me liti obtuli : erat vero Titius me ignorante, jam mortuus, ergo vero quasi absentem defendi, mox condemnatus solvi, quoniam nullum est illud judicium, nulla est defensio, hæredem non liberavi. Defensor enim absentis rei esse potest, non item jam mortui, quando quidem is obligationem omnem transmisit in hæredem : cum ergo quasi absentem defendi, nec eum mortuum, nec hæredem defendi ; sic beneficium quod viventi princeps dedit, non transit in hæredem, *l. Neratius inf. de reg. jur.* poterit ergo hæres ab hoc creditore conveniri : sed is ita excipiet de dolo, quod jam actor a me sit pecuniam consecutus. Ego autem non possum ab eo pecuniam quam solvi, condicere aut repetere. Cur ergo non repeto quod ex ea sententia solvi : quia quasi ex causa judicati solvi : quæ autem ex causa judicati solvuntur ab eo, qui scit se judicatum, etiamsi sententia nulla dicatur, non condicuntur, idque fit propter auctoritatem rerum judicatarum, *l. 2. C. de condict. ind. l. 2. C. de compensat. l. cum putarem, inf. famil. ercisc.* Judicium famil. ercisc. redditur inter solos cohæredes : egi hoc judicio cum eo quem putabam cohæredem, qui tamen non erat, nullum est judicium. Ex ea sententia, ei a me quasi judicatum solutum non repetam : in præsenti casu agam actione negotiorum gestorum adversus hæredem quem liberavi beneficio exceptionis doli mali, si a creditoribus hæreditariis conveniatur, *l. si præcedente, in princ. inf. mand.* hac ergo in specie hæres non ipso jure, sed per exceptionem

liberatur. Alius est casus in quo decretum factum de mortuo quasi vivente, in hæredem ejus transfertur, et valet, idque speciali rescripto est proditum in *l. cum quasi*, *inf. de fid. lib.* qui debet fideicommissariam libertatem, et in ea præstanda moram facit, si abest ex justa causa, servus liber fit conservato illi jure patronatus. Sed tum necesse est pronuntiari eum abesse ex justa causa: si jam pronuntiatum est, de eo qui erat mortuus, hæredi jus patronatus servabitur, *d. l. cum quasi*.

Ad L. LXXV.

Si Prætor jusserit, etc.

Si Prætor quem condemnavit absentem edicto peremptorio, in condemnatum datur actio judicati, huic actioni judex specialiter addicitur, sed is de hac tantum cognoscit an judicatum sit, non etiam an recte judicatum, alioquin nullus esset litium finis: hoc proponitur in hac lege ex Juliano, in quem scripsere notas Marcellus et Paulus: ideoque ex iis notæ hic Juliano subjiciuntur. Primum si ex falsis allegationibus Prætor absentem damnaverit, idque aperte probetur, judex ejus rei querelam admittet, si liquido probetur falsis probationibus elicitam sententiam: huc pertinet titulus *C. si ex falsis instrum.* præterea si condemnatus ex edicto peremptorio justa ex causa abfuerit, hoc casu Prætor nec actionem judicati, nec judicatum exequi debet, sed potius damnato judicati lis restituitur, *l. 1. C. quib. ex cau. major.* adde, judicium aliud esse si mutetur actio, vel si res: idem enim sunt, *l. non a judice* §. 1. *l. proponebatur* §. 1. *sup.* non est vero aliud judicium alio judice in demortui locum subdito: judicem dicimus dare et subdere, consulem facere et sufficere, viatorem legere et sublegere, ut et decurionem: si unus pluresve dati, ex eo sequitur manere stipulationem judicio sisti et judicatum solvi: non manet vero si alius pro alio adeatur, at manet judice deficiente, alioqui subdito: ideoque eadem formula et idem tempus spectantur, *l. 32. et 60. sup.* sic eadem est legio, licet singuli milites mutati sint.

Ad L. LXXVII.

In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest.

In privatis negotiis, id est, litibus: cur id ait? quia privatarum tantum litium judices dabantur, publicarum vero quæstio vel cognitio erat populi vel magistratuum, qui merum imperium habebant, *l. qui [illegible] etiam*, *sup. de recept. arb.* Actio injuriarum ex l. Cornelia est privata lis, *l. licet* §. 1. *sup. de procuratorib.* sed in ea actione nominatim additum est ex l. Cornelia, ne addicatur judex actoris gener, vel vitricus, aut sobrinus, aut propiore gradu, vel patronus, *l. lex Cornelia*, *inf. de injur.* Quod ergo l. Cornelia in ea actione prohibetur, id indicat in aliis actionib. judicium conjunctarum personarum permissum videri. Opponitur *l. qui jurisdictioni*, *sup. de jurisd. omnium jud.* ait enim magistratum sibi jus dicere non posse vel uxori, vel libertis, vel comitibus: ea lex non loquitur de judicante: plus enim est jus dicere, sicut, plus est magistratum esse quam judicem: magistratus jurisdictionem habet, judex non item: magistratus est honor, judicis autem officium onus: judices sententiam pronunciant, magistratus exequuntur, *l. a Divo Pio*, *inf. de re judic.* Sed cum quod dicitur in hac *l.* sit accipiendum tam de judice dato, quam de magistratu, quem judicem appellari frequentissimum est, nec quidquam in hac re sit inter judicare et jus dicere, dico patrem filio, et filium patri jus dicere posse, sed tamen non debere: sic enim loquitur *d. l. qui jur.* sic *l. SC. sup. de off. præs.* ait libertis et comitibus parcissime jus esse dicendum: non ergo districte hoc prohibetur ut judicent. Præterea *d. l. qui jur.* loquitur tantum de parente, patrono, marito: de filio non idem invenitur scriptum, imo in *l. a quo*, §. *ult. inf. ad Trebell.* invenitur tantum non posse, si pater suspectam hæreditatem dicat: filiusfam. prætor coget eum adire et restituere, hoc jus dicere esse docet Ulp. in §. *pen.* ejusdem *l.* postremo qua ratione potest pater in persona filii judicare, potest et jus dicere: potest enim judicare, quia id muneris publici est, *l. seq.* hic in actionibus publicis potestas, vel auctoritas patris non spectatur: qui paret filio magistratum gerenti, non ut filio paret, sed ut personæ publicæ. Eadem ratione poterit jus dicere, potestas enim publica est jurisdictio. Poterunt igitur invicem jus dicere, sed parce facere debent. (*)

Ad L. LXXIX.

Eum quem temere adversarium suum in judicium vocasse constiterit: viatica litisque sumptus adversario suo reddere oportet.

Definitur hic, ut temerarius litigator victori reddat viatica, τὰ τῆς ὁδοῦ δαπανήματα, id est, sumptus viæ et litis. Ait *temere*: si enim aliqua ratio ei fuit litigandi, ideo non condemnabitur nomine sumptuum, *No.* 82. ubi ait Justinian. plerumque ut eo nomine neuter damnetur. Ideo *l. qui solitum*, §. *etiam*, *de leg.* 2. impensarum rationem

(*) *In hac l. vide Merillium Variantium ex Cujac. lib.* 1. *cap* 10.

haberi ait, si rationem litigandi non habuerit, *l. omnes*, §. *ult. C. de episc. et cler.* debet judex exprimere in sententia ut reddat, aut non reddat, *d. No.* si enim in sententia de fructibus nihil dixerit, post eam non repetentur a victore, *l. 3. C. de fructib. et lit. exp.* sed si judex rationem impensarum non habuit perperam, ab eo non a victo sumptus repetentur, *l. properandum* §. *sin autem, C. eod.* si judex pronunciarit ne reddantur impensæ, an victus saltem præstabit quid nomine δικαστικῶν? certe dimidiam.

Ad §. *ult. Judicibus.*

Judicibus de jure dubitantibus præsides respondere solent: de facto consulentibus non debent præsides consilium impertiri: verum jubere eos prout religio suggesserit, sententiam proferre. Hæc enim res nonnunquam infamat, et materiam gratiæ vel ambitionis tribuit.

Duo sunt genera quæstionum, facti, si quæratur an transactum sit, et juris, an lis finita transactione restitui possit. Quæstio facti dirimitur arbitrio judicis, *l. ordine, inf. ad municipal.* quæstio juris ex legum auctoritate pendet. In facti quæstione multa potest judex, per sordes aut gratiam constituere, non ita in quæstione juris: jus enim certum et finitum est, *l. 2. inf. de juris et facti ign.* nec a judice convelli potest. Ex quibus hæc sequuntur, quod judex datus si præsidem consulat, de jure respondere solet, id enim facere potest. At in quæstione facti, præses respondere non debet. Male enim respondere possent cum hæ quæstiones omnino sint in potestate judicantium. *Ait per gratiam aut ambitionem,* iis verbis eædem res significantur, *ambitiose reprehendere,* Cic. ad Att. Judex datus majore religione adstringitur quam præses: non est enim in tanta potentia, præses judiciorum auctor est et magister. Itaque in singulis causis quæstiones facti potius permittendæ sunt judici quam præsidi, id est, uni unius litis quæstio permittenda est potius, quam uni omnium litium quæstiones.

Ad L. LXXXII.

Nonnunquam solent magistratus populi Romani viatorem nominatim vice arbitri dare, quod raro, et nonnisi re urgente faciendum est.

Est Ulpiani ex libris *de officio Consulis.* Consul plerumque dat arbitrum rationibus discutiendis, bonis distrahendis, item causis audiendis: arbitrum hic sumamus latissime, *l. si cui libertas, inf. de condit. et demonst. l. si magistratus, de privil. cred.* quæ sunt ex eodem lib. Additur, consulem nonnunquam arbitrum facere viatorem suum, quanquam eo præcipue utatur nuntiandi et renuntiandi causa: viator est qui litem instituit: verum hoc raro, nec nisi desit alterius copia, consul id faciet.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad tit. II. De inofficioso testamento.

Ad L. I. II. III. IV. et V.

L. I. Sciendum est frequentes esse inofficiosi querelas. Omnib. enim tam parentibus, quam liberis de inofficioso licet disputare. Cognati enim proprii, qui sunt ultra fratrem, melius facerent si se sumptibus inanibus non vexarent, cum obtinere spem non haberent.

L. II. Hoc colore de inofficioso testamento agitur, quasi non sanæ mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent, et hoc dicitur non quasi vere furiosus, vel demens testatus sit: sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset, vel demens, nullam est testamentum.

L. III. Inoficiosum testamentum dicere, hoc est allegare, quare exhæredari vel præteriri debuerit. Quod plerunque accidit, cum falso parentes instimulati liberos suos vel exhæredant, vel prætereunt.

L. IV. Non est enim consentiendum parentibus qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt. Quod plerunque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes judicium novercalibus delinimentis, instigationibusque corrupti.

L. V. Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi: cum et de matris testamento agant et obtinere adsidue soleant.

§. 1. *Hujus autem verbi de inofficioso vis illa (ut dixi) est docere immerentem se, et ideo et indigne præteritum, vel etiam exhæredatione summotum. Resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille, quasi non sanæ mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret.*

Paul. *lib. 4. Sent. tit. de inoffic. querela*, ita definit: Inofficiosum testamentum est, *quod frustra liberis exhæredatis non ex officio pietatis videtur factum.* Vellem etiam addidisset *vel parentibus.* Nam inofficiosum testamentum id etiam est, in quo parentes frustra exhæredati sunt. Aliud est testamentum improbum, aliud inhumanum, ut Cicero loquitur in pretura Urbana: improbum est in quo

turpes personæ hæredes institutæ sunt. Qua ex causa datur fratribus exhæredatis querela, et fratri germano, etiamsi consanguinitas soluta sit emancipatione: non autem uterino, *l. fratres, C. de inoffic. testam.* Datur etiam fratribus querela alia ex causa contra testamentum patris, si liberti fraterni instituti sint, ipsi autem exhæredati: nisi illi liberti maximis beneficiis prosecuti sint testatorem, *d. l. frtres.* At si ingenui sint instituti, nec turpes nec famosi, vel etiamsi liberti alieni, nec turpes nec famosi, fratribus exhæredatis non datur querela. Denique datur querela fratribus exhæredatis, si improbum sit testamentum, hoc est, si turpis persona scripta sit, vel etiam si liberti testatoris instituti sint. Ex eadem causa improbi testamenti patri manumissori præterito datur totorum bon. poss. contra tab. non legitimæ tantum partis, quod explicatur *l. 3. inf. si a par. quis manum.* Inhumanum autem testamentum id esse videtur, in quo amici vel cognati bene de nobis meriti exhæredati vel omissi sunt, quod etiam dicitur ingratum testamentum. Svetonius in Caligula, *testamenta primipilarium ut ingrata rescidit.* Verum ingrati et inhumani testamenti nulla est querela: ideoque amici vel cognati bene meriti non possunt queri de testamento nostro quasi inofficioso aut ingrato, vel inhumano, ac ne frater quidem nisi supradictis casibus, *l. 1. hoc tit.* Et si forte per obreptionem aliquis amicus vel cognatus admittatur ad querelam inofficiosi, et casu vincat, hoc, si rescindat testamentum, non sibi vincit, sed hæredibus legitimis, hoc est legitimi veniunt ab intestato, ille non veniet ex re judicata, *l. 6. §. si quis ex iis, hoc t.* Itaque de testamento quasi inofficioso vel ingrato, vel inhumano, vel improbo, nemo queri potest, nisi sit ex liberis vel parentibus. Fratres etiam non possunt, nisi sup. dictis casibus. Itaque in definitione satis est addi, *liberis vel parentibus exhæredatis.* Ait in ea definitione, *frustra*, hoc est, immerito et sine causa. Ideoque in judicio de inofficioso testamento quæritur de meritis filii exhæredati, aut patris vel matris etiam exhæredatæ, *l. filius §. 1. hoc tit. l. 3. §. si emancipatus, de bon. poss. cont. tab.* Denique inofficiosum testamentum, id est, quod est contra pietatem et merita, non quidem omnium personarum, sed liberorum tantum vel parentum. Merito exhæredati carent remedio querelæ inofficiosi, *l. quidam, de verb. oblig. Remedio*, h. e. querela. Immerito exhæredati habent querelam inofficiosi: et quidem probare debent immerito se exhæredatos, hoc est se semper gratos fuisse erga parentes vel liberos, nullo suo vitio factum, se disciplinam illæsam domi servasse semper *l. 5. §. ult. h. t.* Contra hæredes scripti, si velint obtinere hæreditatem, probare debent illos ingratos fuisse, qui potiores sint tandem si judex judicabit, *Nov. 115.* Utrinque præstari in hac causa probationes ostendit, *l. liberi, C. de inoffic. testam.* ait *exhæredatis*, quia scilicet plerumque exhæredatis competit querela inofficiosi testamenti. Interdum tamen datur institutis, ut si hæres institutus servare sibi non possit quartam, hoc est, si hæreditas sit absumpta legatis et libertatibus, ex quibus non possit deduci quarta, *l. Papin. §. quarta, h. t.* vel etiam filius sit institutus ex minore parte quam lege debeatur, et extraneus scriptus vel cohæres adjectus, *argum l. 3. C. de inoff. testam.* et sententiæ cujusdam Pauli, quæ incipit, *filius, lib. 4. Sentent. tit. de inoff. querela.* Interdum etiam datur institutis; præteritis proprie nunquam datur querela. Sciendum est hoc loco duo esse exhæredatorum genera: alii exhæredantur nominatim ut filii a patre silentio omissi, nec instituti, nec nominatim exhæredati, dicuntur proprie præteriti, nec silentium patris pro exhæredatione habetur, alioqui præteritio nunquam infirmaret testamentum, si haberetur semper pro exhæredatione: alii autem exhæredantur silentio, ut filius a matre, vel ab avo materno, vel a proavo, quem mater nec instituit, nec exhæredavit nominatim, exhæredari videtur. Mater potest exhæredare tacite, pater non potest: sic exhæredantur parentes a liberis, ita etiam fratres a fratribus. Præteritio illorum exhæredatio est. Ulpianus dixit silentio exhæredare, *l. si patronus, de bon. libert.* Nunc sic statuamus. Silentio præteritis ab avo materno, vel matre datur querela inofficiosi, quia habentur pro exhæredatis, *l. 5. h. t. in princip.* datur et patribus præteritis a liberis, *l. pater, h. t.* et in *l. 5.* quod ait, *nam*, non est referendum ad *leg. 4.* præcedentem, quod tamen tentavit Accursius, sed ad verbum, *prætereunt*, quod est *in l. 3.* quæ ait exhæredatis dari querelam, quod intelligitur de exhæredatis a patre, vel avo paterno. Ait etiam querelam dari præteritis: hoc l. 5. ostendit intelligi de præteritis a matre vel avo materno, quoniam præteritio illorum pro exhæredatione habetur. Addendum etiam silentio præteritis a liberis eadem ratione dari querelam, *l. pater, h. t.* Item silentio præteritis a fratribus datur querela certis casibus. At silentio præteritis a patre non datur querela, sed datur bonor. possess. contra tabul. Testamentum, in quo filiusfam. est præteritus a patre, jure civili non valet, jure Prætorio valet, dummodo sit obsignatum 7. testium signis, sed rescinditur per bon. poss. contra tab. quæ datur præteritis tantum, non exhæredatis: testamentum autem, in quo filius est exhæredatus a patre, jure civili valet, et prætorio jure, sed rescinditur per querelam inofficiosi testamenti, si appareat im-

merito exhæredatum: quæ quidem querela inofficiosi introducta est l. Glicia, quod indicat inscriptio l. 4. quæ est sumpta ex lib. *ad l. Gliciam.* Et in ea l. dum redditur ratio dandæ querelæ inofficiosi testamenti, palam est reddi rationem ferendæ legis Gliciæ. Populum eam introduxisse, Græci scribunt. Additur etiam in *l.* 2. 3. *et* 5. hujus actionis de inofficioso hunc esse colorem, quasi testator non fuerit sanæ mentis: non existimatur fuisse furiosus, alioquin non valeret testamentum. Leges nihil introducunt sine ratione aut colore aliquo: opus hic fuit maximo colore, quia testamentum omni jure valet, in quo exhæredatus est filius vel parens, nisi aliud vitium subsit, non igitur rescindi debet temere. Lex Glicia utitur hoc colore, quasi testator non fuerit sanæ mentis: nam furor est non agnoscere proprium sanguinem, succensere naturæ et sanguini suo. Non existimatur quidem fuisse furiosus, alioquin testamentum esset nullum, sed quasi furiosi testamentum rescinditur. Quod traditur in *l. mater et* in *l. Titia, hoc tit. l. nec fideicommissa*, alias est *l. patronus* §. *ult. de leg.* 3. Ideoque Asinius apud Quint. lib. 6. *furiosum non inofficiosum testamentum reprehendimus*. Nam testamentum inofficiosum valet, et justum est, testamentum est perfectum, sed quasi furiosi infirmatur. Et ob hunc etiam colorem hæc actio inofficiosi testamenti totum testamentum infirmat, hoc est, legata, fideicom. libertates et tutelas, et substitutiones, quia infirmatur quasi dementis vel a demente testamentum factum. Verum ex *Nov.* 115. querela rescindit solum institutionis caput, cetera firma manent. Id etiam sciendum est, non esse specialem quandam actionem, quæ dicatur actio inofficiosi testamenti, et utuntur Græci hoc exemplo: nulla est specialis actio creditæ pecuniæ, quæ hoc proprium nomen habeat, quæque ita appellatur sæpe, sed est certi condictio ex mutuo. Sic etiam nulla est specialis actio, quæ dicatur inofficiosi testamenti, sed hæc actio est petitio et vindicatio hæreditatis, quæ ex causa inofficiosi testamenti datur, *l.* 3. *C. de petit. hæred.* Petitio hæreditatis datur variis ex causis, *l.* 5. *in fi. tit. seq.* Datur petitio hæreditatis, quod deferatur ex testamento, vel lege 12. tab. ab intestato, vel Senatusconsulto Tertyll. aut Orphitiano, vel quod testamentum sit inofficiosum, et quasi a demente factum, et quod testamento illo sublato, actor sit proximior ab intestato. Hæc igitur actio est petitio hæreditatis de inofficioso testamento, atque ita appellatur in *l. si quis filium, C. de inoff. testam. l.* 20. *inf. h. t. l. pen. in prin. vers. sed quemadmodum*, *inf. de bonor. poss. contra tab.* Et ob id etiam inofficiosum appellatur centumvirale judicium, *l. Titia*, *hoc tit.* Nam hæc appellatio est communis omnium petitionum hæreditatis. Agebatur sane apud centumviros de inofficioso, *l. qui repudiantis*, *h. t.* vel potius apud septemviros, delectos scilicet ex centumviris, ut cognosceret de jure testamenti, et meritis exhæredatorum. Neque enim omnes centumviri cognoscebant, sed ex illis 7. Et ideo hæc etiam actio dicitur Septemvirale judicium in lib. singulari Pauli de Septemvirali judicio, ex quo lib. sumpta est *l.* 7. *l.* 28. *l.* 31. *eod.* Omnes illæ ll. sunt (ut Flor. est scriptum) ex Septemviralib. jud. Alii male habent centumviralibus. Igitur hæc petitio hæreditatis de inofficioso est rescissoria: nam rescindit testamentum, et testatorem intestatum facit, atque ita actor locum facit sibi, si sit proximior ab intestato; vel ex proximioribus, *l.* 6. §. *si quis ex iis*, *l. nam et si* §. *ult. et l. qui repudiantis*, *hoc tit.* Et sic etiam vindicatio rerum singularum sæpe est rescissoria alienationis, §. *rursus*, *Inst. de action.* Actio ex edicto, *ex quibus causis majores*, est rescissoria usucapionis, utraque vindicatio. Sic etiam hæc vindicatio, quæ proponitur de universitate, est rescissoria testamenti. Verum multum distat hæc petitio hæreditatis a petitione hæreditatis, de qua sequenti titulo agitur; et ideo separati sunt tit. Nam petitio hæreditatis de inofficioso datur adversus eum, qui juste possidet hæreditatem, ut adversus hæredem scriptum, qui ex justo testamento possidet. Datur etiam adversus fideicommissarium, *l.* 1. *C. de inoff. testam.* Datur etiam adversus præteritum, qui cum re accepit bon. poss. cont. tab. *l. pen. inf. de bon. poss. cont. tab.* At petitio hæreditatis, quæ datur ex aliis causis, de qua tit. sequenti; datur adversus eum qui injuste possidet, ut pro hærede, cum hæres non sit, vel pro possessore, h. e. contra prædonem, *l. regulariter*, *tit. seq.* Verum qui potest inofficiosum testamentum dicere, potest etiam proponere hæreditatis petitionem, de qua agitur tit. sequenti. Et si objiciatur ei, quod non proponatur illa petitio hæreditatis adversus eum, qui juste possidet, dicet se etiam queri de inofficioso testamento. Atque ita est accipienda *l.* 1. *C. de inoffic. testam.* Ita est accipiendum quod ait Paul. *l.* 4. *Senten. qui inoffic. testamen. dicere potest, petere hæreditatem non prohibetur*, h. e. vel ex hoc titulo, vel ex sequenti, petet hæreditatem etiam ab eo, qui juste possidet. Igitur ex tit. sequenti, petet hæreditatem etiam ab eo, qui juste possidet. Igitur ex tit. sequenti datur petitio hæreditatis adversus eum, qui juste possidet, quod est contra *d. l. regulariter.* Si modo is agat, qui de inofficioso queri potest, qui hanc querelam in modum replicationis inducere potest.

Ad L. VI.

Posthumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus hæres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore. Sed et cognatorum quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. Quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserant? Sed hoc nemo apud judicem potest impetrare. Non enim interdicitur testamenti factione. Hoc plane ei imputare potest, cur eum hæredem non scripserit. Potuit enim scriptus hæres in possessionem mitti ex clausula, de ventre in possessionem mittendo. Item natus secundum tabulas haberet. Simili modo et eum, qui post testamentum matris factum, exsecto ventre, extractus est, posse queri dico.

§. 1. ***Si quis ex his personis, quæ ad successionem ab intestato non admittuntur de inofficioso egerit (nemo enim eum repellit) et casu obtinuerit, non ei proficit victoria, sed his, qui habent ab intestato successionem: nam intestatum paterfamilias facit.***

Posthumus inofficiosum testamentum potest dicere, si sit exhæredatus, et querela inofficiosi testamenti, sive petitio hæreditatis de inofficioso testamento non tantum natis datur, sed etiam posthumis. Natis hæc actio datur, qui sui futuri erant hæredes, si exhæredati non fuissent, ut filiis suis, vel nepotibus, qui patri vel avo sui hæredes futuri erant: exhæredatione enim jus sui absciuditur, *l.* 9. §. *si filium, de liber. et post. l. filium* §. *videamus, de bonor. poss. contra tab. l.* 1. §. *post, de suis et legit. hæred.* Rescisso autem testamento per querelam, restituitur jus sui; vel jus legitimi, vel jus bonorum possessoris. Datur etiam querela eis qui ab intestato legitimi hæredes futuri erant, a quo sunt exhæredati vel præteriti, ut fratribus, certis casibus. Item filiis datur contra inofficiosum testamentum matris, qui matri legitimi hæredes futuri essent ex Senatusconsulto Orphitiano: datur etiam eis, qui quasi cognati ab intestato bon. possessores futuri erant, ut puta filiis in adoptionem datis, quibus scilicet datur ex parte edicti bon. possess. unde cognati, qua succedunt patri *l.* 1. *unde cog.* Itemque nepotibus ex filio dato in adoptionem, conceptis post adoptionem. Datur ergo suis, agnatis et cognatis, liberis, scilicet vel etiam parentibus. A latere non datur nisi fratribus, certis casibus. Nunc de posthumis. Posthumi exhæredati inofficiosum testamentum dicere possunt eorum, quibus sui hæredes esse, aut fieri potuissent, veluti filii posthumi ex justa uxore, possunt dicere inofficiosum testamentum patris defuncti, si in eo sint exhæredati. Item posthumi possunt dicere testamentum inofficiosum eorum, quibus potuissent fieri legitimi hæredes, ut posthumi fratres, a fratre turpibus personis vel libertis fraternis hæredibus institutis. Item eorum, quibus quasi cognati ab intestato bon. possessores fieri potuissent. Et in summa, non tantum eis, quibus hæredes fieri potuissent, sed etiam quibus bon. possessores extitissent: hæc actio datur, vel natis jam, vel posthumis *l. Papin.* §. *pen.* Dedi exemplum posthumi sui, et etiam dedi legitimi, non dedi cognati posthumi. Accurs. non satis recte ponit exemplum in nepotibus ex filia natis, qui vocantur ad successionem avi materni: nam hi sunt avo materno cognati, sed tamen ex Constitut. inter suos vocantur, et eis datur bon. poss. unde liberi, non unde cognati, §. *item vetustas, de hæred. quæ ab intestat.* Item hæredibus qui ab intestato veniunt. Igitur quasi sui, non quasi cognati ponit exemplum. Igitur veniunt quasi sui hæredes non quasi cognati. Ponit etiam Accurs. male exemplum in posthumis nepotibus ex filio emancipato post emancipationem filii conceptis. Hi etiam vere sunt cognati, sed jure prætorio inter suos vocantur, ut filius emancipatus, iisque datur unde liberi, non unde cognati: itaque veniunt ut sui, non ut cognati, et cognatis præferuntur atque adgnatis. Græci ponunt exemplum in posthumis pronepotibus, qui vocantur ad successionem proaviæ, jam antequam ipsi nascerentur defunctæ. Hi etiam vere sunt cognati, sed ex Constit. inter suos vocantur. *d.* §. *item vetustas.* Filius matri succedit ex Orphitiano quasi legitimus, cum tamen sit cognatus tantum, non potest succedere quasi suus, quia fœmina nunquam habet suum hæredem. Item nepos succedit aviæ maternæ quasi legitimus §. 1. *de SC. Orphit. l. si defunctis* 9. *C. de legit. hær.* Sic etiam ex Constitutionibus licet *in eo* §. 1. fiat tantum mentio aviæ, tamen etiam proaviæ paternæ vel maternæ succedunt pronepotes quasi legitimi, non quasi sui. Itaque habent et bonorum possessionem unde legitimi, non unde cognati. Verum demus exemplum quo sint cognati tantum et habeant bon. possess. unde cognati. Exemplum est in posthumis nepotib. ex filio dato in adoptionem, post adoptionem conceptis; hi non vocantur ut sui, nec ut legitimi, nec jure prætorio, nec Constitutionibus, sicut etiam filii dati in adoptionem nullo jure sunt legitimi vel sui, *l. si emancipatus* §. *si filius*, *et l. non putavit* §. *si in adopt. de bon. poss. contra tab.* §. *at hi qui, et* §. *admovendi, de hæred. quæ ab intest. defer.* Hi igitur nepotes posthumi, sunt posthumi cognati, et habent tantum bonorum possess. unde cognati ab intestato. Si sint exhæredati ab avo paterno, habebunt querelam de qua hic agitur. Igitur summa hæc est, querelam inof-

ficiosi dari non tantum posthumo suo, sed etiam alieno: posthumus legitimus, et posthumus cognatus sunt alieni posthumi. Verum hoc ita procedit, dari querelam posthumis, aut posthumo suo, vel legitimo, vel cognato, inquit lex 6. *Si in utero fuerit mortis eorum tempore;* vulgo male legitur, *si non fuerit.* Rectius Florent. affirmative: ita etiam Græci legunt, ἐὰν δηλονότε κατὰ τὸν καιρὸν τῆς τοῦ τεστάτωρος τελευτῆς ἐγγαστρὶ ὄντες ἐτύγχανεν id est, *videlicet si tempore mortis testatoris in utero fuerit.* Nam concepti post mortem testatoris, neque quasi sui, neque quasi legitimi, nec quasi cognati succedere possunt: qui post mortem nostram concipiuntur, nullo jure nobis sunt cognati *l. Titius, de suis et leg. l. Paulus §. Paulus, de bonis liber.* Itaque exigimus ut posthumi qui ad successionem nostram vocantur, fuerint concepti mortis nostræ tempore. Et ita etiam *l. ult. de ven. in poss. mitt.* ait, *Posthumus, qui tamen mortis testatoris tempore conceptus jam erit.* Ad hæc sciendum et notandum ex l. 6. tria omnino desiderari eis, quibus datur querela inofficiosi. Primum hoc est, ut rem ab intestato obtinere possint quasi sui, vel quasi legitimi, vel quasi cognati, et ut sint proximiores ceteris, et præferantur omnibus, alioqui, si non sint proximiores, venient ad successionem ab intestato, et si agant querela, et forsitan vincant, atque ita testatorem intestatum faciant, quia hæc querela est rescissoria et testamentum rescindit: sibi locum non faciunt rescisso testamento, sed iis quibus jure res defertur ab intestato. Res quidem judicata tenet, quia effectu rescinditur testamentum, sed hæreditas transit ad legitimos, non ad actorem §. *si quis ex his, hac l.* 6. Verum id ita procedit, si is qui egit querela, cum non possit venire ab intestato, egerit in totum, h. e. si totum testamentum resciderit, vel si egerit adversus omnes hæredes scriptos, tum vocantur ab intestato, quos lex aut Prætor vocat, non is qui egit querela. Aliud tamen est, si egerit pro parte, nam tum actori proficiet victoria, non aliis, *l.* 25. §. *ult. hoc tit.* Finge: quidam testator duos habebat filios, et duos fratres, duos extraneos scripsit hæredes; unum honestum hominem, alterum turpem, puta mimum aut arenarium, duos filios exhæredavit, duos fratres præteriit, quod etiam est pro exhæredatione, fratres non possunt agere querela, ne adversus turpem quidem hæredem scriptum, quia eos excludunt filii qui potiores sunt ab intestato. Verum dum filii exhæredati non habent querelam, quia agnoscunt forte se suo merito exhæredatos, si agant fratres adversus turpem personam, atque ita si agant pro parte, pro parte rescindent testamentum et eam partem hæreditatis tenebunt, atque ita eis proficit victoria, quia præcedentes personæ, hoc est filii, exclusi sunt. Illud, *exclusi*, male interpretatus est Accurs. Græci recte, *exclusi sunt*, scilicet exhæredatione, quæ sustinetur aditione unius hæredis, licet alter repellatur a fratribus, et licet ea exhærædatio non rescindatur cum taceant filii: secus esset si illi duo hæredes scripti fuissent turpes personæ, et egissent fratres adversus omnes, atque ita prævertissent filios, et totum testamentum infirmassent, non ipsis victoria proficeret, sed filiis quia filiorum exhæredatio rescissa est, et ab intestato sunt proximiores. Itaque notandum §. *si quis ex his*, ita accipiendum, si is, qui erat potior ab intestato, egerit in totum, non pro parte tantum, proficere victoriam aliis tantum, non actori. Secundo exigimus in persona ejus, cui datur querela, ut sit immerito exhæredatus, alioqui hoc judicio jure non vincet, si scilicet sit merito exhæredatus; hoc judicio rescinditur testamentum, quod est contra merita. Tertio exigitur, ut is qui agit querela inofficiosi testamenti, hæres institui potuerit: non tamen exigitur, ut ab intestato hæres existere potuerit: alioqui non est, cur agat querela. Nam cur datur querela? an quod testator testamentum fecerit, quod non decesserit intestatus? Minime. Sed hoc testatori imputatur, quod eum hæredem non instituerit, quem potuit instituere, hoc est, quod eum frustra et temere præterierit vel exhæredaverit quem poterat instituere: testamenti factio non accusatur, sed exhæredatio iniqua: quapropter recte diximus posthumo etiam alieno exhæredato, recte dari querelam inofficiosi testamenti: nam posthumus alienus institui potest, non quidem jure civili, sed prætorio, §. 1. *de bon. pos.* potest etiam ab intestato succedere, ut in *l. pen. inf. de leg.* item potuit immerito exhæredari. Cum ergo illa tria concurrunt quæ exigimus, merito datur querela. Dico jure prætorio eum posse institui, non jure civili: nam institutus posthumus non poterit adire hæreditatem sed Prætor nato dabit bon. pos. secund. tab. Et si nondum natus sit, Prætor matrem mittet in possessionem ventris nomine, vice bon. poss. secund. tab. ita ostenditur in d. §. 1. Et ita est accipiendus §. *posthumus, de leg.* sic *lex* 1. §. *si filius, de ventre in possess. mitt. lex 3. in fi. de bonor. possess. secund. tab.* Et aperte hæc lex 6. quæ loquitur de hac missione in possess. ventris nomine. Ex omnibus partibus edicti prætorii, venter nondum editus mittitur in possessionem, *l. ultim. de vent. in possess. mit.* Si posthumus sit præteritus, mittitur venter in possessionem bonorum vice primæ partis bonorum possessionis contra tabulas. Si institutus, vice secundæ partis, id est, vice bonor. possessionis secundum tabulas. Ab intestato mittitur ex parte unde liberi, unde legitimi, et unde cognati: si exhæredatur, non fit missio

ventris nomine, sed nato datur querela, dummodo ab intestato potuerit venire, vel institui prætorio jure. At qui institui non potuerunt, veluti improbi intestabilesque, non habent querelam: nam non potest imputari testatori, quod eos non instituerit, cum non potuerit. Non habent etiam bon. poss. contra tab. si præteriti sunt, *l.* 3. §. *liberti, de bonor. possess. cont. tab.* Ait postremo, *posthumum posse queri de testamento matris.* Posthumus est is, qui post mortem testatoris nascitur, et ita accipitur semper hac *l.* 6. Quomodo potest mulier habere posthumum? hoc l. explicat. Si mortuæ exsecto utero partus extrahatur; de quo tamen dubitari potuit, quia eum non peperit mater, sed extrahitur; verum habetur in toto jure pro partu, et ei datur querela quasi posthumo cognato, si sit omissus in testamento matris. Est autem vere cognatus, sed ex Senatusc. Orphitiano est legitimus, et ab intestato petet bon. possess. unde legitimi, non unde cognati, *l.* 1. §. *si qua prægnans, unde cogn. l.* 1. §. *sed et si matris, ad Tertyll.* Præteritus a patre rumperet testamentum quasi natus, licet extractus sit, *l. quod dicitur, de lib. et posthum.* Exhæredato a patre datur querela: itaque habetur pro justo partu. Et hoc solo modo mulier habet posthumum legitimum. Vellejanum posthumum constat eam habere, qui est is, qui nascitur post testamentum factum vivo testatore. Ex his apparet posthumos exhæredari potuisse, et quidem merito nonnunquam: itaque non semper agebant querela cum effectu, ut in hac specie: filius duxit uxorem injussu patris, et quidem turpem et famosam, qua ex re familiæ ignominia infligitur; pater decessit nuru prægnante, et posthumum qui erat in utero exhæredavit, secundum jus antiquum merito exhæredavit, et merito repellitur posthumus, quia Centumviri non spectant tantum merita seu delicta exhæredati, sed etiam merita patris, atque ita merita patris nocebunt posthumo, *l.* 3. §. *si emancipatus, de bonor. possess. cont. tab.* Sed hodie ex *Novella* 115. non potest exhæredari, quia exhæredatio sine elogio, hoc est sine causa nulla esse potest: posthumo nullum elogium adscribi potest eorum quæ habentur in ea *Novella* 115. et ideo exhæredari non potest.

Ad §. *ult. L. VI. et L. VII. et VIII.*

§. ult. L. VI. *Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad hæredem suum querelam transferat? Papin. respondit (quod et quibusdam rescriptis significatur) si post agnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. Etsi non sit petita bonorum possessio, jam tamen cœpta controversia vel præparata, vel si, cum venit ad movendam inofficiosi querelam decessit, puto ad hæredem transire.*

L. VII. *Quemadmodum præparasse litem quis videatur, ut possit transmittere actionem, videamus. Et ponamus in potestate fuisse eum, ut neque bonorum possessio ei neccessaria, et aditio hæreditatis supervacua sit. Is si comminatus tantum accusationem fuerit, vel usque ad denuntiationem, vel libelli dationem processerit, ad hæredem suum accusationem transmittet. Idque D. Pius de libelli datione, et denuntiatione rescripsit. Quid ergo si in potestate non fuerit? an ad hæredem actionem transmittat? Et recte videtur litem præparasse si ea fecerit, quorum supra mentionem habuimus.*

L. VIII. *Papinian. lib. V. quæst. recte scribit, inofficiosi querelam patrem filii sui nomine instituere non posse invito eo: ipsius enim injuria est. Sequenti loco scribit: si filius post agnitam litis ordinandæ gratia bonorum possessionem decesserit, finitam esse inofficiosi querelam, quæ non patri, sed nomine dabatur filii.*

§. 1. *Si quis post rem inofficiosi ordinatam, litem dereliquerit, postea non audietur.*

§. 2. *Si Imperator sit hæres institutus, posse inofficiosum dici testamentum, sæpissime rescriptum est.*

§. 3. *Papin. lib. 2. Respons. ait, contra veterani patrisfamilias testamentum esse inofficiosi querelam, et si ea sola bona habuit, quæ in castris quæsierat.*

§. 4. *Si quis in militia fecerit testamentum, et intra annum post militiam decesserit: dubito, an quia ad hoc usque temporis jure militari testamentum ejus valet, querela inofficiosi cesset, et potest dici querelam inofficiosi cessare.*

Quæstio est, an exhæredatus filius vel præteritus querelam vel petitionem hæreditatis transmittat ad hæredem? Quæ ut definiatur, sciendum est, acturum de inofficioso solere prius adire hæreditatem, vel bon. poss. petere, quasi hæredem, vel quasi bon. possess. ab intestato: si sit suus, petere bon. poss. unde liberi: si sit legitimus, petere bon. poss. unde legitimi: si cognatus, unde cognati. Non est autem specialis quædam bon. poss. quæ specialiter appellatur litis ordinandæ gratia, quod tamen hic §. innuere videtur, et l. seq. et *l.* 8. quam petat specialiter acturus de inofficioso testamento, sed litis futuræ de inoffic. testam. ordinandæ et præparandæ causa, hoc est ut pateat ingressus ad judicium et querelam inofficiosi testamenti, acturus de inofficioso adit hæreditatem, vel petit bon. poss. ab intestato unde liberi, vel unde legit. vel unde cognati: tum deinde h. t. fretus, agit petitione hæreditatis civili, si adierit, vel Prætorio, si agnove-

rit bon. poss. qua tamen si non vicerit, illa aditio vel bon. poss. sine re constituetur. Imo et antequam vicerit, illa bon. poss. est sine re, sine effectu, *l. 2. C. eod.* Quoniam potior est interim hæredis scripti causa: et hæc aditio vel bon. poss. hoc tantum demonstrat, exhæredatum prætendere jus ab intestato successionis quo tamen non fruetur, nisi vicerit querela, hoc est resciderit testamentum et repulerit hæredem scriptum litis ordinandæ gratia, ut ait *l. 8.* hoc est futuræ litis de inofficioso præparandæ gratia: *lis ordinabatur, l. 20. inf. de probat. et præparabatur*, in *l. liberis §. ult. de liber. causa.* Et ita etiam litis de inofficioso ordinandæ causa, tutor a patre datus filio exhæredato, decreto Prætoris confirmatur, et eo auctore agitur de inofficioso, *l. jure, §. ult. inf. de test. tut.* Et si exhæredatus filius vicerit, inutilis erit illius tutoris datio, testamento facta, utilis confirmatio, isque tutor permanebit quasi dativus, non testamentarius, si non vicerit, inutilis erit confirmatio, utilis datio, eritque tutor testamentarius: interim tamen sub incerto confirmabitur tutor litis de inofficioso testamento præparandæ causa, ne sine tutore agi videatur querela de inofficioso. Eodem modo qui dicturus est falsum vel injustum testamentum, quique prætendit jus ab intestato successionis, prius petit bonor. poss. quam dicat falsum vel injustum; sed hæc bonor. poss. est sine re, nisi vicerit in accusatione falsi vel injusti. Sic in proposita specie est sine re, nisi vicerit in accusatione inofficiosi. Illud non est omittendum hanc aditionem vel bon. poss. suis hæredibus, hoc est qui sui hæredes existere potuissent, nisi exhæredati fuissent, non esse necessariam, *l. 7. h. t.* quia ipso jure hæredes existunt sui jus habent ab inestato successionis αὐτομάτως, *l. in suis, de lib. et post. sui hæredes*, ut Græci dicunt, habent αν'αφάνσεως jus, hoc est, existentiæ, nam sui non dicuntur hæredes fieri, sed existere, ideoque illis non est necessaria adito, vel bon. poss. Extraneis tamen est necessaria secundum jus antiquum: secundum jus novum non est necessaria illa solemnitas, sed agnitio est necessaria: sufficit autem qualecunque indicium adeundæ hæreditatis, vel agnoscendæ bon. poss. *l. 1. Cod. Theod. de cretionibus vel bonor. possess. §. ult. Instit. de bon. poss. et §. ult. de hæred. qual. et differ.* Constat vero hæreditatem non aditam, vel bon. poss. non agnitam, hodierno vel antiquo jure, hoc est, solemniter, vel nuda voluntate, in hæredem non trasmitti, et consequenter petitio hæreditatis antequam adeatur hæreditatis, vel agnoscatur bon. poss. non transmittitur; in hæredem quia hæreditas non trasmittitur; ergo nec actio. Quod locum habet non tantum in petitione hæreditatis de inoffic. testam. sed et in qualibet petitione hæreditatis. Paul. *lib. 1. Sent. tit. 15.* Igitur petitio hæreditatis in hæredem non transmittitur, nisi adita sit hæreditas, vel bon. poss. agnita, vel nisi defunctus ex ea litem contestatus sit, alioqui non transmittitur. Et ideo in *l. 1. §. si impubere, de collat. bon.* dum Jurisconsultus ait, adrogatum in hæredem transmittere quartæ actionem, scilicet Antonianæ, utitur hac ratione, quia personalis est, id est, quia non est petitio hæreditatis, sed actio in personam, ideo transmittitur: itaque si litem contestatus sit defunctus, procul dubio transmittetur petitio hæreditatis in hæredem. Plus dico: ex sola etiam denuntiatione, vel libelli datione petitionem hæreditatis de inofficioso in hæredem transmitti, *l. 7.* Denuntiatio fit adversario, cum lis ei denuntiatur, et die condicitur. Libellus offertur Magistratui, dum preces ei offeruntur. Ita Greci *in l. 7.* nescio an recte. Malim accipere libelli dationem pro edita actione adversario, *l. 1. §. 1. sup. de edend.* Item eam actionem de inofficioso in hæredem transmitti ex sola comminatione, videlicet si is, qui comminatus est se acturum de inofficioso, vel si is, qui denuntiavit, vel is, qui libellum dedit, ex suis hæredibus fuerit, vel potuerit esse, nisi fuerit exhæredatus. At in extraneis aliud est, qui hanc actionem non transmittunt in hæredem nisi adierint hæreditatem, vel petierint bon. poss. vel nisi litem contestati sint, vel nisi causam agere cœperint, et præparare, facta advocatione forte, vel nisi jam adierint Centumviros, ita præparatam querelam licet non contestatam transmittent in hæredem, *l. 5. C. eod.* extranei ex sola comminatione vel denuntiatione non transmittent. De utriusque ita concludi generaliter potest: et suos et extraneos hæredes querelam non suo quodam modo (suum quique habent modum, sui suum, extranei suum) ad hæredem non transmittere, quo pertinet, *l. si quis affirmavit, §. item si tabulæ, sup. de dolo.* Hæc conclusio ita procedit in suis si habeant hæredem extraneum, hoc est, in extraneum hæredem non transferunt querelam non præparatam, sed si habeant suum hæredem, puta filium in potestate constitutum, et decesserint delberante hærede scripto, in eum transferunt querelam etiam non præparatam, *l. si quis filium, et l. pen. §. ult. C. eod. ex Constitut. Justin.* Notandum quod dixi, si decesserint delberante hærede scripto, hoc est, non adita hæreditate ab eo. Nam si decesserint post aditionem scripti hæredis, sequemur jus antiquum, non Constitutiones illas Justiniani, quæ hunc casum non complectuntur, et dicemus eos non transmittere in suum hæredem querelam non præparatam, cum cœperit quidem (nam incipit ab aditione) et

eam movere cessaverit, vel non moverint ipsi cum viverent. Hic deinde quæritur, an querela transmittatur ad patrem post agnitam bon. poss. litis de inofficioso præparandæ et ordinandæ causa? Finge: filius matris testamento præteritus est, extraneus scriptus, mortua matre, filius petiit bon. poss. quasi legitimus, idque ut præparet sibi litem de inofficioso, deinde filius decessit ante litem cœptam, quæritur, an ejus pater possit exequi litem de inofficioso testamento? Respondetur, non posse, *l.* 8. §. 1. *hoc tit. l. lex Cornel. de vulg. et pup.* quia non est hæres filiusfam. hæredem non habet, nisi testamentum sibi faciat de castrensi peculio, vel quasi castrensi quod habet, quod proponitur *in* §. 1. Igitur decessit hic filius sine hærede. Ergo etiamsi agnoverit bon. poss. non transmittit in hæredem, quem non habet. At dices, videtur querela patri acquisita patria potestate? Id negabo patri acquisitam querelam, quam pater nondum cœpit instituere vivo filio: nam prius debet inquiri voluntas filii, an velit queri de inofficioso, an sit dignus exhæredatione illa, necne, quoniam injuria est filii, *l.* 8. *in princ.* Indignatio est filii, *l. filius h. t.* si indignetur filius, tunc non aget filius, sed pater aget voluntate filii. Exhæredatio est quædam nota et ignominia, ita appellatur sæpe, quæ ut aboleatur, agitur de inofficioso. Ideoque hoc judicium de inofficioso est judicium de meritis exhæredati. Et docere debet exhæredatus, vel pater qui agit, eum immerentem et indigne exhæredatum et sui compotem testatorem non videri, qui talem exhæredationem fecit. Itaque indignatio tota est filii; ejus itaque voluntas in primis exquirenda est. Eo invito pater non aget querela, ut si agnoscat filius, se male meritum de matre, non aget pater. Sed si pater semel egerit de inofficioso volente filio, nec peregerit litem, et pendente lite filius decesserit, non dubium patrem litem peracturum post mortem filii: sed si litis dum cœperit, licet filius agnoverit bon. poss. non inchoabit litem pater. quinimo morte filii extinguetur querela. Illud etiam sciendum, querelam præparatam non transmitti ad hæredem, si exhæredatus eam dereliquerit, quia ipse exhæredatus ad eam redire non potest, videturque acquievisse judicio defuncti hac in re. Hæc actio imitatur actionem injuriarum, quæ abolctur facile dissimulatione, et remissione qualibet. Sic actio hæc de inofficioso testam. et injuria exhæredationis aboletur nuda voluntate qualibet, atque ita licet inchoata fuerit, non transit ad hæredem, *l.* 8. *h. t. l. nam et si* §. 1. *h. t.* Illud etiam notandum querelam inofficiosi dari adversus Imperatorem hæredem scriptum, quod proponitur in *d. l.* 8. §. *si Imperat.* Et a Paul. *lib.* 4. *Sent. t. de inoffic.* qui rationem addit. Igitur etiam Imperator patitur querelam inofficiosi, injusti, vel falsi testamenti. Item datur querela inofficiosi contra testamentum veterani patrisfamil. jure communi factum: contra testamentum militis non datur, licet exhæredaverit vel præterierit filium, sive factum sit jure communi, sive militari, *l. si instituta* §. 1. *de inoffic. h. t. l.* 9. *et l.* 24. *C. eod.* At contra veterani patrisfam. testam. jure communi factum, datur querela, etiamsi habuerit tantum ea bona, quæ acquisivit in castris, rescindetur ejus testamentum querela inofficiosi. Non datur tamen contra testamentum veterani patrisfam. factum jure militari, priusquam mitteretur, intra ann. missionis; nam intra eum annum valet jure militari, nec rescindetur querela inofficiosi, post annum missionis testamentum evanescit, nec opus est querela, cum ipso jure evanescat, *d. l.* 8. §. *Pap.* in quo recte ait, *Veterani patrisfamilias.* Nam aliud est in filiofam. veterano: nam veteranus filiusfam. si testamentum fecerit (non potest autem facere nisi de castr. peculio) idque jure communi non poterit rescindi a patre per querelam inofficiosi, *l. ult. C. eod.* Idemque est in eo qui testam. fecit de quasi castr. peculio: nam id etiam non patitur querelam patris, *l. ult. C. qui testam. fac. poss. l. cum lege, C. de Episc. et cler.* Quasi castrense peculium habent præsides provinciarum, h. e. salaria eorum et annonæ sunt in quasi castrensi peculio; salaria advocatorum, professorum liberalium artium, salaria archiatrorum, hoc est, Medicorum principis, aut urbium duarum Romanæ et Constantinopolitanæ: item salaria agentium in rebus, h. e. magistrianorum: salaria memorialium: item salaria proconsulum, vel consulum, ut quidam Codices habent. Sed subjicit *d. l. ult. C. eod.* præfectis etiam legionum data salaria esse in quasi castrensi peculio: hoc est falsum: nam præfecti legionum sunt milites, *l.* 2. *de his, qui not. infam. In ea l. ult.* corrupte scriptum est, *proconsulibus et præfectis legionum:* nam præfecti legionum milites sunt, si habeas, proconsulibus, legendum est proconsulibus, legatis, ut in *l. abesse, ex quib. caus. major.* si habeas, *consulibus*, legendum postea, et præfectis prætorio: Græci legunt, *consulibus et præfectis prætorio*, ὑπάτοις καὶ τοῖς ὑπάρχοις. Igitur si testentur filiifam. de castrensi vel quasi peculio, testamentum eorum non patietur querelam inofficiosi testamenti. Id mutatum videtur *Nov.* 115. *et* 123. ut tradit Accurs.

Ad §. 5. *Sed neque impuberis*, §. 6. *Si quis mortis, et* §. 7. *Si quis impuberi.*

§. 5. *Sed neque impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit.*

Et ita Papinianus respondit. Nec patris frater, quia filii testamentum est. Ergo nec frater impuberis, si patris non dixit. Sed si in patris, obtentum est, nec hoc valebit, nisi si pro parte patris rescissum est: tunc enim pupillare valet.

§. 6. *Si quis mortis causa filio donaverit quartam partem ejus, quod ad eum esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset, puto secure eum testari.*

§. 7. *Si quis impuberi filio substituit, secundas tabulas faciendo, non ob hoc admittemus ipsum impuberem ad inofficiosi querelam.*

Hic §. est de substitutione pupillari, an contra eam moveri possit querela inofficiosi. Substitutio pupillaris est testamentum filii impuberis, quod pater ei fecit: ipse impubes testamentum sibi facere non potest, sed pater ei facit, quo hæredem ei dat, et ab eo legata, aut fideicommissa relinquit, videlicet si filium impuberem hæredem instituerit, et deinde substituerit: nam pater potest facere testamentum filio impuberi, non tantum instituto hæredi, sed etiam exhæredato, §. *non solum, Instit. de pupill. substit.* sed a substituto exhæredati legata non relinquit, *l. ab exhæredato de leg.* 1. puberi autem filio testamentum facere pater non potest, etiamsi miles sit, *l. Centurio de vulg. substit. et l.* 1. *C. de test. milit.* Sed ipse filius pubes testamentum sibi facit, cum sit pubes, si sit in potestate, scilicet de castrensi peculio vel quasi castrensi dumtaxat, quod per querelam inofficiosi non potest rescindi, nisi *ex Nov. constit. Justiniani.* Si sit emancipatus, ipse sibi testamentum facit de omnibus bonis, quæ habet, etiam de paganis: ac tum parentibus præteritis datur querela inofficiosi testamenti: ergo pater puberi testamentum non facit more populi. Rom. nec tamen cuilibet filio impuberi: nam emancipato in secundo gradu non substituit, nec testamentum facit, sed ei tantum, quem habet in potestate, jure potestatis patriæ, quæ etiam moribus introducta est, *l. pater, de his, qui sunt sui.* Et ei quidem testamentum facit, non tantum de bonis profectitiis, sed etiam de adventitiis, id est, quæ filius sibi post mortem patris acquisivit aliunde, quam ex re patris. Denique omnibus ejus bonis præsentibus et futuris hæredem dat per substitutionem pupillarem: verum substitutio pupillaris non valet ante mortem patris. Non valet etiam nisi valeat testamentum principale sive authenticum, h. e. paternum, quoniam paterni testamenti pars et sequela est testamentum pupillare, sicut codicilli sunt pars testamenti. Denique pater filio non potest facere testamentum. Et quod sibi fecit, si corruat, corruet et sequela id est, pupillare testamentum, nisi sibi etiam faciat testamentum, §. 5. *de pupill. substit.* His cognitis, quæ sunt principia, fingamus: pater filio impuberi hæredi instituto vel exhæredato testamentum fecit in quo extraneum hæredem scripsit, matrem hæredis scripti præteriit in secundis tabulis. Mortuus est pater, deinde filius ante pubertatem, et ita substitutioni pupillari locus fuit, quæ finitur pubertate: ceterum, si impubes moriatur ante pubertatem, tunc locum habet substitutio: substitutus adiit filii hæreditatem, quæstionis est, an mater possit agere querela de inofficioso testamento pupillari, in quo est præterita, extraneo scripto? Respondetur, non posse, quia ipse sibi filius hoc testamentum non fecit, sed pater id ei fecit: non potest autem uxor quer de testamento, quod maritus fecit; igitur mater non habet querelam contra substitutionem pupillarem. Quid dicemus, si pater turpem et famosam personam hæredem substituerit filio impuberi, et præterierit suum fratrem, hoc est, patruum impuberis, an omissus frater patris, hoc est patruus impuberis contra substitutionem pupillarem possit movere querelam eo quod sit frater? Et respondetur etiam huic non dari querelam, hac ratione, quia illa substitutio non est testamentum fratris, licet a fratre factum sit, sed est testamentum filii fratris: ultra fratrem autem et sororem non datur querela contra testamentum adgnatorum et cognatorum, *l.* 1. *h. t. l.* 21. *C. eod.* Illud etiam quæritur: finge in eodem §. in testamento pupillari pater substituit impuberi turpem personam, et alterum filium suum, fratrem impuberis omisit, an hic potest queri de inofficioso testamento fratris impuberis? In hac specie adhibetur distinctio quædam, quæ priusquam explicetur a Jurisconsulto, ita respondet: *ergo nec fratris impuberis, etc.* Quid significat illud *ergo*? an illud accipiemus, ut vulgo accipitur, ut qua ratione mater repellitur a querela contra substitutionem pupillarem, eadem ratione repellatur frater impuberis, quia scilicet ipse filius illud testamentum sibi non fecit: an dicemus, fratrem non posse queri de testamento fratris, etiam turpi homine scripto, quia ipse sibi testamentum frater non fecit? Minime. Non eadem ratione repellimus fratrem impuberis, qua matrem: nam frater potest accusare testamentum, quod fecit pater vel frater, turpi persona scripta: at mater non item: nam mater quidem potest accusare testamentum, quod sibi filius fecit, non quod maritus sibi fecit, vel alius, qualecunque sit. Itaque inter matrem et fratrem magna est differentia: mater non potest accusare factorem testamenti, cum sit maritus, frater potest accusare factorem testamenti, cum sit pater. Igitur adhibenda est hæc distinctio, et dicendum: aut frater dicit inofficiosum testamentum pa-

tris sui principale, aut non: si principale testamentum non dicit inofficiosum, quod forte in eo sit institutus, non dicet etiam inofficiosum testamentum fraternum. Sed si patris testamentum inofficiosum dicat, rursus distinguemus: aut per querelam id rescindit in totum, aut pro parte: si rescindit principale in totum, per consequentiam rescindetur etiam pupillare, non querela quadam propria: sed cum querela contra testamentum patris id rescindat in totum, consequens est et pupillare tolli. Verum si rescindat paternum pro parte dumtaxat, substitutio pupillaris facta fratri impuberi valet, cum consistat paternum, vel pro parte, quod est satis, ut sequentia maneant. Itaque non rescinditur per consequentiam, sed rescinditur propria querela et actione proposita in substitutionem pupillarem, et in totum: atque ita rescindit frater patris testamentum pro parte: fratris testamentum non rescindet, quia valet, nisi specialiter in id testamentum agat querela: potest ergo contra utrumque testamentum experiri. Græci hoc nominatim senserunt, quod notandum, cum factor testamenti fraterni sit pater, qui accusari potest æque ut frater; sed exigimus semper, ut subistitutus sit turpis persona, vel libertus. Quandoque vero frater rescindit totum testamentum paternum, quandoque ex parte. Sic statuo: si frater pubes exhæredatus agat querela inofficiosi testamenti paterni contra fratrem impuberem institutum, cui facta est substitutio pupillaris, pro parte avocatur hereditas, sive paternum testamentum rescindit, et substitutio pupillaris valet, et eget speciali querela: sed si uterque filius sit exheredatus, et impuberi substitutus datus, extraneo scripto, fratre pubere agente de inofficioso testamento principali contra extraneum impubere omittente querelam, hoc casu totum testamentum rescinditur, licet non tota hæreditas vindicetur. Nam impubes exhæredatus, qui omittit querelam, facit partem fratri §. *quarta, h. leg.* 8. nisi scilicet omittat querelam ipse vel tutor animo repudiandi, *l.* 17. *inf. eod.* Atque ita ex illo apparet, quando testamentum rescindatur in totum et pro parte; si in totum, rescinditur et sequela, nec opus est querela: at cum nullo modo accusatur pater, nec accusabitur frater impubes, qui ipse sibi testamentum non fecit. Notandum maxime, in totum rescisso testamento paterno per querelam inofficiosi, tolli etiam tabulas pupillares, non tam quia sequela est testamenti paterni, quam quod omnia præsumuntur esse hominis male sani judicia; et ideo etiam libertates, legata, tutelæ, et omnia, quæ in testamento scripta sunt, corruunt. Sed aliud est ex *Nov.* 115. Nam conservantur legata, tutelæ, libertates, fidejcommissa, tabulæ pupillares, sola institutio corrumpitur et vitiatur. Igitur hodie rescisso paterno testamento in totum, manet pupillaris substitutio, et si substitutus sit turpis homo, fratri opus est speciali querela contra testamentum fraternum. Eam Novellam 115. Alciatus male trahit ad bonorum possessionem contra tab. cum tota sit accipienda de querela inofficiosi testamenti. Igitur in bon. possessione contra tab. sequemur jus vetus, et dicemus rescisso testamento ex causa præteritionis a patre factæ, et per bonor. possess. cont. tab. libertates et legata non deberi, nisi exceptis certis personis ex titulo *de leg. præst.* Dicemus tabulas pupillares valere et veteri, et novo jure, valere et legata in eis relicta, *l. ex duobus*, §. *ult. et l. seq. de vulg. substit.* Igitur bonorum possess. contra tab. non infirmat omnia, et est ex jure prætorio: querela infirmat omnia, et est ex jure civili. In ea Nov. præteritio semper accipienda est pro ea præteritione, quæ fit a matre vel ab avo materno, vel liberis, vel fratribus, quæ habetur pro exhæredatione. Ex causa hujusmodi præteritionis sola institutio principalis corrumpitur: tab. pupillares et cetera omnia firma manent. Addendum, si impubes sit exhæredatus, eique sit substitutus datus in secundum casum, querelam ei dari, quod ei substitutus datus sit, licet plerunque substituatur mala mente, *l. cum quidam*, *C. de legat.* in qua hic articulus scilicet accipitur ironice. Et hoc ostenditur *in* §. *si quis impuberi inf.* multo minus dabitur querela filio eo nomine, si fuerit institutus ex portione legitima, *l. ex tribus*, *C. eod. tit.* addendum querelam excludi, si filius exhæredatus acceperit quartam debitæ portionis, puta si eam acceperit donationem mortis causa, §. *si quis mortis*, *inf.* Idemque dicemus sub modo quodam, si eam acceperit donatione inter vivos, *l.* 25. *inf.* quam quartam vocant Græci semper νόμιμον μέρος, hoc est, *portionem legitimam.* Verum hæc Justiniani Novellis mutata sunt. Primum ex *Nov.* 18. alius est modus legitimæ, neque est quarta, sed tertia vel dimidia. Item ex *Nov.* 115. quarta non excludit querelam, si accepta sit ex donatione vel alio tit. sed sola institutio vel elogium exhæredationis testamento adscriptum et probatum ab hærede, hoc est, causa exhæredationis. Sunt autem certæ causæ ex ea *Novella*, quæ sunt probandæ ab hærede. Olim erant incertæ, sed æstimabantur arbitrio septemvirorum. Igitur in *l.* 7. *de bon. damn.* male quidam Cod. habebant, *certis de causis filium exhæredari.* Florent. rectius scriptum est *meritis de causis*, quæ hodie certæ sunt definitæ post Pandectas et post Cod. enucleatum Just. est etiam mutila *d. l.* 7. in fine, ita ait, *cum filiafamilias veneno necasse convinceretur eum, a quo hæres instituta erat: quamvis jussu patris, cujus in potestate*, supplendum est, *esset*, *hæreditatem*

adierit, fiscus hæreditatem vindicat. Basilica καὶ κελεύσει τοῦ πατρὸς ὑπεισέλθῃ τὴν κληρονομίαν, ἐκδικεῖ τὴν κληρονομίαν ὁ δημόσιος, id est, *et jussu patris adierit hæreditatem, fiscus hæreditatem vindicat.*

Ad §. 8. *Quoniam autem.*

§. *Quoniam autem quarta debitæ portionis sufficit ad excludendam querelam: videndum erit, an exhæredatus partem faciat, qui non queritur, ut puta sumus duo filii exhæredati. Et utique faciet, ut Papinianus respondit, et si dicam inofficiosum, non totam hæreditatem debeo, sed dimidiam petere. Proinde si sint ex duobus filiis nepotes, ex uno plures, tres puta, ex uno unus, unicum, sescuncia, unum ex illis semuncia querela excludit.*

Initio §. id repetitur, quod traditum est *sup.* §. *si quis mortis*, quartam excludere querelam inofficiosi testamenti: ei cui relinquitur quarta, satisfit, nec jam queri potest de judicio defuncti. Plinius 5. *Epist.* 1. *si mater,* inquit, *te parte quarta scripsisset hæredem, num queri posses?* significatur institutum ex parte non habere querelam; idemque obtinuit ante Nov. Justin. si quolibet alio titulo fuisset relicta quarta, quamvis exhæredaretur aut præteriretur immerito. Sed hodie ex *Nov.* 115. relinquenda est titulo institutionis, non quod institutio sit honor: nam et legatum et fideicommissum, et donationes causa mortis honores sunt: sed hoc ideo constitutum est a Justiniano, ne quis exhæredatione aut præteritione temere notetur: nam exhæredatio est nota, quam notam non delet honor legati, aut fideicommissi, aut donationis causa mortis. Itaque exhæredandus filius aut pater cum elogio certo et probato, aut instituendus in legitimam portionem. Hæc legitima portio, hoc est, quarta, qua lege definita sit, quæritur: nam necesse est, lege aliqua taxata sit. Male ab interpretibus appellatur quarta naturæ, vel quarta debita naturæ: nam natura quidem liberis vel parentibus debetur hæreditas, sed natura non taxavit quartam: itaque naturalis non appellatur, sed est quarta legitima. Et a Grecis non appellatur, φυσικὸν μέρος, sed νόμιμον μέρος, et alio modo, νόμιμον λάχος, et *lib.* 39. Basil. νόμιμον ποσημόριον, et *lib.* 45. *tit.* 4. *ad l.* 6. *C. de bonis, quæ lib.* in interpretatione quadam Theodori Hervetus legit μετὰ τὸ δίκαιον ποσημόριον, legendum autem est, μετὰ τὸ νόμιμον ποσημόριον. hoc est, *legitimam portionem.* Qua igitur lege taxata est quarta? Loquor de ea quarta, quæ debetur filiis ex testamento patris, vel contra, et de ea, quæ debetur fratribus, quando turpes personæ instituuntur: nam matri ex testamento filii deberi quartam ex Senatusconsulto Tertulliano Zonar. scribit in Pio, et consequenter filio ex testamento matris quartam deberi ex Senatusconsulto Orphitiano Nicephorus scribit, quibus Senatusconsultis etiam ab intestato invicem sibi succedunt. Verum qua lege filio ex testamento patris debetur quarta, aut contra? Plerique ajunt ex lege Falcidia, quod hæc quarta sæpe appelletur Falcidia, sed hæc ratio non est idonea. Nam generaliter Falcidiæ nomine significatur quælibet quarta, licet non omnem quartam Falcidia introduxerit. Et sane si filius habeat quartam ex leg. Falc. nullam aliam quartam habebit; nec querelam ullam, duas non deducit quartas. Plinius *in* 5. *Epist.* 12. significat etiam illo loco, eum qui habet quartam ex leg. Falcidia non posse queri, ait *satisfactum ei esse.* Et hoc jure utimur. Ceterum si filius sit rogatus restituere hæreditatem, non utimur eodem jure. Jus quidem civile idem est, ut si habeat quartam ex SC. Trebell. nihil præterea requirat, sed hodie hoc casu duas quartas detrahet: vel secundum definitionem Justiniani detrahet trientem, et præterea quartam SC. Trebelliani, vel Pegasiani. Exemplo est opus. Filius hæres institutus est in universum, et rogatus est restituere hæreditatem, secundum definitionem Justin. detrahet sibi unciam pro legitima, et quinque alii fratres habebunt quinque uncias, hoc est, singuli unciam: nam necesse erit, ut consistat testamentum, quinque alios filios institui in quinque uncias, hoc est singulos in unam unicam, hic autem institutus in jus universum, habebit unciam; atque ita semis erogabitur sex illis filiis pro legitima. Ex altero semisse deinde hæres detrahet sescunciam ex Treb. ll. atque ita fideicommissarius non habebit, nisi quadrantem et sescunciam. Nunc ad rem. An hæc quarta definita est lege Glicia, quæ dedit querelam filiis forsitan sub hac exceptione, *nisi quarta eis relinquatur?* Hoc est probabilius, sed tamen incertum. An possit quis ita dicere, sicut quo SC. mater vocatur ad successionem filii ab intestato, vel contra, eodem Senatuscons. relinquenda est ex testamento filio aut matri quarta; an ita etiam dicemus, qua lege filius succedit patri ab intestato, vel contra, succedit autem ex leg. 12. tabul. eadem lege filio ex testamento relinquendam esse quartam? Hoc non probo: nam leg. 12. tabul. filius potuit impune exhæredari, nec fuit querelæ locus, et sæpe alia lege vocatur quis ab intestato, alia lege pars ei ex testamento debetur, ut patronus ab intestato vocatur ad successionem liberti ex leg. 12. tabul. ex testamento semis ei debetur, edicto Prætoris, et hodie ex constitut. Justinia. triens: de illo semisse accipiendæ sunt semper LL. Pandectarum, et fit mentio de eis certis locis. De eo semisse accipiendum est, quod Sveton. in Nerone cap. 32. scribit:

constituit, ut ex libertorum defunctorum bonis pro semisse dodrans peteretur, pro semisse scilicet quæ erat portio legitima patroni. Utut sit, hæc quarta, quæ excludit querelam, est quarta debitæ partis, sic vocatur *in hoc* §. quarta legitimæ partis, et in §. *sed hæc*, *Inst. de inof. test.* hoc est quarta ejus partis, quæ ab intestato debetur, §. *si quis mortis*, *sup. l. parentibus*, *C. eod.* Exemplo opus est. Si sit unus tantum filius ab intestato, habiturus est assem: ex testamento satis est, si habeat quadrantem omnium bonorum ut repellatur a querela, etiamsi immerito exhæredatus sit: si sint duo filii, singuli ab intestato habent semissem; ex testamento singulis debetur quarta tantum semissis, hoc est, uncia et semis. Si sint tres filii, singuli ab intestato habent trientem, ex testamento singulis debetur uncia, quam si habeant, non possunt agere de inofficioso, licet exhæredati sunt, aut præteriti. Similiter si defuncto proximiores sint duo nepotes ex filiis jam ante defunctis, ex uno unus, ex altero autem filio tres nepotes, hi ab intestato avo succedunt in stirpes, non in capita, §. *cum filius*, *Instit. de hæred. quæ ab intest.* Et unus ille nepos ab intestato habet semissem; alii tres habent alium semissem, hoc est, singuli sextantem; ex testamento igitur uni illi nepoti relinquenda est sescuncia, hoc est, quarta semissis, quarta legitimæ partis, tribus reliquis relinquenda est semuncia, hoc est, quarta sextantis ad excludendam querelam. Et hæc species proponitur in *hoc* §. Proponitur et alia; duo sunt filii exhæredati, primus et secundus; extraneus hæres scriptus est; primo legavit sescunciam, quæ est quarta legitimæ partis, secundo nihil legavit, atque ita satisfecisse videtur primo, non secundo. Secundus non agit querela, primus agit querela dicens sibi non esse relictam quartam debitæ partis. Nam cum secundus frater exhæredatus, qui omisit querelam, habeatur pro mortuo, *l.* 1. §. *sed etsi patruus*, *de conjungen. cum emancip.* consequens est, primo quasi soli filio deberi quadrantem bonorum omnium, nec sufficere dimidiam quadrantis, hoc est, sescunciam ad excludendam querelam. Ita contendebat primus sibi non esse satisfactum, sibi relinqui debuisse quadrantem, non sescunciam. Contra respondetur, sufficere sescunciam: nam secundus partem facit primo hoc est, in partibus faciendis, secundi, licet taceat, persona spectatur et numeratur, quo jure utimur. Ergo primus non potest agere querela, cum habeat quantum satis est: sed si pater nihil etiam legavit primo, vel si minus ei legavit quam sescunciam, primus aget querela, per quam rescindet testamentum in totum, repellet extraneum in totum, *d.* §. *sed nec impuberis*, sed eadem ratione non vindicabit nisi dimidiam partem hæreditatis, alteram dimidiam relinquet fratri suo. Atque ita querela et victoria primi proficiet secundo fratri suo tacenti, et quodammodo acquiescenti judicio defuncti: secus erit, si secundus repudiarit querelam, vel si repudiantis animo tacuerit. Nam tunc primo sescuncia non sufficit, et vindicat hæreditatem totam, *l.* 17. *inf.* Hodie liberi, parentes: fratres, ita demum querela excluduntur, si exhæredentur certis de causis, vel si instituantur non in quartam, sed in trientem vel semissem pro numero personarum. Ut si sit unus filius, olim ei relinquendus erat quadrans omnium bonorum, hodie instituendus est in trientem omnium bonorum: si sint duo filii, olim singulis erat relinquenda sescuncia, hodie singuli sunt instituendi in sextantem, hoc est, duas uncias: si sint tres filii, olim singulis erat relinquenda uncia, hodie instituendi sunt in unciam et duellam: si sint 4. olim singulis erat relinquenda semuncia et siciliquus, hoc est, quarta pars unciæ, hodie sunt instituendi in unicam: si sint 5. filii, olim singulis erat relinquenda semuncia et semisextula et semisextulæ quinta pars, hodie singuli instituendi sunt in unicam, et unciæ quintam partem: si sex sint, olim singulis relinquenda erat semuncia hodie singuli sunt instituendi in unciam. Et in summa, si sint quatuor, vel pauciores, eis debetur triens bonorum omnium. Si sint quinque vel plures, eis debetur semis bonorum omnium ex Novella Justiniani. Et si duo sint filii, quorum unus instituatur hæres universalis, alterum satis est institui in sextantem, nec debet institui in trientem: nam institutus hæres in universum jus alteri partem facit, sicut et exhæredatus qui omittit, non repudiat querelam. Ideoque si sint 6. filii, unus instituatur hæres universalis, alii instituantur in legitimam, hoc est, singuli in unciam, hæredi universali restant 7. unciæ, quod Harmenop. in *tit. de l. Falc.* alio exemplo declarat. Sic igitur et exhæredatus, qui non repudiavit querelam, institutus est in universum jus, partem facit fratribus.

Ad §. 9. *Quarta autem.*

§. 9. *Quarta autem accipietur, scilicet deducto œre alieno et funeris impensa. Sed an et libertates quartam minuant, videndum est, et nunquid minuant: nam si, cum quis ex asse hæres institutus est, ideo non potest dicere inofficiosum, quia habet Falcidiam: Falcidia autem libertates non minuit, potest, dici deductis libertatibus quartam ineundam. Cum igitur placet quartam minui per libertates, eveniet, ut qui servos tantum habet in patrimonio suo, dando eis libertatem, inofficiosi querelam excludat, nisi forte hic filius, si non fuit in potestate a patre hæres*

institutus, merito omittit hæreditatem, et ad substitutum transmittens, querelam inofficiosi instituet, vel ab intestato; citra edicti pœnam, habeat hæreditatem.

Sicut quarta accipitur ex l. Falcid. ex eo quod superest deducto ære alieno, et deductis funerum impensa et libertatibus, hoc est, ex pura substantia quarta Falcidia deducitur, §. *ult. de leg. Falc. Inst.* Nam his deductis dividitur inter hæredem et legatarium id quod superest, quadrantem aufert hæres: dodrantem legatarius. Idque ex leg. Glicia sive qua alia lege quarta legitimæ partis, quæ excludit querelam inofficiosi, accipitur etiam ex eo quod superest, deducto ære alieno, et deducta funerum impensa, ut si illis deductis supersint 100. duntaxat, et unus sit filius, qui exhæredetur, ei sunt relinquenda 25. ut repellatur a querela, si duo sint filii, singulis duodecim et semis. An etiam hæc quarta accipitur deductis libertatibus, an libertates hanc quartam minuant. Et inquit Jurisconsultus, *et nunquid minuant. etc.* Videtur accipere, *nunquid*, pro *quidni*, ut sequentia ostendunt, *nam si cum quis, etc.* ut recte Florentin. quibus verbis comprobatur, quartam accipi deductis libertatibus. Argumentum tale est: si filius hæres institutus ex asse deductis libertatibus, ex eo quod superest habeat quartam, ex lege Falcidia satisfactum ei est, nec queri de testamento potest: ergo satisfiet etiam ei exhæredato, si ex eo quod superest, deductis libertatibus, quarta ei relinquatur. Itaque utramque quartam æs alienum minuit, funeris sumptus minuunt, libertates minuunt: nam eo minor quarta ad hæredem, vel exhæredem pertinet, vel hæredi vel exhæredi relinquenda est. At quid si illis omnibus deductis in ineunda æstimatione quartæ nihil supersit? quid si illa absumant hæreditatem, quid fiet? proculdubio cessabit querela inofficiosi testamenti. Et sicut, si nihil supersit, institutus hæres non habet legis Falcidiæ commodum, ita etiam, si illis deductis nihil supersit, exhæredatus non habet legis Gliciæ beneficium, id est, non habet querelam, extraneo hærede scripto adeunte, qui tamen hæres potius eam hæreditatem est repudiaturus, cum sit hæreditas sine re: namque æstimatur illis deductis, illa autem absumunt assem, et tum repudiante hærede scripto, exhæredatus filius veniet ad hæreditatem ab intestato, non proposita illa querela: institutus etiam hæres filius hoc casu, si velit sibi consulere, repudiabit hæreditatem. Itaque ponamus speciem hoc pacto: quidam qui tantum servos habebat in patrimonio, filium emancipatum hæredem instituit, et ei vulgari modo substituit: deinde omnibus servis suis libertatem dedit. Filio igitur nihil superest, ne Falcidia quidem, quinimo non potest deduci ex libertatibus Falcidia: est igitur hæres sine re. Ceterum, ut sibi consulat, debet repudiare hæreditatem (qui est voluntarius hæres, quia est emancipatus) ut ea hæreditas veniat ad substitutum ex substitutione vulgari, cui substituto si adierit, ea hæreditas non erit sine re, cum servi, qui erant in patrimonio testatoris, acceperint libertatem a primo gradu, non a secundo, *l.* 25. *de manum. testam.* Nam dici potest libertates non videri repetitas a substituto. Et ideo deserto primo gradu, a quo libertates relictæ sunt directo, jam non posse eas competere a substituto, vel a secundo gradu, hoc est, a substituto, vel etiam si repetitæ videntur libertates a secundo gradu, hoc est, a substituto, quod est verius, ex rescripto Antonini, *l. licet* 74. *de legat.* 1. et generaliter sive repetitæ censentur libertates, sive non, filius qui repudiavit hæreditatem, aget querela inofficiosi testamenti adversus substitutum, qui adierit, quia non habet quartam, et institutio primi gradus nullum ei commodum adferebat: et ita proponitur in hoc §. Atque ita *Paulus* 4. *Sentent. eod. tit.* ait, *hæres institutus habens substitutum, etc.* Sic igitur institutus adversus substitutum agit querela, si obtinuerit libertates, quæ a substituto relictæ sunt vel repetitæ, directo non competunt, ut ostendit *l. seq. inf.* atque ita hic filius qui vicit querela, rem obtinebit ab intestato. Hac igitur via filius sibi consulet repudiata hæreditate et transmissa ad substitutum. Quid si hic filius non habeat substitutum vulgarem? hoc etiam casu filius debet repudiare hæreditatem ex testamento, cum sit sine re, et ab intestato debet amplecti bonorum possessionem, qua ex re libertates intercidunt, cum hæreditas non sit adita, *l.* 23. *de manumiss. testam.* nec locus erit edicto, *l. si quis omissa causa testamenti.* quo conservantur libertates et legata, fideicommissa, si hæres institutus omisso testamento ab intestato agnoscat hæreditatem: hoc enim casu non est edicto locus et intercidunt libertates, quia dolo malo non omittit testamentum in fraudem legatariorum vel libertatum hoc est, quia id non agit principaliter, ut fraudet manumissos, sed id agit, ut excludat fraudem testatoris, qui eum instituit hæredem sine re, absoluta tota familia: itaque non incidit in edictum *l. cum pater*, §. *Titio, de leg.* 2. Speciem posui de filio emancipato. Nunc quæramus de suo: hac in re plus habet emancipatus quam suus: filio suo et necessario hærede instituto, ei subveniri eadem ratione non potest, qua subvenitur emancipato, quoniam invitus et ignorans statim hæres existit, hoc est, apparet, nec potest repudiare: qui hæredes extiterunt, non repudiant, sed delata hæreditas tantum repudiatur: ergo statim

directæ libertates servis competierunt, nec intercidunt, etiamsi filius abstineat se Prætoris beneficio *l. sciendum est*, *inf. de manumiss. testam.* quia abstentione non desinit esse hæres, licet solvatur oneribus hæreditatis beneficio Prætoris, sed semper hæres appellatur defuncti, semper habet jus illud incorporale exsistentiæ, quod Græci δίκαιον ἀναφάνσεως vocant. Plus ergo habet emancipatus quam suus: et si suus habeat substitutum vulgarem, non ideo desinit esse suus, ut possit repudiare. Nam falsum est, quod interpretes dicunt, datione vulgaris substituti tolli suitatem, sed abstentione sui hæredis substituto locus fit: nam in suo hærede hæc substitutionis vulgaris verba; *si hæres non erit*, sic accipiuntur, si non miscuerit se, si abstinuerit: alioquin non potest non esse hæres, cum exsistat statim: si igitur filius suus habuerit substitutum, et abstinuerit se, ad substitutum veniet hæreditas sine re, quia libertates jam vires acceperunt a primo gradu: itaque filio suo non potest ea via subveniri, qua filio emancipato. Videamus in alia via subveniri possit. Videtur dici posse in eadem specie filio hærede instituto, tam suo, quam emancipato, etiam hac ratione subveniri posse, quod libertates datæ sint in fraudem, quo minus ad filium legitima portio perveniret, hoc est, nil præter nudum nomen hæredis: hac ratione nullæ videntur esse libertates, et substitutus est rem habiturus, quoniam eadem ratione libertates datæ in fraudem patroni nullæ sunt, id est, quo minus patronus habeat portionem legitimam, *l. si pariter*, *inf. de liber. causa*, qui locus est singularis, et quasi reconditus in illam legem. Ad quam notandum est, illud esse ex leg. Ælia Sentia, quæ non tantum vetat manumittere in fraudem creditorum, sed etiam in fraudem patroni, Cajus *libro* 1. *Instit. tit.* 1. et Ulp. in *frag. tit. de libert.* Cur ergo nullæ etiam sunt libertates datæ ab ingenuis in fraudem filiorum? Respondetur, quia nulla lege id cautum est de libertatibus datis in fraudem filiorum: et alia est conditio ingenuorum, puta parentum, alia longe libertorum, *l.* 2. *inf. si quis a parent.* Si libertus inter vivos vel testamento aliquid alienaverit in fraudem patroni, patrono competit actio Fabiana vel Calvisiana, quæ est rescissoria, Fabiana testato liberto, Calvisiana intestato, *l.* 2. *C. si quid in fraud. patr. l.* 3. §. *si intestatus*, *inf. eod. tit.* Verum si quid pater alienarit in fraudem filiorum, vel contra filii, non est actio Fabiana vel Calvisiana, non est etiam quasi Fabiana vel quasi Calvisiana, excepto casu filii impuberis adrogati, *l. ult. inf. si quid in fraud. pat.* de quo dicitur §. *si quis impub.* Verum filio tum datur querela inofficiosi testamenti, si imerito exhæredatus sit, non si institutus sit. Datur et querela inofficiosæ donationis, et querela inofficiosæ dotis, nulla alia actio vel querela ei datur. Itaque non eadem est causa ingenuorum et libertorum; ingenui liberius alienant sua quam liberti, etiam in fraudem. Itaque hac ratione non potest filio subveniri: posset tamen alia ratione filio subveniri, tam instituto, quam exhæredato, tam suo quam emancipato, quod scilicet manumissa sit tota familia, quod est contra legem Caniniam. Nam ea lex certum tantum numerum servorum testamento manumitti jubet, aliorum libertates irritas facit. Non consistunt igitur libertates datæ in fraudem filiorum ex lege Caninia, quæ semper obtinuit, usque ad Justin. ut constat ex Paul. Sentent. et Caii Instit. et Ulp. frag. et *l. si Judæi*, *C. Th. de Judæis*, *et l. potestatis*, *de verb. signif. et l. si quis eum*, *inf. de condit. et demon.* quæ duæ ll. sunt ex lib. Pauli *ad leg. Fusiam Caniniam*, ut est Florent. scriptum Alii vocant Furiam, non Fusiam, ut Ulp. et Theoh. quod videtur rectius. Nam Fusia separatur a Caninia, *ad l. Portiam*, *Caniniam*. *Fusiam*, *Furiam*, ut ait Plaut. in Comed. Querulo. Itaque impediente Caninia libertates omnium servorum, potuit filius institutus rem habere, vel filius exhæredatus queri adversus scriptum, quia Caninia facit ut supersint quidam servi, quibus non competit libertas. Puto etiam hoc Ulp. in hoc §. non prætermisisse, sed a Triboniano omissum, quod a Justiniano sublata esset lex Caninia. Nam hodie potest testator omnem suam familiam testamento manumittere. Hodie igitur hoc etiam remedium deficit, et illa tantum remedia duo supersunt, quæ sunt data filio emancipato in hoc §. quæ tamen olim non erant necessaria propter leg. Caniniam, nisi cum dominus duos tantum servos habebat in patrimonio: nam poterat ambos manumittere, hoc tantum casu poterat totam familiam liberare, tum deficiebat l. Caninia, et emancipato duo hæc remedia valde erant necessaria, ut perveniret ad rem testatoris.

Ad §. 10. *Si conditioni.*

§. 10. *Si conditioni parere testator hæredem jussit in persona filii vel alterius, qui eandem querelam movere potest, et sciens is accepit, videndum ne ab inofficiosi querela excludatur: agnovit enim judicium. Idem est, et si legatarius ei, vel statuliber dedit. Et potest dici excludi eum, maxime si hæredem ei jusserat dare. Ceterum si legatarium, nunquid semel natam inofficiosi querelam non perimat legatarii oblatio? Cur ergo in hærede absolute diximus, quoniam ante aditam hæreditatem nec nascitur querela? Ego eventum puto sequendum in hac re, ut si forte, antequam judicium moveatur, oblatio ei fiat ejus,*

quod relictum est: quasi ex voluntate testatoris oblato eo satis ei factum videatur.

Hi duo §§. pertinent ad sententiam superius propositam, quæ dictat quartam sufficere ad excludendam querelam inofficiosi testamenti, et ut institutio, legatum, fideicommissum, mortis causa donatio querelam excludit ita etiam ostenditur mortis causa capionem querelam excludere. *Mortis causa capitur* quod ab hærede vel legatario, vel statulibero datur conditionis implendæ causa, ut si hæres sub hac conditione instituatur, *hæres esto, si filio exhæredato* 100. *dederis*, vel si sub eadem conditione Titio legetur, vel Sticho libertas detur. Hoc casu filius exhæredatus capiet illa centum mortis causa. Institutio quidem est mortis causa capio: sic quoque legatum et fideicommissum: nam occasio acquirendi nascitur ex morte alterius; sed illæ acquisitiones habent proprium nomen institutionis, legati, vel fideicommissi, quæ dantur implendæ conditionis causa non habent proprium nomen. Et cum *mortis causa capionem* dicimus, hanc intelligimus, quæ caret proprio nomine et titulo: atque ita mortis causa accipimus stricte, non generaliter. Igitur si filius sciens capiat ab hærede vel legatario mortis causa, sive conditionis implendæ causa, excluditur a querela: hæc querela inofficiosi testamenti nascitur ab adita hæreditate, *l. si quis filium, in fi. l. pen. §. illud, C. de inoffic. testam.* Quoniam querela inofficiosi datur contra hæredem: non est autem hæres nisi adierit. non datur autem (sicut bonorum possessio contra tabulas) contra lignum, hoc est, contra testamentum, etiamsi nemo hæres exstiterit, *l. illud, et l. quod vulgo, de bonorum possess. contra tab.* At querela non datur contra lignum, sed contra hæredem scriptum primo vel secundo gradu. Nunc si ante aditam hæreditatem filius exhæredatus accipiat mortis causa capionem, ut si ab hærede capiat qui non potest adire, antequam conditionem impleverit, postea adita hæreditate, non nascetur querela; quod si post aditam hæreditatem, filius exhæredatus accipiat mortis causa capionem, atque adeo jam nata querela, an dicemus ei dari querelam inofficiosi testamenti? Ulpianus concludit ei etiam non dari querelam, et eam exstinctam esse, *l. nihil §. a statuliberis, h. t.* Dummodo filius ceperit mortis causa capionem ante querelam institutam in judicio: quod si filius post institutam quæstionem capiat a legatario, vel substituto statulibero, non animo deserendæ litis, sed quia offertur, et ipse non vult obstare legatario, quo minus conditionem impleat, tunc cœptum judicium de inofficioso non solvetur, sed eadem actio perseverabit. Conclusio hujus §. hæc est: mortis causa capionem excludere querelam inofficiosi testamenti, si sciens exhæredatus ceperit, antequam moveret in judicio querelam inofficiosi testamenti. Quid si id, quod cœpit non sufficiat ad quartam debitæ portionis? Resp. Græci recte, scientem sibi præjudicare, quia contentus eo esse, et id capiendo ex voluntate defuncti, omne judicium defuncti comprobare videtur. Idemque de legatario et fideicommissario responderi debet, *l. parentibus, C. eod.* Quinimo mortis causa capio non imputatur in quartam legitimæ portionis, aliter quam si sciens acceperit et agnoverit judicium defuncti: nam mortis causa capio non imputatur etiam in quartam, quæ lege Falcidia deducitur ex legatis, *l. id autem, et l. in quartam, inf. ad leg. Falc.* Non imputatur etiam in Trebellianam *l. in ratione, §. tametsi, eod.* Quod tamen videtur pugnare cum *d. l. in quartam*, in versu, *sed et quod implendæ*, qui non est in archetypo Florent. nec in libr. βασιλικῶν. Sed etiamsi retineatur, facile ei responderi potest ex verbo, *fideicommissum.* Igitur mortis causa capio non imputabitur etiam in quartam Gliciam, nisi cum sciens accepit et agnovit, quantum in se est, judicium defuncti. Idem dicemus in legato et fideicommisso, nisi sciens acceperit. Quod si nihil acceperit ex legato, fideicommisso, vel mortis causa donatione, procul dubio aget querela inofficiosi testamenti, qua tamen si non obtinuerit, postea non poterit legatum, vel fideicommissum, vel mortis causa capionem amplecti, hoc est licet maneat testamentum, tamen ex testamento non petit legatum, aut fideicommissum, quod scilicet rescindere conatus est. Ex eo etiam testamento non capiet mortis causa capionem, in §. *meminisse.*

Ad §. 11. *Unde si quis.*

§. 11. *Unde si quis fuit institutus forte ex semisse, cum ei sextans ex substantia testatoris deberetur, et rogatus esset post certum temporis restituere hereditatem, merito dicendum est, nullum judicium movere, cum debitam portionem et ejus fructus habere possit. Fructus enim solere in Falcidiam imputari, non est incognitum. Ergo et si ab initio ex semisse hæres institutus rogetur, post decennium restituere hæreditatem nihil habet quod queratur, qui facile potest debitam portionem, e usdem fructus medio tempore cogere.*

Institutio ex asse vel ex semisse excludit querelam inofficiosi testamenti, quoniam etiamsi hæreditas sit exhausta legatis, habet Falcidiam, vel si rogatus sit restituere hæreditatem illam, habet Trebellianam quartam; itaque non potest queri, nam sufficit una quarta. Hoc jure duarum quartarum deductio non est, sed fieri potest ut quarta Falcidia, vel quarta Trebellianica minor sit quarta legitimæ portionis. ut si filius sit hæres institutus

ex semisse, cujus quarta est sescuncia, id est, uncia semis, et quarta legitimæ portionis sit sextans, id est, duæ unciæ, utpote quia filius hic ab intestato erat habiturus bessem: ergo ex testamento debet habere quartam bessis, id est, sextantem, cujus rei exemplum (quod erat satis investigatu difficile) Accursius posuit optimum, sed non conveniens huic legi, ex §. *item vetustas*, *Inst. de hær. quæ ab intest.* Ante Constitutionem Justin. cum defuncto erat filius et nepos, ex filia jam mortua, non succedebant ex æquo ab intestato, sed habebat filius bessem, nepos ex filia trientem, hoc est, parti nepotis filius adimebat sextantem, hoc est, tertiam partem atque ita auferebat bessem; ex Constitutione Justin. succedunt ex æquo: hoc igitur casu quarta legitimæ portionis est sextans, quia ab intestato filio debetur bes: Quarta autem Falcid. vel Trebell. est sescuncia. Ergo minor quarta legitimæ portionis. Quid fiet? Hoc casu filius institutus ex semisse, et eum rogatus restituere non detrahet sescunciam, secundum rationem Trebell. sed detrahet sextantem, secundum rationem leg. Gliciæ, quia hæc portio amplior est, *l.* 1. §. *ult. si cui plus quam per leg. Falcid.* sed ille §. loquitur de portione debita patrono. Recte Accursius adiicit idem esse in filio instituto et gravato supra legitimam portionem. Igitur in præstandis legatis, vel in restituenda fideicommissaria hæreditate, non semper habetur ratio leg. Falc. Trebell. etc. Sed interdum habetur ratio legis Papiæ, sive edicti Prætoris, ut cum patronus est institutus; et major est portio legis Papiæ, quam Falcidiæ: interdum habetur ratio leg. Gliciæ, ut cum filius est institutus exemplo patroni. Exemplum Accursii est optimum, sed id sumptum est ex Constitutione quadam Valentiniani et Theodosii, *l. si defunctis, C. de suis et legit.* de quo Ulp. non cogitat. Præterea in hac specie, si attente legatur hic §. Ulp. debitam portionem et Falcid. hoc est, Trebell. (ut accipitur hoc loco) parem, hoc est, eandem facit, ut non debeat fingi debitam portionem ampliorem esse Falcid. Itaque error videtur esse aliquis in verbo, *sextans*, et legendum potius *sescuncia.* Nam ex jure veteri nemo poterit adferre exemplum, quod conveniat. At si *sescuncia* legatur, recte: Cum sunt duo filii ab intestato, singuli habent semissem, ex testamento debetur sescuncia, hoc est, quarta semissis, *l. filium de leg. præstan.* Ait autem Ulp. in hanc Falcidiam sive Trebell. imputari fructus perceptos judicio testatoris, puta ex fideicommisso hæreditatis in diem, vel conditionali. Nam cum hæres rogatus est restituere hæreditatem post decennium, medio tempore percipit fructus judicio testatoris, et eos imputat in Falcidiam, *d. l. in fideicommissarium*, *l. mulier*, §. *si hæres*. *ad Trebell.* et non tantum in Falcidiam eos imputat, sed etiam in Falcidiæ fructus: nam constat hæredi instituto deberi et quartam, et quartæ fructus pro rata, reliquum venire in restitutionem fideic. sed hoc non potest hodie ita poni in filiis. Nam ex Constitutione Zenonis filii rogati restituere hæreditatem et onerati legatis, Falcidiam, detrahunt ex corporibus, hoc est, rebus ipsis, et fructus non imputant in Falcid. sed lucrantur, et sibi habent, neque in Trebell. Ex Constit. *l. jubemus*, *C. ad Treb.* At reliqui liberi fructus imputant in Falcid. hoc tantum datum est filiis: itaque hic §. hodie de reliquis liberis accipiendus erit, non de filiis; quoniam dicit fructus imputari in Falcidiam. Male autem Accurs. notat in quartam, quæ ex lege Falcidia deducitur ex legatis vel fideicomm. singularibus, fructus non imputari in Falcidiam, sed in Trebellian. Hoc pugnat cum *l. quod bonis* §. *quod fructus*, *infr. ad leg. Falcid.* Et §. *quantitas*, *Institut. de lege Falcidia*, non loquitur de fructibus perceptis judicio testatoris ex legatis in diem, vel conditionalibus, de quibus loquimur: qui absque dubio imputantur in Falcidiam, sed de iis, qui accesserunt hæreditati post mortem testatoris, antequam hæres eam adiret, quæ non minuunt Falcidiam quoniam spectatur quantum fuerit in bonis tempore mortis testatoris. Hisce cognitis ponenda est species ad §. hunc. Nepos hæres institutus est ex semisse et rogatus restituere hæreditatem post decennium, medio tempore quartam legitimæ portionis, et ejus quartæ fructus facile colligere et retinere potest ex fructibus hæreditatis: et ideo hæc institutio eum repellit a querela inofficiosi, quia ei satisfactum videtur; cum medio tempore sit percepturus quartam et ejus quartæ fructus. Igitur post decennium restituet integrum semissem, nec queri poterit, vel quicquam amplius exigere. Ex quo apparet unius tantum quartæ ex hoc jure deductionem esse, *l.* 12. *Cod. eodem.*

Ad §. 13. *Si filius.*

§. 13. *Si filius exhæredatus in possessione sit hæreditatis, scriptus quidem hæres petet hereditatem: filius vero in modum contradictionis querelam inducat: quemadmodum ageret, si non possideret sed peteret.*

In §. *Si filius*, nihil est, nisi quod querela inofficiosi proponi potest in modum exceptionis, ut si filius exhæredatus possideat hæreditatem, et scriptus petat eam, possessor, hoc est, exhæredatus inducet querelam in modum exceptionis: atque ita repellet hæredem scriptum, hoc est, actorem

Ad §. 12. *Si quis et irritum.*

§. 12. *Si quis et irritum dicat testamentum, vel ruptum et inoffic. conditio ei deferri debet, utrum prius movere volet.*

Quidam et irritum et inofficiosum testamentum esse dicit : utramque actionem exequi non potest, alioqui secum ipse pugnare videtur. Nam irritum qui dicit, non valere testamentum dicit. Inofficiosum qui dicit, valere dicit : et ita secum pugnaret. Itaque eligere debet utra querela potius, et prius uti malit ; et si illa non obtinuerit, tum non prohibetur altera uti, *l.* 3. *C. de petit. hær.* Petitio hæreditatis infeliciter instituta ex una causa, hoc est, quæ non successit, potest repeti ex alia causa, *d. l.* 3. Igitur qui proposuit querelam inofficiosi, si ea actione non obtinuerit, deinde non prohibetur inducere querelam irriti testamenti, et petitionem hæreditatis ex ea causa. Idem est etiam, si quis et ruptum et inofficiosum testamentum dicat, ut proponitur etiam in hoc §. Utrumque judicium simul non exercebit. Sed si unum prius exercuerit et non obtinuerit, ut si de rupto egerit primum, tum poterit transire ad quæstionem inofficiosi. Idem est etiam si injustum dicat et inofficiosum *l. contra C. eod.* Idem si et falsum dicat et inofficiosum, *l. eum, C. eod.* Idem si et falsum dicat et injustum si in quæstione falsi non obtinuerit, transibit ad quæstionem injusti, *l. Lucius, inf. de pet. hær.* At (quod pugnare videtur maxime) cur etiam patronus qui testamentum falsum dixit liberti, nec obtinuit, non potest postea transire ad bon. poss. contra tab. *l. si patronus ex minore, inf. de bon. libert.* Quænam est ratio differentiæ? An quia patronus ita a seipso dissentit, quod Accursius tentavit dicere in *d. l. Lucius*, sed nihil adfert probabile. Qui dicit, falsum testamentum, nullum testamentum dixit : nunc patronus qui petit contra tab. esse testamentum fatetur, sed rescissionem postulat, itaque a seipso dissentit: sed an ideo repellitur? Minime. Nam a seipso etiam dissentit, qui post accusationem falsi instituit accusationem inofficiosi nam falsum testamentum nullum est testamentum inofficiosum testamentum est perfectum, justum, legitimum, rescissionis egens. Sed vera ratio *l. si patronus* hæc est, quia patronus fuit hæres scriptus ex minore parte quam legitima, hoc est dimidia: vel hodie tertia. Eo casu habet patronus petitionem contra tabulas, portionis implendæ causa; igitur testamento relictam portionem persequitur, dum agit de ea supplenda, petita bonor. possessione contra tab. Verum si patronus maluerit prius falsum testamentum dicere, postea non petet bonorum poss. contra tab. quia captat lucrum ex testamento quod oppugnavit, nec expugnavit. Qui autem dixit falsum testamentum, nec obtinuit, si postea dicat inofficiosum, nihil lucri ex testamento captat, et ideo non repellitur. Sciendum est hanc bon. poss. contr. tab. quæ datur patrono, multum distare ab ea, quæ datur liberis : hæc quæ datur liberis, est omnium bonorum, illa quæ datur patrono, est dimidiæ partis, vel hodie tertiæ, vel de ea supplenda : item quæ datur liberis, est contra lignum, quæ datur patrono, non est tam contra lignum, quam contra hæredem, in *l. illud, inf. de bonor. possess. cont. tab.*

Ad §. 14. *Meminisse et* §. 15. *Si quis impubes.*

§. 14. *Meminisse autem oportebit eum, qui testamentum inofficiosum improbe dixit, et non obtinuit, id quod in testamento accepit, perdere : et id fisco vindicari, quasi indigno ablatum. Sed ei demum aufertur quod testamento datum est, qui usque ad sententiam judicum lite improba perseveraverit. Ceterum si ante sententiam destitit, vel decessit, non ei aufertur quod datum est. Proinde et si absente eo secundum præsentem pronuntietur : potest dici conservandum ei quod accepit. Eo autem solo carere quis debet, cujus emolumentum ad eum pertinet. Ceterum, si id rogatus fuit restituere, non debet injuria fieri. Unde non male Papinianus lib.* 2. *Respons. refert, si hæres fuit institutus et rogatus restituere hæreditatem, deinde in querela inofficiosi non obtinuit, id quod jure Falcidiæ potuit habere, solum perdere.*

§. 15. *Si quis impubes adrogatus sit ex his personis, quæ et citra adoptionem et emancipationem quæri de inofficioso possunt, hunc puto removendum a querela, cum habeat quartam ex constitutione Divi Pii. Quod si egit nec obtinuit, an quartam perdat? Et puto aut non admittendum ad inofficiosum, aut si admittatur, etsi non obtinuerit, quartam ei quasi æs alienum concedendam.*

Sententia §. hæc est : eum qui egit de inofficioso in totum vel pro parte, nec obtinuit, perdere legatum sibi testamento relictum (quo neglecto elegerat querelam) perdere fideicommissum, mortis causa capionem, et hæreditatis portionem, si qua relicta sit : nam id omne ei aufertur quasi indigno, cum testamentum oppugnarit, nec expugnarit, et ideo fisco vindicatur, nec proficit hæredi scripto. Hoc ita est, si in hac improba lite inofficiosi testamenti per calumniam perseveraverit usque ad sententiam, non si destiterit, non si decesserit ante sententiam (si modo et hæredes ejus causam executi non sit) hic non censetur indignus, quia non exspectavit sententiam. Non

est etiam indignus is, qui egit de inofficioso, si eo absente secundum hæredem præsentem pronuntiatum sit quia hic litem, bonam forsitan amittit suo vitio, hoc est sua contumacia potius quam jure, hoc est, ex eremodicio potius, quam ex merito causæ. Qua ratione etiam hærede scripto absente per contumaciam, si secundum actorem pronuntiatum sit, testamentum in totum non rescinditur, *l. qui repudiantis* §. *ult. inf. h. t.* At is qui in lite inofficiosi perseveraverit usque ad finem, et non obtinuit, hic sane amittit omne id quod testamento accepit, quod conatus est evertere, perdit etiam Falcidiam, *l. 5.* §. *pen. inf. de his, quæ ut indig.* hoc est, Falcidia confiscatur, ablata ei quasi indigno. Dodrans non confiscatur ne fideicommisso fiat injuria, Paul. *libro 4. Senten. tit. de inoffic. quer.* quod etiam hoc §. proponitur a Papiniano. Ideoque si hæres institutus et rogatus restituere hæreditatem Titio, omittat hæreditatem et adversus Titium agat querela inofficiosi, quod fit recte, *l. 1. C. eodem*, si non obtineat, Falcidia, hoc est, quarta Pegasiana sive Treb. quam habere potuit, fisco vindicatur, reliqua hæreditas Titio conservatur, atque ita fideicommisso non fit injuria. Et idem Paulus eodem loco ostendit substitutioni directæ injuriam non fieri, videlicet cum hæres institutus temere agit querela adversus substitutum, repudiata institutione, et cum non obtinet: nam hæreditas non confiscatur, sed servatur substituto, qui nihil tentavit contra judicium defuncti. Eadem ratione ei, qui temere egit de inofficioso, legatum relictum sub onere fideicomissi, fiscus non aufert, ne fiat injuria fideicommissario, qui nihil commisit, argumento leg. *in servitutem* §. *nonnunquam, de bon. libert.* Notandum etiam eum, qui temere egit de inofficioso, amittere quidem illa omnia, quæ dixmus, sed non amittere mortis causa donationem, si quid ei testator donaverit, quæ hac in re legato non comparatur, *l. 5.* §. *qui mortis, de his quæ ut indig.* quia ea proprie non debetur ex testamento, ideoque ea non confiscatur. Non aufertur etiam ei quarta debiti ex Constitutione Divi Pii, sive quarta Antoniana, ut in specie §. *si quis impubes*. Olim non poterat adrogari nisi vesticeps, hoc est, pubes. Hodie etiam pupillus potest causa cognita ex Constitutione Divi Pii, *Ulpian. in frag. tit. de adopt.* Ex eadem Constitutione qui adrogaverit impuberem, si eum exhæredaverit, vel emancipaverit sine causa, adrogato impuberi debetur quarta pars bonorum adrogatoris, quæ habet mortis tempore. Et hæc est quarta Antoniana. Verum hæc quarta multum distat ab ea quarta, quæ est ex leg. Glicia, hoc est, quæ excludit querelam inofficiosi: nam quarta Glicia non debetur nisi ex judicio defuncti, hoc est, nisi relicta sit, sed si non sit relicta, competit querela: petitio querelæ non competit in personam, sed vindicatur hæreditas ab intestato, et rescinditur totum testamentum: quartæ specialis petitio non est, nisi cum eam relinquit testator. At quarta Antoniana debetur ut æs alienum; non ex judicio defuncti, sed ex beneficio Constitutionis Antonini, et ejus quartæ petitio est, etiamsi relicta non sit. Et hoc ait *d.* §. *si quis impubes, l. 2. famil. ercisc.* Præterea querela ob non relictam quartam Gliciam, in hæredem non transmittitur, nisi præparata. Quartæ Antonianæ petitio in hæredem transmittitur, etiamsi non sit præparata, *l. 1.* §. *si impuberi, de collat bonor.* Quia illa petitio quartæ Antonianæ est actio in personam, hoc est, quia petitur quarta ut æs alienum, non est petitio hereditatis. Qui petit illam quartam, æs alienum petit, non hæreditatem. Denique, qui petit, quartam adrogatus non censetur esse hæres, non bonorum possessor, sed quasi creditor, *l. 2.* §. *1. famil. ercisc.* Præterea in quartam Gliciam institutum hæredem constat posse substitutum accipere in secundum casum, *l. ex tribus, C. eod.* Idem etiam receptum est in quarta Antoniana, ut possit in ea directo dari substitutus impuberi: sed id fuit receptum non sine controversia, videbatur enim non posse dari, quia debetur ut æs alienum. Quomodo autem potes in eo, quod mihi debes, mihi hæredem dare? Receptum tamen est ita, ne impubes sine hærede moriatur, *l. si adrogator, de adopt. l. sed etsi plures* §. *in adrogato, de vulg. et pupill. substit.* Igitur alienata in fraudem quartæ Gliciæ non revocantur actione Calvisiana vel Fabiana, §. *quarta, sup.* At alienata in fraudem quartæ Antonianæ revocantur utili tantum Calvisiana et Fabiana, *l. ult. si quid in fraud. pat.* quia adrogatus, est quasi creditor, et ideo revocatur. Postremo quartam Gliciam amittit, qui temere agit de inofficioso: quartam Antonianam non item, quia est æs alienum. Finge igitur: ergo impuberem adrogavi, qui erat ex eis personis, quæ de inofficioso agere possunt, etiamsi non fuisset adrogatus, puta nepotem ex filia impuberem, qui potuisset etiam queri de inofficioso: deinde eum exhæredavi, et nihil penitus ei reliqui, an aget querela? Minime. Quoniam omnimodo est habiturus quartam ex Constitutione Divi Pii. Sicut quarta Glicia, quarta Falcidia, quarta Pegasiana, ita etiam quarta Antoniana excludit querelam, nec unquam duarum quartarum deductio est. At quid dicemus, si ille adrogatus et exhæredatus temere egerit de inofficioso, et non obtinuerit? Illas quartas priores amittit, sed quartam Antonianam non amittit: ergo semper habebit hanc quartam, etiamsi temere accusarit testamentum, cum ea non debeatur ex testamento,

sed ex beneficio Imperatoris quasi æs alienum. Ex superioribus recte colligimus, aliam esse differentiam inter quartam Gliciam, et quartam Antonianam: et ita dicemus filio impuberi instituto ex quarta debitæ portionis, posse substitui precariis verbis, hoc est, potest rogari, ut illam quartam restituat. An substituitur ei in quartam? Sic sane. Nec potest queri, si tantundem possit colligere ex fructibus, vel aliunde, alioqui queri potest, sed fideicommissum valet, substitutio precaria valet. At filio adrogato impuberi potest substitui directo, intra pubertatem in secundum casum, sed post pubertatem non potest ei substitui precario in quartam Antonianam, quia est pro ære alieno: in eo, quod mihi debes, non potes me onerare fideicommisso, *d. l. adrogator.* Cum hoc ita sit in adrogato, hoc est, in quarta Antoniana, consequens non est, idem esse in quarta Glicia, quod valde notandum, nam dissentiunt interpretes. Ait, *adoptionem et emancipationem*, veluti nepos ex filia, qui etsi non sit emancipatus, vel adrogatus ab avo materno queri potest.

Ad §. 16. *Si ex causa et* §. 17. *Plane.*

§. 16. *Si ex causa de inofficioso cognoverit judex et pronuntiaverit contra testamentum, nec fuerit provocatum: ipso jure rescissum est, et suus hæres erit secundum quem judicatum est, et bonorum possessor si hoc se contendit: et libertates ipso jure non valent, nec legata debentur: sed soluta repetuntur, aut ab eo qui solvit, aut ab eo, qui obtinuit. Et hæc utili actione repetuntur. Vere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui obtinuit repetit. Et ita D. Adrianus, et Divus Pius rescripserunt.*

§. 17. *Plane si post quinquennium inofficiosum dici cœptum est ex magna et justa causa, libertates non esse revocandas, quæ competierunt vel præstitæ sunt, sed viginti aureos a singulis præstandos victori.*

Si contra testamentum pronuntietur ut inofficiosum, ipso jure testamentum rescinditur, et paterfamilias, qui vicit, aut qui egit, querela inofficiosi, occupat hæreditatem ab intestato, legata non valent, nec fideicommissa, nec libertatas: igitur ipso jure testamentum rescinditur, si contra testamentum judicatum sit ut inofficiosum, testator intestatus fit statim ex sententia lata, victor hæres fit, aut bonorum possessor ab intestato. Ergo legata non debentur ex hoc testamento, quia intestatus est, nec fideicommissa debentur: item libertates, tutelæ, tabulæ pupillares non valent, et si legata forte soluta sint, condicuntur quasi indebita, et condicuntur vel ab hærede scripto, qui ea legata solvit, vel a filio exhæredato, qui obtinuit in querela inofficiosi. A scripto directa actione condicuntur: a victore utili actione ex Constitutione Adriani. Atque ita condicit, quod non ipse solvit, sed non directo condicit, *l. 2. in fi. inf. de condict. indeb. l. militis §. miles in supremis, de milit. testam. Fere autem*, ut ait hic §. plerumque hæc condictio, hoc est, indebiti legati soluti non datur hæredi scripto, sed victori, maxime si scriptus legata solverit de hæreditate, non de suo: nam si de suo tum scriptus condicet, si de hæreditate, victor, hoc est, legitimus hæres condicet. *Si*, inquit, *ante motam controversiam* de inofficioso scriptus hæres legata solvit, quia scilicet ea solvit bona fide ex testamento justo, et nihil potest ei imputari a filio exhæredato, quod legata solverit, quia debebat nondum mota controversia, sed exhæredatus ea legata repetet, eo nomine nihil exiget a scripto hærede, quia bona fide ea solvit. Sed si post motam controversiam hæres scriptus legata solvit, id hæredi scripto imputabitur, quia mala fide solvit, et veniet in petitionem hæreditatis de inofficioso, quia non debuit solvere post motam controversiam, *l. hæc autem. §. ult. Si cui plus quam per l. Falc.* itaque hoc casu condictio indebiti non datur in legatarium, cum id jam scripto reputaverit. Non dabitur etiam condictio scripto qui solvit, quia sciens solvit, in ea jam causa esse legata, ut non debeantur, ut eventus indicaturus sit non deberi. Et hoc valde pertinet ad interpretationem *vers. fere*, quem male Accurs. accipit. Hæc querela inofficiosi finitur quinquennio, quod numeratur ab adita hæreditate: nam ab adita hæreditate hæc actio competit: de hoc quinquennio est *l. 2. C. in quib. caus. restit. non est necess. l. si quis filium, in fin. et l. pen. §. illud C. de inoffic. testam.* Interdum hæc actio datur etiam post quinquennium, sed nonnisi ex magna et justa causa, *l. contra, C. eod.* Nunc ita distinguamus, aut intra quinquennium agitur querela, aut post quinquennium ex justissima causa: si intra quinquennium agatur, et intra suum tempus, per querelam non tantum institutio, sed cetera etiam omnia rescinduntur, quia dementis esse testamentum intelligitur, itaque quæcunque scripsit aut nuncupavit, irrita sunt, veluti legata, fideicommissa, tutelæ, secundæ tabulæ, libertates directæ non competunt fideicommissariæ etiam non præstantur, vel præstitæ ab hærede scripto non retinentur: præstantur tamen aut retinentur fideicommissariæ libertates, si redimantur pecunia, hoc est, si singuli servi manumissi verbis precariis victori dent viginti aureos pro libertate, *l. seq. hoc tit. l. 4. C. eod.* Itaque facilius conservantur fideicommissariæ libertates, quam directæ; quia fideicommissariæ

sunt in præstatione, et non sunt invidendæ oblata pecunia. Directæ autem sunt in vindicatione, hoc est, ex testamento valent, et vires capiunt, et dicuntur competere, non præstari; non possunt autem competere ex testamento, quod suo tempore tempestive rescissum est. Si agatur querela inofficiosi post quinquennium, hoc est, post finitam querelam ipso jure, restitutam tamen ex justa causa, tunc placet libertates conservari tam directas, quam fideicomissarias, dummodo singuli servi victori dent pro libertate viginti aureos. Idem dicemus, si post quinquennium de injusto testamento agatur: nam eis qui fuerunt in libertate per quinquennium, non aufertur libertas. Sed hoc ipsum ne eis auferatur libertas, redimendum erit pecunia, *l. uxori in fin. de manumiss. te t.* Ergo concludamus: si post quinquennium agatur querela inofficiosi, et institutio et cetera omnia infirmantur libertates solæ valent redemptæ pecunia. Quod etiam puto esse ex Constitutione Adriani. Sicut quod dictum est supra de condict. indebiti, sic etiam in specie *l. 2. C. de fideicom. libert. et l. cum ex falsis, de manumiss. testamen. et l. pen. in fi. inf. de jur. patron.* cum hæres per errorem ex falsis codicillis solvit, et præstitit libertates, vel cum ex eisdem codicillis præstitit legata servorum, qui postea manumissi sunt a legatariis, an revocabitur libertas? Minime; sed ne revocetur redimendum est pecunia datis 20. aureis hæredi scripto ex Constitutione Adriani. Idem est scriptum in specie *l. 26. inf.* quæ species etiam proponitur in *dict. l. si cum ex falsis*, cum hæres institutus conditionis implendæ causa servum suum manumisit, ut adiret hæreditatem, quoniam erat scriptus sub hac conditione, si servum suum manumitteret, deinde contra testamentum pronuntiatum est, ut inofficiosum, atque ita evicta ei est hæreditas, an revocabit libertatem? Minime; sed petet pretium, hoc est, viginti aureos, *d. l. 26.* Idem non est receptum, si hæres scriptus, præstitis libertatibus, postea restitutus in integrum sit, abstinendi causa, *l. si mulier, sup. de minor.* Hoc casu manumissi non solvent pretium sui hæredi scripto, aut legitimo hæredi, quia scilicet, libertatem consecuti sunt optimo jure ex testamento justo nec destituto, quod scriptus adiit, nec resc sso. Legata tamen soluta reddentur legitimis per condictionem utilem, *l. 5. inf. de condict. indeb.* Hæc de libertatibus. Quod autem proposuimus initio per querelam inofficiosi rescindi omnia, quæ in testamento scripta sunt, hoc ita procedit, si in totum actum sit de inofficioso: aliud est, si actum sit pro parte, et rescissum: nam si actum sit de inofficioso pro parte tantum, et pro parte tantum rescissum sit officio judicis, secundæ tabulæ valent, *§. sed nec impubes, sup.*

Libertates directæ competunt sine pretio, quoniam satis est unum hæredem existere, et ab uno hærede ex parte sustineri testamentum. Fideicommissariæ etiam libertates præstantur vel retinentur, hoc est, decem tantum aureis victori præstitis: legata etiam debentur relicta ab eo, qui hæres manet, non etiam relicta ab eo, qui victus est querela inofficiosi, *l. cum duob. C. eod. l. judicatæ, inf. de except. rei jud.* Aliud etiam est, si hæres scriptus defunctorie et lusorie causam egerit, et se defenderit in judicio de inofficioso: atque ita passus sit sibi hæreditatem auferri: nam hoc casu non fiet injuria legatariis aut manumissis, hæres victus tenebitur legatariis, *l. si servus plurium §. 1. de leg. 1.* Aliud etiam est si hæres scriptus damnatus sit ex eremodicio potius, quam ex contumacia sua, quo casu libertates competunt vel præstantur a victore sine pretio illo viginti aureorum, *l. si perlusorio, inf. de appell. l. 17. §. ult. et l. seq. h. t.* His igitur casibus querela inofficiosi alia omnia non rescindit. Aliud est etiam hodie ex *Nov.* 115. nam solam institutionem querela corrumpit: superior disputatio de libertatibus hodie est supervacua. Superiori sententiæ Accursius opponit *l. 1. inf. de except. rei judic.* In ea specie non fuit actum petitione hæreditatis, sed actum fuit actione ex testamento de legato, et legatarius victus fuit: victo uno ex legatariis hoc aliis non nocet, nec manumissis testamento, etiam si legatarius victus sit, quod allegaretur vitium rupti, injusti, aut irriti testamenti: sed si hæres scriptus, cum quo agebatur petitione hæreditatis, ab hærede legitimo victus sit illis rationibus, hoc est, ob vitium rupti, injusti, aut irriti, hæc sententia nocet legatariis et manumissis: nam cetera omnia corruunt etiam hodie. Secus est si hæres scriptus vincatur ex causa inofficiosi testamenti: hoc non nocet legatariis: nam cetera omnia firma manent ex Novella Justiniani. Ante Novellam nocebat etiam ceteris. Igitur dicendum in ea l. 1. non fuisse victum hæredem, sed legatarium tantum.

Ad L. X.

Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet; humanius erit sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum spectavit, nisi si aperte judices inique secundum scriptum hæredem pronuntiasse apparebit.

Centumviri judicabant de inofficioso, *l. 17. inf.* Et ideo, inquit, *si pars judicantium.* Et in *§. meminisse, sup. usque ad sententiam judicum*, inquit, sic Florent. recte et Basilica, ἐὰν μέρος τῶν

δικαςῶν. Alii male, *usque ad sententiam in judicium*, ut in *l.* 15. §. *ult. h. t. et l. cum filius, in princ. de leg.* 2. Finge: pars judicum judicat pro testamento, pars contra testamentum, hoc est, pars pro hærede, pars contra pro exhæredato: pares sunt sententiæ judicum, quid fiet? An adsumentur alii, qui dirimant litem? Adsumuntur advocati, qui dirimant. Litem adsumuntur advocati, qui dirimant hanc controversiam, ut hodie fit, et in quam partem adsumpti transierint, ea valet. Verum non opus erit in hac causa alios assumi, sicut in aliis causis, ubi paris numeri sententiæ sunt, eam partem sequimur, quæ pro libertate facit, vel eam quæ pro reo facit, *l. inter pares, de re jud. l. lege, de manumiss.* Ita etiam in hoc proposito sequimur eam partem, quæ pro testamento facit, inclinamus in causam testati potius, quam intestati, nisi evidens iniquitas appareat. Et sic sequimur, quod pro reo facit, non abs re: nam actor venit paratus ad agendum, non ita reus. Si igitur pars judicum sit pro reo, præsumimus eum meliorem causam habere, qui cum non ita venerit paratus, atque actor, tamen tot calculos tulit quot actor: est in potestate actoris, quando agat, non est in potestate rei, quando conveniatur, et ideo non ita paratus venit, *l. pure,* §. *ult. inf. de doli except.* Denique satius est, nocentem absolvi reum et utilius, quam damnari innocentem, hoc est, plus delinquit, qui innocentem damnat, quam qui nocentem absolvit. Itaque absolutio condemnationi præfertur, quoties pares sunt sententiæ in paribus causis, *l. absentem,* §. 1. *de pœn.* Itaque nullo alio adsumpto judice, in paribus sententiis melius erit reum absolvere: quod proponitur initio *hujus l.*

Ad §. 1. *Illud.*

Illud notissimum est, eum, qui legatum percepit, non recte de inofficioso testamento dicturum, nisi id totum alii administravit.

Ad quæstionem *hujus* §. pertinet *lex* 12. *et l. ult. et quædam aliæ LL. inf.* quæ simul explicabuntur. Hæc proponitur regula: filium exhæredatum, qui legatum ex testamento accepit, non posse agere de inofficioso, quia scilicet judicium defuncti agnovit et probavit. Idem est, si accepit mortis causa capionem, *l. Papin.* §. *si conditioni, sup.* et ostendit *l.* 12. §. *si a statulibero, hoc tit.* quæ huic §. jungenda est. Et hoc jure verum est, etiamsi quod accepit, non sufficiat ad quartam legitimæ portionis, excludetur a querela, quasi satisfactum ei videatur: sed ex constitutione Justiniani, nisi specialiter scripserit, vel dixerit se eo contentum esse, quod accepit, nec quicquam aliud desiderare, ut suppleatur quarta, datur actio *l. si quando* §. *ult. C eod. t.* hoc jure res ita se habet generaliter, ut qui legatum accepit, postea non possit agere de inofficioso. Unde quæro, cur tamen is, qui legatum accepit, possit agere de falso testamento, vel de testamento injusto, *l.* 5. *inf. de his, quæ ut indig.* Ubi proponitur hæc differentia inter actionem inofficiosi et act. falsi vel injusti testamenti. Ratio differentiæ hæc est: quia qui legatum accepit, non potuit ignorare inofficiosum esse testamentum, hoc est, se esse exhæredatum, quia cernebat alium hæredem, a quo legatum accipiebat: nam solius hæredis est legata præstare: sciens igitur accepit et probavit judicium defuncti, et ideo repellitur. At potuit ignorare falsum esse testamentum, quo casu etiam solo non repellitur ab accusatione falsi, *l.* 3. *ff. et C. ad leg. Cornel. de falsis.* Item potuit ignorare, non jure factum esse testamentum, hoc est, potuit ignorare factum, vel etiam jus testamentorum: quæ ignorantia plerosque excusat, ut mulieres et rusticos: et ideo, si cum ignoraret, accepit legatum, postea non repellitur, *d. l.* 5. *l. postquam, tit. seq.* Potuit etiam accipiens mortis causa capionem exhæredatus ignorare inofficiosum esse testamentum, ut si accepit a legatario, vel a statulibero (legatum a solo hærede præstatur et capitur, non a legatario, vel statulibero, vel a fideicommissario) vel si hæredem sibi dantem conditionis implendæ causa legatarium esse existimabat, et se hæredem esse. Et ideo in *d.* §. *si conditionis, l. Papin. sup.* ait, *et sciens is accepit*, quod cum de legato agitur, non adjicitur, quia non potuit nesciens, se non esse hæredem, legatum accipere. Ad propositam regulam additur in hoc §. hæc exceptio, *nisi id totum alii administravit*, ut si tutor ex necessitate officii sui, pupilli nomine legatum petiit et accepit, suo nomine postea non prohibebitur dicere inofficiosum, quia legatum, quod accepit prius, id non sibi, sed pupillo administravit, §. *si tutor, Institut. de inoffic. testam.* et ideo integra ei est querela: quo exemplo Græci interpretes utuntur hic rectissime. An etiam is, qui legatum accepit, ut id alii restitueret ex causa fideicommissi, postea possit suo nomine agere de inofficioso, quasi scilicet, quod accepit legatum, id administraverit alii? quo exemplo hoc loco Accursius utitur, de hoc videndum est: et illud in primis constituendum, exhæredatum, qui petenti legatario legatum, advocatus adfuit, vel procurator in ea lite, non posse postea suo nomine agere de inofficioso testamento, quia videtur agnovisse judicium defuncti, cum id in judicio ex testamento defenderit, aut ex testamento agentem, *l. ult. in princ. eod.* et nihil obstat *l. inter, de rei vindic.* Nam recte Accursius in *d. leg. ult.* hic sciens inofficiosum esse testamentum, legatario adfuit advo-

catus: hoc *lex ult.* non dicit, sed intelligitur satis, quia cernebat alium esse hæredem a quo legata petebantur. Sed in *leg. inter*, id palam exprimitur: ignorans rem suam esse, cum eam vindicanti advocatus adfuit: an ideo amittit suum dominium seu actionem? Minime. Differentia est evidens; igitur sic dicamus: tutor, qui pupillo petenti legatum adest, sibi non præjudicat, hoc est, non amittit querelam, quia adfuit legatario invitus ex necessitate officii. Tutoris officium est necessarium et munus publicum: advocati officium est voluntarium et procuratoris: nemo invitus advocationem suscipit. Igitur cum volens ultro accessit ad legati petitionem, testamentum comprobasse videtur, et ideo jam postea non potest queri de inofficioso. Præterea excluditur etiam a querela is, qui jure hæreditario legatum petiit ex testamento patris vel matris, in quo est exhæredatus, ut puta, qui legatario hæres extitit, hic etiam excluditur a querela, *d. l. ult.* §. *ult.* Idemque est, si legatum, quod legatarius accepit ex testamento, in quo exhæredatus sit, quod quasi inofficiosum accusare possum, si id mihi legatarius legaverit, et ego id agnovero, jam non potero accusare testamentum ut inofficiosum, *l. pen.* §. *ult. inf. hoc tit.* Aliud tamen est, quod proponitur etiam in *d. l. penult.* si verbi gratia, a Titio hærede scripto testamento patris, in quo exhæredatus sum, et ideo possum queri de eo, hæres institutus fuero, et hæreditatem ejus, in qua erant bona paterna, adiero, maxime si ex ea aditione bona paterna non possideam, sed reliqua bona Titii, ut ait *d. l. penult.* si bona paterna jure suo, hoc est, quasi hæres patris ab intestato possideam, ego in hac specie non potui adire hæreditatem Titii, quin adirem etiam bona paterna ob indivisam aditionis causam; nam aditio non potest scindi. Nec vero fuit causa, cur omittere debere hæreditatem Titii, cum non tota constaret ex bonis paternis: legatum quod omne erat ex bonis patris, debui omittere, si de testamento queri decreveram. Igitur quia coactus adivi bona paterna, ut et reliqua bona Titii haberem, et ea bona paterna non possideo, vel proprio jure possideo, merito non repellor a querela: quia vero legatum mea sponte agnovi, repellor, sive id possideam, sive non. Hæc est evidens differentia inter hæreditatem et legatum. Consequenter vero a querela etiam excluditur is, qui hæreditatem paternam ab instituto emit; hic etiam videtur probare testamentum, vel qui emit res singulas, quas scit esse paternas, vel etiam, qui prædia paterna conduxit ab hærede, vel permutatione accepit: hic etiam quasi approbato testamento paterno excluditur a querela, *l.* 23. §. 1. *hoc tit.* Item a querela excluditur non tantum qui sibi, sed etiam qui filio aut servo relictum legatum accepit, *l.* 12. *hoc t. in princ.* Et multo magis, si servum hæredem institutum testamento patris, in quo ipse est exhæredatus, jusserit adire, atque ita acquisierit hæreditatem, excludetur a querela. Imo vero is etiam excludetur a querela, ostenditur in *l.* 12. §. 1. cujus servus fuerit institutus a patre vel matre, si cum non respueret portionem hæreditatis adscriptam servo, eum servum non jusserit adire, sed manumiserit, ut suo arbitrio adiret, fraudulento consilio, puta, cum servus esset institutus ex parte, adjecto hærede extraneo, ut postea agens querela inofficiosi totam hæreditatem evinceret, quod utique fieret, si jure ageret; sed non jure agit, cum non appareat, eum initio partem relictam servo respuisse, imo probasse institutionem servi sui, hic etiam repelletur a querela. Itaque varii sunt modi, quibus exhæredati videntur agnoscere judicium defuncti, et ideo excluduntur a querela inofficiosi, Nunc ita colligo, si filius exhæredatus excluditur a querela, qui non directo, sed per alium, veluti hæreditate, legato, emptione, permutatione, conductione aliquid ex bonis paternis consecutus est, vel etiam per filium aut servum: si excluditur qui legatario ex testamento agenti procurator aut advocatus adfuit, cur etiam non excludetur a querela, qui directo sibi legatum relictum petiit, licet id alii restituere rogatus sit ex fideicommisso? Hoc argumentum videtur in dubium vocari. Exemplum traditum supra ab Accursio, non est rejiciendum, cum probetur contextu βασιλικῶν, sed ostendenda ratio differentiæ, quæ obscura est: in dicto loco βασιλικῶν, εἰ μὴ ἐπὶ τῷ ἀποκαταστῆσαι τὸ ληγάτον ἔλαβεν, nisi ut alii restituere legatum accepit. Primum enim hic exhæredatus, qui legatum accepit, ut restitueret alteri, nihil ex bonis paternis consequitur: et recte in *l.* 51. *de regul. jur. Non videtur quisquam cepisse, quod necesse habet alii restituere*, quæ lex optime refertur ad bonorum possessionem contra tabulas, in qua idem est, quod in querela, ut præteritus, qui accepit legatum sibi relictum, ut id alii restitueret, non repellatur a bonorum possessione contra tabulas, quia nihil videtur sibi accepisse. Deinde fateor, eum petendo legatum sibi relictum comprobare judicium defuncti, sicut et qui alii petenti adest et patrocinatur: sed cum hic legatarius legatum sibi relictum, quod petit, statim restituere alteri necesse habeat ex judicio defuncti, est aliquid, quod imputatur defuncto, cum nihil honoris vel commodi apud eum manere voluerit, et ideo merito non repellitur a querela inofficiosi, cum sit aliquid semper, quod imputet defuncto. Sic etiam qui petiit legatum sibi testamento relictum; probat testamentum, sed si submoveatur a petitione legati, quod legatum sit ademptum codicillis, non repelletur a querela, quoniam est aliquid, quod

imputet testatori, quod ademit, quod dedit, *l.* 12. §. *pen. hoc t.* At qui adstitit legatario advocatus, et defendit testamentum, nihil consequitur: et sane probavit testamentum, nec tamen aliquid restat, quod imputetur testatori: ex ea causa itaque non habet. Additur etiam in §. *ult. l.* 12. filium emancipatum et exhæredatum non excludi a querela, si cum Titio erat debitor patris, hoc est, si ipse et Titius patri erant duo rei debendi, et quidem socii (sic enim ponendum) et legata fuerit liberatio Titio testamento patris, non filio. Hoc casu Titius, quia socius est filii, ex legato liberationis non liberabitur pacto, quoniam maneret obligatus socius, atque ita etiam ipse per consequentiam: nam socio convento ipse conveniri videretur. Itaque, quia socii sunt, liberabitur acceptilatione, et tunc per consequentiam liberabitur etiam filius. Itaque videbitur liberatus filius ex testamento patris, et tamen non repelletur a querela: quod videtur pugnare cum *l.* 3. (alias est 4.) §. *consequenter, de liber. leg.* ubi in eadem specie socius ejus, cui legata est liberatio, et conreus dicitur esse legatarius; hic ergo filius est legatarius, licet nihil sit ei relictum nominatim, sed Titio tantum. Cum ergo sit legatarius, et legato fruatur, videtur excludendus. Respondetur. Filius quidem est legatarius, at ipse non agnovit legatum: quod sim legatarius non repellor, sed quod agnoscam legatum: at ipse non agnovit, sed legati commodum ad eum rediit sine agnitione, hoc est, ipso jure et necessitate, non electione aut facto suo.

Ad L. XI.

Etiamsi querela inofficiosi testamenti obtinuerit, non ideo tamen donationes, quas vivus ei perfecisse proponitur infirmari. Neque in dotem datorum partem vindicari posse respondi.

Frater exhæredatus egit querela inofficiosi adversus sororem et fratrem emancipatum hæredes institutos, et obtinuit: partem testamenti rescindit, partem hæreditatis vindicat, reliquas partes reliquit sorori et fratri: an vindicat etiam partem rerum donatarum filio emancipato a patre inter vivos: an vindicat partem rerum in dotem datarum filiæ? Minime; querela rescindit testamentum in totum, vel pro parte: donationem inter vivos non rescindit: in dotem dationem non rescindit, sed est propria quædam querela inofficiosæ donationis, et inofficiosæ dotis, si sit immensa, de quibus agitur in *C. de inoff. donat. et inoff. dot.* At querela inofficiosi non complectitur querelam inofficiosæ dotis, et inofficiosæ donationis. Igitur hac actione de inofficioso testamento consequimur tantum partem hæreditatis, non dotis, aut donationis.

Lex XII. exposita sup. in l. 10.

Ad L. XIII.

Titia filiam hæredem instituit: filio legatum dedit; eodem testamento ita cavit: Ea omnia, quæ supra dari fieri jussi: ea dari fieri volo ab omni hærede, bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestato, item quæ dari jussero, ea uti dentur, fiantque, fidei ejus committo. *Quæsitum est, si soror centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprascripto debeantur? (Respondi) Si hoc quæratur, an jure eorum, quos quis sibi ab intestato hæredes, bonorumve possessores successuros credat, fideicommittere possit? Respondi posse. Paulus notat. probat autem, nec fideicommissa ab intestato data deberi, quasi a demente.*

Querela inofficiosi testamenti omnia rescindit, quæ in testamento scripta sunt: an etiam fideicommissa ab intestato relicta, ut si testator testamento relicta voluerit etiam ab intestato præstari, si forte destitueretur testamentum, vel si rescinderetur, vel si injustum pronuntiaretur? Constat fideicommissa posse relinqui ab intestato, hoc est, a legitimis hæredibus, vel a bonorum possessoribus, *l. si Titio pecunia* §. *ult. de leg.* 1. Constat etiam adjecta hac clausula, ut testamento relicta debeantur etiam ab intestato, si vincant legitimi testamentarios, fideicommissa et legata jure fideicommissi deberi ab intestato, deficiente testamento, *l. ex testamento, C. de fideicomm.* puta, si testamentum destituatur si scripti repudient, vel si testamentum injustum pronuntietur, non si inofficiosum, quia is, cujus testamentum inofficiosum pronuntiatur, creditur quasi furiosus non habuisse testamenti factionem, *l.* 17. §. *ult. hoc t.* Fideicommissa autem ab intestato non potest relinquere, nisi testamentum facere potuerit. *l.* 2. *de legat.* 1. Itaque si testamentum inofficiosum dicatur, et obtinuerit actor, rescinduntur omnia, etiam quæ ab intestato relicta sunt, quia testator pro furioso habetur; furiosus enim, si quid reliquerit ab intestato, non valet, *l. nec fideicom. de leg.* 3. *et l.* 13. *hoc t.* Cujus species est: mater filium hæredem instituit (sic legendum, non *filium*) et filiam exhæredavit, et ei filiæ legatum dedit (sic etiam legendum hoc loco, *filiæ*, sunt permutata verba) et rogavit hæredem legitimum, ut testamento relicta ab intestato præstaret: filia exhæredata egit querela inofficiosi et obtinuit contra fratrem: pro parte rescinditur testamentum: filius est hæres ex

testamento pro parte, filia est hæres ab intestato pro altera parte, quæritur an pro ea parte filia præstare debeat fideicommissa ex illa clausula codicillari? Minime, quia defunctus pro ea parte intelligitur non habuisse testamenti factionem: igitur querela non tantum rescindit fideicommissa, quæ ab intestato relinquuntur, sed etiam quæ ex testamento relinquuntur. Hodie cetera omnia valent, præter institutionem, quæ sola non valet, sed rescinditur vel in totum, vel pro parte, *Nov.* 115.

Ad L. XIV.

Pater filium emancipavit et nepotem ex eo retinuit. Emancipatus suscepto postea filio duobus exhæredatis, patre præterito vita decessit. In quæstione de inofficiosi testamenti præcedenti causa filiorum, patris intentio adhuc pendet. Quod si contra filios judicetur, pater ad quærelam vocatur, et suam intentionem implere potest.

Duo præcipue ex hac leg. notanda sunt. Primum est, quærelam inofficiosi testamenti etiam parentibus præteritis dari, de testamento filiorum. Alterum est, in querela inofficiosi locum esse successioni: quod ad primum, id intelligitur de filiis emancipatis: nam filiifamil. non faciunt testamentum, quod possit impugnari querela inofficiosi, quia non testantur nisi de castrensi, vel quasi castrensi peculio, quæ testamenta non possunt impugnari, nisi ex Novella Justiniani. Igitur, si filius emancipatus patrem præterierit patri dabitur querela inofficiosi, quia hæc præteritio pro exhæredatione habetur: silentio filius exhæredat patrem. Itaque patri exhæredato datur querela, et ut ait Papin. in *l. seq.* licet patri non debeatur hæreditas filii, propterea quod ordo naturæ, et patris affectio, et patris votum, hoc est, ut filius supervivat et succedat patri. Et ideo cum pater et filius simul pereunt in eadem nave, suggerente ordine naturæ, fingimus filium supervixisse, *l. qui duos* §. *cum pater, et* §. *ult. de reb. dub.* Attamen hic ordo naturalis sæpe turbatur, cum scilicet præmoritur filius: atque ita eisdem verbis in monumento ejusdem Papiniani est scriptum, *turbato ordine in senio Papiniano parentes monumentum fecisse.* Horat. ait *satis male judicantib.* et alia quædam inscriptio vetus Italiæ, *præposteritatem naturæ vocat*; his fere verbis. INFELICISSIMUS PARENS AFFLICTUS PRÆPOSTERITATE NATURÆ FILIUM HOC TUMULO CONDIDIT QUEM IMPORTUNA MORS ADEMIT, PRÆCEPITQUE SENII BACULUM CUI JAM DEFESSA ÆTAS ADNITENS PER BREVES ANNOS SUOS ALLEVABAT, NUNC ANTE MORS ADSEQUITUR QUAM TRISTES LACRYMÆ DESERUERINT. Cum vero ita turbatur ordo naturæ, ratio pietatis et miserationis exigit, ut patri relinquatur quarta portionis legitimæ. Et ideo si non sit relicta, de inofficioso testamento actio patri competit. Competit etiam patri hoc casu bonorum possessio cont. tab. videlicet si in emancipatione manumissor extiterit, hoc est, si contraxerit fiduciam: nam pater dum emancipat filium, eum emancipat, hoc est vendit, et filius manumittitur ab emptore, et sic fit sui juris. Interdum etiam non ab emptore, sed a patre manumittitur, qui eum vendidit contracta fiducia, hoc est, ea lege, ut ad se filius venditus redeat, quo pacto reversum ad se filium pater manumittit: non est igitur idem filius emancipatus, et manumissus, quoniam potest esse mancipatus a patre, nec tamen manumissus, si emancipatus tantum sit a patre, non manumissus, patri non datur bon. poss. cont. tab. sed si etiam sit manumissus, patri præterito non tantum querela datur, sed etiam bon. poss. cont. tab. Hodie pater semper habetur pro manumissore, ex constitut. Justiniani semper videtur contracta fiducia manumisisse. Nunc sic dicamus: patri, qui filium emancipavit et manumisit, si prætereatur a filio, ut manumissori, hoc est, quasi patrono datur bon. poss. cont. tab. certæ partis. *l. si a milite*, §. *ult. inf. de milit. testam. l. filio*, §. 1. *hoc. t.* ut patri naturali datur querela, sive fuerit manumissor in emancipatione, sive non, ut hac *l.* ostenditur, *et l.* 1. §. *ult. inf. si a parent. quis manum.* in qua *l.* querela inofficiosi testamenti appellatur jus antiquum, ut recte Vigilius in *Instit.* §. 1. *de inoff. test.* exposuit, cujus singuli versus singula sunt testimonia. Jus patris est antiquius jure manumissoris: antiquior querela bon. poss. cont. tab. Itaque patri manumissori præterito, duplici jure defertur successio. Ex prima parte edicti, hoc est, *contr. tab.* Secunda ex parte, *unde legitimi*, si malit eam bon. poss. amplecti querelæ de inofficioso ordinandæ causa: unde commode exemplum apponi potest ex *l. quoties duplici*, *inf. de reg. jur.* Sumamus exemplum ex hac specie. Jus antiquum est querela, jus novum est bon. poss. contra tab. Hoc jus novum ante defertur, quam querela, quæ est petitio hæreditatis ab intestato. Nam bon. poss. cont. tab. est prima pars Edicti, sequentibus partib. Edicti defertur successio ab intestato: ideoque repudiata bon. poss. contra tab. novo jure, quod primum defertur patri manumissori, superest jus vetus, hoc est, querela et bon. poss. *unde legitimi* ordinandæ querelæ causa. Potest etiam commodissime ad eam legem apponi exemplum ex Senatusc. Tertull. et Orfitiano, quæ nova jura vocantur in *l. tutelas*, *sup. de cap. min.* Ex his Senatusc. matri et filio deferuntur hæreditates invicem quasi legitimis, cum tamen non sint

legitimi, et ideo eis datur bon. poss. unde legitimi *l.* 2. §. *ult. inf. unde legit.* Olim dabatur tantum eis bon. poss. *unde cognati*, cum non sint nisi cognati, hoc jus novum, si repudiaverint, hoc est si repudiarint bon. poss. *unde legitimi*, quæ ante defertur, supererit jus vetus, hoc est, bon poss. *unde cognati*, et sibi ipsi succedent, hoc est, repudiato uno capite successionis, succedent ex alio, *l.* 1. §. *sed videndum*, *de success. edic.* Male autem in *d. l.* 1. §. *ult. si a par. quis manum.* jus antiquum accipiunt pro bon. poss. *unde* 10. *personæ.* Nam hæc bon. possessio non dabatur facto testamento, qualis est species nostra, sed ab intestato: hæc bon. poss. dabatur patri, non manumissori, ut preferretur manumissor emptori, patri autem manumissori dabatur bon. poss. unde liberi, §. *sunt autem*, *Instit. de bon. poss. l.* 2. *Cod. ad Tertyll. l. si ad patrem*, *inf. de suis et legit.* Hodie bon. poss. *unde decem personæ* est sublata, quoniam pater semper habetur pro manumissore, et sic ei datur unde legitimi. Sic etiam facto testamento, indistincte ei datur bon. poss. contra tabulas, vel querela inofficiosi testamenti. Id ad primum caput. Quod attinet ad secundum, scilicet in querela successioni locum esse, hoc præcipue ponitur *hac l.* Finge: quidam emancipatus a patre, filios suos testamento exhæredavit, patrem preteriit: filii preferuntur in querela patris, itaque agentibus filiis exhæredatis, non aget pater præteritus, sed si filii non obtineant in querela inofficiosi, pater tum aget querela: atque ita in querela est successio, hoc est, primis gradibus succedunt sequentes, *l. pen. in princ. hoc t. et l. si non mortis*, §. *ult. inf.* Ad quem §. posuimus speciem in *l.* 6. *sup.* vel etiam filiis exhæredatis non obtinentibus, pater petet bonorum poss. cont. tab. Quid fiet, si pater prius in hac specie egerit querela inofficiosi quam filii, et obtinuerit, quia querela inofficiosi testatorem intestatum facit? patris victoria ei non proficiet, sed filiis, hoc est, vocabuntur filii ab intestato rescisso testamento *l.* 6. §. *si quis ex his, sup.* Aliud est, si prius petierit bon. poss. cont. tab. nam hæc non rescindit testamentum, et hæc pro parte tantum competit: itaque pro parte tantum minuit omnimodo testamentum. Querela in totum datur patri, ideoque cum pater prius petierit. bon. poss. cont. tab. hoc nihil proficit filiis, et ideo necesse est, ut filii agant querela, si voluerint ad jus suum pervenire, quasi agant et obtineant, illa bon. poss. ad irritum deducetur, hoc est sine re constituetur, *l. filio*, §. 1. *inf.* Et cogetur pater qui antevertit, filiis exhæredatis rem restituere cum fructibus. Agent filii querela in hac specie, et adversus hæredem scriptum, et adversus patrem, id est, avum paternum, qui petiit contra tab. quoniam partem habet scriptus hæres, partem avus. Et sic exhæredati filii agunt querela adversus patrem præteritum, qui petiit bon. poss. con. tab. *l. filium* §. *sed quemadmodum*, *de bon. poss. cont. tab.* Denique querela datur contra hæredem scriptum, contra substitutum, contra fideicommissarium universalem, et contra filium, vel patrem defuncti præteritum, qui rem habet jure bon. poss. cont. tab. Et sic datur etiam contra eos, qui justo titulo possident.

Ad L. XV.

Initium expositum est sup. et §. 1. expositus est in l. 8. sup.

Nam et si parentib. non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum et naturalem erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet.

§. 1. *Hæredi ejus, qui post litem de inofficioso præparatam mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querela, non enim sufficit litem instituere, si non in ea perseveres.*

§. 2. *Filius qui de inofficiosi actione adversus duos hæredes expertus diversas sententias judicium tulit, et unum vicit, ab altero superatus est: et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest: et corpora vindicare, et hæreditatem dividere. Verum enim est familiæ erciscundæ judicium competere, quia credimus eum legitimum hæredem pro parte esse factum, et ideo pars hæreditatis in testam. remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.*

Simul explicabimus *l.* 16. *in princip. et l.* 19. *et l.* 24. species §. *ult.* hæc est. Duo sunt hæredes scripti ex æquis partibus extraneus et filius, et alius filius exhæredatus, qui egit querela inofficiosi adversus extraneum et fratrem scriptum, extraneum vicit, a fratre victus est, et quidem jure: nam non auditur qui agit adversus fratrem, pro parte rescissum est testamentum, et frater, qui exhæredatum vicit, est pro parte hæres ex testamento, exhæredatus pro altera parte est hæres ab intestato, et potest convenire debitores hæreditarios pro ea parte, et vicissim ille convenietur a creditorib. hæreditariis, sed non a legatariis et fideicommissaris: nam legata nulla sunt pro ea parte, *l. cum duobus, C. eod.* licet libertates valeant in solidum et secundæ tabulæ, *l.* 8. §. *ult. sup. eod.* puto et tutelas valere, *l. si nemo, inf. de testam. tut.* Denique hic exhæredatus, qui egit et obtinuit pro parte, res singulas hæreditatis vindicabit pro

parte. Item habebit actionem familiæ erciscundæ cum fratre, atque ita actio famil. erciscundæ est inter hæredem legitimum et hæredem testamentarium. Nam in hac specie testator pro parte intestatus efficitur, pro parte testatus manet. Non potest quis pro parte testamentum facere, pro parte non, ut de quibusdam bonis testari, et de quibusdam non, nisi sit miles, *l.* 7. *de regul. jur.* Sed testamentum, quod fecit miles de omnibus bonis, potest pro parte rescindi, et in eam partem legitimus hæres vocari, et pro parte manere per querelam inofficiosi, non per bon. possessionem cont. tab. Nam hæc in totum datur liberis: patronis in partem: atque ita quæ datur liberis, totum testamentum rescindit jure prætorio, non jure civili: totum testamentum manet, nec rescinditur jure civili, vel potius jure civili injustum censetur totum: rescindi dicitur, nisi jure prætorio: atque ita bonorum possess. contra tabul. intestatum non facit jure civili. Quamobrem ii, qui petierunt contra tab. possunt conveniri querela. Igitur per querelam fit quis intestatus, ut in specie proposita. Et sic etiam cum frater fratrem præteriit, et duos extraneos scripsit, unum honestum, alterum turpem, per querelam rescinditur pro parte adversus turpem. Ita ponenda species ad *l.* 24. et ad *leg.* 25. §. *ult.* quam etiam exposui in *l.* 6. *sup.* Sic etiam cum frater agit querela adversus fratrem hæredem institutum ex asse, agit tantum pro parte, et ideo patrem vel matrem pro parte tantum intestatum facit: quæ est species *l.* 16.

Ad L. XVI.

Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit et obtinuit, filia quæ non egit, aut non obtinuit, in hæreditate legitima fratri non concurrit.

§. 1. ***Contra tabulas filii possessionem jure manumissionis pater accepit, et bonorum possessionem adeptus est: postea filia defuncti, quam ipse exhæredaverat, quæstionem inofficiosi testamenti recte pertulit. Possessio quam pater accepit ad irritum recidit: nam priore judicio de jure patris, non de jure testamenti quæsitum est. Et ideo universam hæreditatem filiæ cum fructibus restitui necesse est.***

Finge: mater habet tres filios, primum, secundum, et tertium: primum et secundum præteriit, tertium instituit ex asse: primo et secundo competit querela inofficiosi: si primus agat querela, aget pro triente tantum: quia secundus ei partem facit, licet nondum agat: sed si secundus omittat querelam repudiandi animo, vel etiamsi vincatur, ut si excludatur præscriptione quinquennii, primus autem ea non excludatur, quod scilicet abfuerit Reip. causa, nam et querela post quinquennium datur ex magna causa, *l.* 8. §. *ult. sup.* Primus habet justam causam agendi: ideo secundus excluditur post quinquennium, vel excluditur hac præscriptione, quod judicium defuncti accipiendo legatum agnovit: primus aget pro semisse, et secundus habetur pro mortuo, *l.* 17. *inf.* Vel etiam si primus primum egerit pro triente, cum nondum esset exclusus secundus, si postea secundus excludatur vel repudietur querela, tantum abest ut primus secundo repudianti, vel excluso communicet trientem, quem abstulit, ut potius, secundi pars adcrescat primo pro rata. Nam adcrescat utrique portio secundi; primo exhæredato, et tertio scripto. Atque ita singuli habebunt semissem, ac si secundus in rebus humanis non fuisset, *l.* 16. *hoc t. l. si ponas, inf. eod.* Rursus finge, et hæc erit species *l.* 19. Mater hæredem extraneum scripsit ex dodrante, filium vel filiam ex quadrante, aliam filiam præteriit: filia præterita agit querela adversus extraneum et sororem hæredes institutos. Non debuit quidem admitti adversus sororem, sed ponamus egisse illam adversus sororem, et obtinuisse per obreptionem vel gratiam judicis, et ita fuisse pronuntiatum, ut Plinii 5. *Epist. Videri matrem justas causas irascendi filiæ non habuisse.* Quæritur an hæc filia præterita vindicabit solidam hæreditatem, quasi in totum rescisso testamento, cum et adversus sororem obtinuerit? quod tentari potest hoc argumento. Filia præterita id debet vindicare ex hæreditate materna, quod matre intestata habitura esset: at habitura esset assem, si altera soror repudiasset hæreditatem ab intestato: sicut in hac specie soror instituta agnito testamento, videtur repudiasse hæreditatem legitimam ab intestato: igitur filia debet vindicare assem, et totum testamentum rescindere. Sed negandum est agnito testamento a sorore hærede scripta, omissam videri successionem ab intestato. Nam qui adiit ex testamento, quod putat valere, hoc est, rescissum non iri, non videtur eam hæreditatem repudiare ab intestato, cum nesciat hæreditatem sibi deferri ab intestato, *l. legitimam, inf. tit. seq.* Quinimo ut ait *l.* 19. *Et ii, qui jus suum sciunt.* Sic enim legendum, ut Florent. et Græci, οἱ γινώσκοντες τὸ ἴδιον δίκαιον. Quidem male habent, *nesciunt.* Hi, inquam, qui jus suum sciunt, id non amittunt, licet aliud jus eligant, quod putant falso sibi competere, ut patronus, qui scit sibi competere bonor. possess. contr. tabul. liberti, si putans sibi relictum legatum testamento liberti id agnoverit, vel etiam si putans falso sibi adscriptam portionem quandam hæreditatis, eam adierit, nihil sibi præjudicat, hoc est, non ideo amit-

tit bonorum possess. contra tabulas, licet sciens eam habere, aliud jus elegerit ex testamento, *l. Paulus* 1. *inf. de bon. libert.* Cui Accurs. dum opponit *l.* 3. *in princ. si quis in fraud. patr.* male respondet in ea *l.* patronum jus ignorasse, quod quidam codices habent, *an succuri debeat patrono jus ignoranti*, sed castigatiores ut Florent. habent, *an succuri debeat ejus ignorantiæ.* Fuit autem ignorantia facti non juris, quia ignorabat libertum quædam alienasse in fraudem sui. Respondere debuit Accursius *d. l.* 3. Ibi patronus falso non putabat se hæredem scriptum, sed vere fuit scriptus ex debita parte, et adiit, dum ignoraret libertum quædam alienasse in fraudem. Hæc ignorantia non restituet patrono bonorum possessionem contra tab. quia adiit vere sibi hæreditatem relictam ex testamento, hæc est ratio *leg.* 3. Ergo in hac specie, etiamsi dixeris a filia præterita in totum testamentum rescindi, tamen solidam hæreditatem ab intestato non habebit, sed semissem tantum: in alium semissem veniet soror hæres instituta, jure legitimo; jure intestati, sicut præterita: quoniam rescisso testamento in totum, institutæ, licet adierit, salvum est jus adeundi ab intestato, quoniam elegit jus testamenti, putans rescissum non iri, ignorans vere ab intestato ei hæreditatem delatam iri, rescisso testamento in totum. Notandum non idem esse omnino in bon. possessione cont. tab. quæ datur filio præterito testamento patris. Nam si, exempli gratia, testamanto patris filius sit hæres institutus ex uncia, et extraneus ex deunce, et si alius filius præteritus commisso edicto, hoc est, commissa prima parte edicti contra tabul. per præteritum, licet non tantum præterito, sed et filio hæredi instituto petere bonorum possess. cont. tabul. qua petita ab utroque singuli filii habebunt semissem, *l.* 8. §. *pen. et ult. de bon. possess. cont. tab.* At si filius institutus ex uncia, prius adierit hæreditatem, vel petierit bon. poss. secundum tab. vel miscuerit se, et deinde præteritus petat bon. poss. cont. tab. quam etiam eo casu institutus non potest petere, cum jam ex testamento adierit, tunc filium hæredem institutum Prætor non tuebitur, nisi ex uncia ex qua institutus est: deunx pertinebit ad præteritum, *l. si duobus* §. 1. *de bon. poss. cont. tab.* Ratio est, quia filius hæreditatem adiit sciens testam. non valere, et fratrem esse præteritum: hoc si nesciat, ignorantia juris est, quæ non excusat, quæ non toleratur. Aliud accidit in specie proposita de querela: nam soror instituta egit ignorans in ea causa esse testamentum, ut rescindatur in totum. Quinimo existimare debuit, nunquam fore ut rescindatur in totum: nam rescissum est per obreptionem, h. e. inique. Si speciem ponamus ex diverso, si filius sit a patre vel matre institutus ex dodrante, extraneus ex quadrante, et alter, filius præteritus, sive filius præteritus a matre agat querela, et in totum rescindat testam. sive præteritus a patre petat bonor. poss. cont. tab. et sive hæres institutus adierit, vel secundum tabulas petierit, sive non, ex dodrante non est habiturus nisi semissem. Et hoc casu nulla est differentia inter querelam et bon. poss. cont. tab. *d. l. si duobus, et l. filium* §. *videamus, vers. et hæc, de bon. poss. cont. tab.* Verius tamen est in proposita specie pro parte rescindi debere tastementum, non in totum, et non audiendam esse sororem, quæ agit adversus sororem institutam ex quadrante. Itaque adversus extraneum institutum ex dodrante est actio inofficiosi, qua per eam filia præterita vindicat semissem. Quadrans qui restat, pertinebit ad sororem institutam, ut recte Basilic. notant optima ratione, quia institutio extranei in totum rescinditur, ne præterita plus habeat, quam si mater decessisset sine testamento: ex institutione extranei præterita non feret, nisi semissem, quadrans pertinebit ad institutum jure legitimo, h. e. intestati, atque ita præterita habebit semissem ab intestato, instituta quadrantem ex testam. et quadrantem ab intestato. Atque ita querela non tantum facit, ut unus veniat ab intestato, alter ex testamento, sed etiam ut unus idemque veniat partim ab intestato, partim ex testamento.

Ad L. XX. et XXI.

L. XX. Qui de inofficioso vult dicere, licet negetur filius, Carbonianam bonorum possessionem non debet accipere. Toties enim ea indulgenda est, quoties, si vere filius esset, hæres esset, aut bonorum possessor: ut interim et possideat et alatur, et actionib. præjudicium non patiatur. Qui vero de inofficioso dicit, nec actiones movere debet, nec aliam ullam quam hæreditatis petitionem exercere, nec alii, ne unquam melioris sit conditionis, quam si confiteatur adversarius.

L. XXI. Eum qui inofficiosi testamenti querelam instituit, et fraude hæredis scripti, quasi tertiam partem hæreditatis tacite rogatus esset ei restituere, reliquit: eam actionem, non videri deseruisse querelam: et ideo non prohiberi eum repetere inchoatam actionem.

§. 1. *Item quæsitum est an hæres audiendus est, ante de inofficiosi querelam actam, desiderans restitui sibi ea quæ solvit. Respondit ei qui sciens indebitum fideicommissum solvit, nullam repetitionem ex ea causa competere.*

§. 2. *Idem respondit, evicta hæreditate per inofficiosi querelam ab eo, qui hæres institutus esset, perinde omnia observari oportere, ac si hæredi-*

tas adita non fuisset , et ideo et petitionem integram debiti hæredi instituto , adversus eum , qui superavit , competere , et compensationem debiti.

Questio *l.* 20. hæc est , an exhæredato detur bonor. poss. Carbon. et cui detur ea. Itaque totus tractatus hujus l. erit de bonorum possess. Carbon. de qua id in primis statuendum est. Primum , quod si puberi perenti bon. poss. cont. tab. vel. bon. poss. unde liberi , fiat controversia status , ut si negetur esse filius , et dicatur esse servus , et fiat ei controversia bonorum paternorum , gratia successionis filii , prius agenda est causa status , quæ præjudicialis est, quam ei cum re detur bon. poss. cont. tabul. vel unde liberi , quam petit ut filius , nec ei, nisi sit filius , dari debet cum re : igitur prius sciri oportet an sit filius , quam cum re detur. Dabitur quidem bon. poss. sed erit sine re , antequam constet de statu ex edicto de plano : hæc de pubere. Sed si impubes sit , qui petit bon. poss. cont. tab. vel unde liberi , et fiat ei controversia status , ut si negetur esse filius , ac simul fiat ei controversia bonorum paternorum , quæstio status non statim agitur , sed differtur in tempus pubertatis , causa cognita , et interim ei datur bon. poss. *decretalis* , non *edictalis* , non de plano , sed pro tribunali , non ordinaria, sed extraordinaria , quæ dicitur Carboniana a Carbone Prætore , qui primus dicitur eam introduxisse quæ finitur pubertate : jus quidem tribuit , sed non perpetuum , post pubertatem incipit quæstio status , *l.* 1. *de Carbon. edic.* Dixi impuberi. Carbonianam bon. poss. dari , si simul ei fiat quæst. bonorum paternorum et status. Nam si fiat ei quæstio status tantum , ut si dicatur servus , si negetur filius defuncti , ea quæstio etiam non differtur in tempus pubertatis ex edicto Carboniano , *l. de bonis* , §. *ita demum* , *de Carbon. edic. l. ei qui de statu* , *infr. de tut. et cur. datis* , lex ait , ei , qui de statu suo litigat , tutorem dari: ergo impubes litigat de statu suo , et quæst. status non differtur in tempus pubertatis , cum sola scilicet movetur sine successionis controversia : neque enim tunc differtur quæstio status ex Carboniano , sed tamen ex constitut. quandoque sola quæstio status differtur in tempus pubertatis , causa cognita , *l.* 3. §. *quamvis de Carbon. edic.* Hujus bonor. possess. Carbonianæ triplex est effectus. Primus ut qui eam agnoverit solus possideat , nisi et adversarius sit ex liberis : nam tunc possidebit cum adversario. Secundus , ut alatur interim : Tertius , ut exerceat interim actiones hæreditarias tempore perituras : et h. e. quod ait *l.* 20. *ut interim actio, etc.* ut scilicet agere ei liceat hæreditario jure , hoc est , ne dum differtur actio , pereat. Nam tempora actionis atque etiam bon. poss. currunt etiam adversus pupillum (licet aliud sit ex constit. quadam Justin.) sed hoc ita procedit , si qui accepit Carbonianam , satisdet adversario se restituturum si vincatur: nam si non satisdet , solus non possidet , sed cum adversario , et interim non alitur, nisi ex causa magna et justa , et interim non exercet actiones hæreditarias ; de hoc passim agetur in tit. de Carbon. edicto. Rursus Carboniana hæc habet tria effecta , si mulier prægnans ea observaverit , quæ comprehensa sunt in edicto de ventre inspiciendo : nam illud edictum derogat Carboniano, quia si mulier prægnans mortuo marito denuntiarit cognatis se esse prægnantem , et custodes petierit sibi apponi , deinde nato dabitur Carboniana cum re , cum illis effectibus; verum si non petierit custodes, nato non dabitur Carboniana cum re , *l.* 2. *C. de Carbon. edic. l. edictum , de ventr. inspic.* Carboniana igitur bon. poss. est cum re , si satisdederit , sed finitur tempore , h. e. pubertate. Qui accipere potest Carbonianam , potest etiam accipere ordinariam bon. poss. sed illam sine re : ut rem habeat cum re , interim opus est decreto , h. e. Carboniano, et si petierit simul ordinariam, sicuti potest , *l.* 2. §. *ult. et l.* 4. *inf. de Carbon. edic.* ordinaria in hoc tantum ei proficit , ut post pubertatem finita Carboniana , si obtinuerit in causa status, perpetuo rem habuisse intelligatur, perpetuas actiones habuisse intelligatur: si non obtinuerit, inanis est. ordinaria : atque ita rem tantum habebit intra pubertatem vi Carbonianæ. In hoc etiam proficit ordinaria, ut post pubertatem finita Carbon. non possit hæres scriptus petere bon possess. secundum tabulas, quia filius jam agnovit bon. poss. cont. tab. ordinariam, quæ est prima in edicto, vel etiam si filii adversarius sit legitimus hæres defuncti, ut post pubertatem finita Carboniana, non possit petere statim bonor. possess. unde legitimi, quoniam filius amisit quidem Carbon. sed habet adhuc ordinariam bonor possession. unde liberi, quam simul agnovit. Ideoque obstat legitimo venienti ex parte unde legitimi *l. si impubes*, §. *ult. et l. scriptus, de Carbon. edic. l.* 1. §. *sed et si*, *inf. si tab. test. nul. extab. l.* 2. §. *sed si quis decessisse, inf. ad SC. Tertull.* Igitur ordinaria ad aliquid proficit : extraordinaria, h. e. Carboniana in totum proficiet, sed non nisi usque ad pubertatem. Dixi Carbonianam dari filio impuberi petenti bon. poss. contr. tabul. vel unde liberi atque ideo datur præterito, vel venienti ab intestato. Quæritur an detur Carboniana instituto? an etiam detur exhæredato ? Primum instituto non datur bonor. poss. Carbon. h. e. petenti bon. poss. secundum tab. sed ipsa poss. secund. tab. ordinaria ei dabitur statim cum re etiamsi negetur esse, filius. Nam etiamsi non sit filius institutio omnino valet. Ubi est bon. poss. ordinaria, cum re frustra

petitur extraordinaria. Sed si filius, sit omnino institutus quasi filius, vel quasi posthumus, non aliter (et apparet id maxime, quod non aliter testator fuis-et scripturus, nisi filium vel posthumum ei fuisse putaret) et negetur esse filius vel posthumus non dabitur bon. poss. ordinaria cum re; sed si sit impubes, dabitur Carboniana usque ad tempus, sed interdum instituto datur bon. poss. Carb. secundum tab. *l.* 1. §. *Pomponius, et* §. *pen. l.* 3. *in princip. l. cum sine, inf. de Carbon. edic.* Bonor. poss. Carboniana non est propria quædam bonorum possessio, sed est, τῶν πρός τι, veluti Carboniana cont. tab. Carbon. unde liberi, Carboniana unde legitimi, unde cognati, *l. de bonis*, §. 1. *de Carbon. edic.* Et interdum est Carboniana secund. tab. et sic dicere debemus in actione de peculio, eam non esse propriam actionem, sed τῶν πρός τι, ut actio de peculio mandati, actio de peculio commodati, actio de peculio depositi. Igitur bonorum possess. Carbon. est τῶν πρός τι decretalis et temporaria. An datur etiam exhæredato Carboniana, h. e. acturo de inofficioso testamento, qui negatur esse filius? Ostenditur in hac l. ei non dari Carbonianam, quoniam etiamsi adversarius fateatur esse filium. constat eum interim alii non debere, ante rescissam exhæredationem, ante finitam querelam inofficiosi, constat eum interim nihil possidere, etiam eum non exercere act. hæreditarias, et tantum habere petitionem hæreditatis de inofficioso, hoc est, executionem querelæ, qua quæretur, non, an sit filius, sed an merito sit exhæredatus, de jure testamenti, an sit inofficiosum, non de jure filii, *l. si impubes*, §. 1. *de Carbon. edic.* Igitur, etiamsi adversarius fateatur exhæredatum esse filium, pendente querela, ex hæreditate nihil habet: igitur cum adversarius eum negat esse filium, interim etiam non debet alii, aut possidere nec act. hæreditariis experiri. Denique non debet habere Carbonianam possess. nam illa sunt effecta Carbonianæ bonorum possessionis: cum illa denegantur, denegatur et Carboniana. Quid igitur fiet? debet quæstio status, quæ fit exhæredato causa cognita differri in tempus pubertatis, cum sit impubes, nec ante quæst. finitam debet agere de inofficioso, quæ non datur, nisi ei qui successurus est ab intestato, vel etiamsi statim velit agere de inofficioso testam. et petere hæreditatem ex causa inofficiosi, si statim ejus litis ordinandæ gratia velit agnoscere bon. poss. ordinariam unde liberi, quæstio status non differetur, quinimo eodem judicio peragetur, et exequetur prius, cum præjudicium sit, et interim, h. e. antequam utraque quæstio finita sit, nempe de jure filii et testamenti, id est, de statu et testamento, illa bon. poss. erit sine re. Carboniana nunquam est sine re, licet perpetuo rem non tribuit, *l.* 3. §. *missum*, *inf. de Carbon. l.* 1. *C. de ord. jud. l. liber*, *C. de petit. hæred.* Igitur exhæredato acturo querela inofficiosi non datur Carboniana, ordinaria datur, sed sine re, querelæ preparandæ causa. At exhæredato datur interdum contra tab. vel unde liberi, et tunc exhæredato impuberi petenti non contra tabulas, sed unde liberi, datur Carboniana, quæ nunquam datur vice querelæ sed vice bonorum possessionis contra tabul. vel unde liberi: exhæredato datur bonor. possess. cont. tab. si neget se rite, id est solemniter exhæredatum. Rite exhæredatus habet querelam tantum: exhæredato datur unde liberi, si neget testamentum legitime factum, ut si dicat deesse 7. testes, *l. si impubes*, §. *interdum*, *inf. de Carbon. edic.* Et hoc jure venienti ab intestato exhæredato impuberi datur Carboniana, non venienti per querelam inofficiosi. Postremum est ex *l.* 21. eum, qui litem de inofficioso dereliquit, postea non audiri, *l.* 8. §. *si quis post. sup.* nisi fraude hæredis scripti litem inofficiosi testamenti inchoatam deseruerit, ut si hæres scriptus exhæredato persuadeat, se rogatum tacite, ut restituat tertiam partem hæreditatis; et hoc putans verum esse, exhæredatus litem reliquerit de inofficioso, et maluerit fideicommissum eligere, quam evicta hæreditate omni, omnia onera hæreditaria subire: nam hac fraude cognita, poterit postea redire ad querelam inofficiosi, et sicut in patrono dictum est, patronum, qui sciens se habere jus petendæ bon. poss. contra tabul. maluit agnoscere legatum, quod falso putabat sibi relictum testamento liberti, eum non videri repudiasse bon. poss. contra tab. licet, electo legato, eam quodammodo reliquerit. Ita etiam exhæredato, qui scit se habere querelam, et eam instituit, si malit fideicommissum accipere, quod falso persuasus sibi relictum existimat, non videtur deseruisse querelam: itaque ad eam reverti potest. Pone igitur: filius exhæredatus accepit quasi in fideicommissum tertiam partem hæreditatis, quod scriptus hæres persuasit, testatorem ei reliquisse, cum non reliquerit; atque ita litem de inofficioso dereliquit, soluto fideicommisso, modo eam litem repetit, quid fiet? An hæres scriptus, qui solvit fideicommissum exhæredato, quod non fuerat relictum, quasi indebitum condicet? Minime, quia sciens solvit, excludendæ querelæ causa, ut sibi relicta bona servaret: item peracta querela non condicet fideicommissum, quod solvit si obtinet filius (quemadmodum obtinendo evincit totam hæreditatem) sive non obtinuerit superiore ratione. Quia scriptus sciens indebitum solvit: scienti non datur condictio indebiti, sed erranti in facto; item victo hærede scripto per querelam inofficiosi, actiones confusæ aditione, quas habuit cum testatore, ei restituuntur, et ut ab

exhæredato, qui obtinuit in querela, exigat, quod defunctus ei debuit: vel etiam compensabit, si ultro citroque fuerint debitæ, *l.* 21. *hic* et in *l.* 22. *C. eod. t.*

Ad L. XXII.

Filius non impeditur quo minus inofficiosum testamentum matris accusaret, si pater ejus legatum ex testamento matris accipiet, vel adisset hæreditatem, quanquam in ejus esset potestate. Nec prohiberi patrem dixi, jure filii accusare. Nam indignatio est filii.

§. 1. *Et quærebatur, si non obtinuisset in accusando, an quod patri datum est, publicaretur? quoniam alii commodum victoriæ parat. Et in hac causa nihil ex officio patris, sed totum de meritis filii agitur. Et inclinandum est, non perdere patrem sibi datum, si secundum testamentum pronuntiatum fuisset.*

§. 2. *Multo magis si mihi legatum testator dedit, cujus de inofficioso testamento filius agens decessit, me hærede relicto, egoque hæreditariam causam peregi, et victus sum, id quod mihi eo testamento relictum est, non perdam, ut qui si jam defunctus agere cœperat.*

§. 3. *Item, si adrogavi eum qui instituerat litem de inofficioso testamento ejus, qui mihi legatum dedit, litemque peregero nomine filii, nec obtinuero, perdere me legatum non oportet: quia non sum indignus ut auferatur mihi a fisco id: quod derelictum est, cum non proprio nomine, sed jure cujusdam successionis egi.*

In hoc tit. duo principia occurrunt sæpe. Primum est, eum, qui legatum agnovit ex testamento, vel qui hæreditatem adiit, vel qui alio quovis modo probavit judicium defuncti, non posse agere querela inofficiosi, *l.* 10. *sup. hoc tit.* Finge; pater ex testamento uxoris, in quo uxor communem filium præteriit, legatum agnovit vel hæreditatem; an deinde potest filiifam. præteriti nomine agere de inofficioso testamento uxoris? Sic videtur quia agendo filiifam. nomine, non suam, sed filii injuriam persequitur, quam et sine voluntate filii persequi non potest, *l.* 8. *in princ. sup.* Licet alias vulgo in exercendis actionibus per filium patri quæsitis, non exigatur filii voluntas. Nam regulariter quæsitas actiones exercet pater etiam invito filio, non querelam. Et quidem pater nomine filiifamil. quasi coactus de inofficioso testamento matris, monente et urgente officio pietatis, sive τῇ φύσει ut Græci ajunt in *l.* 10. Et ita etiam tutor, qui sibi relictum legatum accepit, non prohiberi agere de inofficioso testamento nomine pupilli, ex quo tamen lucrum jam cepit: quinimo cogitur agere, id exigente officio tutoris. Potest etiam in specie proposita filiusfam. in testamento matris præteritus agere suo nomine, licet pater in cujus est potestate, ex eo testamento legatum acceperit, et licet regulariter filiifamil. suo nomine actionem non habeant, *l. filiifam. de obl. et act.* Sed hæc inofficiosi actio est communis patris et filii, sicut actio de dote. Et ideo nec pater ea utitur sine voluntate filii aut filiæ, vel cautione de rato; nec filius ea utitur sine voluntate patris, aut cautione de rato. Alterum principium hoc est, eum, qui non obtinuit in querela inofficiosi, qui temere accusavit testamentum quasi inofficiosum, repelli a legato ei relicto, et legatum fisco vindicari, quod tractavimus in *l.* 8. §. *meminisse.* Hoc ita procedit, si suo nomine egerit de inofficioso, et non obtinuerit, amisit hæreditatem, amittet et legatum testamento relictum, vel fideicommissum, vel mortis causa donationem. Idem dicemus, si alieno nomine egerit, ut si accusatori testamenti adstiterit advocatus, vel procurator, quoniam, nisi vicerit, amittit legatum, cum scilicet sua sponte accessit ad defensionem accusatoris, *l.* 5. §. *sunt qui*, *inf. de his quæ ut indig.* Aliud tamen est in tutore, qui cogente officio tutoris egit nomine pupilli, et non obtinuit: neque enim amittet legatum sibi relictum, quia coactus accusavit testamentum, *l. adversus*, §. *ult. inf. eod. l. tutorem*, *de his quæ ut indig.* Aliud etiam est in patre qui nomine filiifamilias egit de inofficioso testamento matris: nam licet hoc jure bona materna per filiumfamilias patri acquirantur pleno jure, ut ostendit lex 1. §. *qui operas, inf. ad Senatusc. Tertullian. l.* 6. *in princ. et l. filiusfamil. de acquir. hæredit.* quod deinde primus Constantinus mutavit, et postea Justinianus ampliavit ad omnia bona adventitia. Igitur, licet hoc jure secus sit, tamen actio de inofficioso testamento matris, non tam est de bonis maternis, quam de nota et injuria exhæredationis, quæ soli filio inusta est. Hæc nota ut aboleatur, ut rescindatur, de inofficioso testamento est actio, in qua etiamsi pater agat nomine filii, non de patris, sed de filii officio et meritis disputatur, dignus sit ea nota exhæredationis, nec ne: ideoque hoc judicio per hanc querelam inofficiosi non patri, sed filio parari videtur victoria: nam licet bona materna acquirantur patri, tamen dolor et indignatio est solius filii, qui dolor tunc hoc judicio mitigatur. Et hoc est, quod ait hæc *l. filio parari victoriam.* Neque ex eo est colligendum, maternam hæreditatem filio, non patri acquiri. Itaque cum tota hæc actio instituatur nomine filii, cujus solius dolor et indignatio est, quod filii nomine egerit pater, urgente officio pietatis, nec obtinuerit, non ideo repellitur a

legato sibi relicto: et ideo, etiamsi litem cœptam a filio exhæredato de inofficioso, ego jure hæreditario executus fuero, cum essem specialis hæres testamento filii, et non obtinuero, non amittam legatum mihi testamento relictum: quia non directo egi meo nomine sed peregi, jure scilicet successionis, cogente hæredis onere, et officio. Et sic etiam, si cœpta lite de inofficioso ab exhæredato, ego eum adrogavero, quo genere omnia bona ejus et jura mihi acquiruntur, veluti quasi quodam jure successionis. Adrogator est quasi successor universalis, et adrogatio est mors civilis, *l. actione* §. *societas, inf. pro soc. et Institut. de acquisit. per adrogat.* Et ideo, si cœptam litem ante adrogationem, ego post adrogationem peregero, nec obtinuero, non amittam legatum mihi relictum, quod et hæc l. ostendit. Itaque in hac l. proponuntur vitia supradicti principii. Sed illud sciendum est, in hac re differentiam esse quandam inter patrem et hæredem: nam pater naturalis vel adoptivus, si agat filii nomine de inofficioso, et non obtineat, sive filius ipse eam litem inchoaverit, sive, non repellitur a legato sibi relicto, pater egit voluntate filii, et superstite filio: et ideo licet ipse sit auctor litis, non filius, non repelletur a legato ob temerariam accusationem. Hæres repelletur, si non cœptam litem a defuncto inchoaverit, et non obtinuerit, ut puta, si suus hæres fuit is, cui querela competebat, quam transmittit in hæredem ex sola comminatione, etiamsi nondum agere cœperit, *l. 7. sup.* Finge: non cœpit agere exhæredatus, sed transmisit querelam in hæredem, hæres cœpit agere, nec obtinuit amittet legatum quasi indignus, quia non debuit inchoare temere accusationem, quam non incoavit defunctus, ut dicitur hac *l. utique si jam defunctus, etc.* non dicit ob transmissionis causam: nam quandoque transmittit, etiamsi non cœperit. Non tamen e contrario is, qui suo nomine primum egit de inofficioso et non obtinuit, prohibetur legatum petere jure hæreditario, quasi defuncto relictum, non sibi, licet lis de legato a defuncto cœpta non fuerit: nam qui suo nomine egit de inofficioso, et victus est, postea indistincte legatum petet jure hæreditario, sive cœperit defunctus, sive non, *l. 5.* §. *qui accusavit, et l. qui Titii, inf. de his, quæ ut indig.*

Ad L. XXIII. et XXIV.

Si ponas filium emancipatum præteritum, et ex eo nepotem in potestate retentum hæredem institutum esse, filius potest contra filium suum testatoris nepotem, petere bonorum possessionem, queri autem de inofficioso testamento non poterit. Quod si exhæredatus sit filius emancipatus, poterit queri, et ita jungetur filio suo, et simul cum eo hæreditatem obtinebit.

§. 1. *Si hæreditatem ab hæredibus institutis exhæredati emerunt, vel res singulas, scientes eos hæredes esse, aut conduxerunt prædia, aliudve quid simile fecerunt, vel solverunt hæredi quod testatori debebant, judicium defuncti agnoscere videntur, et a querela excluduntur.*

§. 2. *Si duo sint filii exhæredati, et ambo de inofficioso testamento egerunt, et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri adcrescit. Idemque erit, et si tempore exclusus sit.*

§. *L. XXIV. Circa inofficiosi querelam evenire plerumque a solet, ut in una atque eadem causa diversæ sententiæ proferantur. Quid enim si fratre agente, hæredes scripti diversi juris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur.*

Lex 23. pertinet ad edictum novum, sive Julianum, sic appellatur in *l. 1.* §. *si pater nuru, de vent. in possess. mitt. et l. qui duos, inf. de conjung. cum emancip. liber.* hoc est, ad edictum de conjungendis cum emancipatis liberis: et edicto in successione avi patri emancipato, hoc est, filio defuncti avi conjungitur filius ex eo susceptus, hoc est, nepos retentus in familia avi, ut cum avus filium emancipavit, nepotem ex eo retinuit in potestate, hoc est, pater, qui est in potestate patris sui excludit nepotem, hoc est, filium suum. At pater emancipatus non excludit nepotem, hoc est, filium suum, sed concurrit in eandem hæreditatem, vel eandem partem. Idque ita fit ex illo edicto novo, non tantum ab intestato in admittenda bonorum possessione unde liberi, sed etiam in admittenda bonorum possessione contra tabulas, ut si nepos ille sit institutus, pater præteritus, quemadmodum proponitur in hac *l. 23.* Vel contra, si pater sit institutus, nepos præteritus, vel si uterque sit præteritus, vel si uterque sit institutus, et alter committat edictum de bonorum possessione contra tabul. in amplectenda hac bonorum possess. jungetur patri filius in eundem assem eandemve partem. Idem fiet in querela inofficiosi, ut si uterque sit exhæredatus, et extraneus scriptus, singuli auferent extraneo semissem per querelam, nec pater excludet filium, sed simul vocabuntur in eundem assem, vel etiam, si uterque sit exhæredatus, patruus scriptus, hoc est, alter filius testatoris, per querelam singuli auferent patruo et fratri quadrantem, patruus retinebit semissem: nam hoc casu agent querela in partem tantum, non in assem. Idem etiam fiet, si nepos sit hæres institutus, pater exhæredatus. Quemadmodum proponitur in hoc lege: nam pater aget duntaxat in semissem: semissem habebit nepos, qui ei con-

ungitur, vel etiam, si sit alius filius, hoc est, patruus nepotis exhæredatus vel præteritus, hic feret semissem, in alium semissem concurrent pater et nepos, et sic quisque habebit quadrantem, *l. ult. de legat. præstand.* vel etiam, si pater sit merito exhæredatus, nepos feret integrum semissem, pater alterum, quia merito exhæredatus habetur pro mortuo, nec facit partem, *l.* 1. §. *sed et si patruus*, *de conjug. cum emancip. liber.* vel etiam, si non sit patruus, et pater si merito exhæradatus, nepos institutus ex asse, assem obtinebit, vel institutus ex parte cum extraneo, integrum assem. Summa hæc est: *Edicto novo locum esse, non tantum in bonorum possessione contra tabul. sed etiam in petitione hæreditatis de inofficioso*. Hoc edictum novum Accursius et alii existimant, esse sublatum *Novell.* 118. Cum scilicet Justinianus constituat, in ordine liberorum venientium ab intestato nihil interesse, an sint sui an emancipati. Ergo ajunt, cum nihil intersit, præferri debet proximior sequenti: proinde emancipatus filius, qui proximior est, præferri debet nepoti, quia habetur pro suo, nec refert an sit in potestate, vel non. Hæc collectio est vitiosa, quia jure etiam prætorio nihil refert, utrum liberi sint emancipati, an sui: nam idem defertur emancipatis, quod suis, sed tamen jure prætorio non tollitur jus novum. Quinimo hoc edictum novum adjunctum est juri prætorio, quasi non dissentaneum a Juliano, quasi non absonum. Præterea ex ea *Novell.* filius emancipatus hodie non succedit jure civili, sed ut olim prætorio jure hoc est, non est hæres, sed bonor. possessor. Quod Alciatus defendit lib. 3. *Parad. cap.* 10. Igitur emancipatus hodie succedit prætor jure, non civili: igitur cum filius emancipatus veniat jure prætorio, non debet excludere nepotem retentum in potestate, qui venit jure potiori et antiquiori, hoc est, jure civili, sed eum debet simul admittere in eandem portionem et hæreditatem ex edicto novo. Ergo non est hodie sublatum hoc edictum. Quæ sequuntur in *l.* 23. *et l.* 24. exposuimus supra.

Ad L. XXV. et XXVI.

L. XXV. *Si non mortis causa fuerit donatum sed inter vivos, hac tamen contemplatione, ut in quartam habeatur: potest dici inofficiosi querelam cessare. si quartam in donatione habet, aut si minus habeat, quod deest, viri boni arbitratu repleatur: aut certe conferri oportere, id quod donatum est.*

§. 1. *Si quis, cum non possit de inofficioso queri ad querelam admissus, pro parte rescindere testamentum tentet, et unum sibi hæredem eligat contra quem inofficiosi querelam instituat: dicendum est, quia testamentum pro parte valet, et præcedentes eum personæ exclusæ sunt, cum effectu eum querelam instituisse.*

L. XXVI. Si sub hac conditione fuerit hæres institutus, si Stichum manumiserit, et manumisisset: et posteaquam manumisit, inofficiosum vel injustum testamentum pronuntietur: æquum est huic quoque succurri, ut servi pretium a manumisso accipiat, ne frustra servum perdat.

Certum est exemplo legatorum donationem causa mortis, quæ plerunque legatis comparatur, excludere querelam inofficiosi, si sufficiat ad quartam *l.* 8. §. *si quis mortis*, *sup.* Quoniam, si donatarius causa mortis, qui ita nactus est quartam, agat de inofficioso, repelletur, et si victus sit ob eam causam, quod ei satisfactum esset causa mortis, amittet etiam donatum causa mortis, sive quartam. Aliud est in donatione inter vivos: nam donatio inter vivos non imputatur in quartam legitimæ portionis, non excludit querelam, sicut etiam non imputatur in quartam legis Falcidiæ, Paul. *l. br.* 3. *Sentent. tit. ult.* Nisi scilicet hac mente et lege donetur, ut in hanc vel illam quartam imputetur, quemadmodum hæc l. probat et *l. cum quo*, §. *ult. ad l. Falcid. et l. si quando*, §. *et generatiter*, *C. de inoffic. testam.* Idemque servatur in parte debita patrono, sive parenti manumissori: nam in eam non imputatur donatio inter vivos, nisi id agatur, *l.* 1. §. *si parens*, *si a paren. quis manum.* Cum vero ea mente donatur inter vivos, ut in quartam habeatur debitæ partis, si donatio illa sufficiat ad quartam legitimæ portionis, cessat querela: quid si donatio illa non sufficiat, quid dicemus? Quod et queri potest in legatis, fideicommissis, et in mortis causa donationibus. Placet hoc jure locum esse querelæ, quoniam omnimodo integra quarta relinquenda est, ut extinguatur querela; sicut etiam si patrono datum sit minus parte debita, competit bonorum possessio contra tab. *l. si vero, de bon. libert.* §. 1. *de success. libert. Institut.* Igitur si donatio inter vivos, quæ facta est ut in quartam haberetur, non impleat quartam, non sufficiat, competit querela inofficiosi testamenti, sed conferenda est donatio inter vivos cum fratribus ab eo, qui agit querela, videlicet, in totum rescisso testamento, aut etiam si habeat fratres, qui veniant simul ab intestato: non etiam si testamentum rescindat pro parte tantum: tunc non fit collatio, hoc est, si unus filius veniat ex testamento, alter ab intestato; sed fit collatio inter fratres, cum omnes veniant eodem jure, *l. si pater filium, inf. de dot. collat.* Igitur ita demum conferetur hæc donatio, si res omnimodo redeat ad intestati causam, non si pro parte tantum. Item non fit collatio

si collationem defunctus inhibuerit fieri ab intestato, *l. ex parte* §. *ab intestato*, *inf. fam. ercisc.* Dos autem et donatio propter nuptias, olim quidem non imputabantur in quartam debitæ partis, nec excludebant querelam, *l.* 1. *et* 2. *C. Gregor. de inoffic. testam.* Hodie, indistincte sive ea mente data sint, sive non, et sine conditione illa dos et donatio propter nupt. computantur, § *ult. Instit. de inoffic. test. l. quoniam l.* 1. *C. eod. l. un.* §. *quo a nobis*, *C. de rei uxor. act. et l. ut libertis*, *C. de collat.* Conferuntur ab intestato: ut si exhæredato vel exhæredatæ dos, vel donatio propter nupt. non sufficiat ad quartam, et instituat querelam, quo genere venit ab intestato cum onere collationis dotis, vel donationis propter nuptias. Et generaliter quæcunque imputantur in quartam Glciam, ab intestato conferuntur, *l. pen. C. de collat.* Donatio autem inter vivos, sive simplex, ut supra dixi, nec imputatur in quartam, nec ab intestato confertur nisi ea mente donatum sit. Et si ea donatio ea mente facta sufficiat ad quartam, cessat querela inofficiosi test. si non sufficiat, est actio inofficiosi cum onere collactionis. Et hoc est quod ait hæc *l. aut certe conferri oportere quod donatum est.* Videlicet, si velit queri de inofficioso, qui minus quarta donatione inter vivos accepit. Hodie autem, qui minus accepit ex Constit. Justin., non agit querela testamenti rescindendi causa, sed habet condictionem ex lege, salvo testemento supplendæ quartæ causæ, *l. omnimodo*, *l. si quando* §. *illud*, *l. pen. C. de inoff. test. No.* 115. Et sic etiam patrono, qui minus accepit quarta, hodie non datur contra tab. sed condictio ex lege ad supplementum, ut ostenditur in *tit. de success. libert. Institut.* Ante Constit. Justiniani non erat hæc condictio ex lege supplendæ quartæ causa, nisi uno casu, cum dictum fuerat nominatim, ut quarta suppleretur viri boni arbitratu. Et altero casu, quem explicat Paul. 4. *Sentent. tit. de inoff. quer.* Sed de primo videamus. Si dictum sit specialiter, ut si quod est donatum non sufficiat, suppleatur quarta arbitratu boni viri, in hoc dabitur actio ut suppleatur, salvo manente testamento. Et hæc omnino fuit sententia hujus *l.* ut si donatarius inter vivos minus habeat quarta, vel repleatur quarta viri boni arbitratu: quod non fit nisi ita cautum sit, vel certe agetur de inofficioso, cum onere collationis. Itaque ex hac sententia apparet nihil ad hanc *l.* adjecisse Tribonianum, quod tamen Accursius existimat: quinimmo hæc tota summa legis est juris antiqui. Non fit etiam mentio in hac l. collationis faciendæ ex testamento, hoc est, ab institutis, quod l. Justin. introduxit, ut instituti conferrent: nam antea instituti non conferebant, *Nov.* 18. Sed in specie hujus l. institutus non confert, sed exhæredatus, qui agit querela ideo venit non ex testam. sed ab intestato: merito igitur confert donationem inter vivos. Videtur plerisque hodie hæc l. usui non esse, quia omnimodo relinquenda est quarta tit. institutionis. *Nov.* 115. Sed hoc non est ideo concedendum, nisi pater filium instituerit ex quarta, et specialiter jusserit in eam institutionem imputari quæcunque si exhæredatus fuisset, jure veteri imputare debuisset: ex præcepto testatoris institutus imputabit in portionem sibi adscriptam donationem inter vivos, vel mortis causa, vel legatum, quia institutio notæ dimovendæ causa exigitur tantum, scilicet si facta sit hac mente, ut in quartam habeatur, non aliter: nam hodie etiam institutus donationem confert fratribus *ex Novel.* 18. quod non erat olim.

L. XXV. explicata est in *l.* 6. *supra eodem.*

Ad L. XXVII.

Si instituta de inofficioso testamento accusatione, de lite pacto transactum est, nec fides ab hærede transactioni præstatur, inofficiosi causam integram esse placuit.

§. 1. *Ei, qui se filium ejus esse affirmat, qui testamento id denegavit, tamen eum exhæredavit: de inofficioso testamento causa superest.*

§. 2. *De inofficioso testamento militis dicere nec miles potest.*

§. 3. *De inofficioso testamento nepos contra patruum suum, vel alium scriptum hæredem, pro portione egerat, et obtinuerat, sed scriptus hæres appellaverat: placuit, interim propter inopiam pupilli, alimenta, pro modo facultatum, quæ per inofficiosi testamenti accusationem pro parte ei vindicabantur, decerni: eaque adversarium ei subministrare necesse habere usque ad finem litis.*

§. 4. *De testamento matris, quæ existimans periisse filium alium hæredem instituit, de inofficioso queri potest.*

Initio hujus l. hæc species proponitur. Is, qui cœpit agere de inofficioso, non peregit litem, sed transegit cum scripto hærede, puta ut daret sibi scriptus aliquam partem hæreditatis, se litem omissurum: hæres fidem non implet, licebit exhæredato aut præterito repetere inchoatam actionem inofficiosi testamenti, sicut si fraude hæredis scripti eam dereliquisset, *l.* 21. *sup.* Opponitur *l. cum mota*, *C. de transact.* quæ lex in eadem specie non dat repetitionem querelæ, sed actionem ex stipulatu, si exhæredatus stipulatus sit sibi dari partem illam bonorum querelæ omittendæ causa: vel, si non intervenerit stipulatio, ea lex dat actionem præscriptis verbis, quoniam ita res gesta fuit: *dabo illam partem bonorum, ut tu a lite inofficiosi discedas:* ex quo negotio datur actio præscriptis

verbis: nec fuit ita facta conventio: *discedam a lite, ut tu des partem bonorum.* Nam ex eo articulo non daretur præscriptis verbis, *l. cum proponas, C. de dol.* Verum cur non datur etiam repetitio querelæ, cur denegatur in ea *l. cum mota?* Videndum est, cui denegatur repetitio querelæ. Non denegatur exhæredato: nam hic potest dere'ictam litem inofficiosi repetere, fallente hærede, hoc est, scripto. At denegatur in ea l. hæredibus exhæredati, qui cœperat agere querela, et transegerat, quoniam in eos hæredes exhæredatus non transmittit actionem inofficiosi jam derelictam et remissam transactione, cum hæc actio sit petitio hæreditatis et in re. At transmittit tamen actiones personales, puta ex stipulatu, vel præscriptis verbis, sed non petitionem hæreditatis omissæ non agnitæ. Et ita etiam sensit Accursius rectissime. Deinde ostenditur in hac leg. exhæredato dari querelam inofficiosi testamenti, etiamsi testator eum filium suum esse negaverit, ut, si testator dixerit: *ille non filius meus exhæres esto*: querela ei datur. Carboniana bonor. possessio non datur, etiamsi impubes sit, et dubitetur, vel negetur esse ex liberis, *l. 1. §. si quis non ab aliquo, inf. de Carb. edic.* Nam exhæredato non datur Carboniana. Hæc autem exhæredatio valet, etiamsi dixerit, non filius meus, *l. 3. in princ. inf. de lib. et posthum.* Aliud tamen est, si testator ita dixerit: ille *exhæres esto, qui non justus, sed adulterinus filius est*: nam eo casu impuberi exhæredato datur Carbon. possess. contra tab. non querela, *d. l. 1. §. item ait, de Carbon. edic.* quia hic non videtur esse exhæredatus aliter, quam si constet eum non esse filium. Et ideo quasi præterito datur Carboniana bon. poss. cont tab. Deinde hoc ostenditur in hac *l.* quod etiam pertinet ad Carbon. nepotem susceptum ex filio jam mortuo succedere avo una cum patruo, h. e. filio avi, vel cum patruele, jure repræsentationis, §. *cum filius, Inst. de hær. quæ ab intest. defer.* cum vocetur ab intestato cum patruo, nisi patruus sit hæres scriptus, vel patruelis, nepos exhæredatus: nepoti enim exhæredato datur querela adversus patruum, vel patruelem, in semissem tantum. Et quod ostenditur *in hac l.* quod singulare est, et ortum ex Constitutione quadam: si hic nepos exhæredatus impubes sit, et inops, pendente lite aletur pro rata semissis: impuberi exhæredato non datur Carbon. *l. 20. sup.* quæ bon. poss. si daretur, impubes aleretur ex facultatib. usque ad pubertatem, sed datur ei querela, et alitur tantum usque ad finem litis, non usque ad finem pupillaris ætatis. Et non statim alitur a lite, sed postquam obtinuit in querela, pendente causa appellationis: nam antequam obtinuerit, non alitur. Nec etiam pendente causa appellationis alitur, quam si egestate laboret. Itaque hoc beneficium, quod impuberi exhæredato datur, multum distat a Carboniano edicto. Id etiam ostenditur in *hac l.* contra testamentum militis non dari querelam, qua de re dictum est *sup.* in *l. 8. Papin.*

Ad L. XXVIII. et XXIX.

L. XXVIII. Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento hæredes alios instituisset: D. Hadrianus decrevit, hæreditatem ad filium pertinere, ita ut libertates et legata præstentur. Hic aliud adnotandum, quod de libertatib. et legatis adjicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo test. valet.

L. XXIX. Si suspecta collusio sit legatariis inter scriptos hæredes, et eum, qui de inofficioso testamento agit, adesse etiam legatarios, et voluntatem defuncti tueri, constitutum est, eisdemque permissum est etiam appellare si contra testamentum pronuntiatum fuerit.

§. 1. *De inofficioso testamento matris spurii quoque filii dicere possunt.*

§. 2. *Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione, transactione res decisa sit, tamen testamentum in suo jure manet, et ideo datæ in eo libertates atque legata, usquequo Falcidia permittit, suam habent potestatem.*

§. 3. *Quoniam fœmina nullum adoptare filium sine jussu principis potest, nec de inofficioso testamento ejus, quam quis sibi matrem adoptivam falso existimabat, agere potest.*

§. 4. *In ea provincia de inofficioso testamento agi oportet, in qua scripti hæredes domicilium habent.*

Certum est præterito testamento matris dari querelam inofficiosi testamenti, quia habetur pro exhæredato, §. *ult. de exhæred. lib.* Sed an detur etiam ei, quem mater defunctum esse credebat, atque ita præteriit, et silentio prætermisit? Respondet Ulp. in *l. prox.* §. *ult. sup.* ei etiam querelam dari. Ratio dubitandi hæc fuit quia hoc casu cessare videtur color dementiæ, quo colore testamenta arguuntur quasi inofficiosa, et omnia infirmantur, cum scilicet mater eum periisse crediderit. Dementia est succensere liberis immerito; at non videtur succensere eis, quæ eos defunctos credidit. At nihilominus Ulp. respondet præterito per errorem a matre querelam dari. Subjicitur in hac *l.* decreto Adriani, libertates et legata confirmari solam institutionem corrumpi. Quod Stephanus græcus interpres ita accipit, si filius non agat de inofficioso testamento matris: nam ut est in fi. leg. *cum testam. inoff. arguitur, nihil ex testam. valet*: quasi diceret: nam si agat de inofficioso, nec libertates, nec legata valent: sed ita accipit *hanc l.* si filius

per errorem præteritus agat quasi ex tacita voluntate matris, quæ si eum interiisse non putasset, eum proculdubio hæredem scripsisset, ut in specie *l. ult. de hæredib. instit. inf.* ubi agitur etiam ex tacita voluntate. Igitur filius, vel agit de inofficioso testamento, per errorem scilicet præteritus: hoc modo non conservantur libertates aut legata *ex Nov. Justin.* vel agit quasi ex tacita voluntate matris, hoc modo conservantur libertates et legata ex decreto Adriani. Et hoc modo magis ei placet agere de inoffic. testam. ne sua merita in disputationem veniant, quam inducit querela de inofficioso. Fateor decretum Adriani hoc modo defendi posse, non omnino, de quo mox videbimus. Illud prius monendi sumus eandem speciem proponere Valer. *l.* 7. non de matre, sed de patre, qui de filio accepto falso nuntio, qui in castris obiisse dicebatur, alium hæredem scripserat, et filium prætermiserat: narrat filium obtinuisse contra hæredes scriptos apud Centumviros, cum fuerit præteritus non exhæredatus: sed in ea specie non potuit filius agere querela inofficiosi apud Centumviros, cum fuerit præteritus, non exhæredatus. At in specie hujus leg potuit agere de inofficioso, quia videtur exhæredatus. In quo Valerii exemplo filius egit petitione hæreditatis ab intestato apud Centumviros: vel possessoria petitione. Ratio autem illa defendendi Decreti Adriani, quam tradidit Stephanus, fortiter hac ratione impugnari potest, ut præteritio matris, ita præteritio militis habetur pro exhæredatione. Testamentum in quo paganus præteriit filiumfamil. ipso jure nullum est: testamentum in quo pagana præteriit filium, vel testamentum, in quo præteriit miles, valet. Et hoc si sciens miles filium præteriit. At filio præterito testamento militis per errorem, ei quidem non datur querela, quæ nec datur exhæredato adversus testamentum militis, sed ita præteritus per errorem a milite, habet jus dicendi testamentum militis nullum totum, adeo ut libertates et legata non valeant, *l. sicut, C. de testament. milit.* quia hæc præteritio totum testamentum infirmat, et non habetur pro exhæredatione, nihilque tunc distat paganus a milite. Sicut testamentum pagani, in quo filiusfamil. est præteritus per errorem, ipso jure nullum est indistincte: ita etiam testamentum militis, in quo filius est præteritus per errorem, ipso jure nullum est. Cur etiam non dicimus exemplo militis præteritionem factam a matre per errorem, non haberi pro exhæredatione? sic respondeo, quia etiamsi hoc dicamus, nihil consequimur. Primum enim is, qui est præteritus a matre, etiamsi non est exhæredatus, non habet jus dicendi testamentum nullum, cum non fuerit in potestate testantis. Non habet etiam bon. poss. cont. tab. matris, quia hæc bonor. possessio permittitur tantum eis, qui sui hæredes futuri erant, nisi exiissent de potestate, cujusmodi non erat futurus filius matri, *l.* 4. §. 1. *et* §. 2. *inf. de bon. poss. con. tab.* Ut ergo consulatur filio præterito per errorem testamento matris, cum alia remedia deficiant, melius est hujusmodi præteritionem pro exhæredatione accipere, et ei querelam dare inofficiosi testamenti. Igitur præteritus a matre sciente vel errante, indistincte pro exhæredato habetur: præteritus a milite errante pro exhæredato non habetur: quod summe notandum. Verum an poterit etiam filius præteritus a matre per errorem, querela, si malit, agere, quasi ex tacita voluntate matris, quia præsumitur quod si mater non errasset, eum potius hæredem fecisset, non quidem jure potest. Nam nuda et tacita voluntate non datur hæreditas, nec adimitur: hoc fit solemni voluntate, ut sit actio: sed admittetur filius beneficio principis, extra ordinem, atque ita excludet scriptum, reliqua capita testamenti integra servabit, *l. ult. inf. de hæred. inst.* et ita hanc *l.* Stephanus accepit, ut egerit filius quasi ex tacita voluntate, et solum scriptum repulerit, reliqua testamenti capita non corrumpit decretum Adriani. Secus esset si egerit querela, qua corrumpit omnia. Vulgo tamen hæc *l.* ita accipitur, ut filius per errorem præteritus testamento matris egerit querela, et solam institutionem resciderit, decernente Imperatore Adriano, apud quem lis instituta fuit, salvis libertatibus et legatis. Et vero conjunctio hujus *l.* cum §. *ult. l. præced.* in quo huic filio præterito datur querela, videtur hanc interpretationem exigere, ut et hic egerit querela, secundum §. *ultim.* Et defectus ille coloris dementiæ videtur Adriano suasisse hujusmodi temperamentum, ut non totum testamentum rescinderet. Sed hoc novum est, atque extra ordinem, ut querela solam institutionem rescindat. Et hac de causa Paulus ait in hac *l.* hoc fuisse adnotatum, quod libertates et legata conserventur, quasi novum et extraordinarium, cum omnia tollat querela, quæ adnotatio non congruit, si filius egerit quasi ex tacita voluntate, nam cum ita agit hoc Paulus debuit adnotare fuisse admissum eum, qui nudam habebat tantum voluntatem. Quod est contra jus, ut supra diximus. Igitur ut accipiatur, hoc decretum semper erit contra jus et extraordinarium. Sed melius est id accipere ut vulgo accipitur. Alii casus quibus per querelam non competunt libertates et legata, traditi sunt in *l.* 8. §. *ult. sup.* inter quos hic est repetendus, si hæres scriptus lusorie testamentum defenderit, quo casu a D. Pio legatariis permissum est, victo hærede scripto, qui perlusorie egit causam, appellare, et liti adsistere, et causam agere, testes producere (de quo tamen Accursius dubitavit) et allegationibus uti, ut compro-

hat *l.* 29. *in princ. permissum*, ait, scilicet a D. Pio, et *l. si a sententia*, *et* §. *si hæres*, *et l. si perlusorio*, *inf. de appell.* Vel etiam legatarii in hæredem scriptum, qui se vinci passus est, habent legatorum actionem, ut ostendimus in *d.* §. *ult.* Nam non intereunt legata, cum se defendit hæres collusorie, et dicis causa.

Additur in *l.* 29. de inofficioso testamento matris, agere etiam spurios præteritos: nec mirum, quia ab intestato succedunt, et ex Senatusc. Orphitiano, nisi sit fœmina illustris: de testamento patriis spurii non agunt, quia intelliguntur non habere patrem. Additur etiam in §. *quamvis hac l.* querelam inofficiosi omnia infirmare, si contra testamentum pronuntiatum sit, si probata sit querela, si vicerit actor, *l.* 8. §. *ult. sup.* Non etiam si transactam sit, hoc est, si lis sit finita secundum actorem, non si transacta: nam hæres scriptus, qui transegit cum exhæredato, nec pertulit sententiam judicum, tenetur legatariis, et libertates competunt aut præstantur. Et hæres scriptus non imputabit legatariis in ponenda Falcidia, quod præstiterit ex causa transactionis exhæredato, *l. 3. sup. de transact.* Additur in §. *pen.* de inofficioso testamento matris adoptivæ agi non posse, quia adoptio illa non valet, *l. si is contra*, *Cod. de præscript. long. tempor.* nisi scilicet fiat jussu principis, in solatium liberorum amissorum, ut ait. Quo casu Accursius etiam putat, licet valeat adoptio facta jussu principis, ex ea causa, filio adoptivo non dari querelam contra testamentum matris. Male: cum eo casu filius adoptivus obtineat vicem naturalis et legitimi, *l.* 5. *C. de adopt.* Naturalis potest queri de testamento patris, quod certum est. Adoptio communi jure facit filiumfamil. sicut natura, *l.* 1. *de adopt. sup.* Duobus casibus facit filium, tamen non filiumfamil. hoc est, facit filium, qui non est in potestate adoptatoris: unus, si mulier adoptet jussu principis, filium sibi acquirit sine potestate. Est etiam alius ex Constitutione Justiniani, si filius a patre naturali detur in adoptionem extraneo, quia non solvitur potestas patris naturalis, nec ulla acquiritur extraneo adoptatori. Verum hoc casu certum est, filium datum in adoptionem extraneo non posse queri de inofficioso testamento extranei adoptatoris, *l. pen.* §. *sed nec articulum*, *C. de adopt.* At contra testamentum matris adoptivæ, quæ jure eum adrogavit, queri potest, ut hic §. indicat aperte. Nam ei tantum denegat querelam, qui non jure est adoptatus a muliere. Ex *Novella* 27. *Leon.* indistincte mulier adoptare potest sine jussu principis. In extremo legis ostenditur, eum qui agit querela inofficiosi, sequi forum rei, hoc est, hæredis scripti. Ergo eum debet convenire in ea provincia, in qua hæres scriptus domicilium habet *l.* 1. *C. ubi de hæred. ag. oport.* (*)

Ad L. XXX.

Adversus testamentum filii in adoptionem dati, pater naturalis recte de inofficioso testamento agere potest.

§. 1. *Tutoribus pupilli nomine, sine periculo ejus, quod testamento datum est, agere posse de inofficioso vel falso testamento, DD. Severus et Antoninus rescripserunt.*

In *l.* 30. hoc ostenditur, de testamento filii dati in adoptionem, patrem naturalem queri posse. Finge: pater naturalis dedit filium in adoptionem avo paterno, vel materno, ita ut transierit in potestatem adoptatoris, soluta potestate patris naturalis. Deinde hic filius, morte patris adoptatoris, sui juris factus est, et testamentum fecit, in quo patrem naturalem avo superstite præteriit; præterito datur querela, ut ait *l.* de testamento emancipati filii; certum est dari querelam patri, *l.* 14. *supr.* Dubitabatur de testamento filii in adoptionem dati, an querela daretur patri naturali: cur ita? Quia sicut filii in adoptionem dati minus juris habent in bonis patris naturalis, quam emancipati: emancipatis præteritis datur bonorum possessio contra tabulas, in adoptionem datis, non item, nisi instituti sint, et committatur edictum, quia non sunt liberorum loco, *l. non putavit*, §. *in adoptione*, *inf. de bon. poss. cont. tab.* quia scilicet in adoptionem dati transierunt in alienam familiam: emancipati habent quidem propriam familiam, sed non sunt in aliena familia: ita vero videbatur pater minus juris habere in bona filii in adoptionem dati, quam emancipati. Verum sicut filio in adoptionem dato, et exhæredato testamento patris naturalis, datur querela, propterea quod ab intestato potest fieri bonorum possessor, quasi cognatus, *l.* 6. *sup. eod.* ita etiam patri naturali præterito testamento filii, dabitur querela: non solum, ut posuit Accursius, si filius emancipatione desierit esse in familia adoptatoris, quod tunc facilius admittitur, sed etiam si morte adoptatoris sui juris effectus sit, quo genere non desinit esse in familia adoptatoris: nam fit sui juris sine capitis diminutione, *l. utrum*, *de bon. poss. cont. tab.* patri autem datur querela, nisi liberi, h. e nepotes sint instituti, *l.* 14. *supra.* Filio datur querela, etiamsi filii liberi sint instituti, hoc est, fratres: tunc datur in patrem tantum, et adversus extraneos hæredes scriptos, et adversus municipes, *l. pen.* §. 1. *h. t.*

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 11.

qui locus notandus Placet enim hodie municipes hæredes institui posse. Datur et adversus principem hæredem, *l.* 8. §. *si Imperator* , *sup.* Quod olim non admittebatur.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. III. de petitione hæred.

Ad L. I. II. III. et IV.

L. I Hæreditas ad nos pertinet aut vetere jure, aut novo. Vetere e lege duodecim tabularum, vel ex testamento, quod jure factum est.

L. II. *Sive suo nomine, sive per se sive per alios effecti sumus.*

L. III. *Veluti si eam personam, quæ in nostra potestate sit, institutam, jusserimus adire hæreditatem. Sed etsi Titio, qui Sejo hæres extitit, nos hæredes facti simus, sicuti Titii hæreditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seji. Vel ab intestato, forte quod sui hæredes defuncto sumus, vel agnati vel quod manumissimus defunctum, quodve parens noster manumiserit. Novo jure fiunt hæredes omnes, qui ex Senatusconsultis, aut ex Constitutionibus ad hæreditatem vocantur.*

L. IV. *Si hæreditatem petam ab eo, qui unam rem possideat, de qua sola controversia erat, etiam id, quod postea cœpit possidere, restituet.*

Superiori tit. tractatum est de petitione hæreditatis de inofficioso testamento: hoc generaliter tractatur de qualibet alia petitione hæreditatis. *Petitione*, id est, vindicatione. Actio in rem proprie petitio dicitur: actio in personam, actio, *l. actio, de oblig. et act.* Petere hæreditatem, id est, suam esse petere, vindicare, suam esse intendere, asserere. Nomen ergo indicat petitionem hæreditatis esse in rem, *l. sin autem*, §. *sed et is, qui, inf. de rei vindic.* Vel potius est mixta, tam in rem, quam in personam, *l.* 2. *C. de petit. hæred.* et in *l. sed etsi lege*, §. *petitio, inf. h. t.* Cur mixta? Quia hac actione non tantum vindicatur hæreditas, sed etiam quod possessor, cum quo agitur, defuncto debuit, aut quod exegit a debitoribus hæreditariis, vel pretia rerum venditarum ab eo: quæ quidem omnia nunquam fuerunt in hæreditate, et præstationes personales sunt, *l.* 13. §. *ult. l.* 14. *l.* 16. *in princ. et* §. 1. *inf.* At principaliter est in rem, indeque nomen. Sunt autem variæ et multiplices petitiones hæreditatis ex variis causis, *l.* 5. *in fin. h. t.* Alia est de inofficioso testamento, de qua tractatum est superiori tit. supra: propterea quod differt maxime ab aliis petitionibus hæreditatis, ut ostendimus in *l.* 1. *sup. t.* Aliæ dantur adversus eum, qui non justo titulo possidet, ut adversus prædonem, vel falsum hæredem. De inofficioso datur adversus eum, qui justo titulo possidet, ut adversus hæredem institutum testamento justo et utili, adversus substitutum, adversus fideicommissarium, adversus eum, qui jure bon. possessionis secund. tabul. hæreditatem possidet: qui omnes justum titulum habent rem tenendi. Sed huic titulo etiam nonnihil aspergitur de petitione hæreditatis de inofficioso testamento, ut in *l.* 7. *et l. per servum, inf. hoc t.* Alia est petitio de falso testamento, alia de nullo testamento, alia de injusto, alia de irrito, alia de destituto sive deserto, alia ab intestato simpliciter, quoties quis sine testamento decessit: alia est possessoria, de qua est proprius titulus, id est prætoria non civilis: alia est fideicommissaria, de qua est etiam proprius titulus infra: alia est in solidum: alia est partiaria, de qua titul. seq. alia est ex testamento, quæ datur hæredibus scriptis justo et utili testamento, ex l. 12. tab. ut ait *l.* 1. *h. t.* quoniam *l.* 12. *tab.* testamentariæ hæreditates confirmantur *l. lege*, *inf. de verbor. signif.* Et adjicit *l.* 2. *h. t.* sive suo nomine, sive per se, sive per alios hæredes effecti sumus, quod quid sit vix quis capit statim. Suo nomine, id est, directo et principali nomine, sicut in Edicto novo Juliani, *l.* 1. *in princip. inf. de conjung. cum emancip. lib.* Id vero fit dupliciter, id est, suo nomine quis hæres fit dupliciter, quod significare voluit *l.* 2. Primum, si per se fiat hæres: secundo, si fiat hæres per eum quem habet in potestate: nam perinde est, atque si pater vel dominus scriptus fuisset hæres, cum pater factus est hæres per filiumfamil. vel servum. Nam et plerunque ejus contemplatione scribitur filius hæres, aut servus, cum non ignoretur hæreditatem ei acquisitum non iri, §. *item nobis*, *Institut. per quas person. acquir.* Et ideo ab interp. (nam ille est proprius locus) in *l. cum filio*, *de legat.* 1. ambigitur, id est, multum disputatur, filiofamil. instituto, uter potius censeatur hæres, filius, an pater. Nam filius non fit hæres sine jussu patris, et in articulo, hoc est, atomo, acquiritur hæreditas patri, et pater Falcidiam deducit ut hæres: et etiam ut hæres rogatur fideicommissa præstare: denique tam est suo nomine hæres, qui per filium fit hæres, quam qui per se, id est, principaliter et directo suo nomine. Alieno nomine hæredes efficimur per successionem et consequentiam personarum, ut si Sejus, qui est hæres Titii ex testamento, quique adiit hæreditatem Titii, me hæredem scribat, ego Seii hæres sum meo nomine, Titii autem hæres sum alieno nomine, et per successionem, aut seriem, ut vocant, *l. ult. inf. de*

leg. 3. secundum regulas juris, quæ dicunt hæredem hæredis esse hæredem testatoris, non suo nomine, sed alieno per successionem, *l. 7. in fi. de acquir. hæred. l.* 65. *de verbor. signif. l. ult. C. de hæred. instit.* Et ideo in exemplo proposito non tantum Seii, sed etiam Titii hæreditatem petere possum: possum dicere me etiam Titii hæredem esse, quoniam petitio hæreditatis datur etiam ei, qui alieno nomine hæres est, *l.* 3. *hoc t.* Et hæc de hæreditatibus delatis ex testamento, quæ omnes deferuntur antiquo jure, id est, lege 12. tabul. quæ confirmat testamenta civium Romanorum, vel interdum etiam deferuntur novo jure ex testamento, ut ex Constit. ex testamento filiifam. militis: nam testamentum filiifamilias militis de castrensi peculio Constitutiones confirmant, non 12. tab. *l.* 2. §. *item si filiifamil. inf. famil. ercisc. l. item veniunt* §. *non solum*, et *l. filiifam. hoc tit.* Ab intestato autem hæreditates deferuntur, aliæ ex jure antiquo, id est, 12. tab. veluti suis, agnatis, patronis, parentibus manumissoris, aliæ deferuntur ex novo jure, veluti matri defertur hæreditas filii ex Senatusconsulto Tertulliano, et filio hæreditas matris ex Senatusconsulto Orphitiano: aliæ deferuntur ab intestato ex constitution. ut ait *lex* 3. *hoc tit.* Et ex omnibus iis causis venientibus ad petitionem hæreditatis ab intestato, ex legibus antiquis, vel novis datur petitio hæreditatis, atque etiam familiæ erciscundæ judicium, *l.* 2. *inf. famil. ercisc.* Quæritur exemplum hæreditatis delatæ ab intestato ex Constitutionibus, delatæ ex testamento attuli supra, puta filiifamilias militis: sed nunc quæritur exemplum hæreditatis delatæ ex Constitutionibus ab intestato, de qua fit mentio *in l.* 3. Ex Constitutione Justiniani possunt poni multa exempla, ut de filiis sororis, qui ex constitutionibus Justiniani inter legitimos vocantur ab intestato, et de filiis naturalibus, qui ex Novell. quadam ab intestato in certam partem, quasi legitimi vocantur, in sextantem scilicet, et de filiis fratrum emancipatorum, qui vocantur ut legitimi, licet non sint legitimi. Potest poni de fratribus uterinis ex Novell. quadam, et alia multa. Ex constitutione Valentiniani potest poni exemplum de nepotibus, qui succedunt aviæ ab intestato quasi legitimi, *l. si defunctus*, *C. de legitim. hæred.* §. 1. *Institut. de Senatusc. Orphit.* Ex constitutione Anastasii de fratribus emancipatis, qui licet non sint legitimi sive agnati, tamen ab intestato vocantur quasi legitimi ad successionem fratris emancipati vel integri juris, *l. si ab eo*, *C. de legit. hæred.* Ergo ex novissimis constitutionibus multa proferri exempla possunt, de quibus tamen nihil cogitavit auctor, *l.* 3. *hoc t.* vel. *l.* 2. *famil. ercisc.* Itaque exemplum adhuc quærimus, quod ubi fuerit Jurisconsultorum tempore. Videtur commodissime unum afferri posse ex constitutione D. Marci, de iis, quibus libertatum conservandarum causa bonorum universitas addicitur: nam hi etiam petitionem hæreditatis habent, jure universitatis bonorum ex constitutionibus delatæ, destituto testamento, testatore intestato facto. Et ita universitatem accipiendam puto in *l. item veniunt*, §. *non solum*, dum ait, ea quæ dicta sunt de hæreditate, pertinere etiam ad castrense peculium, quoniam illud habetur etiam pro hæreditate ex constitutionibus, si de eo testatus sit filiusfamilias miles, et pertinere etiam ad aliam universitatem; puta ad addictionem illam bonorum. Nam eis etiam, quibus ex illa constit. bona addicuntur, datur actio famil. ercis. *l.* 4. §. *ult. inf. de fideicommis. libert.* Quod annotat Accurs. *l.* 3. *hoc tit.* dum vult adferre exemplum hæreditatis ab intestato delatæ ex constit. Quod, inquam, notat de constit. D. Pii, de quarta Antoniana, de qua diximus *l.* 8. §. *si quis impubes*, *et* §. *Papin.* id videtur falsum, propterea quod ea constitutio in ea quarta adrogatum hæredem aut successorem non facit, nec defert ei petitionem hæreditatis, sed actionem personalem tantum quasi de parte aliena, *l.* 1. §. *si impubere*, *inf. de collat. bon.* Et ideo arrogato etiam non datur directum judicium famil. ercisc. ejus quartæ nomine: nam eorum dumtaxat hæreditas dividi potest: directo scilicet judicio familiæ erciscundæ, quorum et peti potest, *l.* 2. *in princ. inf. famil. ercisc.* Peti non potest ab arrogato, cum habeat tantum actionem in personam: ergo nec dividi recto judicio potest. Datur tamen utile, licet non sit hæres, *d. l.* 2. §. 1. Non ausim etiam dare utilem petitionem quartæ Antonianæ in rem, quia lex deficit, *l. si vero*, §. *de viro*, *inf. sol. matrim.* Utilis autem petitio hæreditatis datur etiam emptori hæreditatis, quia vicem obtinet hæredis, *l. ei qui partes*, *inf. hoc tit.* non tantum si a fisco emerit hæreditatem, ut proponitur in ea *l.* sed etiam si emerit a privato, non tam quod vicem obtineat hæredis, quam etiam, quod venditor hæreditatis in eum transferat omnes actiones utiles sine cessione: ergo transfert etiam petitionem hæreditatis utilem. Et sic etiam puto emptori hæreditatis dari utilem actionem famil. ercisc. Nam cui competit petitio hæreditatis, ei competit actio familiæ ercisc. *l. item veniunt* §. *pen. inf. hoc t.* Non tamen e contrario, quæ est actio familiæ erciscundæ, est etiam petitio hæreditatis semper, ut in arrogato impubere dixi supra. Et sic etiam quæ veniunt in petitionem hæreditatis, veniunt in actionem familiæ erciscundæ, *d. l. item veniunt*, §. *ult.* sed hoc non convertitur, *l.* 7. *inf. tit. seq.* Ex iis perfecte intelligitur, qua ex causa et quib. competat petitio hæreditatis recta vel utilis. Illud etiam est

notandum ex *l. 4. hoc tit.* petitionem hæreditatis dari adversus eum, qui pro hærede vel pro possessore possidet, etiamsi unam tantum rem possideat ex hæreditate, licet minimam, dummodo eam possideat pro hærede, vel pro pessessore, *l. 9. et 10. hoc t. l. 1. §. 1. tit. seq.* At finge: egi petitione hæreditatis adversus te, cum tu unam tantum rem possides pro hærede vel pro possessore, de una ea re cœpit controversia esse inter nos, post judicium acceptum, tu aliam rem hæreditariam possidere cœpisti, an hæc etiam veniet in restitutionem? nam finis hujus actionis est ut restituatur: sicut et actionis in rem specialis: et placet utramque rem officio judicis esse restituendam, ut ait *l.* 4. Is qui agit petitione hæreditatis, vindicat hæreditatem hoc modo, *si paret hæreditatem meam esse*, etiamsi reus unam tantum rem habeat, actor in eam rem non concipiet actionem: sed licet controversia sit tantum de una re inter partes, ita semper agit, *si paret hæreditatem meam esse.* Is autem cum quo agitur, condemnatur restituere, quod tempore judicii accepti possedit, quodve postea cœpit possidere, nisi si id sine dolo malo desierit possidere, *l. item veniunt, §. pen. et l. si quo tempore, inf. hoc t. et h. l. 4. l. 11. §. ult. inf. de jurejur.* Summa hæc est: hæc actio formatur ex persona actoris, condemnatio ex persona rei, id est; pro ratione rerum, quæ a reo possidentur pro hærede, aut pro possessore. Et ex hoc intelligitur *huic legi* 4. nihil obstare *l. 23. sup. de judic.* quam objicit Accurs. quæ ait, in actionem non venire, quod post litem contestatam accidit, sed alia esse opus actione: ergo res, quam reus post litem contestatam possidere cœpit, non venit in petitionem hæreditatis aut in restitutionem ex eo judicio: Respondeo, illam legem intelligendam esse de actione, quæ, formatur ex persona rei: si petitio hæreditatis formaretur ex persona et possessione rei, in eam non veniret res, quam postea possidere cœpit: sicut in actione aquæ pluviæ arcendæ, quod exemplum est aptissimum, quæ actio formatur ex persona rei: nam est de eo opere, quod reus fecit, quo aqua pluvia noceret vicino: in eam actionem non venit opus factum post litem contestatam, sed nova interpellatione est opus, *l. Anteus, in fi. inf. de aq. pl. arcen.* At petitio hæreditatis vel actio specialis in rem, non formatur ex persona rei, sed ex persona actoris, qui dicit similiter, *se esse hæredem*, vel *se esse dominum* nec spectat possessionem rei aut personam: sed judex in re judicanda spectat personam rei, et eum condemnat, prout possidet, etiamsi tempore litis contestatæ nihil possederit.

Ad L. V. VI. et VII.

L. V. *D. Pius rescripsit prohibendum possessorem hæreditatis, de qua controversia erit, antequam lis inchoaretur, aliquid ex ea distrahere: nisi maluerit pro omni quantitate hæreditatis, vel rerum ejus restitutione satisdare. Causa autem cognita, et si non talis data sit satisdatio, sed solita cautio, etiam post litem cœptam diminutionem se concessurum, Prætor edixit: ne in totum diminutio impedita in aliquo etiam utilitates alias impediat, ut puta, si ad funus sit aliquid necessarium: nam funeris gratia diminutionem permittit. Item, si futurum est, ut nisi pecunia intra diem solvatur, pignus distrahatur. Sed et propter familiæ cibaria, necessaria erit diminutio. Sed et res tempore perituras permittere debet Prætor distrahere.*

§. 1. *D. Hadrianus Trebio Sergiano rescripsit, ut Ælius Asianus daret satis de hæreditate, quæ ab eo petitur, et sic falsum dicat. Hoc ideo, quia sustinetur hæreditatis petitionis judicium, donec falsi causa agatur.*

§. 2. *Eorum judiciorum, quæ de hæreditatis petitione sunt, ea auctoritas est, ut nihil in præjudicium ejus judicii fieri debeat.*

L. VI. *Si testamentum falsum esse dicatur, et ex eo legatum petatur, vel præstandum est oblata cautione, vel quærendum an debeatur. Et si testamentum falsum esse dicatur, ei tamen, qui falsi accusat, si suscepta cognitio est, non est dandum.*

L. VII. *Si quis libertatem ex testamento sibi competiisse dicat, non debebit judex de libertate sententiam dicere, ne præjudicium de testamento cognituro faciat. Et ita Senatus censuit. Sed et D. Trajanus rescripsit, differendum de libertate judicium, donec de inofficioso judicium aut inducatur, aut finem accipiat.*

§. 1. *Ita demum autem sustinentur liberalia judicia, si jam de inofficioso judicium contestatum est: ceterum si non contestetur, non expectantur liberalia judicia, et ita D. Pius rescripsit. Nam cum quidam Licinianus de statu suo quæstionem patiebatur, et ne maturius pronuntiaretur de conditione sua, nolebat ad liberale judicium ire, dicens, suscepturum se de inofficioso testamento judicium, et petiturum hæreditatem, quia libertatem et hæreditatem ex testamento sibi defendebat. D. Pius ait; si quidem possessor esset hæreditatis Licinianus, facilius audiendum: quoniam esset hæreditatis nomine judicium suscepturus: et erat in arbitrio ejus, qui se dominum esse dicit, agere*

de inofficioso testamento judicium: nunc vero sub obtentu judicii de inofficioso testamento ab ipso Liciniano non suscepit: per quinquennium non debere moram fieri servituti. Plane summatim æstimandum judici concessit, an forte bona fide imploretur judicium de testamento, et si id deprehenderit, præstituendum modicum tempus, intra quod, si non fuerit contestatum, jubeat judicem libertatis partibus suis fungi.

§. 2. *Quoties autem quis patitur controversiam libertatis et hæreditatis, sed se non ex testamento liberum dicit, sed alias vel a vivo testatore manumissum, non debere impediri liberalem causam, licet judicium de testamento moveri speretur, D. Pius rescripsit. Adjecit plane in rescripto: dummodo prædicatur judici liberalis causæ, ne ullum adminiculum libertatis ex testamento admittat.*

Harum omnium legum eadem fere est quæstio, an aliquid fieri possit in præjudicium petitionis hæreditatis, id est, quod ei judicio præsumptionem adferat, quæ quidem est summe difficilis quæstio, nec mihi fuit facile statim eam expedire. Videndum in primis an possessor hæreditatis, post controversiam de hæreditate possit aliquid ex ea diminuere vel distrahere? Differentiam facit lex 5. inter *controversiam*, et *litem. Lis* est certamen, concertatio: *controversia* est ante certamen. Ait autem lex 5. ex rescripto Divi Pii, etiamsi controversia de hæreditate sit, lis nondum sit, possessorem nihil diminuere posse ex ea hæreditate, nisi præstiterit satisdationem judicatum solvi, id est, de rebus hæreditariis restituendis, si victus sit: (legendum est *restitutione*, ut in Florentinis, non *æstimatione*) vel earum pretio: hæc cautio præstatur ante litem contestatam, post motam controversiam, ut probant multæ *ll.* in tit. *judic. sol.* Renovari tamen hæc cautio potest, etiam post litem, si fidejussores dati non sunt idonei, aliarum rerum postea possessione adsumpta, quæ veniunt in petitionem hæreditatis, *l. si quo tempore*, *inf. hoc t.* Igitur non potest possessor hæreditatis post controversiam aliquid diminuere, nisi hanc cautionem præstiterit, et multo minus post litem. Interdum tamen, etiamsi ea cautio judicatum solvi præstita non sit, sicut hodie generaliter non præstatur ab eo, cum quo agitur suo nomine ex constitutione Justiniani, *tit. de satisdat. Institut.* Satis enim est præstari cautionem judicio sisti, περὶ προσεδρίας quæ præstatur etiam ante litem contestatam, *l. amplius*, *inf. rem ratam hab.* Igitur etsi cautio judicatum solvi præstita non sit, sed præstita sit alia cautio solita, ut ait lex 5. puta de rebus hæreditariis conservandis, et non diminuendis, quam nisi præstiterit reus, præstatur autem etiam post litem possessio transfertur in actorem satisdantem de ea conservanda, ut Paulus scribit *lib. 1. sent. tit. 11. l. de bonis §. ult. inf. de Carbon. ed. l. in lib. in fine inf. de quæstion. et §. pen.* hujus legis 5. Et ut apparet ex illis locis est satisdatio, sicut judicatum solvi, non nuda promissio. Dicitur, *solita cautio*, quod soleret præstari in hoc judicio, et solemnis esset. At judicatum solvi, est etiam solita cautio, aut fuit ante Justinianum, *l. Pomponius §. sed et is qui inf. de procurat.* Igitur etiamsi possessor hæreditatis non satisdederit judicatum solvi, qui etiamsi satisdederit, se nihil diminuturum, se nihil deterius in possessionem facturum, etiam post litem, interdum ei permittitur diminutio ex justa causa, ut edicto Prætoris comprehensum est *l.* 5. veluti funerandi defuncti testatoris causa, vel vescendi familiæ causa, vel ne pretiosa pignora distrahantur, solvendi æris alieni causa, quod defunctus debuit: vel si quæ sint res tempore perituræ, *l. non solum*, *inf. h. t.* Ergo diminuet possessor ex justa causa, et causa cognita etiam post litem, etiamsi caverit se non diminuturum, etiamsi non caverit se judicatum solvi. Diminutione prohibita intelligitur etiam prohibitum exercitium actionum hæreditariarum, *l. ait prætor*, §. 1. *inf. de jur. delib.* ex causa tamen possessor hæreditatis sive satisdederit, sive non: et ut satisdederit, exercebit etiam post litem actiones tam in rem, quam in personam, si periculum sit, ne tempore aut morte intereant, *l. si bonæ fidei*, *inf. hoc t.* Ex eadem etiam causa petitor hæreditatis, negligente possessore, exercebit eas actiones post litem, nec ei obstabit exceptio præjudicialis, cujus est formula, quod præjudicium hæreditati non fiat, *d. l. bonæ fidei.* Sciendum est, generaliter statuendum, quod ad multa, quæ sequuntur, pertinet, varia esse judicia centumviralia, quæ sunt de hæreditatis petitione, ut diximus in *l.* 1. *sup. t. prox.* Et eorum quidem judiciorum ea est auctoritas, ut nihil in præjudicium ejus judicii, id est, petitionis hæreditatis fieri debeat *h. l. 5. in fin.* Ut si sit controversia de hæreditate, id est, si speratur lis seu petitio hæreditatis, non potest agi familiæ erciscundæ, ne fiat præjudicium familiæ erciscundæ, *l. 1. inf. famil. ercisc.* Non potest agi interdicto de tabulis exhibendis, *l. ult. inf. de tab. exhib.* Non potest etiam peragi lis cœpta cum defuncto ab eo, qui de ejus hæreditate controversatur, quive est acturus, *l. non distinguemus*, §. *si is faciat*, *sup. de recep. arbit.* Sed hæc omnia differuntur quoad actum fuerit de hæreditate, ut de re majori, nec minus judicium potest adferre præjudicium majori, aut majus antevertere. Sic etiam si sit controversia de hæreditate contra hæredem scriptum, quasi testamento inofficioso, vel rupto, lis nondum sit, non potest agi

de libertate testamento manumissorum, cum spectetur lis de toto testamento, de tota hæreditate, *l. 3. §. quis liber*, *de Carbon. edic. et l. 7. hoc t.* Hujus legis tractatus satis difficilis hoc loco tractandus erit. Initio, legis proponitur, Senatusconsulto et rescripto Trajani caveri, differri judicium libertatis, quæ dicitur competere ex testamento, quamdiu judicium de inofficioso testamento inducatur, vel finem accipiat: male quidam *inducatur*, id est, *deleatur*, rectius alii *inducatur*, id est, *introducatur*, *inferatur*, et ita Græci εἰσενέχθη. Ita etiam *l. 4. C. de ord. cognit. inducere*, εἰσενεχθῆναι: et *l. si expressim*, *inf. de appellat. in princ.* Ergo differtur liberalis causa, si lis contestata sit, et inducta de inofficioso, donec finem acceperit. Item, si nondum sit contestata, vel inducta actio inofficiosi testamenti, dummodo induci speretur, et bona fide eam expectari desideretur, quo casu a judice certum præstituetur tempus, intra quod contestetur actio inofficiosi testamenti, quo elapso, si non fuerit contestata actio inofficiosi, tum agetur de libertate. Hodie huic rei a Justiniano est præfinitus annus, *l. ult. C. de petit. hæred.* Et ita accipiendum est, quod ait *l. 7.* ex rescripto D. Pii, si non contestetur actio inofficiosi, non differri liberalem causam, si non contestetur, scilicet intra præfinitum tempus, vel si non contestari speretur certo, et postuletur dilatio mala fide morandæ libertatis causa, quod patebit ex specie ejus rescripti, quæ est hæc: quidam Licinianum servum suum hæredem et liberum scripsit, filium suum exhæredavit, exhæredatus habet querelam inofficiosi testamenti, et tamen nondum agit querela, sed Liciniano, qui ex testamento gerit se pro libero, movet quæstionem status, dicens eum suum servum esse, se hæredem patris esse ab intestato, de rescindendo testamento non agit, sed Licinianum tantum vindicat in servitutem. Contra Licinianus opposita exceptione præjudiciali detrectat suscipere judicium liberale, et dicit prius esse agendam litem inofficiosi testamenti. Quid fiet? Ita distinguendum est: aut Licinianus possidet hæreditatem, aut exhæredatus. Si Licinianus possidet, differri debet liberale judicium, id est, τὸ καταςατικὸν; donec introducatur judicium de testamento, quod quidem facile filius exhæredatus possit inducere, cum non possideat ipse hæreditatem, sed Licinianus. At si exhæredatus possidet hæreditatem, non potest agere de inofficioso testamento, quia hæc actio est petitio hæreditatis: petitio autem hæreditatis vel in rem specialis nunquam datur possessori, nisi in vindicatione servitutis. Igitur filius exhæredatus, qui possidet hæreditatem, non potest agere de inofficioso, jure actionis scilicet: at jure exceptionis potest de inofficioso queri, videlicet Liciniano, qui non possidet hæreditatem, agente petitione hæreditatis ex testamento: nam tum exhæredatus excipiet et queretur de inofficioso testamento, de impietate patris, atque ita in modum exceptionis inducet querelam, *l. 8. §. si filius, sup. tit. prox.* Sed Licinianus non vult agere petitione hæreditatis: id tantum agit, ut in eadem versetur libertate, qua cœpit versari, et non vult inducta querela in modum exceptionis in dubium venire libertatem, et forsitan rescindi. Denique veretur, ne si agat petitione hæreditatis, amittat et hæreditatem et libertatem; itaque mavult frui libertate et hæreditatem relinquere exhæredato possessori. Deinde Licinianus contendit exhæredatum possessorem non posse specialiter agere de libertate sua, hac ratione: quod speretur petitio hæreditatis de inofficioso, quia forsitan intra quinquennium, quo scilicet tempore actio inofficiosi concluditur, exhæredatus possessionem amittit, et ea obveniat Liciniano hæredi scripto: post quinquennium quidem non est actio inofficiosi, sed intra quinquennium potest esse, etiamsi nunc non habeat eam exhæredatus, propterea quod nunc possidet. Itaque Licinianus contendit in quinquennium differri debere liberale judicium, sed summovetur rescripto D. Pii, quod proponitur in hac lege, quia cum non sit plane in arbitrio exhæredati agere de inofficioso, propterea quod possidet hæreditatem, manifestum est Licinianum morandi causa postulare dilationem liberalis judicii. Cum itaque ita accidit, ut non contestetur actio inofficiosi, non differentur liberalia judicia. Et hæc est sententia *l. 7.* Verum ubique est conservanda scriptura Flor. quæ depravata est in aliis libris, præterquam uno in loco, in quo et Flor. et alii habent, *ut petiturum hæreditatem*, legendum omnino, *et petitionem hæreditatis.* Nam Licinianus, quem proposui possidere hæreditatem, non dicit se petiturum hæreditatem, cum nullam habeat petitionem hæreditatis, sed dicit se suscepturum petitionem hæreditatis de inofficioso, si velit ea agere exhæredatus, non possessor, et ideo non vult venire in judicium libertatis. Paratus est suscipere actionem de inofficioso et petitionem hæreditatis ex ea causa, et audietur. Deinde ait in *h. l. nunc vero sub obtentu*, ut recte Flor. id est, cum Licinianus non possideat, sed filius exhæredatus, quæ species fuit proposita a Divo Pio, et ideo *nunc*, id est, in specie proposita si exhæredatus possideat, atque ita non agat querela, non differtur libertatis causa in quinquennium, eo obtentu, quod accidere possit, ut intra quinquennium amissa possessione habeat querelam inofficiosi. Dixi liberale judicium differri, donec actum sit de hæreditate. Obstat huic sententiæ *l. 2. Cod. de ordin. cog.* Lex ait; si de libertate et hæreditate sit controversia, prius agenda

est causa libertatis. At ego dico esse sustinendam ex *l.* 7. Breviter, quod respondeamus, satis suppeditat §. *ult. l.* 7. Sic dicendum est: si fiat controversia libertatis et hæreditatis, et utraque pendeat ex testamento, prior est causa testamenti, id est, hæreditatis: sed si sola controversia hæreditatis pendeat ex testamento, ut si reus dicat se esse liberum, non ex testamento, sed vindicta, vel censu, vel legis auctoritate: si igitur sola hæreditatis controversia pendeat ex testamento, prior est causa libertatis, quia nihil obest causæ testamenti, cum ex testamento libertatis probatio aut adminiculum nullum sumatur. Adjicit postea in *d. l.* 2. *sed si de hæreditate agatur*, *etc.* qua in parte ponit, non fuisse actum principaliter de utroque, sed motam fuisse controversiam de hæreditate tantum principaliter, et inductam fuisse quæstionem libertatis in modum exceptionis, ut quia reus, a quo petitur hæreditas, dicit actorem, qui petit hæreditatem quasi filius defuncti, servum esse, non filium defuncti. Quo casu prius quidem ordinari debet, et disceptari causa libertatis, id est, prius videndum est, actor sit filius, nec ne, liber nec ne. Qua in causa habebitur pro reo, id est, ei non incumbet onus probandæ libertatis, si libertate utebatur, id est, si erat in possessione libertatis. Igitur actum est principaliter de hæreditate: incidit quæstio de libertate actoris; de hac disceptabitur in primis, sed non pronuntiabitur, *l.* 1. *C. de ord. jud.* Verum pronuntiabitur tantum de hæreditate, de qua actum est. Ceterum, si pronuntietur hæreditatem esse actoris, tacite etiam videbitur pronuntiatum de ejus libertate. Et ita etiam, si in petitione hæreditatis ex testamento incidat quæstio de libertate testatoris, prius hoc inspiciemus, liber nec ne fuerit testator, *l. liber*, *C. de petit. hæred.* Sed sententia dicetur de hæreditate, non de libertate: sed si pronuntietur, hæreditatem esse scripti, tacite pronuntiatur testamento fuisse liberum. At teneamus illud semper, nominatim nihil pronuntiari his casibus de libertate, qua ratione fit, ut is qui non potest principaliter cognoscere de libertate, veluti pedaneus judex, si aditus fit de hæreditate, recte cognoscat de libertate, quæ scilicet inducta est in modum exceptionis, quoniam nihil videtur facere supra modum jurisdictionis, aut cognoscendi facultatem vel notionem, propterea quod non pronuntiet etiam de libertate, de qua ei pronuntiatio non competit, sed de hæreditate tantum, *l.* 1. *C. de ord. cog. l.* 3. *C. de jud.* Huic sententiæ primum obstat *l.* 13. *inf. de except.* Post litem de hæreditate contestatam, res singulæ petuntur actione in rem speciali: an obstat exceptio, ut præjudicium hæreditati non fiat? Minime: quia hæc exceptio comparata est futuri judicii nomine, non nomine judicii jam facti, id est, jam accepti et contestati. Ergo, post litem contestatam de inofficioso, ut res singulas, ita etiam servos singulos licet in servitutem petere. Cur differtur causa libertatis, donec finiatur causa hæreditatis? Ut respondeam, et ut totam hanc quæstionem in summam comprehendam: illud in primis sciendum est, obtentu judicii futuri, vel jam cœpti de hæreditate, non differri actiones creditorum hæreditariorum. Nam creditores hæreditarii, quib. defunctus debuit, sine metu exceptionis, cum petitore vel possessore hæreditatis jus suum experiuntur, et quod possessor præstiterit, id victus reputat petitori vincenti: vel contra, petitor victus, quod eis præstiterit, id consequetur officio judicis, vel repetit actione negotiorum gestorum, vel quibus casibus cessat actio negotiorum gestorum, condictione ex lege, *l. ult. C. de petit. hæred.* In fisco aliud est: nam fisco petente hæreditatem differuntur actiones creditorum ex SC. *l. apud*, *inf. de jur. fisc.* Similiter vero sive mota sit lis de hæreditate, sive moveri speretur, legatorum vel fideicommissorum actiones non differuntur, sed exercentur in hæredem scriptum, statim et legata exiguntur, oblata cautione, evicta hæreditate, legata reddi: vel contestantur tantum actiones legatorum. Legata non exiguntur, ut non præstetur cautio, et ut a lite contestata currant usuræ legatorum, secundum *tit. de usur. legat. C. d. l. ult. de petit. hæred.* Unde, etsi falsum testamentum dicatur, et forsitan hæreditas petatur ab intestato, quasi testamento falso, ob id legatorum actio non differtur, sed statim quæritur an legatum debeatur, ut ait *l.* 6. *hoc tit.* id est, an sit testamento adscriptum: si sit præstatur, oblata cautione de reddendo legato, si falsum testamentum pronuntietur, *d. l.* 6. *l.* 9. *C. de legat.* Is tamen, qui testamentum falsum dicere cœpit, in quo forte aliquid ei legatum est, si id legatum petat, non audietur, etiamsi offerat cautionem illam, quia sive obtinuerit, sive non obtinuerit, in actione falsi amittit legatum, *d. l.* 6. Verum, si prius legatum petierit, postea non prohibetur falsum testamentum dicere, videlicet si ignorans legatum petierit, *l.* 3. *inf. ad l. Cornel. de fals.* Nunc ad rem: legata non differuntur obtentu judicii futuri, vel jam facti de hæreditate, sed præstantur oblata cautione. Multo minus differentur credita, quæ sunt certa, et quæ omnino dissolvi oportet, cujuscujus sit hæreditas. Legata deberi non est certum, quia de testamento est controversia, et tamen repræsentantur oblata cautione. Denique credita et legata non differuntur prætextu hujus judicii: libertates differuntur in annum ex *d. l. ult.* Cur tam varie? ratio est, quia legatorum repetitio facilis est, quo nomine interponitur cautio illa libertatum autem, quæ semel compe-

tierunt, vel præstitæ sunt, non est facilis repetitio, nec revocatur unquam libertas, quæ semel data est, aut competiit, et ideo tarde conceditur. Cornel. Tacitus, lib. 3. *Tarde*, inquit, *concedendum est, quod datum, non adimeretur.* Differuntur ergo libertates obtentu judicii de hæreditate futuri, vel jam facti, sed secundum distinctionem legis 7. Nam si moratoria sit dilatio, quæ postulatur, non dabitur, sed statim agetur de libertate, vel de servitute. Aliæ autem actiones, quæ exercentur nomine hæreditario, post controversiam de hæreditate, differuntur, ne liti futuræ de hæreditate præjudicetur, ut actio familiæ erciscundæ differtur. Nam dividitur hæreditas, priusquam petatur: interdictum de tabulis proferendis, differtur, et actiones personales, quæ defuncto competierunt, et actiones in rem speciales, de rebus singulis hæreditariis, videlicet, si is velit eis uti, quasi hæres, qui nondum egit petitione hæreditatis, quod præjudicium hæreditati non fiat, velut si jam contestatus sit petitionem hæreditatis, cur non poterit postea etiam agere famil. erciscundæ, cur non de tabulis proferendis, cum cæpit de universa hæreditate agere? Cur etiam non poterit simul postea agere de libertatibus servorum hæreditariorum? Cur etiam non poterit uti actionibus personalibus, vel realib. hæreditariis: igitur, qui jam egit petitione hæreditatis, eis etiam actionibus experietur, postea vel adversus eundem, vel adversus alium, id est, non ante repelletur exceptione præjudiciali, qua repellitur, qui aliam actionem præponit petitioni hæreditatis. Major quæstio minorem ad se trahit, majorem minor non trahit, *l. per min., sup. de judic.* Igitur non repelletur exceptione præjudiciali. Verum in his judiciis sententia non dicetur, antequam de hæreditate pronuntiatum sit. Et ita in *l. 7. in prin.* ait, *non debebit judex de libertate sententiam dicere,* sed non debebit etiam post litem de hæreditate contestatam, servos se vindicantes in libertatem statim repellere exceptione; cum non præposuerit liberale judicium petitioni: præcessit namque petitio hæreditatis, sequitur judicium naturale. Itaque qui hoc ordine agit in ipso limine non repellitur, sed de qua re posterius egit, sententiam prius non feret, quam pronuntiatum sit de petitione hæreditatis. Et ita etiam in *l. si bonæ fidei, inf. hoc t.* ostenditur indistincte, petitorem hæreditatis agere actionibus in rem specialibus, citra metum exceptionis præjudicialis: quod etiam ait *l. si post.* Sed si quis ante petitionem hæreditatis agat liberali judicio, judex debet hunc repellere statim exceptione præjudiciali. Hæc de eo qui hæreditatem petit, aut petiturus est. Nam possessor hæreditatis post controversiam de hæreditate aget omnibus actionibus etiam familiæ erciscundæ *l. 1. inf. fam. ercisc.* dummodo satisdederit judicatum solvi, atque etiam post litem, si modo ita satisdederit, et interdum, etiamsi non satisdederit ex causa. Illud postremo adjiciendum est, judicium civile non præponi petitioni hæreditatis, si ei præjudicet, ut demonstratum est supra. Criminale tamen præponitur, etiamsi præjudicet, ut si possessor hæreditatis conveniatur petitione hæreditatis ex testamento, et dicat illud testamentum est falsum, proposita accusatione falsi offerre debet cautionem de non minuenda hæreditate, atque ita differtur petitio hæreditatis, donec finita sit accusatio falsi: ita cavetur rescripto Adriani, §. *ult. l. 5. hic.* Igitur crimen falsi præponitur petitioni hæreditatis: major est causa criminalis, minor civilis: non debet majori per minorem præjudicium fieri, *d. l. per minorem.* Ergo non debet præcedere petitio hæreditatis, quæ est civilis. Et ita criminalis præfertur civili, *l. si de vi, sup. de jud.* Nam ut alias ostendimus, ea lex ita accipienda est, ut de vi prius agatur criminaliter, quam de possessione, aut de proprietate, ex rescripto Adriani: nam aliorum rescripta dissentiunt. Et rescripto Adriani criminalis quæstio de vi præfertur civili. Idem etiam ostenditur in *l. ult. C. de ord. judic. l. adulterii, C. ad leg. Jul. de adult.* Opponitur lex *pen. C. de ord. jud.* quæ ait, causam civilem et criminalem simul disceptari, nec unam alteri præferri. Hæc non sunt contraria: nam etsi vulgo dicatur, prius esse agendum de possessione, quam de proprietate, tamen constat hæc duo judicia coacervari posse. Qua de re est locus singularis *in 5. Epist.* Symmachi, quo ostendit ex constitutione utrumque judicium posse conjungi. Opponitur et *l. pen. C. ad leg. Cornel. de fals.* quæ ait civili quæstione per sententiam terminata, deinde de falso criminaliter agi, ut si petatur legatum ex testamento, quod falsum dicitur: censet lex prius excutiendam litem de legato, deinde instituendam accusationem falsi testamenti. Quod respondeamus suppeditat *l. 2. C. eod.* quæ ait civilem actionem præferri criminali de falso, si crimen falsi objiciatur morandæ et trahendæ solutionis causa, tum repræsentabitur judicium de legato: quod non vult suscipere hæres, et dum moratur falsum testamentum dicit. Et ita etiam accipienda est *l. 7. h. t.* Ac similiter, qui morandæ libertatis vel servitutis debitæ causa, postulat differri judicium liberale, ob centumvirale judicium, id est, petitionem hæreditatis, non audietur, *d. l. 7.* Hoc igitur casu excepto, semper criminalem civili anteponimus et centumvirali judicio. At civilis actio non præfertur centumvirali judicio, sed differtur et sustinetur, §. *ult. d. l. 5.*

Ad L. VIII.

Legitimam hæreditatem vindicare non prohibe-

tur is, qui cum ignorabat vires testamenti, judicium defuncti secutus est.

Is qui putabat valere testamentum, et secutus est judicium defuncti, postea non prohibetur petere hæreditatem ab intestato. Sumi exemplum potest ex *l.* 19. *sup. tit. prox.* Si quis secutus sit judicium defuncti adita hæreditate ex testamento, quod putabat valere: nam postea ab intestato vindicabit hæreditatem: idem est etiam, si legatum acceperit, cum ignoraret ruptum aut irritum, aut injustum esse testamentum: quod non potest poni similiter de inofficioso testamento. Nam qui legatum accepit, non potest postea hæreditatem vindicare ab intestato, *l.* 10. *sup. tit. prox.* Constat quidem eum, qui accepit legatum per errorem, quasi ex testamento vero, non prohiberi postea, quasi testamento falso hæreditatem vindicare ab intestato, *l.* 3. *ad leg. Corn. de fal.* Sed quod diximus etiam *in l.* 10. non potest dici, eum agnovisse judicium defuncti, cum nullum fuerit judicium defuncti, id est, cum falsa sit scriptura testamenti. Is ergo qui legatum accepit, postea non prohibetur ex causa rupti, vel irriti, vel injusti testamenti hæreditatem vindicare ab intestato, nisi manifesto calumnietur id est, ruptum dicat, vel injustum, *l. postquam, inf. h. t.* Calumniator repelletur a petitione hæreditatis statim: sed si non calumnietur manifesto, si bona fide vindicet hæreditatem ab intestato, non repelletur, quod legatum jam ante perceperit, ignorans in ea causa tabulas esse testamenti. Sed priusquam admittetur ad petitionem hæreditatis, necesse est, ut legatum, quod percepit, restituat possessori hæreditatis, accepta cautione hac, *non evicta hæreditate, legatum restitui*, vel etiam si agens petitione hæreditatis, non restituat legatum initio litis, et evincat hæreditatem, victus possessor eo minus restituet id est, legatum in restitutionem hæreditatis computabit, *l. postquam, et seq. inf.*

Ad L. IX. et X.

L. IX. *Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hæreditatis, qui vel jure pro hærede vel pro possessore possidet, vel rem hæreditariam.*

L. X. *Licet minimam.*

§. 1. *Itaque qui ex asse vel ex parte hæres est, intendit quod hæreditatem suam esse totam vel pro parte: sed hoc solum ei officio judicis restituitur, quod adversarius possidet, aut totum si ex asse sit hæres, aut pro parte, ex qua hæres est.*

Ex hac lege notandum, quod est principium fusum per totum hunc titulum, et notum omnibus: eum teneri tantum petitione hæreditatis, qui pro hærede vel pro possessore possidet: idque dicendum est de interdicto quorum bonorum, quod præparat hæreditatis petitionem, *l.* 2. *C. quor. bon.* §. *adipiscendæ, Instit. de interd.* Et ideo Arrianus Jurisconsultus in lib. de interdictis, exposuit, quid esset pro hærede possidere, tractans scilicet interdictum, quorum bonorum, *l.* 11. *inf.* Sed est tamen hac in re quædam differentia. Nam petitio hæreditatis datur non tantum in eum, qui rem hæreditariam possidet, sed etiam in eum qui jus quasi possidet, veluti in debitorem hæreditarium, in quem tamen non datur interdictum, quorum bonorum, *l.* 2. *inf. quor. bonor.* sed datur tantum in eum, qui possidet corpus, licet minimum, *l. hoc amplius, inf. de furt. d.* §. *adipiscendæ.* Sed etiam petitio hæreditatis datur in eum, qui minimam rem possidet, licet propriæ hæreditas non sit in re una vel pars hæreditatis. Sed hæc actio, illudque interdictum formatur ex intentione actoris, quæ intentio est de universitate, nec ei est similis condemnatio: nam condemnatio est de re una, si rem unam tantum reus possideat, vel minimam, *l.* 10. *h. t. l. etsi non totam inf. si quis omissa caus. testam.* ut diximus in *l.* 4. *sup.*

Ad L. XI. XII. XIII. XIV. et XV.

L. XI. *Pro hærede possidet, qui putat se hæredem esse. Sed an is, qui scit se hæredem non esse, pro hærede possideat, quæritur. Et Arrianus lib. 2. de interdictis putat teneri. Quo jure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro hærede videtur possidere.*

§. 1. *Pro possessore vero possidet prædo.*

L. XII. *Qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit, quia possideo: nec contendet, se hæredem, vel per mendacium.*

L. XIII. *Nec ullam causam possessionis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hæreditatis tenentur.*

§. 1. *Omnibus etiam titulis, hic pro possessore hæret, et quasi injunctus est. Denique et pro emptore titulo hæret, nam si a furioso emero sciens pro possessore possideo. Item in tit. pro donato quæritur, an quis pro possessore possideat, ut puta uxor vel maritus. Et placet nobis Juliani sententia, pro possessore possidere eum, et ideo petitione hæreditatis tenebitur. Item, pro dote tit. recipit pro possessore possessionem: ut puta, si a minore duodecim annis nupta mihi quasi dotem sciens accepi. Et si legatum mihi solutum est ex falsa causa scienti, utique pro possessore possidebo.*

§. 2. *Is autem qui restituit hæreditatem, teneri hæreditatis petitione non potest, nisi dolo fecit, id est, si scit, et restituit. Nam et dolus præteritus venit in hæreditatis petitione, quasi dolo desierit possidere.*

L. XIV. *Neratius lib. 6. membranarum scribit, ab hærede peti hæreditatem posse, etiamsi ignoret, pro hærede, vel pro possessore defunctum possedisse.*

L. XV. *Etiamsi putavit hæres, eas res ex hac hæreditate esse, quæ sibi delata est.*

§. 1. *Quid si hæreditatem emerit? an utilis in eum petitio hæreditatis deberet dari, ne singulis judiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est. Sed finge non extare venditorem, vel modico vendidisse, et possessorem bonæ fidei fuisse, an porrigi manus ab emptore debeat? Et putat Cajus Cassius dandam utilem actionem.*

§. 2. *Idem erit dicendum, etsi parvo pretio jussus vendere hæres Titio hæreditatem vendidit, nam putat dicendum Papinianus, adversus fideicommissarium dari actionem. Ab hærede enim peti non expedit perexiguum pretium habente.*

§. 3. *Sed etsi retenta certa quantitate restituere rogatus sit, idem erit dicendum. Plane si accepta certa quantitate restituere rogatus est, non putat Papinianus ab hærede petendam hæreditatem: quoniam pro hærede, quod conditionis implendæ gratia accepit, non possidetur. Sed Sabinus in statulibero contra. Et id verius est, quia pecunia hæreditaria est.*

§. 4. *Idem et in eo, qui solos fructus ex hæreditate retinet, dicendum erit: tenetur enim et is hæreditatis petitione.*

§. 5. *Si quis sciens alienam emit hæreditatem, quasi pro possessore possidet, et sic peti ab eo hæreditatem, quidam putant: quam sententiam non puto veram. Nemo enim prædo est, qui pretium numeravit: sed ut emptor universitatis utili tenetur.*

§. 6. *Item si quis a fisco hæreditatem quasi vacantem emerit, æquissimum erit utilem actionem adversus eum dari.*

§. 7. *Apud Marcellum lib. 4. Digestorum relatum est, si mulier hæreditatem in dotem dedit, maritum pro dote quidem possidere hæreditatem sed petitione hæreditatis utili teneri. Sed et ipsam mulierem directa teneri Marcellus scribit: maxime si jam factum divortium est.*

§. 8. *Hæredem autem, etiam earum rerum nomine, quas defunctus pro emptore possedit, hæreditatis petitione teneri constat, quasi pro hærede possideat, quamvis etiam earum rerum nomine, quas pro hærede vel pro possessore defunctus possedit, utique teneatur.*

§. 9. *Si quis absentis nomine possideat hæreditatem, cum sit incertum, an ille ratum habeat, puto absentis nomine petendam hæreditatem, ipsius vero nequaquam, quia non videtur pro hærede, vel pro possessore possidere, qui contemplatione alterius possidet: nisi forte quis dixit, cum ratum non habet, jam procuratorem quasi prædonem esse: tunc enim suo nomine tenere potest.*

§. 10. *Non solum autem ab eo peti hæreditas potest, qui corpus hæreditarium possidet, sed etsi nihil. Et videndum, si non possidens, obtulerit tamen se petitioni, an teneatur? Et Celsus libro 4. Digestorum scribit, ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum, qui se offert petitioni. Quam sententiam generaliter Marcellus apud Julianum probat. Omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri.*

§. 11. *Item si quis dolo fecerit, quo minus possideat, hæreditatis petitione tenebitur. Sed si alius nactus possessionem, quam ego dolo malo amiseram, paratus sit judicium pati, Marcellus lib. 4. Digestorum tractat, num forte evanescat adversus eum, qui desiit, litis æstimatio. Et magis evanescere ait, nisi petentis interest. Certe, inquit, si rem paratus sit restituere: indubitatum erit evanescere. Sed si is qui dolo desiit, ante conveniatur, eum qui possidet, non liberabit.*

§. 12. *Item a debitore hæreditario quasi a juris possessore: nam et a juris possessoribus posse hæreditatem peti constat.*

In *l.* 11. explicatur, *quid sit pro hærede et pro possessore possidere.* Pro hærede possidet, non qui vere est hæres, quamquam et ita accipitur; nam a vero hærede non vindicatur hæreditas, nisi ex causa inofficiosi testamenti: et ideo seorsim hoc genus petitionis hæreditatis propositum est supra. Sed in hoc titulo, pro hærede possidet qui putat se hæredem esse, vel etiam qui scit se hæredem non esse, et se tamen quasi hæredem possidere profitetur mendaciter, sive putet, sive sciens imponat sibi nomen hæredis, et quasi pro hærede possessor hac actione tenetur. Hæredis appellatione hoc loco comprehendimus etiam bonorum possessorem. Ergo pro hærede etiam possidet, qui putat, vel qui falso profitetur, se esse bonorum possessorem, et qui dicit se esse cognatum defuncti. Pro possessore autem possidet fur et prædo: qui interrogatus cur possideat, nullam adfert causam, sed vertit interrogationem in responsionem, et dicit impudenter, *quia possideo*, nec contendit se esse hæredem. Denique qui nullam adfert possessionis causam, id est, auctoritatem possessionis sive titulum per translationem

sicut inscriptio libri titulus dicitur per translationem, et proscriptum rei venalis, quæ indicat, quanti res sit. Proprie enim titulus est honor, dignitas pretium, παρὰ τὴν τιμήν. Qui pro hærede possidet, interrogatus cur possideat, reddit causam, quia hæres sum qui pro possess., interrogatus nullam adfert causam. Ergo qui pro possessore possidet, est malæ fidei possessor: qui pro hærede non est malæ fidei possessor, si putet se hæredem. Sed si sciat se hæredem non esse, abutitur tamen nomine hæredis, meo judicio, ut malæ fidei possessor condemnabitur. Plus condemnatur hoc judicio malæ fidei possessor, quam bonæ fidei. Addit *l.* 13. pro possessore possessionem hærere posse omnibus titulis, veluti pro donato, pro emptore, pro dote, pro legato: nam ad singulos apponi exemplum oportet. 1. Pro emptore, ut si quis sciens emerit a furioso, quæ emptio inanis est. Nam hic emptor interrogatus unde possideat, non est dicturus emptionis vitium, sed incerto responso veritatem simulans, dicet temere et impudenter, quid quæris? quia possideo, nec rem exponet, ergo ob id quasi possessor pro possessore hæredi furiosi tenetur petitione hæreditatis. Qui ignorans emit a furioso, hic sane possidet et usucapit pro emptore, et non tenetur petitione hæreditatis, *l.* 2. §. *si a furioso*, *inf. pro emp.* Pro possessore possessio hæret pro donato quandoque, ut si uxor viro dotem donaverit, et uxor priusquam moreretur, mutavit voluntatem, alioqui morte confirmaretur donatio: hæredi vir ex donatione uxoris tenetur pro possessore, *l. quod uxor*, *inf. de acquir. possess.* Hoc exemplo non additur, scienti viro: nam non potest nescire inutilem esse donationem: quia hoc jure publico ita receptum est. Hæret etiam tit. de dote, ut si quis sciens a virgine impubere dotem accepit, quæ decedat in ea ætate, nuptiis nondum perfectis: hic scit nullam esse dotem, nullas nuptias, et pro possessore possidet: et ideo hæredi virginis tenetur petitione hæreditatis. Ignorans fuisse impuberem eam, cum qua nuptias contraxit, possidet et usucapit pro dote, et non tenetur petitione hæreditatis. Hæret etiam titulo pro legato ut si sciens indebitum legatum accepero, hæredi ejus, qui solverit, teneor petitione hæreditatis: quia legatum illud pro possessore possidetur, nec sum dicturus causam legati, sed utar potius incerto responso: quia possideo. Ignorans tamen pro legato possideo, et non teneor hac actione. Et in summa, hac actione tenetur tantum, qui pro hærede vel pro possessore possidet; qui possidet pro legato, vel pro emptore, pro donato, pro dote, vel alio titulo non tenetur, actione hac, *l. pen. C. in quib. causs. cess. long. temp. præscript.* Ratio est, quia hac actione tenetur tantum is, qui de hæreditate controversatur. Ergo qui possidet ut hæres, non qui possidet ut emptor, vel ut donatarius, vel ut legatarius. Qui autem possidet pro possessore, cum nullam rationem reddat possessionis, præsumitur possidere ut hæres, et censetur controversiam facere hæreditatis. Non vis reddere rationem possessionis tuæ? jam igitur controversaris de hæreditate. In fine *l.* 13. additur, eum qui possidebat pro hærede, cum non esset, si hæreditatem restituerit quasi ex fideicommisso, cum putaret se teneri hac actione, non teneri, cum non possideat, cum bona fide desierit possidere. Idemque est in *l. ult.* §. *pen. inf. de fideic. hæred. petit.* Sed is cui est restituta hæreditas, tenetur hæreditatis petitione utili: nam fideicommissarius quasi hæres est. Tenetur quidem is, qui hæreditatem restituit, quartæ quam deduxit nomine, sed non dodrantis restituti nomine, quam bona fide desiit possidere, *l.* 13. *in fi.* nisi forsitan in hoc tantum ut cedat condictionem indebiti, *l.* 18. *inf. h. t.* Sed si sciens dolo malo hæreditatem restituerit, cum sciret nullum fideicommissum esse, tunc totius assis nomine tenebitur petitione hæreditatis: quia qui dolo desiit possidere, possidere videtur. Dolus præteritus, id est, ante litem contestatam admissus, ex Senatusconsulto venit in petitionem hæreditatis, sicut et in actionem in rem specialem, *l. sin autem*, §. *sed et is*, *inf. de rei vindic.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Lib. VI. Tit. I. De rei vindicat. 1566.

Vindicationum sunt varia genera, *l.* 3. §. *est autem inf. ad exhib.* est vindicatio servitutis per actionem confessoriam, de qua in *tit. si ususf. pet. et tit. si serv. vind.* est vindicatio pignoris per actionem Servianam, de qua in *t. de pign. inf.* est vindicatio possessionis per interdictum uti possidetis, vel utrubi, de quibus suis tit. propriis. Est et vindicatio finium propria, de qua *Novel.* 69. et postremo est vindicatio dominii seu proprietatis. Hæc autem vel est de universitate, ut est petitio hæreditatis, sive as petatur, sive semis, sive alia pars assis, de qua agitur superiore libro: est et petitio hæreditatis de dominio: nam qui se hæredem dicit, se dominum dicit universi juris quod defunctus habuit, vice autem hæredis est bonorum possessor, vel alius justus successor, vel fideicommissarius Trebellianicus, quibus omnibus datur petitio hæreditatis, *l. item veniunt* §. *licet autem, sup. de pet. hær.* Inest etiam petitio hæreditatis actioni fam. ercisc. sed diversa ratione; et jure: aut vindicatio proprietatis est de rebus singulis, quæ di-

citur specialis in rem actio, alias petitio vel petitoria actio, vel ut in princ. *hujus titul.* actio petitionis: eadem forma qua actio condictionis in *l. 1. C. de cond. ind.* quo modo dixeris recte pactum legis commissoriæ: pactum est genus, lex species: ut actio genus, condictio vel petitio, species: et de hac vindicatione rerum singularum agitur in *hoc titul.* ubi verbum rei significat vel nudam proprietatem, *l. recte, de verborum significatione*: ut enim consistat vindicatio satis est si actor fuerit nudæ proprietatis dominus, ususfructus alterius: recte enim quisque suam esse vindicat rem, cujus proprietas ad eum pertinet, etiamsi abscedat ususfructus: nam etsi solida, et plena proprietas non sit ejus, tamen nuda est ejus pleno jure, ut in *l. suos autem 73. et seq. de leg. 3.* ut cum quis legat servos suos, sic nos interpretari oportet, *qui pleno jure testatoris fuerunt.* An ergo dices non videri legatos eos qui communes fuerunt cum altero, vel in quibus alter habuit usumfructum? minime: nam et communes nostri sunt pleno jure, et ii in quibus ususfructus alienus est. Igitur nuda proprietas parit rei vindicationem. Quid igitur est vindicatio? suæ rei petitio sive assertio, et suam rem interpretamur, etiamsi ususfructus alienus sit, aut si pro parte tantum sua sit, *d. l. recte*, quæ pertinet ad vindicationes. Vindicare est suum esse petere, ut loquuntur Jurisconsulti frequenter, suum esse dicere, et intendere, et rarius, rectissime tamen, suum asserere, defendere, *l. etsi forte § etiam et seq. inf. si ser. vindic.* suum esse defendere, quod est Græcis ἐκδικεῖν, quod usurpant pro vindicare. Vindex assertor sive defensor, quem etiam Grammatici dicunt appellari καρπιστὴν, quod manu injecta vindicet, et vindicias καρπιστίαν. Arrianus interpretatur lib. 3. cap. 26 tribus locis, καρπιστὴν διδόναι, id est, exhibere vindicem et assertorem, et ita Plutarchus vindictam appellat καρπόν. Legatum quoque per vindicationem, inde nomen habet, quod legatario liceat statim a morte testatoris suum esse asserere, quodque nunquam videatur aditione factum hæredis, sed a defuncti morte ejus dominium transisse in legatarium, nempe his verbis, ita transferente testatore, do, lego, capito, sumito, habeto: nam per id tantum legatum olim dominium acquirebatur ipso jure legatario, quod erat per vindicationem, *l. quoties §. ult. inf. de pecul. l. 1. inf. de Publ. in rem act. l. legatum, de leg. 2.* Hodie eodem jure sunt cetera legata, quo vindicationes, ut statim a morte testatoris eorum dominium acquiratur legatario, et ideo vindicatio seu specialis in rem actio. Porro inest hæc actio rerum singularum etiam actioni comm. div. id. est enim mixta tam in rem quam in personam, imitatur hanc actio Publiciana, actio vectigalis, actio superficiaria, actio feudataria, ut exemplo ceterorum hoc nomen fingamus, quanquam proprie dominis non competant; sed qui tantisper habentur pro dominis, aut finguntur esse dominorum vice, ut Publiciana, quæ datur bonæ fidei possessori, qui emit a non domino, nec dum usucepit. Datur ergo non domino, sed quem bona fides facit haberi pro domino tantisper, quoad liquerit de vero domino, et vectigalis, quæ datur emphyteuticario, et feudataria feudatario, et superficiaria superficiario, qui dominorum sunt vice, hæ quasi dominium vindicant. Distat autem hæc vindicatio, de qua agitur in hoc tit. plurimum a ceteris, quas initio enumeravimus, in eo primum quod vindicat dominium sicut ea quæ est de universitate. Ceteræ vindicationes aliud quiddam vindicant. Quamvis autem rei vindicatione de qua agitur in h. t. et quæ illi sunt similes, vindicetur dominium, tamen consequenter sunt etiam de ea re, quam possidet adversarius ducenda, vel ferenda, vel agenda, vel portanda, ut *l. si res inf. h. t. l. sed etsi hæredi as. §. 1. inf. ad exhib.* nam sunt in possessorem. In non possessorem nullæ aut inanes sunt: qua de causa earum finis est, ut rem ducat, ferat, vel abducat possessori quasi suam, vel litis æstimationem ferat, interposita solemnitate jurisjurandi in litem: et id etiam quod in consequentiam in hoc judicium venit formula exprimebatur, ut constat ex libro de jure dicundo 4. *in Verr.* his scilicet verbis. *Lucius Titius judex esto: si paret fundum Tusculanum de quo agitur, Primi esse, neque is Primo restituetur: tunc Secundus qui possidet, damnetur*, et sane natura actionis exigit, ut exigatur illa clausula, *neque restituetur*, quæ est clausula arbitrii: hæc enim est actio arbitraria, *l. qui restituere, inf. h. t.* Causa hujus actionis certe est dominium: sed et possessio adversarii causa est omnium actionum: causæ aliæ sunt exteriores, aliæ interiores: hujus actionis causa interior est res, de qua est controversia: exterior est possessio adversarii ex lege 12. tab. ex qua descendit hæc actio: nam de hoc nemo ambigit, vindicationem esse ex 12. tab. atque etiam exhibitoriam actionem, quæ comparata est propter rei vindicationem: ut cum 12. tabulæ testibus præsentibus jubent vindicias sumi, et dari secundum libertatem, quod est aliud quoddam genus vindicationis initio prætermissum, quod proprie dicitur assertio (quanquam possit esse nomen commune omnium vindicationum) cum is qui dicitur servus, vel qui possidetur quasi servus ab alio vindicatur in libertatem: quo nomine constat esse actionem ad exhibendum, ut is quem volumus asserere liberali causa manu exhibeatur, *l. de eo, in princ. inf. ad exhib.* Si est actio exhibitoria eo nomine, ergo et petitoria, id est, vindicatio, quæ nihil aliud est quam assertio: illud

etiam liquet ex cap. 12. tabul. de tigno injuncto ædibus, quod lex vetat solvi, id est, vindicari, vel exhiberi. Igitur de eo quod proposuimus paulo ante, ita definiamus; ut Nemesius Philosophus libro de providentia, de beatitate: virtus sola beatum facit: hoc est verum *κατὰ περιγραφὴν*, ut ait, virtus cum divitiis beatum facit, hoc est *κατὰ πλάτος* non *κατὰ περιγραφὴν*; nam potest quis esse beatus sine divitiis, sic etiam vindicationis causa est dominium *κατὰ περιγραφὴν*, causa vindicationis est dominium cum possessione, quæ penes alterum est, quocum agimus, hoc est verum *κατὰ πλάτος*. Interdum etiam sine possessione adversarii est vindicatio, si qui non possidet, offerat se liti, si offerat se defensioni rei quam non tenet, *l. is qui se obtulit, inf. h. t.* Distat etiam multum vindicatio, de qua agimus, a petit. hæred. de qua actum superiore libro, et quidem non in eo tantum, quod jam satis declaratum est, quod una universitatis, altera specialis: sed etiam quod petitio hær. datur tantum adversus eum qui possidet pro hærede, vel pro possessore: in rem specialis adversus quemlibet possessorem, ex qualibet causa, *l. 7. C. de hær. pet.* distat quoque hæc actio a vindicatione possessionis, id est, interdicto uti possidetis, et utrubi, quod hæc actio de qua hic agitur, possessori nullo modo datur, directa scilicet: nam contraria datur, altero scilicet agente seu vindicante, cum possessor rem contra vindicat, ut olim in formulis erat expressum, vindicante uno atque ita litem faciente, tum possessorem Prætor interrogabat; an contra vindicaret: nec enim erat lis nisi contra vindicaret: hæc actio est de dominio: non igitur potest esse lis nisi uterque se dominum esse contendat, unus vindicet, alter contra vindicet, id est, vindicet non possessor, contra vindicet possessor, quod est expressum in §. *æque, de action. Instit.* dum ita exemplo declarat quid sit in rem actio, ut si rem corporalem alienam possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem se dominum ejus esse dicat, hoc est contra vindicet: nam si Titius pergat suam rem esse dicere, intendere, in rem actio erit, id est, de dominio, quia uterque rem suam esse defendit: sed principaliter et directo possessor non agit rei vindicat. sed interdicto uti possidetis, si paululum inquietetur in possessione tuendæ possessionis causa, vel interdicto utrubi, *l. 1. §. 1. uti poss.* et in eo etiam hæc actio distat ab actione famil. ercisc. et comm. divid. hæc actio specialis, atque etiam universalis. quoniam actiones fam. ercisc. et com. divid. dantur etiam possessori, [illegible] *D. fam. ercis. l. pen. inf. comm. divid.* et dantur adversus eum quem [illegible] esse dominum puta cohæredem esse, vel socium, cum tamen petitio hæred. et specialis in rem dentur adversus eum, quem inficiantur esse dominum, *l. 1. inf. famil. ercisc.* et ab initio dixi pet. hæred. inesse judicio famil. ercisc. in rem specialem judicio com divid. diversa tamen ratione et jure: in eo etiam hæc actio, de qua hic agitur toto titulo, totoque libro distat a servitutum in rem actione, quæ est duplex, confessoria, et negatoria: nam utraque datur etiam possessori, *d. § æque*, qui unus casus significatur in eo §. quo possessor agit rei vindicatione, in controversia, scilicet, servitutum non dicit unum tantum esse casum, ut male addit Theophilus, hoc enim est falsum. Sunt multi casus quibus possessor agit rei vindicatione: possessor agit famil. erciscundæ, et comm. divid. quæ tamen sunt in rem actiones, id est vindicationes: possessor agit confessoria, vel negatoria: non est igitur hic unus tantum casus; sed planum est in eo loco Theophilum repetere, quod dixerat in casu a se proposito, id est. in controversiis servitutum possessori dari vindicationem, quæ tamen non datur in controversiis rerum corporalium. Præterea rea si quæsieris, quid distet hæc actio a Serviana præter id quod aliud alio judicio vindicatur, dicam, agentem vindicatione probare debere dominium suum esse: is tamen qui agit Serviana, non debet, probare se dominum esse: quia dominum non vindicat, *l. si fundus §. creditor, de pignor.* probare quidem debet dominium, sed non suum, sed debitoris dominium fuisse, qui rem pignori posuit, alioquin non est contractus pignoris, *l. 15. §. quod dicitur, inf. de pign.* Et postremo a vindicatione finium plurimum distat hæc actio: nam vindicatio finium nihil ad venditorem pertinet id est, re vendita, etiamsi quis ejus fundi fines ab emptore vindicaverit; et vicerit, non ideo est emptori adversus venditorem actio de evictione duplæ vel simplæ, frequentius duplæ, *l. 28. de evict. l. 10. C. eod. lis finalis ad venditorem*, inquit, *non pertinet*: id est, propter evictos fines venditor non teneatur de evictione, nisi nominatim dixerit demostratis finibus neminem intra illum ingressurum: tunc enim tenebitur de evictione illo nomine, sed misso illo casu non tenebitur, quia de evictione tantum tenetur venditor, cum evicta est res, vel pars ei, id est, cum est evicta proprietas, vel pars proprietatis, vel possessio, vel evictus usus aut ususfructus, vel evictum jus pignoris, jus feudi, jus emphyteuseos, vel superficiei, quæ omnia evincuntur vindicationis genere, et non est actio de evictione nisi quod evictum est evictum sit vindicationis genere, *l. 38. [illegible] si quis forte, de verbor. oblig.* sed et quædam sunt, quæ evincuntur vindicationis genere, et tamen eo nomine non est regressus adversus venditorem evictionis nomine, si evincatur servitus quædam prædialis ab emptore: nam eo nomine est actio emptori quanto minoris emis-

set, si scisset fundum illum debere servitutem, sed non est actio duplæ evictionis nomine, *l. cum venderes, inf. de cont. empt. l. pen. inf. de. evict.* sic etiamsi vindicentur fines ab emptore, et adversus emptorem obtinuerit actor, non est eo nomine emptori actio de evictione, quia evictis finibus, non est evicta res nec pars rei non evictus locus fundi, et alia est lis de loco, alia de fine, sed evicti sunt fines qui semper seperandi sunt a loco, vel fundo quasi angustæ terræ, puta intra quinque pedes, et tantum abest, ut eorum finium evictio pertineat ad venditorem, ut possit etiam venditor ipse de finibus agere cum emptore, *l. 4. §. si communem, inf. fin. reg.* cum tamen non possit agere cum emptore de fundo vendito, vel loco ejus aut parte.

Ad L. I.

Post actiones quæ de universitate propositæ sunt, subjicitur actio singularum rerum petitionis.

Porro Ulpianus ait initio *hujus* l. Prætorem post actiones de universitate, dare actiones speciales in rem: dedit actiones de universitate superiori libro, hoc dat speciales: proposuit omnes Prætor edicto et universales et speciales, quo verbo utitur Ulp. hoc loco, *proposuit.* Proponit etiam Prætor civiles, pollicetur. Sed cur ait plurativo numero actiones de universitate, cum una tantum videatur proposita, id est, petitio hæreditatis, non plures? In eo labitur Accursius. Sed nihil est facilius. Proposita est querela inofficiosi testam. de quo ambigit an sit petitio hæreditatis. Sed constat querelam inoff. testam. esse pet. hæred. de inofficioso testam. vindicat hæreditatem veluti ab intestato, et rescindi testamentum desiderat; sed sunt aliæ pleræque petit. hæred. de falso, injusto: rupto, et irrito. Plures sunt actiones de universitate, quia plures sunt earum dandarum causæ: qua ratione sæpe in his libris plurativo numero dicuntur actiones de peculio, actiones quod jussu, actiones institoriæ, quia ad omnes contractus referuntur, quia ex variis causarum figuris et negotiis nascuntur, quia aptantur omnibus negotiis, et plures sunt earum causæ, et speciales in rem actiones, ait Ulp. esse vel de rebus quæ solo continentur, id est, immobilibus, vel de rebus mobilibus, et res mobiles dividit in animales, et eas quæ anima carent, animales sunt quæ vindicantur, ut mancipia aut bruta, quæ plerique malunt dicere moventia, κινούμενα, ἀυτοκίνητα, sed Jurisconsultis sive mobilia, sive moventia dixeris nihil refert, utrumque dicitur de rebus animis et inanimis hæc κινώπετα dicuntur a Callimacho: quasi, ut interpres ait. κινώπεδα παρὰ τὸ ἐν τῷ ἐδάφει κινεῖσθαι. Quod et scribit interpres Nicandri. Rerum igitur corporalium nomine hæc actio comparata est sive sint mobiles, sive immobiles: et mobiles, sint animales, sive inanimales.

Ad §. 1. Quæ specialis et §. 2. Per hanc autem.

§. 1. *Quæ specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus, tam animalibus, quam his, quæ anima carent, et in his, quæ solo continentur.*

§. 2. *Per hanc autem actionem liberæ personæ, quæ sunt juris nostri, ut puta liberi, qui sunt in potestate, non petuntur. Petuntur igitur, aut præjudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria, et ita Pomponius libro 37. Nisi forte, inquit, adjecta causa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum in potestate,* ex jure Romano: *videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse: ait enim, adjecta causa* ex lege Quiritium, *vindicare posse.*

Dixi mancipia: unde oritur quæstio, an liberi homines vindicari possint, puta filiifa. et ita definit §. *Per hanc autem*, etc. est certe vindicatio liberi hominis seu assertio, si quis eum qui servus dicitur, vel qui possidetur quasi servus, asserat in libertatem: vindicationem esse ex eo apparet, quod sit actio de exhibendo, *l. de eo, in princ. ad exhib.* Si est exhibitoria actio, est et petitoria: nam exhibitoria propter petitoriam introducta est, nec in ea specie locus est interdicto de libero homine exhibendo: nam huic interdicto locus est, cum quis pro certo est liber, ut non retineatur qui liber est, et exhibeatur, quem constat esse liberum. Ceterum si de statu quæratur, sit liber quis an servus is, cessat interdictum de libero homine exhibendo, ne præjudicium fiat alienæ cognitioni, *l. 3. §. plane, inf. de lib. hom. exhib.* ergo ait non posse agi interdicto de lib. hom. exhibendo, cum est quæstio de statu, ne fiat præjudicium alienæ cognitioni: quæ verba mihi videntur obscura: aliena cognitio, aliena causa dicitur, quæ ad aliam personam pertinet: et hæc causa agi potest quocunque tempore sine præjudicio alterius, ut si legatum sit relictum Titio, et aliud Cajo: de suo legato aget Titius ex testamento, absque præjudicio tamen Caji, id est, quod judicabitur inter hæredem et Titium, non præjudicabit Cajo, licet Cajus eandem actionem habeat ex tit. *inter alios acta vel judicata aliis non præjudicare.* Igitur cum ad aliam personam pertinet causa, non est verendum ne fiat præjudicium alteri, et sane etiam ibi aliena cognitio non ita accipitur: sed aliena cognitio est quæ ad eandem personam per-

tinet, est alterius tamen generis: non agam interdicto de Titio libero homine exhibendo, ne fiat præjudicium alteri cognitioni, quæ est de statu: dicitur enim Tit. servus esse, et est agenda prius causa status. Igitur plane in ea specie dicitur aliena cognitio, altera cognitio, quæ tamen pertinet ad eandem personam. Et inde hoc videtur constitui generaliter, alteri causæ per alteram præjudicari non posse, licet utraque pertineat ad eandem personam, quod tamen est falsum: nam per parem pari causæ, per majorem minori præjudicari posse, *l. per minorem* 54. *sup. de judic.* non per minorem majori. Itaque valde semper dubitavi de illo loco, sicut Asconius de illo Ciceronis, qui est in Divinatione, *habet alienum*, dubitat utrum sit nomen proprium, an alienum, id est, alterius judicii, et tamen constat nomen esse proprium *Alienum,* sic scribendum, non *Alienum:* ita dubitari hoc loco potest, an alienæ sit nomen proprium, an significet proprium nomen legis, quæ ordinaverit cognitiones liberalium causarum, quæ cognitiones sunt tanti momenti, et earum tanta auctoritas, cum sint de statu, de capite, ut nihil in earum præjudicium fieri debeat. Itaque quæstio status moratur interdictum de libero homine exhibendo. Denique hoc interdictum locum tantum habet, cum quis pro certo est liber. Cum ambigitur de ejus statu, necessaria est actio exhibitoria, et assertio, quæ est vindicatio. Ergo cum non quæritur de statu, tunc neque est actio exhibitoria, neque petitoria seu assertoria, sed sunt interdicta de libero homine exhib. quæ vindicationes non sunt vel assertiones, et officii causa dantur cuilibet, ut ait lex 2. *inf. de interdict.* libertatis tuendæ causa, quæ publicam tutelam meretur: ne liberi homines retineantur a quoquam, l. 1. D. de lib. hom. exhib. Nam non multum distant a specie servientium, quibus non datur facultas recedendi. Summa hæc est: aut ambigitur de statu, aut constat: si ambigitur, est actio ad exhibend. et vindicatio liberi hominis, non interdictum de libero homine exhibend. Si non ambigitur, id est si constat esse liberum, non est actio ad exhibendum, non est vindicatio, sed interdictum de libero homine exhib. Idem statuendum est de libertis nostris, et filiis, et nepotibus, et ceteris liberis qui sunt in potestate nostra, ut si eorum status et conditio in dubium non vocetur, non possit de iis, etsi ab alio retineantur, agi actione exhibitoria, vel petitoria, sed sunt permixta interdicta de liberis exhibendis, et de liberto vel libertis exhibendis, *l.* 2. §. *juris*, *inf. de interd.* qui locus est singularis, et interdicta de libertis exhibendis, et liberis ducendis dantur juris sui tuendi causa: interdictum de libero homine exhib. officii causa datur, interdict. de liberto exhib. vel liberis, qui in potestate, ducendis, dantur sui juris tuendi causa, id est, juris patriæ potestatis, vel juris patronatus tuendi causa: et ideo veluti proprietatis, id est, quasi proprietatis, causam continent, ut ait *d. l.* 2. §. *quædam.* Jus enim illud patriæ potestatis, vel patronatus, est veluti proprietas, quodam genere certe idem est quod proprietas: est enim potestas idem quod proprietas, proprietas quoque est potestas, quam quis habet in re animali, vel inanima: potestatis verbo significatur dominium, *l. potestatis de verb. sign. et Instit. de usufr.* consolidato usufructu, is ad quem proprietas pertinebat, incipit habere plenam potestatem, id est, plenam proprietatem, plenumque dominium. Sed si alii mei esse negentur in mea potestate, hoc casu cessat etiam, exemplo liberi hominis, interdictum de liberis exhib. ne præjudicium fiat quæstioni status, liberali causæ, alienæ cognitioni: toties enim habet locum interd. illud, quoties est filiusfam. pro certo, sed in incerto cessat interdictum de liberis exhib. At suppetunt sui juris exequendi, et tuendi tria remedia: est vindicatio filii, vel nepotis in potestate ex jure Quiritium, id est, expressa causa, qua filium meum esse dico et in mea potestate: nec enim est meus, nisi jure Quiritium, servus est meus jure gentium: servitus enim est constitutio juris gentium, patria potestas est juris civilis, juris Quiritium, *l. patre furioso*, *sup. de his qui sunt sui vel alie. jur.* alias vindicatio proponitur simpliciter, si *paret rem meam esse*, et meum esse intelligitur, quod est jure gentium meum. licet possit non male adjici causa, puta, *si paret rem meam esse* ex causa emptionis, traditionis, *si paret rem meam esse* ex causa permutationis, ut in *l. si mater*, §. *si quis autem,* et in *l. an eandem*, §. *pen. de except. rei judic.* vel etiam adjecta causa ex jure Quiritium: nam quod jure gentium meum est, et jure Quiritium meum est, ut in antiquis formulis, *hunc hominem ex jure Quiritium meum esse ajo.* Sed proponi potest vindicatio simpliciter, nisi hoc uno casu. Cum quid jure tantum Quiritium nostrum est, id male tuum esse dixeris, id est, vindicaveris, cum non sit tuum jure gentium, nisi adjeceris ex jure Quiritium: ita recte vindicabis filium vel nepotem, qui est in tua potestate: liber homo tuus non est jure gentium, sed jure Quiritium, potest esse. Est et aliud remedium datum patri juris sui tuendi causa, contra filium, nempe cognitio prætoria, et extraordinaria, ut cognoscat ipsemet Prætor: nec det judicem, qui de patria potestate arbitretur, et disceptet: cognitionem Prætoriam vocat hoc loco, ut et *l.* 3. §. *hoc autem*, *et* §. *Julianus*, *inf. de liber. exhibend. l.* 8. *de probat.* et hæc cognitio prætoria datur tantum adversus filium, qui negat se esse in potestate: non interponit Prætor suam operam, nisi inter

patrem et filium res controvertatur: causa inter patrem et filium digna visa est cognitione prætoria quæ est extraordinaria: omnis cognitio prætoria est extraordinaria, ordine enim non cognoscit Prætor, sed dat cognitorem. Interdictum de *liber. exhibend.* datur adversus extraneum: cognitio adversus filium, ut dixi: vindicatio quoque ex jure Quiritium datur adversus extraneum, qui eum quem filium meum esse dico, defendit sibi, vel possessionem ejus: sed cognitio prætoria datur tantum adversus filium: videtur etiam interdictum dari adversus filium in *l. pen. inf. de lib. exhibend. l. 1. C. eod. tit.* Sed ibi oportet intelligere, ut filio neganti se esse in potestate, detur interdictum, vel cognitio: interdictum si existat defensor aliquis filii, cognitio, si se solus defendat adversus eum qui se adserat filium habere in potestate: nam cognitio adversus extraneum non datur, interdictum adversus filium non datur, sed adversus extraneum. Est tertium remedium, præjudicium, sive actio præjudicialis, quæ datur tantum adversus filium, et videtur hæc actio veluti proprietatis causam continere, sicut interdictum *de liber. exhiben.* quod dixi supra, velut proprietatis causam continere, et hoc est quod ait Justinianus in §. *præjudiciales, Instit. de actionib.* præjudiciales actiones in rem esse videntur: verbum πλαςτικὸν, id est fictitium, et rei similitudinem referens, id est, veluti proprietatis causam continent: generaliter, ut recte definit Thalelæus ad *l. eam quæ, C. de liber. cau.* præjudicium est omnis causa status, ut cum quæritur, an quis sit in manu illius, an in potestate, an in mancipio, an sit ejus libertus: vel, ut hæc distinguantur subtilius, an servus sit in mancipio, an filius sit in potestate, an uxor vel nurus sit in manu viri, secundum jus vetus: an quæ non est in manu, sit uxor, vel nurus: non est præjudicium, quia nec status quæstio est. Status species hæ sunt, libertas, servitus, libertinitas, sui juris potestas, et alieni juris potestas: an quæ non est in manu, sit uxor non est quæstio status, cum nec ea sit in potestate, cum non sit in manu. An quis sit senator, decurio, patricius, an nobilis, ut hodie dicimus, non est quæstio status: ergo nec præjudicium. An quis sit civis vel peregrinus: hæc non male dicetur quæstio status: nam hæc pertinent etiam ad statum hominis, libertas nempe: civitas, et familia: præjudicium igitur est omnis status quæstio, quæ scilicet movetur adversus eum de cujus statu quæritur, non adversus alterum. Ut competat præjudicium, oportet esse quæstionem status Titii cum altero, quam cum Titio, sed hæc quæstio non dicetur præjudicium: ea tamen quæstio status Titii, quæ est mihi cum Titio, ut cum filium meum esse ajo, ille negat, illa, inquam, sola dicitur præjudicium: et in his quidem præjudiciis omnibus quæri solet cui onus probandi incumbat, quis sit actor, quod *l. generaliter*, *inf. de except.* definit esse eruendum ex formula, ex conceptione actionis: nam si ita datum sit præjudicium, si ita data actio præjudicialis, *si paret illum filium meum esse*, vel, *si paret illum in potestate mea esse*, ego probare debeo patriam potestatem, qui habeo formulam secundum id quod intendo. Sed si ita concepta sit formula, *si paret me patrem familias esse*, mei juris esse, non alieni: ego probare debeo emancipationem, non pater patriam potestatem. Sed in cognitionem prætoria longe aliter res procedit: nam in ea prius filius de jure suo docere debet, se emancipatum a patre scilicet, vel qua alia ratione solutum: verecundius agitur cognitione prætoria adversus patrem de jure patrio: hoc debet deferre pietati, quam patri debet. Idem debet deferre libertus patrono, si apud Prætorem res disceptetur, *l. 8. inf. de probation.* Proponuntur in hoc §. quatuor remedia, interdictum de libero exhibendo, notio Prætoris, præjudicium, vindicatio ex jure Quiritium; qua in re distent inter se hæc quatuor remedia, exposui. Interdictum datur, si constat esse filiumfam. id est, si nemo huic status faciat controversiam; cetera remedia competunt, si negetur filiusfamil. esse: interdictum et vindicatio dantur adversus extraneum; præjudicium et notio Prætoris adversus filium. In præjudicio probat, qui habet formulam secundum id quod intendit: in notione probat prior filiusfamil. in ceteris probat actor qui agit interdicto vel vindicatione. Sed illud nondum explicatum est, cur omnis quæstio status dicatur esse præjudicium, seu præjudicialis actio: an quia ei præjudicium fieri non potest, *l. 3. §. plane, de lib. hom. exhib.* hæc ratio non est idonea: nam eadem ratione centumvirale judicium et criminalia, appellanda essent præjudicia: nam et eorum ea est magnitudo, et auctoritas, ut nihil in eorum præjudicium fieri possit: sed quæstiones status sunt veluti de proprietate: nam quem dico meum esse libertum, quodammodo meum proprium esse dico, vel cum dico filium proprium, meum esse dico, id est, jure dominii dico: hæ, inquam, quæstiones ideo dicuntur præjudicia, quod plerumque alia judicia, et aliæ causæ ea consequantur: nam raro agitur de præjudicio, quin vel de hæreditate agatur, quam forte pater sibi acquisitam patriæ potestatis jure dicat, filius neget, *l. 2. C. de ord. cognit. l. pen. inf. de liber. exhib.* vel quia petantur operæ, ut a libertis, vel petatur obsequium a filio, vel liberto; vel agatur de actione famosa, quæ non datur adversus patronum, et qui ea vult uti, forte negat esse patronum, vel cum agitur de in jus vocando, quia parens vel patro-

nus non possunt in jus vocari sine venia , cum hæ causæ interveniunt, præjudicium redditur : sequitur deinde aliud judicium de operis obsequio, de in jus vocando , de famosa actione , de jurejurando calumniæ, sit remittendum necne : hæc ideo dicuntur præjudicia , *l. ult. si lib. ing. esse dic.* verum adjecit eadem lex , *etiamsi nulla alia causa interveniat, præjudicium reddi :* sed non ideo ratio nostra vitiosa est: plerumque enim præjudicia sequuntur alia judicia , et licet non sint re ipsa præjudicia, habitu tamen et potentia sunt præjudicia. Nec est alia ratio nominis , quam quod concurrant alia judicia, quodque interveniente alia causa reddantur. Qua ratione etiam interlocutiones, quæ interveniunt in litibus et causis , præjudicia dicuntur consimili loquendi forma , sæpe in *C. Theod. in tit. de appell. l.* 2. 3 6. *et tit. quor. appell. non recip.* et ita intelligitur quod dicitur a præjudicio non appellari, id est, ab interlocutione, et mulctatur qui appellat a præjudicio , *l. 2. C. de Episc. aud. l. ab executione, C. quor. appell. non recip.* quæ dicitur præjudicialis mulcta a Symmacho in Epistolis.

Ad §. ult. Per hanc autem.

Per hanc autem actionem non solum singulæ res vindicabuntur , sed posse etiam gregem vindicari Pomponius libro lectionum vigesimo quinto scribit. Idem et de armento, et de equitio, ceterisque, quæ gregatim habentur, dicendum est. Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse , licet singula capita nostra non sint. Grex enim , non singula corpora vindicabuntur.

Docet hac actione vindicari non tantum res singulas ; sed et gregem quemlibet , ut si legetur grex, poterit per legatarium grex vindicari his verbis, *hic grex meus est* , nec erit necesse singula capita vindicari , et gregem quemlibet vindicare possumus ovium , boum , equorum , suum , caprarum , mulorum, asinorum : hæc enim omnia animalia gregatim pascuntur , de qua gregis vindicatione disputatur etiam *l. 2. et initio l. 3. inf.* est grex generale nomen , species hæ sunt , grex , qui dicitur proprie de ovibus, armentum, et equitium, sive quod idem est , polia , *l. ædiles , §. ult. de ædil. ed.* vel ut Græci , πωλία, adjicit : *Idem de armento , et de equitio, et ceteris quæ gregatim habentur* : nam multa sunt animalia gregalia ; seu σπαγελαςικὰ , quæ tamen gregatim non habentur et pascuntur , ut de lupis Homerus ait , καὶ τ' ἀγεληδὸν ἔασιν etc. Il. ω ut gracculi, sturni, grues. Grex igitur quilibet hac actione vindicari potest : et mirum, cum sit actio specialis, datur actio de universitate : grex est universitas, id est, plura capita: specialis actio est de specie , non de universitate : hoc igitur videtur esse ἄδοξον , ut dicas specialem actionem dari de grege : et præterea , si de grege datur vindicatio , cur non datur de peculio ? si grex legetur , gregem vindicabit legatarius uno nomine : si peculium legetur , non vindicabit peculium , *l. vindicatio , inf. h. t.* Sed necesse erit eum vindicare singulas res peculiares : unum est legatum gregis , unum etiam legatum peculii , non plura , *l. 6. inf. de leg.* 2. qua de causa non potest scindi , id est pro parte agnosci , pro parte repudiari legatum gregis , ut peculii : quia unum est : neque tamen una est vindicatio : gregis quidem una est , peculii multiplex , quia quot sunt res peculiares , tot sunt vindicationes , neque ut gregis , ita et peculii vindicatio recepta est : quæro rationem differentiæ. Ac primum sic statuo : proprie quidem hanc actionem esse rerum singularum: res singulæ sunt corpora ἡνωμένα , quæ uno spiritu continentur , et ita res singulæ accipiuntur in *l. rerum , inf. de usurp. et usucap.* Rursus dico : res singulæ sunt corpora ἡνωμένα , veluti homo est res singula , ovis , equus, tignum , lapis , quarum rerum singularum est vindicatio proprie : aliæ sunt res cohærentes , *d. l. rerum* , sunt corpora συνημμένα , cohærentia , quæ constant ex pluribus partibus cohærentibus , ex pluribus membris , quæ in unum corpus coaluerunt , ut ædes , ædium corpus est cohærens : corpus confectum ex cohærentibus membris: et hoc tamen corpus dicetur quodammodo uno spiritu contineri , *l. in rem §. Item quæcunque , hoc tit.* quoniam vis cujuslibet rei continuatrix, est spiritus, ut Aphrodisæus scribit libro περὶ μίξεως, *de mixtione* , est causa suapte vi rem quamlibet continuans , et cohibens hæc causa , sive vis hæc continuatrix cum sit, videntur ædes uno spiritu contineri , non minus quam lapis , tignum , homo : qua de causa ædium vindicatio recepta est , sicut rerum singularium , neque tamen est recepta vindicatio partium cohærentium , ut ædes meas vindicare possum uno nomine , *hæ ædes meæ sunt* , sed lapides junctos ædibus seorsum vindicare non possum uno nomine : nisi sejuncti et separati fuerint ab ædibus: quin etiam si ego ædibus meis junxero alienos lapides, mihi competit vindicatio ædium , etsi sint lapides alieni : domino non competit vindicatio lapidum : quia accessionis jure mei videntur effecti : separari possunt lapides , et si separati sunt , diruto ædificio , vindicari poterunt a domino , sed ut separentur non potest agi ad exhibendum propter legem duodecim tabul. *de tigno juncto :* ad summam , sicut singulæ res , id est , corpora ἡνωμένα vindicantur , ita et corpora συνημμένα vindicantur , ut ædes , navis. Alia sunt corpora , quæ non constant ex cohærentibus membris , sed ex distantibus capitibus , cujus ge-

neris est grex, armentum, equitium, §. *si grex*, *Instit*, *de leg*. Et hæc corpora vindicantur, quasi singularia, et quasi uno spiritu contineantur. Accipitur igitur grex pro uno et speciali corpore, sicut ædes, quanquam non sint ejusdem generis grex: ædes sunt corpus ex cohærentibus: grex ex distantibus, utrumque tamen censetur vice corporis singularis: et ob id quasi rei singularis ut ædium: ita gregis vindicatio est, vel armenti, vel equitii, hoc modo: *hic grex meus est*, uno nomino: nec erit necesse singulas oves, vel singulos boves vindicare: quanquam possint singulæ vindicari. Vel igitur vindicantur singuli, vel uno nomine gregis seu armenti. Peculii longe alia est ratio; peculium enim non est nomen corporis, sicut ædes, grex. Et patrimonium non est etiam peculium. Patrimonium, nomen est successionis; ergo ejus vindicatio esse non potest. Fateor interdum patrimonium accipi pro hæreditate, et tunc patrimonii vindicatio est, et petitur per actionem de universitate. Fateor peculium etiam interdum accipi pro successione, ut cum filiusfam. miles hæredem sibi instituit in castrensi peculio; ex constitutionibus peculium illud habetur pro hæreditate, et petitur etiam actione de universitate, *l. item veniunt*, §. *non solum*, *sup. de pet. hæred.* Sed cum peculium non est nomen successionis, ut cum filiusfamil. miles moritur intestatus, et sine hærede, peculium ejus non censetur esse hæreditas, vel successio, sed occupatur a patre jure patrio, perinde ac si ea bona semper in bonis patris fuissent, et pater vindicabit res singulas peculii, peculium non poterit vindicare: quia ad eum non redit jure successionis; et quia peculium corporis nomen non est, sed juris potius; et quamvis accidere possit, ut in peculio sit tantum fundus unus, tamen non poterit peculium vindicari, ut recte Accurs. notat ad *l. vindicatio*, *h. t.* et perite ait: si quis ita argumentetur: peculium est fundus: at fundus vindicatur, ergo peculium vindicatur: pone peculium constare fundo uno tantum nihil præterea esse in peculio: nulla esse nomina nullas obligationes: an ut proprietas illud peculium vindicari possit? Minime: ait Accurs. esse captionem ex accidenti rectissime: quod Aristoteles ait ἔλεγχον παρὰ τὸ συμβεβηκὸς: nam fundus et peculium idem non sunt simpliciter: in propositione, peculium est fundus, fundus accipitur quod cohæret subjecto, id est, quod est in peculio: in assumptione fundus accipitur simpliciter sine subjecto: et inde fit ut quod inest fundo per se ut vindicetur non insit etiam fundo attributo et agglutinato peculio, quod inest accidenti sive attributo, necessario inest subjecto: et pari ratione ait, eandem esse captionem, et respondendum eodem modo, si quis ex contrario sic argumentetur, fundus est peculium, peculium non vindicatur, ergo nec fundus. In hac etiam argumentatione et captione neganda est consequentia. Ac similiter Accursius ex parte profert aliud exemplum §. *incertam*, ait, incertam partem rei non possideri, propter aoriston, id est, indefinitum. Contra sic quidam probant posse possideri. Incerta rei pars vindicatur, hoc verum est, ut in *l.* 3. *h. t.* vindicatur quod possidetur ab adversario, ergo incerta pars possidetur, inest et hæc captio in attributione: quia quod inest vindicationi per se, et simpliciter acceptæ, ut vindicetur, quod possidetur scilicet, non inest etiam vindicationi partis incertæ: nam possidet quidem is a quo vindicatur, sed non possidet partem incertam, licet ab eo vindicetur pars incerta. Verum ut ad quæstionem de gregis vindicatione redeamus, exponamus cetera quæ proponuntur in §. *ult. et l.* 3. Sicut recte vindicamus fundum totum, licet ususfructus sit alienus, *l. recte*, *inf. de verb. sign.* quia hoc genere actionis proprietas tantum vindicatur: satis est igitur si proprietas tantum sit actoris, nec necesse est, ut ususfructus ejus sit: ita etiam grex vindicatur recte, etiamsi in eo quædam sint capita aliena, dummodo major pars sit actoris, quæ sufficiat gregi conficiundo: exempli gratia, si 10. oves meæ sint, et grex constet ex 15. capitibus, et 10. meæ sint: tot enim conficiunt gregem, *l. ult. inf. de abig.* quinque autem reliquæ sint tuæ, ego nihilominus recte vindicabo gregem meum esse, sed 5. illæ quæ tuæ sunt, non veniunt in restitutionem, sed 10. tantum quæ meæ sunt; tu vero qui in eo grege habes 5. tantum oves, non poteris gregem vindicare, quia 5. non sufficiunt gregi conficiundo, et ego majorem partem habeo jure dominii. Sic igitur non poteris gregem vindicare, sed illas 5. singulas, *l. in rem* §. *item quæcunque inf. h. t.* quia etsi sit unum corpus gregis tamen constat ex distantibus capitibus: et ita singula capita retinent propriam naturam, vel causam, *l. rerum*, *sup. de usurpat. et usucap.* nec, quod grex seu major pars gregis sit mea, ideo et illæ quinque oves meæ sunt, sed earum tibi salvum dominium, et salva vindicatio est. Quod non ita est in ædibus: quia ædium est quidem unum corpus, sed ex cohærentibus membris, non ex distantibus: et ideo licet in ædibus meis sint quædam tigna, aut lapides tui, tu non poteris ea vindicare, quia cohærent ædibus meis: non enim distant inter se ædium mearum lapides et ideo lapides tui ædibus meis cedunt accessionis jure. Igitur gregis vindicatio est mihi si major pars mea sit, quæ detractis alienis capitibus, mihi conficiat gregem. Quid dicendum erit, si ut proponitur in l. 2. cujus hæc verba sunt;

Ad L. II.

Sed si par numerus duorum interfuerit, neuter solidum gregem, sed ne partem dimidiam totius ejus vindicabit. Sed si majorem numerum alter habeat, ut detracto alieno nihilominus gregem vindicaturus sit, in restitutionem non veniunt aliena capita.

Quid, inquam, dicendum erit, si par numerus interfuerit? duorum grex est 10. capitum, quinque sunt mea, quinque sunt tua, vel grex est 20. capitum: 10. mea, 10. tua: par igitur interest numerus duorum, in eo grege cui dabitur vindicatio? neutri vel totius, vel partis dimidiæ vindicatio dabitur, quia neuter est dominus totius gregis, neutri etiam dabitur vindicatio partis dimidiæ hoc modo, partem gregis meam esse ajo: dabitur quidem vindicatio singulorum capitum, sed partis gregis non dabitur, quia non est communis grex. Aliud est parem esse numerum duorum, aliud esse communem gregem: nam si sit communis, pars dimidia vindicari potest, *l.* 3. §. *ult. h. t.* sed cum grex qui constat ex 10. totus non est communis inter me et te, licet 5. capita sint tua, non ideo pars dimidia gregis est tua, et aliud est quinque capita esse tua in grege decem: aliud gregis decem partem dimidiam esse tuam: hoc significatur communio; illo non communio, sed separatio dominii, *l.* 3. *h. t.*

Ad L. III.

Marcellus libro quarto Digestorum scribit: qui gregem habebat capitum trecentorum, amissis centum, redemit totidem capita aliena ab eo, qui dominium eorum habebat, vel alia ab eo, qui bona fide ea possidebat, et hæc utique gregis, inquit, vindicatione continebuntur. Sed et si ea sola supersint capita, quæ redempta sunt, adhuc eum posse gregem vindicare.

Ait recte vindicari gregem, si qui fuit initio totus meus, postea diminutus fuerit, et ego in locum amissorum pecorum alia submisero, et substituero, redempta a domino, vel a non domino, qui ea bona fide possidebat: mutationibus, sive adjectionibus capitum non mutatur grex, id est, manet idem grex etiamsi mutentur corpora. Finge: grex trecentorum capitum totus meus est pleno jure, quo exemplo utitur *l.* 3. perierunt ex eo centum, ego totidem redemi prioris gregis explendi causa, vel a domino, vel a non domino qui bona fide ea possidebat, est idem grex et vindicatio ejusdem gregis: quin etiam si postea perierint ducenta capita, quæ initio habebam, ita ut supersint ea tantum quæ redemi, et submisi, superest gregis vindicatio. Manet igitur grex idem et manet vindicatio gregis ejusdem, licet tantum supersint centum capita, quæ redemi a domino, vel a non domino. Licet tamen sit idem grex, ut dicitur in *l. rerum, de usurp. et usucap.* non tamen omnino est eadem vindicatio. Initio fuit directa vindicatio, quia ego fui totius gregis dominus, hodie redemptis pecoribus in locum demortuorum est vindicatio directa eorum quæ comparavi a domino; sed eorum quæ comparavi a non domino, quia dominium non habeo, non est vindicatio directa, sed utilis, id est, Publiciana. Igitur vindicando gregem in quo sunt quædam capita aliena, quæ bona fide emi a non domino, videor conjungere directam vindicationem et Publicianam, quam in rem hic locus *l.* 3. est singularis, posse quem vindicare utraque actione, competere directam et utilem, id est, simul agi directo, et utiliter ex edicto Publicii, directo earum rerum nomine, quarum sum dominus, vel quas redemi a domino, utiliter, earum rerum nomine, quas bona fide redemi a non domino. Sed cur exigit Jurisconsultus in *hac l.* ut ea emerit a non domino qui bona fide ea possidebat, si, *inquit, redemit aliena ab eo qui dominium habebat, vel ab eo qui bona fide ea possidebat*: nam ut sit vindicatio Public. satis est si ego bona fide emero, sufficit bona fides emptoris, neque exigitur ut omnino versetur venditor in fide bona: nam etiamsi callido consilio mihi vendiderit, quia bona fide emi, amissa possessione rei venditæ, et traditæ, competit Public. nec dolus venditoris mihi nocet *l.* 8. §. *Prætor*, *t. seq.* cur ergo exigit bonam fidem venditoris? Hoc accipiendum est quasi dictum ad differentiam ejus, qui ea furtiva possidebat: nam si redemero furtiva capita, eorum nomine mihi non competit Publiciana, quia eorum tantum nomine competit Public. quæ nondum sunt usucapta, possunt tamen usucapi: necesse est, ut possint, usucapi: nam si sint usucapta, competit directa, *d. l.* 8. §. *ult. l. sive autem*, §. *hæc actio*, *et l. si ego*, §. *pactus*, *tit. seq.* res furtivæ non possunt usucapi, ergo neque earum nomine agi potest Publiciana: ergo exigitur ut emerit a bonæ fidei possessore, id est, non a fure: hæ tantum res possunt peti Publiciana, quæ et usucapi, vel acquiri longo tempore, seu præscriptione longi temporis possunt. Aliud fuit usucapio, aliud præscriptio longi temporis: in Public. veniunt etiam res quæ non possunt usucapi, modo possint longo tempore acquiri, *l. cum sponsus*, §. *in vectigalibus*, *t. seq.* Sed furtiva pecora neque usucapi, neque longo tempore acquiri possunt: et eadem ratione forte cum Accursio contenderet quis, de grege non posse agi Publiciana, quia grex non potest usucapi, singula capita possunt usucapi, sed grex non potest, ut grex, *d. l. rerum.* Sed hoc est falsum, gregem non posse usucapi:

non potest quidem, ut usucapiuntur ædes: nam cum usucapiuntur, non usucapiuntur singula tigna, nisi earum usucapio inchoata fuerit, antequam jungerentur ædibus. Idem in grege non statuimus: nam qui gregem usucapit, usucapit singula capita: ut si in grege sit unum tantum caput alienum, cetera sint ejus qui possidet, illud caput alienum intelligitur per se usucapi: sed cum omnia capita gregis sint aliena, empta bona fide, non a fure, erit gregis usucapio, quia omnia capita patiuntur usucapionem: quod si quædam capita sint redempta a fure, ea oportebit separare, aut si major pars sit redempta a fure, non erit usucapio gregis, quia major pars est furtiva; et quia grex est unum corpus ex distantibus capitibus, ideo singula capita seorsim spectata sunt usucapibilia, et grex universus erit usucapibilis, ac proinde grex poterit vindicari per actionem Publicianam.

Ad §. 1. *Armamenta.*

§. 1. *Armamenta navis singula erunt vindicanda; scapha quoque separatim vindicabitur.*

Navis est ex genere eorum corporum, quæ cohærentia vocantur, et per hanc actionem vindicantur, sicut domus quæ est etiam ex eorum corporum genere. At quemadmodum vindicatione domus, non continentur etiam instrumenta domus, sed sunt singula separatim vindicanda: nec enim instrumenta domus cohærent domui, quasi *συνημμένα*, ita vindicatione navis non continentur armamenta: armamenta sunt instrumenta, quæ navis gratia comparata sunt, sed singula separatim vindicanda sunt: instrumenta navis sunt veluti funes, vela, anchoræ, antennæ, *le bois traversant le mat*, et cetera, quæ sunt armamenta navis; et non dixeris hæc contineri vindicatione navis, quod dicantur esse conjuncta navi, *l. scapham inf. de eviction.* et quasi membra navis. Nec enim sunt *συνημμένα*, cum sine eis per se constet navis: nam etsi navi desint armamenta, non ideo minus est navis; navis exarmata, navis est. Igitur armamenta non sunt *συνημμένα*, vel apertius, non sunt conjuncta armamenta, ut tigna ædibus sunt conjuncta, id est, *συνημμένα*, sed armamenta sunt conjuncta navi, ut ædibus sunt conjuncta, quæ parantur incendii extinguendi causa, veluti centones, aut siphones, aut vela, quæ parantur ne ædes vento: aut pluvia laborent, *l. quæsitum*, §. *si domus*, *inf. de instr. vel instrum. leg.* quæ non sunt ædibus *συνημμένα*, conjuncta tamen dici alia ratione possunt. Igitur navis vindicatione non continebuntur armamenta navis, sed erunt singula separatim vindicanda. Inter armamenta et instrumenta navis vulgus numerat scapham, quæ solet alligari navi magnæ quaque nonnunquam navis magna remigando trahitur, et ita etiam legis Rhodiæ, *c.* 2. *et* 11. Inter instrumenta sive in apparatum navis: quem vocant, *ἐπιχειρίαν et ἐξάρτυσιν*, in vasis navis numerantur etiam *παράβια* quæ nihil aliud sunt, quam scaphæ, sicut et apud Nicetam *νῆες ποταμίαι* explicantur naves fluviatiles, cujusmodi sunt scaphæ. At re vera scaphæ non sunt in instrumento navis. Nam et ista est navis: non ergo distat scapha a navi magna genere; distat tantum mediocritate; at instrumentum a re principali distat semper genere; instrumentum non est quod est ejusdem generis; instrumenta sunt alterius generis, navis non potest esse navis instrumentum: quare a Jurisconsultis recepta est sententia hæc, instrumento navis legato non deberi scapham, *l. ult. in fi. de inst. et instr. leg.* vere scapha non est in instrumento, seu armamentis navis: et ideo multo magis, ut in hoc §. subjicitur, erit scapha separatim vindicanda, nec continebitur vindicatione navis.

Ad §. 2. *Pomponius.*

§. 2. *Pomponius scribit, si quid quod ejusdem naturæ est, ita confusum est, atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum, sed pro parte esse vindicandum: ut puta meum et tuum argentum massam redactum est: erit nobis commune: et unusquisque pro rata ponderis, quod in massa habemus, vindicabimus: etsi incertum sit, quantum quisque ponderis in massa habet.*

Ostenditur in hoc §. rei communis partem vindicari posse pro indiviso, etiamsi incerta sit, id est etiamsi actor liquido non sciat, aut expedire non possit initio litis quanta ea pars sit: incertæ partis vindicationem Prætor permisit ex causa, quoties difficilis est actori, aut pene impossibilis ejus partis certa circumscriptio, *l. quæ de tota*, §. 1. *inf.* incertæ partis vindicatio est si justa causa interveniat, quæ verba fuerunt edicti, et dat exemplum justæ causæ, *l.* 1. *in fi. sup. si par. hær. pet.* Igitur cum res est communis, competit vindicatio pro parte indivisa, etiamsi incertum sit, quanta ea sit. Competit etiam actio communi dividundo; vel ergo agetur in rem actione vel communi dividundo. Res autem est communis, aut voluntate dominorum, aut sine eorum voluntate, ut in exemplo proposito hoc §. si quæ sunt ejusdem naturæ, ita confusa et commixta sunt, ut dissolvi, separari, deduci non possint, ut ubi coiere, diduci non possint: ut si ex meo et tuo argento massa conflata sit, meum et tuum argentum in massam redactum sit, massa est communis, etiamsi non consentientibus nobis hoc acciderit, quod demonstratur in *l. pen. inf. pro soc. l. arbor.*, *comm. divid. l.* 7. §. *voluntas*, *et l.*

quicquid, §. *ult. de acq. rer. dom.* confusio illa et commixtio, quæ fit conflatura, necessario inducit communionem, etiam invitis dominis, quia jam meum argentum a tuo deduci non potest. Competit ergo actio comm. dividundo; competit etiam vindicatio, sed non totius massæ, quia tota mea non est, id est, quia tota ex meo argento conflata non est, sed pro rata ponderis competit vindicatio, licet incertum sit, quantum quisque ponderis habeat in ea massa; sed judex dispiciet, et æstimabit quantum quisque ponderis in ea massa habeat, et quale cujusque argentum fuerit, ut pro rata ponderis et qualitate argenti condemnationem faciat. Vindicatur ergo massa non tota vel a me, vel a te, sed pro rata ponderis, etiamsi incertum sit mihi, vel tibi quantum ponderis in ea massa habeamus, quod tamen exquiret judex et expediet sententia sua, habita ratione qualitatis argenti: fieri enim potest, ut meum tuo fuerit pretiosius; et ait lex, *si confusum, et commixtum fuerit*; non satis habet dicere confusum, sed adjicit commistum: mixtio est motus corporum minorum usque ad minimum contactum, ex qua fit unio, cum scilicet minimum penetrat et induit sese in aliud minimum, quod Aphrodisæus explicat libro περὶ μίξεως, quod valde pertinet ad hanc quæstionem juris. Potest esse confusio sine mixtione; confusio et mixtio communionem pariunt necessario. confusio sola sine mixtione confusionem non parit, ut in exemplo *l.* 5. *in princ. h. t.* si meum et tuum frumentum confusum sit, confusio est sine mixtione, quia singula grana suam speciem et substantiam retinent, nec extremum unius grani coit cum extremo alterius, non est igitur mixtio. Qua de causa in hoc casu dicimus communionem non induci, non esse actionem comm. divid. acervus enim frumenti non est communis, quamvis sit conflatus ex meo et tuo frumento; non est, inquam, actio comm. divid. sed in rem actio in id, in quantum paret in illo acervo suum cujusque esse, ut ait l. 5. quæ sunt verba formulæ, *quod paret in illo acervo suum cujusque esse.* Verbum *paret*, erat olim frequens in formulis, et proprium Jurisconsultorum: unde illud Petronii Arbitri: *Jurisconsultus paret, non paret habeto, atque esto quidquid Servius et Labeo.* Igitur dabitur vindicatio, hac formula: *in quantum paret in illo acervo utriusque esse:* non dabitur vindicatio partis dimidiæ, aut tertiæ acervi pro modo confusi frumenti, id est, non recte intendam partem illam frumenti meam esse, sed hoc modo experiri debeo, *quantum paret in eo acervo meum esse, in tantum condemna eum judex:* nam sicut in grege decem ovium, ut dixi, si quinque capita sint mea, quinque tua, debeo vindicare singula capita quinque, ut est in *l.* 2. *sup.* nec possum vindicare partem dimidiam gregis, quamvis 5. capita sint mea, quia licet 5. capita sint mea, et sit grex 10. capitum, non ideo pars gregis dimidia est mea: nam si pars dimidia gregis esset mea, in singulis haberem partem: at non habeo: nam in tuis 5. nihil habeo. Pars igitur gregis non est mea. Et ita si meum et tuum frumentum sit confusum, vindicabo *quantum paret in eo acervo meum esse*, partem acervi dimidiam vel aliam non vindicabo: quia si pars dimidia acervi esset mea, singula grana essent mea pro parte indivisa, quod est falsum debeo igitur formare actionem, ut proponitur in *l.* 5. hic, non vindicare partem pro indiviso, cum acervus ille non censeatur esse communis, et recte comparavi gregem cum acervo frumenti: nam eorum comparatione utitur Justinianus in §. *quod si frumentum, de rer. divis. Instit.* et ut ostendat communionem non esse, si duorum frumenta sint confusa, utitur eadem ratione, quam attulimus: quod singula grana retineant propriam substantiam et speciem, nec coit minimum unius granum cum grano minimo alterius. Utitur quidem verbo mixti Justinianus, sed lata significatione, non propria: nec enim est proprie mixtio, cum ea coitione non fiat unum: unumquodque enim granum, ut ipse ait, in sua substantia durat: non fit igitur mixtio: et ideo non inducit communionem, nec est actio comm. divid. sed est vindicatio pro modo frumenti, hoc modo: *quantum paret in illo acervo meum esse*, judex tamen æstimabit, quale cujusque frumentum fuerit, et non tantum pro modo frumenti, sed et pro qualitate condemnationem faciet, ut dicitur de massa, et probatur *l.* 4. nam si meum et tuum argentum redactum sit in massam, unusquisque habet vindicationem pro rata ponderis, judex autem condemnat etiam non tantum pro rata ponderis, sed etiam pro qualitate argenti.

Ad L. IV.

Quo quidem casu etiam communi dividundo agi poterit. Sed et furti, et ad exhibendum tenebitur, qui dolo malo confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat: in vindicatione, vel communi dividundo actione hoc amplius ferat, cujus argentum pretiosus fuerat.

Et adjicit lex 4. competere præter actionem com. divid. et vindicationem massæ nomine adversus eum, qui dolo malo conflavit massam, cum sciret argentum meum esse, et action. furti, et actionem ad exhibendum: in actione ad exhibendum ait habendam esse rationem pretii, quia dolo desiit posse exhibere argentum quod meum est, quod conflavit, jam non potest deduci. Igitur dolo fecit quo minus

posset id exhibere, ob id necesse est, ut in actione ad exhibendum habeatur ratio pretii. In actione furti veniet pœna mera. In actione ad exhibend. necesse est ut habeatur ratio pretii, scilicet quanti argentum meum fuerit si hoc maluero, id est, si verum pretium maluero, vel quasi in litem juravero, ut *l. qui restituere, et l. quod si possessor hoc titulo, l. 3. §. præterea, l. Julianus ad exhib. l. 2. in action. et l. pen. inf. de in lit. jur.* nam hæc semper intervenit condemnatio in actione ad exhib. adversus eum qui dolo malo fecit, quo minus possit exhibere, ut damnetur pretii nomine, id est quanti ea res, fuerit vel pretii nomine, id est quanti æstimaverit actor juratus, at si dolus malus conflatoris absit, cum suum et meum argentum conflavit, et in massam redegit, erit tantum adversus eum actio com. divid. aut vindicatio, in qua actione non veniet pretium, ut in actione ad exhib. sed veniet res ipsa in restitutionem, id est, si massa dividatur, ut massæ partem ferat, vel majorem partem ferat ex massa, cujus argentum melius et pretiosius fuit: etiamsi ex utraque parte pondus æquale intervenerit, ut si mea libra argenti cum tua conflata sit, et meum argentum fuerit pretiosius, ex massa officio judicis feram majorem partem, quia non tantum ponderis, sed et bonitatis æstimatio fit. Ait præterea in §. *ult. l. 3.* si ejusdem naturæ est, id est, ejusdem generis ut cum argentum miscetur argento, vel cum frumentum frumento confunditur, quibus casibus quid sit statuendum diximus. Sed quid dicemus, si quæ sunt confusa, sint diversæ naturæ, diversique generis? distinguendum est: aut deduci et separari possunt. aut non: si non possunt deduci aut separari, id est reduci in pristinam materiam: ut si ex meo ære et tuo auro conflata sit massa, quod proponitur in §. *sed si deduci, l.* 5. materiæ non fuerunt ejusdem generis, et non possunt deduci ab aurificibus, si non possit deduci æs ab auro, ut non potest salva utraque materia, quin intereat æs, necesse est ut statuamus massam fieri communem, et competere actionem comm. divid. et vindicationem pro parte non totius massæ, cum sit communis. Aut deduci et separari possunt, ut si argentum cum plumbo commixtum sit, non existimatur esse difficilis separatio: et ideo hoc casu non inducitur communio, nec competit actio comm. divid. Idem dicemus, si meum æs et tuum argentum commixtum sit; nam et horum metallorum non existimabitur difficilis separatio, *l. locus §. pen. de acq. rer. dom.* Cum igitur metalla diversæ naturæ redacta sunt in unam massam et possunt separari, et redire in pristinam materiam, non inducitur communio: competit tamen vindicatio cuique suæ materiæ, §. *sed si plumbum.* In his omnib. casibus confusio, et commixtio non mutat dominium, sed uniuscujusque materia manet pro indiviso: unusquisque materiam habet pro parte indivisa, si deduci et separari non possit: vel pro diviso, si deduci possit, vel si confusio fuerit sine commixtione. Et hoc ideo, quia materia manet, licet sit confusa: et species pristina manet, et confusione non est perempta, ut si meum argentum cum tuo mixtum sit, non est perepta materia utriusque, aut si plumbum cum argento, vel æs cum auro. Quid ergo dicemus si confusione perempta sit materia, ut si ex meo vino, et tuo melle mulsum factum sit: jam neque est vinum neque mel: confusione, extincta est materia. Quæritur utrum mulsum sit commune? Idem quæritur si ex mea et tua lana vestimentum sit confectum, vel si ex meis et tuis unguentis vel odoribus confectum sit collyrium et emplastrum: confusione hac est extincta pristina materia, confecta specie nova, id est, mulso, vestimento, aut emplastro. Cum metalla, rediguntur in massam, non conficitur species nova. Itaque pristina materia manet. Sed cum conficitur species nova, necesse est consumi pristinam materiam. Unde dubitatur, an sit communis ea species, an commune mulsum quod ex tuo vino et meo melle confectum est: quidam dicebant esse commune, at l. 5. §. 1. definit mulsum ejus esse, qui id fecerit: quod ita accipiendum est, quum quis de vino suo, et meo melle mulsum fecit, aut cum quis de suis et meis odoribus collyrium fecit: species illa nova illius est pleno jure, quia ipse eam fecit, et præterea partem materiæ suæ contulit, *l. quicquid §. 1. de acq. rer. dom. §. quod si frumentum, et §. quod si partem, Instit. de rer. divis.* Sed si casu hoc acciderit, aliud est: nam si meum mel casu cum tuo vino mixtum sit, mulsum erit commune: aliud est si feceris mulsum, aliud si casus fecerit: nam si tu feceris mulsum, collato vino tuo, et sumpto melle meo, mulsum erit tuum, sed si casus mulsum fecerit, mulsum erit commune, quia quæ ita coiere, dissolvi et separari non possunt, non potest vinum a melle separari, non possunt odores semel mixti ab odore separari. Idem statuo in collyrio et lana. Si igitur tertius quidam ex mea et tua lana vestimentum fecerit, vestimentum erit commune, ac si casus quidam fecisset: quia lana a lana separari non potest: sed si possunt separari, quæ a tertio quodam confusa sunt, nova species non est ejus qui fecit, sed nec communis: ut si ex meo argento et suo ære scyphum Titius confecisset, non est communis, quia scyphus potest redire in pristinam materiam, dissoluto ære ab argento, *l. lacus §. ult. de acquir. rer. dom.* Ceterum *l.* 5. §. 1. *inf.* indicat

hac in re fuisse controversiam inter prudentes, cum confusione perimitur materia, et nova enascitur species; cum de confusione unius nascitur species nova: nam alii existimabant speciem novam fieri communem, alii ejus qui fecisset speciem. Sed conclusio illa est certior et omnino obtinuit, ut fiat species nova ejus, qui eam fecit, et contulit partem materiæ: nam aliud est, si casus vel tertius quidam fecerit, et similiter fuit controversia inter prudentes, cum quis facit speciem novam omnino ex aliena materia, nihil conferens de suo, ut cum quis de alienis uvis vinum confecit, nihil conferens de suo: vel ex alieno vino, et melle mulsum: nam fuit, quæstio, an species nova esset ejus, qui fecisset, an ejus cujus esset materia, de qua tractabitur *l.* 7. §. 5. *de acq. rer. dom.* et in *l.* 5. §. 1. *h. t.* nam hujus loci quæstio propria erat tantum de confusione, et commixtione materiæ duorum. At in *l.* 3. §. *ult.* Pomponius scribit, si quid quod ejusdem naturæ est, id est, ejusdem generis, ut mox exemplo declarat, si meum et tuum argentum in massam redactum sit, nihil refert tu redegeris, an ego, an alius quidam, an incendii forte casus: nam quoquo modo id acciderit, massa fit communis inter me et te, quia materiæ de integro segregari non possunt: et idem erit si materiæ ejusdem generis non fuerint, ut in §. *sed si, l.* 5. *si* æs meum et aurum tuum mixtum fuerit, erit massa communis, quia separari non possunt et in pristinam formam redigi, et redire. Fulgosius et Alciatus falsi videntur, qui scribunt hæc hodie separari posse vi aquæ illius admirabilis aurificum, quam vocant fortem aquam: nam hodie etiam æs ab auro separari non potest, utraque materia manente salva, sed dum volunt educere aurum purum, adhibita illa aqua, evanescit æs: itaque non fit separatio, cum unum tantum educatur, alterum fugiat in auras. Peritiores autem videntur fuisse nostris aurifices antiqui in hac re, qui separabant argentum a plumbo, vel ab ære, ut in *l.* 6. §. *sed si*, *et l. lacus* §. *ult. inf. de acqu. rer. dom.* quod tamen hodie nequeunt efficere: nam si volunt argentum educere et conservare, perdunt plumbum et æs qualecunque fuerit, sive coronarium, sive ductile, sive caldarium. At retro videntur etiam nostri hac in re esse peritiores veteribus, quod vi aquæ illius mirabilis separent aurum ab argento sine detrimento ullo, quod veteres non potuisse præstare ex eo liquet, quod si aurum et argentum confusum sit, et ita factum ex commixtione utriusque, quod dicitur electrum; electrum enim fit ex auro et argento, quod significatur Silii Italici lib. 1. *hic omne metallum.*

Electri gemino pallent de semine venæ.

Cum igitur ex auro et argento factum est electrum, definit §. *si duorum, de rer. divis.* massam communem fieri, videlicet cum ea confusio casu contigit. Cur fit communis, nisi quia materiæ rursus resolvi non possunt, nisi quia aurum ab argento segregari non potest quod tamen hodie facile fit: ergo ait in §. *ult. Pomponius scribit*, *non totum sed pro parte esse vindicandum*, pro parte tamen indivisa scilicet, quia massa est communis. Notandum ex postremis verbis, unumquemque nostrum vindicare posse incertam partem pro indiviso, id est, posse vindicare partem massæ, etiamsi non sit certum quantum quisque ponderis in ea massa habeat: hoc enim expediet judex, §. *curare, Inst. de action.* etiamsi sit actum de incerta quantitate. In hac igitur specie judex condemnabit pro rata ponderis certa, habita etiam ratione qualitatis argenti cujusque: nam hoc judicio minus feret cujus argentum vilius fuerit: amplius feret ex massa, cujus argentum pretiosius fuerit: ergo non tantum ponderis, quod cujusque fuit, sed etiam qualitatis materiæ habenda ratio est officio judicis. Quia autem massa est communis, consequens est præter actionem in rem; esse etiam inter me et te actionem communi dividundo, et hoc est, quod subjicit *l.* 4. *etiam communi dividundo agi poterit.* Sunt ergo duæ actiones, vindicatio, et communi dividundo: adjicit adversus eum, qui dolo malo et lucri faciendi animo ex suo et meo argento conflavit massam, venire actionem furti in duplum pœnæ nomine: dari quoque actionem ad exhibendum, puta ut exhibeat argentum meum: quod cum non possit facere: nec enim potest argentum ab argento separari idem quod fuit ante, et cum dolo desierit hoc posse facere, scilicet exhibere, dolo malo alienum argentum conflando cum suo: ideo necesse est, ut in actione ad exhib. fiat condemnatio, pretii scilicet, quanti actor juraverit in litem, ut fit in actione ad exhibendum: et recte Accursius interpretatur, vel quanti argentum fuerit re vera, si actor nolit jurare, *l. quod si possessor*, *inf. h. t.* ergo in actione ad exhibendum habetur ratio pretii quod fecerit actor jurejurando in litem: vel si nolit jurare, sunt enim plerique qui nolunt semet ne in bona quidem causa devovere, habebitur ratio veri pretii. In actione autem communi dividundo, et in vindicatione res ipsa veniet, non pretium, id est, ex massa communi vindicabitur portio, et restituetur tanto major minorve, quanto argentum pretiosius aut vilius cujusque fuerit: et hoc est quod ait *l.* 4. Sed et furti, et ad exhibend. tenebitur, qui dolo malo *confundendum id argentum curavit: ita ut in ad exhibendum actione pretii ratio haberi debeat*: quia idem argentum quo minus exhiberi possit dolo malo fecit: rem alienam

contrectando desiit posse exhibere, et pretii, id est, quanti juraverit, vel quanti argentum fuerit, si nolit jurare. In vindicatione, val communi dividundo actione hoc amplius feret ex massa, scilicet cum argentum pretiosus erat: rem ipsam igitur feret.

Ad L. V.

Idem Pomponius scribit; si frumentum duorum non voluntate eorum confusum sit: competit singulis in rem actio in id, in quantum paret, in illo acervo suum cujusque esse; quod si voluntate eorum commixta sunt: tunc communicata videbuntur, et erit communi dividundo actio.

In l. 5. agitur de acervo frumenti, cujus longe est alia ratio, quam massæ: nam confusa duorum frumenta mixta dicuntur improprie, quia non fit mutuus contractus minimorum in acervo, intercedit aer, in massa nihil intercedit, sed minimum quodque argenti mei penetrat in minimum quodque argenti tui, quod non ita fit in granis. Quapropter massa fit communis, non tam sponte nostra, quam necessario. Acervus non est communis, et nihil interest confusa sint frumenta ab uno a nobis, an casu: nec enim fit acervus communis, nisi confusa sint nostra voluntate, sed unusquisque vindicat *quanti paret in illo acervo suum cujusque esse*: id est, unusquisque vindicat suum frumentum, sive modum frumenti sui, non acervi partem indivisam, quia acervus non est communis. Verum huic sententiæ de frumento duorum confuso opponit Accursius *l. si alieni inf. de solut.* quæ loquitur de pecunia duorum confusa: lex vero quinta de frumento duorum confuso, utriusque videtur eadem esse ratio: quia ut in frumento duorum confuso non fit commixtio, usque ad contactum mutuum minimorum, sed intercedit aer inter granum, et granum, et minimum: et tamen aliud in d. l. videtur in pecunia responderi, quam hic respondeatur in frumento. Species est: quidam creditori suo solvit alienos nummos: nummi extant, manent in dominio ejus cujus fuerunt, et vindicari possunt ab eo qui accepit, cum ei solverentur alieni nummi. Sed finge: debitor suis nummis mixtos habuit alienos nummos: qui centum debebat, habuit in funda sua mixtos centum nummos, ex quibus sexaginta erant alieni, reliqui sui, quos ita permixtos solvit creditori: lex ait, eos fieri creditoris, et non posse ab eo qui fuit eorum dominus vindicari. *Si*, inquit, *mixti sunt* alienis, id est, nummis debitoris, atque ita solverit, quod debebat creditori, solutum fit accipientis, sed qui fuit dominus, habebit actionem furti adversus eum qui solvit, si furandi animo eam pecuniam contrectaverit, vel actionem ad exhibend. vel in factum actionem: quam pecuniam non amittit, qui actionem habet adversus eum qui solvit, sed amittit suum dominium. Igitur confusione meorum nummorum cum tuis: ita concluditur jure, amitto meorum dominium, cum tamen hic dicatur confusione frumenti mei cum tuo, me mei non amittere dominium. Nec est cur sequaris solutionem Accurs. qui ait, id esse singulare in pecunia. In frumento cur idem non statuas? finge: tu debes Titio frumenti modium: solvis modium frumenti qui erat mixtus ex meo et tuo, an non fiet modius creditoris: sic videtur, neque tamen hoc pugnat cum hac lege: nam multum interest utrum acervi hujus rei tibi aut mihi dominium acquiratur, an creditori, cui solvitur: nam si meum frumentum mixtum sit cum tuo mei nummi cum tuis, et quæratur de dominio, an sit meum vel tuum pro solido vel pro qua parte: dicam neque tuum esse, neque meum pro solido, neque pro parte indivisa: quia acervus frumenti vel pecunia non est communis, sed unumquemque pro modo sui frumenti, suæve pecuniæ dominium retinere. Nunc si quæras de tertio, non de te, an ei acquiratur dominium, ut si cum mea et tua pecunia esset confusa, aut meum et tuum frumentum esset confusum, tu modium frumenti quem debebas, solveris creditori tuo, vel pecuniam, quam debebas solveris creditori tuo: propter tuam pecuniam creditor acquiret et meam, cui solvisti tuam: atque ita creditor dominium acquiret pecuniæ ei solutæ. Denique confusio frumenti vel pecuniæ, quæ mihi aut tibi non parat dominium in solidum, vel pro parte indivisa, creditori qui suum recepit, dominium parat: sed est semper mihi in te actio, qui meam pecuniam cum tua temere confudisti, et solvisti creditori, tuo, ait lex quinta: *si non voluntate eorum*, puto unius tantum voluntate, vel casu. *In rem actio: non pro parte indivisa*, quia acervus non est communis. *In quantum paret*: est formula actionis.

Ad §. 1. Idem scribit.

§. 1. *Idem scribit; si ex melle meo et vino tuo factum sit mulsum: quosdam existimasse, id quoque communicari, sed puto verius, ut et ipse significat, ejus potius esse, qui fecit: quoniam suam speciem pristinam non continet.*

Dixit supra de rebus, quæ sunt ejusdem generis et naturæ, ut si de meo et tuo argento confusio facta sit; nunc incipit tractare de his, quæ sunt diversi generis: et hæ res vel confusione priorem speciem amittunt, et novam suscipiunt, vel priorem speciem retinent, etiam post confusionem. Et de his quæ confusione priorem speciem amittunt, et novam suscipiunt, tractatur in hoc §. ut si ex

meo melle et tuo vino factum sit mulsum, exstinguitur et mel et vinum, et nova oritur species, nempe mulsum: hoc casu multum interest utrum ego fecerim mulsum, an casus, nam si ego fecerim mulsum ex tuo melle et meo vino, mulsum meum fit pleno jure, quia operam dedi, et præterea contuli partem materiæ. Quid igitur? an tu amittes tuum mel? minime: nam etiamsi mulsum meum sit in solidum, quia feci: tamen mellis tui nomine potes adversus me experiri utili actione in rem ad mellis æstimationem, vel actione in factum, vel retentione mulsi, si mulsum possideas, argumento §. *cum ex aliena*, *Instit. de rer. divis. l. si mulier*, §. *ult. et sequentib. de donat. int. vir et uxor.* Sed si casus fecerit mulsum, vel tertius quidam, dicemus mulsum fieri commune, quia de integro segregari non potest vinum a melle; quæ distinctio probatur §. *quod si partim*, *et* §. *si duorum*, *Institut. de rer. divis.* Idemque erit si ex meo auro et tuo argento tertius quidam fecerit electrum, vel casus incendii; nam erit electrum commune, quia separari tum non poterat aurum ab argento. Sed hodie quia separari potest aurum ab argento sine detrimento, dicemus electrum non fieri commune, sed mihi mei auri, et tibi tui argenti vindicationem competere. Deinde tractat §. si ex meo et tuo vino factum sit mulsum a te vel a me, non casu, aliter pugnaret §. *si duorum*, *de rer. divis.* cujus sit mulsum: et ait, rejecta quorundam sententia, ejus potius esse qui fecit, quia speciem pristinam non retinet, id est quia exstincta est prior materia, et nova species effecta est.

Ad §. *2. Sed si plumbum.*

§. 2. *Sed si plumbum cum argento mixtum sit, quia deduci possit, nec communicabitur, nec communi dividundo agetur, quia separari potest: agetur autem in rem actione. Sed si deduci, inquit, non possit, ut puta si æs et aurum mixtum fuerit, pro parte esse vindicandum. Nequaquam erit dicendum, quod in mulso dictum est, quia utraque materia, etsi confusa, manet tamen.*

In hoc §. tractat de iisdem rebus diversi generis, quæ confusione priorem materiam, seu speciem retinent, in quibus non est distinguendum, utrum res eas confuderit unus ex dominis, an casus, sed distinguendum utrum possint separari, vel non. Nam si separari possint, ut si meum plumbum et tuum argentum sit confusum, quia possunt separari, non erit massa communis, sed unicuique competet vindicatio suæ materiæ, mihi vindicatio plumbi, tibi vindicatio argenti, non vindicatio partis massæ, quia non est communis: possunt enim separari, quod proprie Stoici, seu Chrysippus vocant κρᾶσιν, seu κρᾶσ α, quæ proprie est quoties quæ confusa sunt de integro separari possunt, Aphrodisæus lib. de mixtione. Sed si separari non possunt, ut si æs meum cum tuo auro mixtum sit, quæ metalla deduci et separari non possunt sine detrimento necessario, aut consumptione æris, massa fit communis inter me et te, et dabitur vindicatio non totius massæ, sed partis pro indiviso; et hoc est quod ait in §. *sed si plumbum*, *agetur in rem actione*, id est, separatim vindicabit quisque suam materiam, quia extat materia licet confusa. *Pro parte esse vindicandum*: indivisa scilicet, non tota, quia communis est pro indiviso, ut *l.* 3. §. *ult.* dixit, non totum, sed pro parte esse vindicandum, ubi etiam massa fit communis propter difficultatem deductionis. *Nequaquam erit dicendum.* Alciatus male hæc verba conjungit cum superioribus, sunt enim separatim legenda ita: *nequaquam er. dic.* et res sic explicanda. Cum plumbum meum cum argento tuo, vel cum æs meum cum tuo auro commiscetur, non est dicendum, massam fieri ejus qui confudit, sicut dictum de mulso, mulsum scilicet fieri ejus qui fecit. Quod igitur dicendum est? hæc est interpretatio Accurs. dicendum est, hoc casu quemque suæ materiæ dominum manere, si resolvi possint, vel massam fieri communem, si resolvi non possint: non autem totius massæ dominium est adjudicandum conflatori: et addit rationem differentiæ: quia utraque materia, puta, æs et aurum, plumbum et argentum, etsi conflata sit, manet tamen; quod non ita est in mulso; quia ex melle et vino confecto mulso extinguitur vinum et mel, et nova species confecta est, nempe mulsum; quod non ita est si fiat massa ex plumbo vel argento, vel ex auro et ære: nam in ea massa permanet æs et aurum, quamvis confuse, permanet plumbum et argentum; et recte dixeris naturam massæ esse æs et aurum, cum conflata sit ex utroque, ut Aristoteles docet in 5. Metaphysic. Recte dixeris elementa esse naturam corporis, quia ipsa permanent, nec mutantur, vel mutabuntur; et idem etiam statuæ naturam esse ait æs, nec mutari. Sic igitur in massa conflata ex plumbo et argento, permanent plumbum et argentum, et dicimus massam esse plumbum et argentum, quod tamen in mulso non possis dicere, in mulso permanere vinum et mel; mutata enim eorum est natura: et ob id non idem quod in mulso statuendum esse ait recte.

Ad §. *3. Idem scribit.*

§. 3. *Idem scribit, si equam meam equus tuus*

prægnantem fecerit: non esse tuum, sed meum, quod natum est.

Quæ adjicit postea sunt facillima, nec sunt de confusione aut commixtione: quid enim facilius, quam ut quod ex tuo equo et equa mea nascitur meum sit? Hoc est juris gentium, ut quæ ex nostris animalibus nascuntur nostra fiant, ut quod nascitur ex tuo servo et mea ancilla meum fiat, *l. hujusmodi*, §. *legatum*, *inf. de legat.* 1.

Ad §. 4. *De arbore.*

§. 4. *De arbore, quæ in alienum agrum translata coaluit, et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.*

Quid etiam facilius, quam quod subjicit de arbore? Arborem meam quæ in tuo fundo coaluit, id est, quæ ibi radices egit, tuam fieri, ut superficies cedit solo, id est, inædificatum cedit solo: satum cedit solo: ita etiam plantatum si radices egerit, cedit solo: sed si arbor mea, quæ est translata in tuum fundum, ibi nondum coaluerit: nondum radices egerit, mea permanet, nec videtur tua effecta: verum competit mihi arboris vindicatio directa, quia mea esse non desiit, cum in tuo solo non coaluerit. Quod si coaluerit, mihi non competit vindicatio directa, quia mea esse desiit jure gentium, sed competit utilis rei vindicatio, vel potius in factum quæ solent concurrere ad æstimationem arboris, ut in mulso dictum est supra: cum ex meo melle et tuo vino mulsum feceris, tuum est. Sed mihi dabitur utilis vindicatio vini mei, aut mellis.

Ad §. 5. *Cum in rem.*

§. 5. *Cum in rem agatur, si de corpore non conveniant, error autem sit in vocabulo, recte actum esse videtur.*

Quid etiam facilius, quam quod ait, errore nominis non vitiari actionem? Ego vindico Stichum, qui tamen vocatur Eros; non ambigitur de corpore, convenit inter actorem et reum de corpore; error igitur nominis nihil officit; notanda sunt illa verba, *si de corpore convenerit*, inter actorem et reum scilicet, ut his verbis explicetur quod dicitur in fine *d. legis.*

Ad §. 6. *Si plures.*

§. 6. *Si plures sint ejusdem nominis servi, puta plures Erotes, nec appareat de quo actum sit: Pomponius dicit, nullam fieri condemnationem.*

Si duo sunt servi ejusdem nominis, puta duo Stichi, et vindicetur Stichus, nec appareat de quo agatur cum reus possideat duos Stichos, nullam fieri condemnationem, Pomponius opinatur: cujus sententiæ fuit etiam Aristo, *l. inter*, §. 1. *inf. de verbor. oblig.* Sed ut ibi Aristo reprehenditur, sic et hic Pomponius reprehendendus videtur; referuntur pleraque in Pandectis, quæ non probantur. Verum hic distinguendum est; aut dissentiunt litigatores in re de qua agitur, aut ambigua est oratio actoris: priore casu si constat eos dissentire in corpore de quo agitur, actorem sentire de uno, reum de altero, videtur Pomponius; ut Aristo, existimasse, nullum judicium esse, nullam fieri condemnationem posse. quia scilicet sicut convenire olim litigatores debebant in judicem, ut declarat Cic. pro Cluentio, ita convenire eos debere in rem de qua agetur, et nisi conveniant inter se, ratum judicium non esse: nam hæc videtur sententia Pomponii; et cum dicit, *nec appareat de quo actum sit*, id est, si non conveniant in corpore, ut superiori §. sed hoc falsum est, convenire debere litigatores in corpore, de quo agitur, quia ut ait *lex inter* §. 1. judicium redditur in invitum, id est, reus judicium suscipit invitus, qua de re non vult, alioquin negaret semper reus se consensisse in eam rem, et essent illusoria plerumque judicia. Quapropter non est necesse, ut reus consentiat. ut litigatores conveniant de corpore, de quo agitur: satis est si constet de quo senserit actor: cum igitur duo sunt Stichi, non est inane judicium, quia is venit in judicium de quo actor sensit, et is petitus videbitur de quo actor senserit, nec spectatur opinio vel sententia rei, sed tantum actoris, quod non ita est in contractibus: nam convenire debent in corpore: nam si stipulator sentiat de uno, promissor de altero, nihil agetur: nam hæc negotia, id est, contractus habentur inter volentes, judicia redduntur in invitos; et multo magis eadem ratio intervenit in ambigua oratione. Finge; non constat dissentire litigatores de corpore de quo agitur; sed ambigua est oratio, non potest eam explicare quisquam: quæ est communis interpretatio hujus §. *ult.* quam amplecti debet qui non vult Pomponium reprehendere. Finge actorem Stichum petiisse, et decessisse pendente lite; non est qui explicet de quo senserit actor, qui petiit Stichum cum essent duo Stichi; hæres etiam ejus hoc expedire non potest nescius voluntatis defuncti, irritum erit judicium; sed si actor sit qui hoc possit explicare, ejus sequemur interpretationem. In oratione ambigua sequimur quod actor voluit et sensit, quodque se sensisse profitetur, *l.*

si quis, sup. de judic. l. in ambiguis orationibus, inf. de reg. jur. Ergo facimus interpretationem in judiciis secundum actorem; ergo secundum eum qui usus est ambigua oratione. Interpres est ambiguæ orationis, qui ea usus est, quod non ita fit in contractibus: nam fit interpretatio adversus eum qui ambiguæ locutus est: nam cur non dixit apertius, et fit secundum eum cum quo locutus est, id est, non ex sententia ejus qui locutus est, et sermonem habuit, sed ex ejus cum quo locutus est, *l. veteribus, sup. de pact.* Igitur fiet interpretatio contra venditorem. Finge vendidit fundum, et dixit Stichum accessurum, cum essent duo Stichi, quis debebitur? an is de quo sensit venditor, vel de quo emptor? non debebitur is de quo sensit venditor, sed debebitur is quem voluerit emptor, *d. l. veterib. l. Labeo 21. de contrak. empt.* Sed refragari videtur lex *si in emptione, inf. eod.* quæ dicit eum Stichum deberi, de quo venditor sensit. Accursius ita distinguit: aut legem dixit venditor, aut emptor, id est, aut venditor dixit accessurum Stichum, aut emptor: si venditor legem dixit, interpretatio fit adversus venditorem, id est, debebitur quem volet emptor, sed si emptor dixit interpretatio fiet adversus emptorem, id est, is debebitur de quo venditor sensit; et ita accipitur ab Accursio d. lex. *si in emptione*, ut intrepretatio fiat adversus eum qui legem dixit; ergo adversus venditorem, si legem dixit venditor, adversus emptorem, si legem dixit emptor ex *d. l. veteribus.* Verum indico errorem subesse in *d. l. si in emptione*, et ita scribendum esse; eum Stichum deberi, quem emptor intellexerit, emptoris, pro venditoris nomine restituto; quod etiam indicant verba quæ subjunguntur. Plerasque enim res emimus propter accessiones. Id non animadvertit Accursius, qui existimavit, legem nonnunquam dici ab emptore. Sed erat nobis compertum, venditorem semper legem dicere. Nullam legem dicit emptor, venditor est auctor venditionis, ut auctor locationis est locator, nullam legem dicit conductor, *l. qui fundum, de contrah. empt.* Similiter venditor dicit accessuram aquam, nec potest proferri locus, quo emptor legem dicat venditori: nam certa est ratio incundorum contractuum, quæ nunquam mutatur, et unus est ineundi contractus finis, alioquin non esset differentia inter do ut facias, et facio ut des, nisi ratio ineundi contractus spectaretur. Venditio initur semper a venditore, et ob id semper dicitur emptio venditio: non recte venditio emptio. Sic locatio conductio, non conductio locatio. Nam auctor venditionis, quique leges dicit venditioni, venditor semper est, et stultum est quod ait Accursius, emptorem legem dicere.

Ad L. VI.

Si in rem aliquis agat, debet designare rem: et utrum totam, an partem, et quotam petat; appellatio enim rei non genus, sed speciem significat. Octavenus ita definit: quod infectæ quidem materiæ pondus, signatæ vero numerum; factæ autem speciem dici oportet. Sed et mensura dicenda erit, cum res mensura continebitur. Et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere nobis petamus: utrum numerum eorum dicere debebimus, an et colorem: et magis est, ut utrumque: nam illud inhumanum est, cogi nos dicere, trita sint, an nova. Quamvis et in vasis occurrat difficultas, utrum lancem duntaxat dici oporteat: an etiam quadrata, vel rotunda, vel pura, an cælata sint; quæ ipsa in petitionibus quoque adjicere difficile est; nec ita coarctanda est: licet in petendo homine nomen ejus dici debeat, et utrum puer, an adolescens sit; utique si plures sint; sed si nomen ejus ignorem, demonstratione ejus utendum erit, veluti, qui ex illa hæreditate est: quia ex illa natus est: *item fundum petiturus, nomen ejus, et quo loci sit; dicere debebit.*

Proponit initio eum qui agit in rem, debere rem designare, quod est ἀφορίζειν, et specialiter eam definire seu designare, utrum totam petat, an vero partem: et quotam partem: id est, an tertiam, an quartam, an dimidiam: male Accurs. *quotam*, id est, pro indiviso, et partem, id est, pro diviso: imo pars est, seu pro diviso, seu pro indiviso, quæ si petatur, et quota petatur dici debet, puta tertia vel quarta; explicatur etiam deinde latius quid exprimere debeat, qui in rem agit; qua de causa dicitur ab interpretibus hanc leg. esse de formula actionis, vel conceptione libelli, in quo rem certam designare oportet; idem fit in actione ad exhibendum, quæ huic est persimilis: nam actio ad exhibendum propter vindicationem datur: quo magis enim res vindicari possit exhibenda est: et ideo recte diciturationem exhibitoriam esse præparatoriam vindicationis, sicut interdictum de liber. exhib. est interdictum præparatorium de liberis ducendis: quo enim magis duci possint, exhibendi sunt, *l. 3. §. 1. inf. de lib. exhib.* sed et hoc quidem definiri debet, et designari, ut sciatur certo, qua de re agatur in omnibus actionibus tam in personam, quam in rem, quod et hac lege significatur illo loco, *et si vestimenta nostra esse, vel dari oportere, etc.* notantur duo genera actionum in rem, quibus vindicamus, id est asserimus rem nostram esse, et in personam, quibus intendimus dari aut fieri oportere: in his omnibus certo debet designari id quo de agitur; observandum est hanc

leg. fuisse coaptatam §. *ult.* superioris legis, ex qua connexione constabit, quis sit verior et certior sensus dicti §. *ult.* usque ad finem legis sextæ. Cum petitur homo, si erratum sit in nomine, errorem nihil nocere, quod scilicet soleret deberetque exprimi nomen hominis qui peteretur: sed si erratum fuerit in nomine, forte hominis, monet errorem hunc nihil obesse actori, modo inter litigatores conveniat de corpore: quod et generaliter in omnibus negotiis observatur; error in nomine non corrumpit legatum nec stipulationem: et inde subjicit: quod si forte petatur Stichus a possessore, et duos possideat Stichos ejusdem nominis, et non appareat de quo Sticho actum sit, nullum esse judicium, nullam exinde sequi condemnationem posse; an id ita interpretabimur, id est, ut si de alio sentiat actor, de alio reus: nullum sit judicium, nulla condemnatio? minime: nam etsi de alio Sticho senserit actor de alio reus, is veniet in judicium et condemnationem, de quo actor sensit, *l. inter*, §. 1. *inf. de verb. oblig.* Rursus an id ita interpretabimur, ut si ambigua sit intentio actoris, ut cum petit Stichum, et duo sunt Stichi, nec demonstrat quem petat: an cum ita est ambigua intentio actoris, dicendum est nullum esse judicium, nullam fore condemnationem? minime: nam explicare hanc ambiguitatem actor potest, et uti dixerit seu exposuerit de quo sentiat, is veniet in condemnationem, *l.* 66. *si quis intentione, sup. de jud. l. in contrahenda inf. de reg. jur.* Sed si forte actor qui ambigue locutus est ambiguitatem non explicavit, et ea non explicata mortuus fuerit, necessario dicendum est nullam sequi condemnationem posse, ut in *d.* §. *ult.* quia non præstitit quod debuit, id est, rem de qua agitur: non designavit, quam utique designare debet, vel in ipsa formula, vel si ambiguam formulam dederit, in judicio, ipsa pendente lite, quod tamen Accur. non admittit: nam putat rem quæ vindicatur, esse designandam in libello, et sero designari post editionem libelli, quod non probatur; nam si actio ipsa etiam postea quam edita est, et post litis contestationem emandari atque etiam mutari potest, ut in *l.* 3. *C. de eden. l. in delictis*, §. *si detracta, inf. de noxal. action.* cur non poterit, ambiguæ actionis sive formulæ obscuritas explicari etiam post editionem actionis, vel contestationem litis? nam ambigua intentio admittitur: si quis intentione ambigua usus fuerit, frustra admitteretur, nisi separetur ejus explicatio, nisi ex processu litis spes esset fore ut certior et clarior intentio redderetur: si ergo homo vindicatur, vel condicitur secundum præscriptum hujus legis, maxime nomen ejus exprimi debet, cum plures servos possidet is cum quo agimus: et ætas ejus etiam exprimi debet, utrum puer sit, an adolescens, vel etiam qua alia demonstratione designari, et secerni a ceteris servis debet, ut intelligatur quis homo sit is de quo agitur: demonstratio vice nominis fungetur; ubi demonstratio est certa nihil opus est nomen exprimi, *l. certum, inf. de reb. cred.* et cum forte est unus servus, id est, cum is cum quo agimus, unum tantum servum possidet, jam nec alia demonstratione est opus. Satis aperte vindicatur si ita vindicetur: ille homo qui apud te est, meus est, *l.* 3. *inf. de liber. et post.* quod et hic Acc. notavit: satis nominat Socratem, qui nominat filium Sophronisci, cum unus ei fuerit filius Socrates. Igitur non est opus hic nomen exprimi, aliamve apponi demonstrationem. Sed cum sunt plures servi qui possidentur ab eo unde petitur servus, necesse est uti ejus nomine proprio, atque etiam ejus ætatem demonstrare, vel alia demonstratione uti puta: ille qui est ex illa hæreditate, ille qui natus est ex illa ancilla. Et ita in vindicatione fundi necesse est fundi nomen exprimi, et non tantum nomen, sed quo res sit certior, quo loco sit fundus, quod ait aperte in fine hujus legis. Inde est in illa formula apud Ciceronem: *Fundus Caprelates, qui est in agro qui Sabinus vocatur, meus est*, qua formula nomen fundi exprimitur, et quo loco sit. Omnino igitur in actione in rem et in personam, rem certo designari oportet: et quamvis hæc actio dicatur actio in rem vel vindicatio rei: tamen rei verbum hac appellatione non significat genus, nec generaliter accipitur, sed speciem certam, sicut in actione injuriarum injuria non significat genus, sed speciem certam: nam et eum qui agit injuriarum, dicere oportet certo quidnam injuriæ factum sit, id est, quam se injuriam passum contendat exprimere oportet: quod magni interest exprimere palam; quia ex eo sæpe dignoscitur an recte agatur injuriarum necne: nam si forte agatur injuriarum in patronum, et sit levis injuria, inanis est actio: sed si atrox, sæva, et servilis sit injuria, recte agetur injuriarum: expressa igitur specie injuriæ, recte necne agatur injuriar. protinus cognoscet Judex seu Prætor a quo actio petitur: et non oportebit etiam in actione injuriarum ἐπαμφοτερίζειν, id est, ambiguum et ancipitem esse, puta, scribendo subalternative, *illud*, aut *illud*; *quia me verberavit*, aut *vulneravit*: non recte sic agitur: sed debet dicere actor præcise illam se injuriam ab illo passum, non illam aut illam, *l. Prætor in princ. et* §. *Labeo, inf. de injur.* Ita in vindicationibus non oportet ἐπαμφοτερίζειν, id est, alternare, sed oportet præcise dicere quid vindicem: neque enim recte vindicabo illum aut illum hominem; hoc est in vindicationibus generale: nam in vindicationibus semper est electio vindicantis: utrumque non potest ei præstari, cum et ipse pe-

tat utrumque disjunctim, cur non ipse initio elegit unum quod vindicet? cur mavult ἐπαμφοτερίζειν; sed in actionibus in personam distinguendum est: nam electio vel actoris est, vel rei, quoties debetur illud aut illud: si electio est actoris, unum præcise in judicium deducere debet, non utrumque sub alternatione. Cum vero electio est rei aut debitoris, ut in stipulatione quoties quis promisit illud aut illud, vel in legato per damnationem quoties quis damnavit hæredem dare illud aut illud. His casibus cum electio sit rei vel debitoris, male egerit actor, nisi sub alternatione intendet sibi illud aut illud dari oportere, ne unum petendo præcise, electionem quodammodo præripiat adversario, atque ita plus petendo causa cadat, §. *huic autem. Inst. de act.* In vindicatione abscisse unum tantum petere debet; in actionibus in personam sub distinctione quoties electio est debitoris. Adjicitur in hac lege generalis definitio: si infecta materia petatur, puta massa auri vel argenti, ex qua nondum ulla est conflata species, debere dici pondus infectæ materiæ, puta auri pondo tot mea esse, argenti pondo tot mea esse; signatæ autem materiæ, ut nummorum numerum esse dicendum, atque etiam materiam nummorum veluti nummos aureos tot; vini, olei, frumenti, et ceterarum rerum quæ mensura constant, mensuram esse dicendam, hoc ita generaliter definitur de quantitatibus, id est, de his quæ pondere, numero, mensura constant. In corporalibus hoc idem definitur, ut factæ materiæ dicatur species atque etiam materia ipsa, veluti si vas petatur, species ipsa vasis dicenda est, ut scyphus aut lanx, pelvis, aut patera, et materia dicenda est, puta lanx aurea, argentea; non necesse est ut formam dicas, veluti lanx quadrata, lanx rotunda, nec oportet dici utrum sit cælata lanx an pura, id est, sine cælatura, sine crustis, sine emblematis; *non ita*, inquit, *res est coarctanda*, non ita in actione ad unum omnia subtiliter sunt resecanda; satis erit coactæ materiæ speciem dici simul ac materiam, veluti lancem argenteam meam esse: nec opus erit dici pondus lancis vel scyphi, ut ait lex *in actione, inf. de furt.* qui vindicat, vel condicit lancem, vel lancis nomine furti agit, non necesse est etiam ut lancis pondus exprimat: nam in corporibus non tam spectatur quantitas quam materia et forma. Sed vehementer obstat lex 1. §. *si quis argentum inf. depos.* deposui apud te aurum vel argentum factum, puta, vasa aurea vel argentea (aurum infectum est massa rudis), agens depositi, et repetens vasa quæ penes te deposui, debeo exprimere speciem et materiam, puta scyphum aureum vel argenteum, debeo etiam addere pondus: nam et appendi solent vasa, id est, factum aurum non minus quam infectum. Idemque erit si deposita sit purpura vel lana infecta: nam infecta vel lana vel purpura etiam appendi solet, quæ scilicet nondum nexa est, quæ nondum est stamen vel subtegmen: et de ea etiam si agatur depositi, pondus addere oportet, puta, quod libras lanæ deposuerim: at *d. l. in actione* contra ait, speciei de qua agitur, puta vasis, pondus non esse adjiciendum, sed videtur singulare aliquid esse in actione depositi: quia qui vas deposuit aut lanam, hoc debuit præcavere, id est, in deponendo inter eum et depositarium constare debuit ponderis ratio, ne quid abraderetur vel diminueretur. Igitur in actione depositi desiderabit depositarius ut pondus adjiciat, nec videtur recte concepta actio, nisi species adjiciatur, materia, et pondus materiæ. Verum adjicit *d.* §. *si quis argentum*, quod rem omnem temperat, hanc necessitatem quandoque remitti exprimendi ponderis, si juret actor, se pro certo pondus dicere non posse, hoc ita si juraverit, admittetur actio depositi, etiam non expresso pondere: eadem ratio intervenit in vestimentis quæ vindicantur, quorum utique colorem dicere oportet, non pleraque alia quæ quis posset desiderare, puta, an sint trita an nova; non ita res ad vivum resecanda est, sed colorem tantum dici oportet, quinimo interdum etiam coloris dicendi necessitas remittetur, si modo actor juraverit se coloris oblitum esse, et dicere pro certo non posse, *d. l. in actione.* Et generaliter etiam ex causa admittitur actio incertæ quantitatis, ut in §. *curare, Instit. de action.* curare debet judex ut certam sententiam ferat, licet de incerta quantitate apud eum actum sit: ne lis ex lite nascatur; et quia interdum etiam incertæ quantitatis atque etiam incertæ rei, et incertæ partis actio admittitur, ut *l.* 3. §. *ult. sup. l.* 8. §. 1. *comm. d vid. l. quæ de tota*, §. 1. *h. t.* Igitur certam quidem esse omnem actionem oportet, id est, certo in ea rem de qua agitur definiri, sed tamen rem hanc non esse exigendam acerbe, nec esse coarctandam nimis.

Ad L. VII.

Si is qui obtulit se fundi vindicationi, damnatus est: nihilominus a possessore recte petitur, sicut Pedius ait.

In *l. actionum, D. de obligat. et action.* proditum est generaliter, actionem in rem semper dari adversus eum qui possidet; possessio est causa actionis in rem κατα' πλατος, sicut in *l.* 1. diximus una cum dominio κατα' περιγραφὴν: solum dominium non est causa actionis in rem: ait igitur actiones in rem dari semper adversus eum, qui rem possidet: imo vero datur etiam adversus eum qui non possidet, ut si quis rem meam dolo malo de-

sierit possidere, is tenebitur mihi actione in rem, quia dolus pro possessione est, *l. qui dolo, inf. de regul. jur.* is etiam qui neque possidet neque dolo desiit possidere, tenetur hac actione, puta si se liti, defensioni rei offerat quasi possessor, cum non sit possessor, quia scilicet actorem decipit qui se gerit pro possessore, cum non possideat: et hic igitur etiam dolus pro possessione est; verum est igitur actiones in rem semper dari adversus eum qui possidet, quive possidere fingitur propter dolum; fictio veritatem imitatur; quis autem videtur se liti offerre seu vindicationi aut defensioni rei, videamus: nam de eo est lex 7. Is videtur se liti offerre qui patitur secum litem contestari, nec negat se possidere, sed qui primum quidem se obtulit future liti, deinde antequam formaretur lis, et contestaretur, negat se possidere (quæ negatio efficit ne posset cum eo lis contestari, *l. ult. inf. hic*,) is inquam non videtur se liti obtulisse, quia nec litem inchoavit, cujus initium est contestatio; ut igitur videatur quis se liti obtulisse, necesse est ut cum eo sit lis contestata, et non negaverit eo tempore se possidere; et hic quidem qui ita se liti, et defensioni rei obtulit, tenetur hac actione, et condemnatur: ita demum, si tempore litis contestatæ actor putaverit eum possidere, quia actorem decepit, qui sciebat se non possidere, et ob id condemnatur, et æstimatur quanti actoris interfuit non decipi, *l. qui se liti, sup. de petit. hæred.* quæ ait eum qui se ita liti offert, teneri ex clausula doli: quomodo ex clausula doli? quia jure veteri, ut constat ex titulo *de satisd. Inst.* in actionibus in rem reus unde petitur satisdat judicatum solvi, quæ satisdatio tres clausulas habet de judicato solvendo: de re defendenda usque ad finem et extremum litis, et de dolo malo, id est, dolum malum abesse, abfuturumque esse. In ea igitur specie, quia rei dolus malus non abest, id est, quia decipit actorem dum excipit judicium quasi possessor, cum non sit possessor, tenetur ex clausula doli mali, quæ scilicet inest satisdationi judicatum solvi, quam præstiterit conventus actione in rem ante litem contestatam, et si forte evenerit ut absolvatur is qui se liti obtulerat, eo nomine superest in eum actio de dolo *l. pen. sup. de dolo.* Species hæc est: quidam Titio volenti rem suam vindicare se obtulit de ea re, quamvis eam non possideret, idque in hoc ut verus possessor amicus suus interim rem usucaperet, id est, lite pendente ne interpellaretur possessio et usucapio possessoris, ipse gessit se pro possessore, et excepit actionem et judicium, et primum satisdedit judicatum solvi, ut moris est, et deinde litem contestatus est; si absolutus fuerit, superest in eum actio de dolo, quanti interest actoris deceptum non fuisse. Si absolutus fuerit, quomodo hoc interpretabimur? quod scilicet inquit Accursius, ante litem contestatam discesserit a controversia, et negaverit se possidere, quo modo cum res geritur, non sequitur absolutio; quæ est res judicata; res non judicatur sine litis contestatione; ubi non est litis contestatio, nec absolutio est, nec condemnatio, id est, ubi non est lis, nec sententia; cum negat se possidere ante litem contestatam, evitat contestationem litis, nihil præterea, non etiam absolvitur, sed ponendum est in ea specie eum litem contestatum, et ita falso se gessisse pro possessore, et rem traxisse ut possessor interim usucaperet, fuisse tamen absolutum, cum non esset absolvendus; absolutum, inquam, gratia aut sordibus judicis; quid fiet? et quomodo succurritur interim actori qui amisit rem suam per usucapionem, nec potest cum possessore experiri rei vindicat; ait lex superesse adversus eum, qui se obtulit, actionem de dolo; quamvis sit absolutus: actio de dolo datur ubi non est alia actio, hic vindicatione absolutus est, et stipulatio judicatum solvi, qua caverat, perempta est absolutione. Igitur nulla alia actio superest, quam de dolo malo; sed absolvi non debuit, ut dixi: nam omnino is qui se liti offert, condemnandus est, si existimarit actor eum possidere, quia decepit actorem, aliud dicendum si actor sciverit eum non possidere, quod reus probare debet evidentissimis probationibus, ut ait lex *qui se liti*, alioqui præsumitur actor ignorare. Si ergo probetur, actorem scisse eum unde petebatur non possidere, qui se liti obtulit, non est condemnandus, sed absolvendus, quia non decepit actorem, sed ipsemet actor se decepit, cur sese conjecit in sumptus inanes? non ab eo deceptus est, sed a seipso; idcirco non est condemnandus hoc casu is, qui se liti obtulit, sciens non decipitur, scienti dolus non infertur, *l. 6. §. præterea, inf. quæ in fraud. cred. l. cum donationis, C. de transact.* et hæc omnia demonstrantur in *l. qui se liti obtulit, de petit. hæred. et seq. hoc tit.* Igitur hac in re distinguendum est, utrum actor scierit, an ignoraverit: nam si ignoraverit eum qui se obtulit, non possidere, condemnandus est reus: si sciverit eum non possidere, non est condemnandus; priore casu reus actorem decepit, posteriore non videtur scientem decepisse; unus tamen est casus quo hac distinctione non utimur in *l. sin autem, in princ. inf. h. t.* si cum certus essem de possessore, et vellem cum eo agere, puta cum Titio vero possessore, alius dixerit, et quodammodo persuaserit se possidere, et ita me ad se traxerit, ego id in testationem redegero, acceptis testibus, me cum vellem agere cum Titio, revocatum ab alio fuisse, ea res efficiet ut condemnandus sit qui se liti obtulit, sive actor sciverit eum possidere, sive ignoraverit: hoc indistincte efficit testatio illa acto-

ris, et diligens instantia ejus qui se liti obtulit, ut Titium relinquerem, et secum potius agerem, hoc casu cessat superior distinctio. Nunc restat alia quæstio, an si is qui se liti obtulit, quasi possessor, condemnatus sit, et litis æstimationem præstiterit, nec enim rem præstare potest, quam non habet, salva sit actio adversus verum possessorem? lex ait, salvam esse, quia scilicet is qui se liti obtulit, suo nomine condemnatus est ex suo dolo, quod deceperit actorem, non nomine possessoris, et unus damnatur in æstimationem, alteri in rem, qui est verus possessor. At idem videtur esse æstimatio et res, quia æstimatio est loco rei, potest igitur bis idem exigi a duobus, scilicet quorum unusquisque conveniatur suo nomine, et diversa ratione: unus doli ratione convenitur, alter rei vindicatione, diversa ratione bis idem aut quodam modo idem consequi possumus a duobus, sed non ab uno. Idemque erit si egero adversus eum qui dolo desierit possidere, quem dictum est teneri hac actione, et eum condemnavero, atque adeo litis æstimationem tulero: nec enim ideo liberatur verus possessor, sed nihilominus recte ab eo petam, *l. Stichum. §. dolo, inf. de solut. l. 3. §. pen. inf. de tabul. exib. l. nec ullam*, *§. pen. sup. de petit. hæred.* quia et is cum quo primum egi, condemnatus est suo nomine ex dolo suo. Idem erit etiam in actionibus in personam, *l. qui servum*, *inf. de interrogat. in ju. fac.* Quidam interrogatus in judicio, confitetur se servum meum occidisse, est mihi in eum actio legis Aquiliæ, quæ dicitur confessoria, quod detur ex ejus confessione, licet vere eum non occiderit: quod si ex sua confessione condemnatus sit, an ideo liberabitur qui vere occidit? minime. Is qui confessus est, tenetur suo nomine ex sua confessione, sed non ideo debet impunitum esse delictum ejus, qui fecit. Idem est si quis a judice interrogatus, dixerit se hæredem esse, cum non esset hæres, et ita conventus fuerit a creditore hæreditario, et condemnatus sit: nam verus hæres ideo non liberatur: a vero hærede rursus idem debitum, eandemque pecuniam creditor hæreditarius petet: quia bis idem consequi possum a duobus, modo singuli suo nomine conveniantur: nisi scilicet is qui se hæredem esse respondit falso, alias verum hæredem defendere voluit: id est, cum alias vellet verum hæredem defendere: quæ verba sunt notanda, quia ex eis explicatur lex *qui ex parte*, *eod. tit.* quam male explicat Accurs. Sensus ejus hic est: duo sunt hæredes ex æquis partibus, creditoribus hæreditariis singuli tenentur pro partibus hæreditariis ex duodecim tabulis: creditor egit cum uno ex hæredibus, cum alter abesset: is cum quo egit, vult defendere cohæredem absentem: sed si vult defendere, necesse est ut in actione in persona

nam, qualis est ista, caveat judicatum solvi: quia sine hac cautione, nemo absentis est defensor idoneus, §. 1. *de satisd. Instit.* vult igitur hic hæres pro sua parte respondere; vult etiam pro parte cohæredem absentem defendere: ergo debet cavere judicatum solvi: verum ne onus satisdationis subeat, ipse se solum hæredem respondet, et accipit judicium in solidum suo nomine, cum tamen habuerit animum defendendi cohæredis absentis: sed hoc fecit evitandæ satisdationis causa, quia plerumque difficile est invenire fidejussores. Ideo dixit se esse hæredem ex asse, et accipit judicium suo nomine, et condemnatus est. Hoc casu verus hæres non tenetur: si ab ipso consequutus est solidum creditor, non poterit postea a cohærede absente partem iterum debiti consequi, quia ab una eademque persona bis idem exigi non potest. Porro defensor et defensus una esse persona intelliguntur, et licet non sit palam defensus, quia cohæres suo nomine in solidum excepit actionem, tacite tamen cohæres id agebat ut absentem cohæredem defenderet, et mentitus est se hæredem esse in solidum evitandæ satisdationis causa quam ei necesse fuisset subire, si palam defendisset absentem: verbis igitur non defendit absentem qui suo nomine in solidum actionem excepit, sed re ipsa, et animo defendit absentem. Itaque creditor nunc si ab absente partem crediti petat, videtur idem rursus petere ab eodem, id est, quod exegit a defensore, nunc videtur a defenso petere: ergo ab eodem, quod nunquam fit ut bis ab eodem vel qui idem esse intelligitur, idem exigatur, et ut adjicit lex *qui ex parte*, non tenetur cohæres absens si alter cohæres, qui condemnatus est, sit solvendo. Sed si par solvendo non sit, aliud est: hoc enim casu actio restituitur adversus absentem rescisso superiore judicio, quo revera hæres fuerit liberatus: et hæc est interpretatio leg. *qui ex parte.* Omnis actio restitutoria, est rescissoria, id est, quæ extincta restituitur, rescindit aliquid: hæc quæ restituitur adversus hæredem absentem, quæ fuerat extincta judicio a cohærede accepto, rescindit judicium illud, quod illa extinxerat, sicut actio restitutoria ex *tit. ex quibus causis major.* datur rescissa usucapione, *l. in honorariis*, *inf. de obligat. et action.* actio restitutoria de qua in *l. si mulier, C. ad Vellejan.* datur rescissa intercessione mulieris, *l. ult. §. ultim. inf. ad Senatuscons. Vellejan.* et in specie leg. *ut mihi*, *inf. de donationib.* datur actio restitutoria, recissa delegatione, et metu illato non tantum datur actio quod metus causa, sed et actio pristina; ergo restituitur actio pristina: datur restitutoria actio in rem, rescissa traditione metus extorti, vel restituitur actio in personam rescissa liberatione metu extorta, *l. 9. §. volenti*, *sup. quod met. caus.*

et ita etiam in *l. qui ex parte*, quia judicio accepto ab uno ex cohæredibus in solidum defendendi absentis animo, et sequuta condemnatione absens liberatus est; ideo si condemnatus non sit solvendo, restituitur actio adversus alterum cohæredem, resciso judicio superiore, id est, rescissa ejus liberatione. Ergo cum quis respondet se esse hæredem cum nulla ex parte sit hæres; vel cum respondet se hæredem esse ex asse, cum sit ex parte tantum defendendi hæredis, vel cohæredis cogitatione, quod ab eo exigitur, rursus non potest exigi a vero hærede vel cohærede, id est, quod exactum est a defensore, non potest rursus exigi ab eo qui defensus est, quia idem homo esse videtur, et ab uno homine bis idem non exigitur. Eademque omnino est distinctio, eademque omnino ratio, et idem intervenit in specie leg. *electio*, *inf. de noxal. action.* quam objicit Accursius adversus hanc leg. et male respondet, ideo idem rursus non exigi, quod eadem pecunia exigatur: nam etsi eadem exigatur, hoc non impedit quo minus idem exigatur, *d. l. qui servum*, ut creditor ab eo qui falso se hæredem esse confitetur, ex ejus confessione exigit pecuniam debitam, cum defendendi veri hæredis animum non habet, atque ita suo nomine exiget, et præterea eandem pecuniam exiget a vero hærede, ergo eadem pecunia, et idem debitum potest bis exigi, a duobus scilicet. Ergo ea ratione male explicatur lex *electio*, cujus sententia hæc est. Si servus alienus mihi furtum fecerit, vel damnum dederit, est noxalis actio adversus dominum, ut dominus præstet æstimationem damni, vel servum noxæ dedat: actione noxali etiam tenetur qui servum possidet. Is etiam qui dolo desiit possidere noxium servum, ut puta qui vendidit post noxam commissam, tenetur nihilominus actione noxali: emptor quoque servi, qui eum vere possidet, tenetur eadem actione; sed electio unius liberat alterum, quia hoc Prætor introduxit ne actor eluderetur, non ut lucrum faceret, non ut bis idem exigeret. Idem igitur si convenerit actor eum qui dolo desierat servum possidere, non poterit rursus agere noxali adversus eum qui servum emit et possidet: an quia furtum exegit, id est, æstimationem damni, an quia bis idem exigit? minime. Sed hoc ideo quia unus est servus qui deliquit: unius servi nomine agitur: ut ab uno non potest bis idem exigi, sic etiam a duobus non potest bis idem exigi quod unus debet, id est, unius nomine, puta servi nomine: unus est qui deliquit, sed quia est servus, non potest cum eo agi, et ob id agetur cum domino. Et hæc ratio proponitur in *d. l. qui servum*. Sumenda est igitur responsio ex ea, et rejicenda Accursii, et congruit cum his quæ de interdictis proponuntur in *l. 3. §. condemnatio, de tab. exib.* id est, quod diximus in vindicatione, et actione in personam, obtinet in interdictis. Finge: quidam extraneus, id est, qui non est hæres, penes se habet tabulas testamenti, quas legatarius vult inspicere, et desiderat sibi exhiberi interdicto de tabul. exhib. extraneus qui eas habet, non exhibet, condemnabitur legatario in id quod interest, id est, præstabit legatario æstimationem legati, quam si fuerit consequutus ab extraneo, an poterit rursus postea petere ab hærede? sic sane, et ita bis idem exigere et consequi a duobus ab uno scilicet æstimationem, ab altero legatum. Nam unusquisque convenitur suo nomine, unus propter suam contumaciam, alter ex testamento legati actione, unus interdicto de tabul. exhib. alter actione ex testamento, et nihil vetat quo minus a duobus, quorum unusquisque suo nomine damnatur, bis idem, aut quodammodo idem exigatur, sed ab uno, vel quodammodo uno, idem vel quodammodo idem, veluti res, cum ab altero est consecutus æstimationem, bis exigi, non potest, et ita accipienda est lex *si quis dolo*, §. 1. *de re jud.* quam objicit Accursius hoc loco. Posui exemplum in interdicto de tabul. exhib. ex *l. 3.* et lex *si quis dolo*, est de interdicto, *ne vis fiat ei qui in possess. missus.* Finge creditor jussus est decreto Prætoris ire in possessionem bonorum debitoris, debiti servandi causa, non est admissus ab extraneo quodam possessore, non a debitore. Condemnabitur, qui non admisit missum in possessionem ex causa interdicti ne vis fiat ei, et condemnabitur in id quod interest, id est, creditor ab eo suum recipiet qui missum depulit, sed an ideo verus debitor liberabitur? minime: argumento interdicti de tabul. exh. quod Accursius comparat hac in re interdicto ne vis fiat, *l. 1. §. hanc actionem, inf. ne vis fiat ei qui in possess.* unus enim convenitur interdicto, alter actione creditæ pecuniæ, et unus condemnabitur propter suam contumaciam, et suo nomine propter suum factum, alter propter obligationem creditæ pecuniæ: quid obstat quo minus duos conveniam, et ab eis exigam? verum lex *si quis dolo*, aliud statuere videtur, ait, si quis creditorem missum in possessionem non admiserit, et venditor præstiterit quod interfuit creditoris: venditor, id est, extraneus quidam, non admisit missum in possessionem an debitor liberatur? respondet liberari, et improbum esse eum qui velit iterum consequi quod accepit: quæ sententia non potest stare si ponas, creditorem ab extraneo exegisse id quod interest ob vim ei factam ne iret in possessionem: nam etiamsi ab illo exegerit id quod interest, cur non verum debitum exiget a vero debitore? an quia idem debitum videtur exigere, ut ait Ac-

cursius? ratio non est idonea, ut ostendi ex lege *qui servum.* Igitur verior est prior interpretatio Accurs. *venditor*, id est, *debitor* ipsemet, quamvis absurda videatur ista emendatio ut pro *venditor*, legatur *debitor*, sententia est: ipsemet debitor repulit creditorem missum in poss. bonorum et condemnatus est interdicto, ac solvit id quod interest: ergo verum debitum, et amplius vero debito: nam id quod interest, plerunque egreditur verum rei pretium, an poterit rursus idem verus debitor conveniri actione in personam creditæ pecuniæ? minime: quia scilicet ab uno bis idem exigi non potest: sed a duobus bis idem, vel quodammodo idem exigi potest.

Ad L. VIII.

Pomponius libro trigesimosexto probat, si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu, et Lucius Titius possideatis, non ab utrisque quadrantes petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum: nam tunc sine dubio et a te, et a Titio partes fundi petere me debere: quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse: et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili, neque in hæreditatis petitione locum habet: nunquam enim pro diviso possidere potest.

Legis 8. quæstio est de possessione et vindicatione partis: pars alia est pro diviso, alia pro indiviso: utraque vindicari potest, et utraque possideri: eadem est ratio dominii et possessionis: duo ejusdem rei in solidum domini vel possessores esse non possunt, nam hoc est contra naturam, *l. si ut certo* §. *si duobus*, *inf. commod.* duo tamen possunt ejusdem rei esse domini vel possessores pro partibus divisis aut indivisis, pars pro diviso certis finibus continetur, et sibi ipsi totum quod iam est, *l. recte*, §. 1. *inf. de verbor. signific.* pars pro indiviso non habet certos fines, et certas regiones, quibus discernatur et demonstretur, sed fusa est, et tracta per rem totam, pars pro diviso sensibus et corpore percipitur. Pars pro indiviso comprehenditur, et attrahitur intellectu solo, *l.* 5. *de stipul. serv.* pars pro diviso est certa, pars pro indiviso incerta, *l. placet inf. quib. mod. usus. amitt.* pars, inquam, pro indiviso incerta est: essentia, certa est quantitate, si sciatur quota sit, puta tertia an quarta, quæ possideri proculdubio et usucapi potest. Incerta autem est et essentia et quantitate, si nesciatur quota sit: et hæc quæ est tam quantitate quam essentia incerta, possideri, et consequenter usucapi non potest, *l.* 3. §. *incertam, de acquir. poss. l. si fur*, §. *ult. de usuc.* quia, scilicet possessio non est sine apprehensione, non videtur autem quis apprehendisse quod ignoraverit. Neque hoc modo argumentabimur recte in contrarium; quod vindicatur, possidetur, incerta pars vindicatur, quod est verum, nam pars incerta pro indiviso etiam si non possit possideri, incertum tamen ex causa vindicari potest, *l.* 3. §. *ult. sup.* non, inquam, recte sic argumentabimus: quod vindicatur, possidetur: incerta pars vindicatur; ergo incerta pars possidetur, est enim captio ex accidenti, quia quod inest vindicationi simpliciter, ut detur adversus possessorem, idem non inest vindicationi incertæ partis, vindicationi cum subjecto, ut quia incerta pars vindicatur, eandem etiam incertam possessor unde petitur possideat. Non continuo ut incertus est actor, et incertum esse reum oportet qui possidet in rei vindicat. Incertam igitur vindicabo a possessore, etiam si is incertam non possideat. His cognitis finge, quæ est species hujus legis: fundus est communis inter me et te ex æquis partibus, eum ego nulla ex parte possideo, sed tu eum possides una cum Titio ex æquis partibus, tu pro semisse, Titius pro semisse: quæritur cum quo agere possim rei vindicatione: an cum utroque agere possum pro semisse qui ad me pertinet indivisim? Et distinguit Pomponius in hunc modum: aut pro indiviso possidetis eum fundum, aut pro diviso. Si pro indiviso eum fundum possides tu et Titius, ratio exigere videtur ut ab utrisque petam quadrantem, id est, partis quam tu possides dimidiam a te, et alterius partis quam Titius possidet dimidiam a Titio: quia in utramque partem diffunditur semis meus, et tu quoque a titio qui non est dominus partis, quam possidet, alteram dimidiam petes, et hoc jus strictum exigere videtur, *l.* 1. §. *si ego*, *sup. si pars hæred. pet.* ubi ratio significat jus strictum, cum et Greci ibidem interpretentur ἀκρίβειαν et opponatur ratio utilitati illo loco. Sed Pegasi sententia utilior est: ratio quidem exigit, id est, strictum jus, et subtilitas juris, ut a te quadrantem, a Titio quadrantem petam; sed utilius et commodius est rem ita expediri, ut a te nihil petam, vel si petam ab utroque, ut officio judicis a te nihil consequar, cum amplius tua parte non possideas, et quodammodo partem duntaxat tuam possidere videaris: ne si cum utroque egero, et quadrantem tibi abstulero, tu rursus eadem actione in eo quadrante partem vindices. Melius igitur erit me a Titio semissem, quem is possidet, petere, a te nihil petere, et nihil auferre. Sed si pro diviso possideatis fundum tu et Titius, id est, certis regionibus, tunc ab utroque petam, a te quadrantem, a Titio quadrantem: quia

scilicet revera in uniuscujusque semisse habeo semissem, in tuo semisse habeo dimidiam, in altero semisse, quem possidet Titius, habeo etiam dimidiam: semissis semis, est quadrans totius, duo quadrantes mihi conficiunt semissem totius rei. Idem omnino erit statuendum, si tu et Titius possideatis fundum, qui est mihi communis tecum ex partibus inæqualibus, tu pro besse, Titius pro triente: nam si pro indiviso ita possideatis, a te sextantem petam, a Titio totum trientem, quem possidet: si pro diviso possideatis, a te petam trientem, a Titio sextantem: tu quoque ab eodem Titio petes sextantem, ut repleas tuum semissem, quem ego diminui, vel ex contrario, si pro indiviso tu possideas trientem, Titius bessem, semissem a Titio petam, et tu ab eodem petes sextantem, a te nihil petam: si pro diviso, a te petam sextantem, a Titio trientem, tu quoque ab eodem trientem petes, cum non sit dominus Titius. In hac igitur specie observanda est maxime illa distinctio, utrum tu et Titius possideatis pro diviso, an pro indiviso, et tamen hanc distinctionem inter possessionem partis pro diviso et pro indiviso, quam dixit Pomponius observari in vindicatione fundi, negat locum habere in hæreditatis petitione. Cur hæc distinctio non habet locum in hæred. petitione? quia hæreditas est jus, non corpus: jus autem non potest dividi, ergo nec possideri pro diviso: pro indiviso potest possideri, quia pars pro diviso est corporalis, pars pro indiviso est incorporalis et intellectualis: hæreditas est res intellectualis, quanquam in ea sint res corporales: intellectus intellectu potest dividi, id est, hæreditas potest dividi in partes pro diviso, intellectu non corpore: et errore labitur Accurs. tum hoc loco, tum in *l. 1. sup. si pars hæred. pet.* dum modo negat hæreditatem possideri posse pro indiviso, modo ait, hæreditatem possideri posse pro diviso: utrunque est falsum: nam et hæc lex aperte contradicit, et ratio evincit hæreditatem, cum juris intellectum habeat, non posse possideri pro diviso: corpora hæreditaria dividuntur: hæreditas non dividitur nisi intellectu, intellectus non dividitur, ergo hæreditas possidetur quidem pro indiviso, sed non pro diviso. Quamobrem si hæreditatem mihi tecum communem ex æquis partibus tu et Titius possideatis pro indiviso, ut fit semper ex æquis partibus, ego a Titio tantum hæreditatem petam, ego semissem meum a Titio tantum, qui semissem possidet pro indiviso petam, *l. 1. §. si ego, sup. si pars hær. pet.* sicut dictum est in fundo; cum fundum mihi tecum communem tu et Titius possidetis pro indiviso, quo modo hæreditas possidetur semper, nunquam pro diviso: et ideo hæc distinctio, quæ est adhibenda in fundo, non potest adhiberi in hæreditate. Item in specie *l. 1. §. d. item si*, cum essem ex semisse hæres, tu ex altero semisse, si possideam ego trientem non integrum semissem qui ad me pertinet, tu quoque possideas trientem, et Titius alium trientem, tres trientes absolvunt assem: ego a Titio petam residuum sextantem, ut habeam mihi integrum semissem: tu quoque a Titio petes residuum sextantem, ut tibi expleas semissem: vel si ego a singulis, id est, a te et a Titio petiero sextantem, officio judicis fiet compensatio ejus sextantis, quem ego in tuo triente habeo, cum eo sextante, quem et tu vicissim in meo triente habes: atque ita effectu a solo Titio petam sextantem, et hoc genere explebo semissem, a te nihil feram: vel si tu et Titius sitis mihi cohæredes in eadem specie, vos debitis una mihi conficere, et conferre sextantem, qui deest meæ portioni, *l. sorori, sup. si pars. hær. pet.* Idem igitur semper observatur in hæred. petit. quod in fundi vindicatione, cum fundus possidetur pro indiviso: nam hæreditas eo modo possidetur semper, nunquam pro diviso, fundus nonnunquam pro diviso. Superior igitur distinctio, ut annotat in fine hujus l. Jurisconsultus, inter possessionem partis pro diviso, et pro indiviso, locum non habet in re mobili, sed tantum in fundo, et rebus immobilibus, nam res mobiles nunquam possidentur pro diviso. Igitur si hominem mihi tecum communem ex æquis partibus, tu et Titius possideatis ex æquis partibus pro indiviso: nec enim potestis aliter cum sit res mobilis: ego a solo Titio petam partem dimidiam, quam possidet pro indiviso, quæ ad me pertinet: tu enim socius meus non amplius tua parte possides, a te nihil petam. Ratio cur res mobilis nunquam possideatur pro diviso, est hæc, quia divisio ejus eam corrumpit, perdit et extinguit. Navem dividere, dicebat Cascellius Jurisconsultus, est perdere, equum, hominem dividere est perdere. Neque obstat quod Accurs. affert de tigno et arbore ex *l. arbor. inf. com. divid. l. binas inf. de serv. urb. præd.* arborem possideri pro diviso, tignum pro diviso: arborem, inquam, quæ coaluit in confinio duorum prædiorum, eam esse vicinorum communem pro diviso, id est, pro regione cujusque prædii; et similiter quoties duorum ædes vicinæ tectæ sunt una contiguatione, tigna esse communia vicinorum pro diviso, id est, pro regione cujusque domus: potest ergo res mobilis esse communis pro diviso: falsa est collectio: nam arbor, lapis, vel tignum, quod cohæret rei immobili, res immobilis esse censetur: quæ cohærent rebus immobilibus, immobilia sunt, *l. fundi inf. de act. empt.* immobilium naturam suscipiunt: et si immobilia possidebuntur pro indiviso, et ipsa possidebuntur pro indiviso: quod si arbor evulsa sit confinio, vel tignum exemptum sit

ædibus, tunc incipit res esse mobilis, et esse communis pro indiviso, quæ ante erat communis pro diviso: postcaquam rediit ad propriam naturam rei mobilis, possidetur pro indiviso, in *d. l. arbor*, et male ait Accurs. aliud esse statuendum in dominio, aliud in possessione: quasi scilicet res mobilis non possit possideri pro diviso a duobus, possit tamen jure dominii ad duos pertinere pro diviso: hoc non est verum, rem mobilem duorum esse posse jure dominii pro diviso, id est, rem mobilem ad duos pertinere posse pro diviso: nam si forte navis sit communis inter me et te pro indiviso, et ea media dividatur, non recte dixeris partem navis meam esse, cum jam non sit navis. Si non est navis, nec pars est navis, et si non potest vindicari navis, quam divisio extinxit, nec pars navis vindicari, *l. 2. sup. hoc t.* Cum gregem totum non possum vindicare, neque partem possum: quod tamen non ita fit in fundo: nam si fundus dividatur regionibus, fundus manet: navis quæ media dividitur, navis esse desiit: fundus qui medius dividitur esse non desiit, et in specie *l. 5. in princ. et §. sed si plumbum, sup. hoc t.* cum meum et tuum frumentum confusum est non voluntate nostra, vel cum ex meo plumbo, et tuo argento conflata est massa, neque vindico partem acervi frumenti, vel massæ pro indiviso, quia non est communis; commune est proprie, quod commune pro indiviso, neque vindico partem acervi, aut massæ pro diviso, cum grana manserint indivisa, et materia utriusque manserit indivisa: atque ita ex illis locis male colligas rem mobilem vindicari posse pro diviso, sed ego vindico meum frumentum, meam materiam, quia mea materia, meum frumentum manet, etiamsi confusum sit, ut massa conflata ex argento et plumbo, nomen argenti et plumbi remanet et species. Quamobrem tu tuum argentum, ego plumbum meum vindicabo: neuter partem massæ. Delenda sunt quæ Accursius in fine hujus legis.

Ad L. IX.

Officium autem judicis in hac actione hoc erit: ut judex inspiciat, an reus possideat: nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat: ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non objecit aliquam exceptionem. Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quæ locum habet in interdicto, uti possidetis, *vel* utrubi. *Denique ait, ab eo, apud quem deposita res est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis, ventrisque nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse. Puto autem ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse.*

Disputat in hac lege simul ac in seqq. de officio judicis, et adversus quem hæc actio competat: et quod attinet ad officium judicis, judicem ait debere petere ab eo unde petitur, an possideat. Cur hoc? ut scilicet, si responderit se non possidere, sive hoc verum sit, sive falsum, mittat judex actorem in possessionem rei qua de agitur, quamque suam esse vindicat, *l. qui servum § ult. inf. de interrog. in jur. fac.* vel ut si responderit se possidere eam rem, judicium hoc ordine peragatur, ut primum actor probet dominium, eoque probato cogatur reus ei rem restituere si nullam objici at exceptionem: nam probato dominio, quid restat nisi ut possessio transferatur in actorem, et auferatur ei qui nullam objiciit exceptionem? Sed si objiciat exceptionem aliquam, veluti rei sibi ab actore donatæ, vel exceptionem rei sibi venditæ et traditæ, vel exceptionem longi temporis, impleta intentione actoris, id est, probato dominio disputabitur de veritate exceptionis, id est a reo exigetur probatio exceptionis suæ: sed prius actor probare debet intentionem suam, deinde exceptionem suam probat reus, *l. emptor, Cod. de præs. long. temp. l. sive possidetis, Cod. de probat.* et nos exposuimus in *l. cogi, Cod. de pet. hær.* quin etiam potest eam exceptionem si sit peremptoria, quales sunt illæ tres quas enumeravi, opponere quocunque tempore pendente lite, imo etiam post sententiam, si appellatum sit, et interdum etiam si appellatum non sit, *l. 4. et 8. Cod. de except. l. 2. C. sentent. resc. non po. l. tamen, inf. ad Senatuscons. Mac. l. qui id quod, D. de donat.* quod tamen ita non est in dilatoriis exceptionibus: hæ enim sunt opponendæ initio litis, sed exceptiones peremptoriæ opponuntur quocunque tempore: veluti rei donatæ aut venditæ, et traditæ vel longi temporis præscriptio, et consequenter probantur quocunque tempore, postquam scilicet actor implevit dominii probationem. Nec his adversatur Novella 90. ex qua tamen male Accursius hoc colligit, cognitis probationibus actoris reum non admitti ad probationes exceptionis suæ, hoc est iniquissimum, neque hoc Nov. inhibetur, ut et Bartolus notavit recte: nam sententia Nov. hæc est, ut qui protulit probationes, veluti qui produxit testes suæ intentionis probandæ causa, vel exceptionis, et cognovit testium dicta, ac deinde renuntiavit productionibus, id est satis se testium produxisse dixit, neque ullas alias se probationes allaturum, ut hic non admittatur ad novam probationem et productionem, sed adversarius qui nihil produxit, admittatur, ut postquam actor

produxit testes, suæ intentionis probandæ causa reus qui nihil produxit, proferat testes suæ exceptionis probandæ causa. Illud autem judex in hac actione non desiderabit a reo, ut exhibeat titulum suæ possessionis, quia nec cogitur dicere sive docere, quo titulo, quave ex causa possideat, *l. cogi, Cod. de pet. hæred.* neque id ad reum pertinet, cum probatio primum exigatur ab actore, et eo non probante dominium, debeat confestim reus absolvi qui possidet, etiamsi titulum suæ possessionis non dicat, aut probet. Igitur requiret quidem judex a reo an possideat, sed non quo titulo possideat: nam hoc nihil ad rem pertinet: is enim qui possidet, quacunque ex causa possideat, et quoquo modo possideat hac actione tenetur, quæ est definitio Ulpiani, quæ tamen non placuit Pegaso: nam Pegasus putabat non quocunque modo, vel quacunque ex causa quis possideret rem alienam, agi posse rei vindicatione: sed eam possessionem requirebat, quæ locum habeat in interdicto uti possidetis, vel utrubi. At Ulpianus putat hanc actionem recipere qualemqualem possessionem, et hoc verum est. Pegasus contra dicebat hanc actionem complecti eam possessionem, quam recipit interdictum uti possidetis vel utrubi. Quod ut intelligatur sciendum est, hac actione qui agit vindicare dominium, id est, qui vindicat, adserit rem suam esse: eodemque modo judex pronunciat actoris rem esse, vel non esse, *l. et ex diverso* §. 1. *inf. hoc t. l. Pomponius* §. *sed et is qui, sup. de procur.* sed et judex arbitratur rem restitui, atque ita hac actione actor avocat possessionem, vel litis æstimationem: datur enim hæc actio semper adversus possessorem, *l. actionum, de oblig. et act.* qua de causa possessio dicitur parere in rem actionem in *l.* 1. *C. de alien. jud. mut. cau. fac. et in l. non alias*, §. *sed si postulatur, sup. de judic.* in rem actio dicitur esse ex possessione, et restituendæ possessionis ordinem expediri vel per interdictum vel per actionem, *l.* 1. §. *restituendæ, inf. uti possid.* quæ verba hunc habent sensum, restitui possessionem vel per interdictum, ut puta interdictum unde vi, vel per actionem, id est, per rei vindicationem qua in re differentia est inter restitutionem, et retentionem possessionis: nam ut docet eadem lex, retinendæ possessionis ordo expeditur per interdictum tantum, videlicet uti possidetis, vel utrubi, non per vindicationem: nam qui possidet, non vindicat, sed restituendæ possessionis ordo expeditur non tantum per interdictum, ut interdictum unde vi, sed etiam per actionem, id est, per vindicationem: ergo ut in interdicto unde vi, ita in vindicatione vertitur controversia de possessione restituenda: an igitur possessio est vindicationis causa? sic sane κατα' πλα'τος, id est, dominium cum possessione. Ut autem hac actione vindicat dominium a possessore, qui dominus est, non etiam possessor, an est etiam quædam actio qua possessor vindicet possessionem, id est, adserat possessionem quam habet suam esse adversus eum, qui facit illi controversiam possessionis, dum forte non patitur uti se possessione libere, an possessori datur vindicatio possessionis, ut adversus eum qui illi molestiam et controversiam facit possessionis, adferat possessionem suam esse? minime: possessio nulla actione legitima vindicatur, ut ex Ælio Gallo Festus scribit. Fuit hæc certa definitio juris, possessori non dari in rem actionem, nisi de servitutibus, sed vindicari possessionem interdicto uti possidetis, vel utrubi: interdicto uti possidetis, si sit res immobilis, interdicto utrubi, si sit mobilis, uno jubet interdicitque Prætor, uti possideo, quo minus ita possideam libere, ne vis mihi fiat; ne molestia, ne controversia: interdicto utrubi jubet, ut utrubi, id est, apud quem majore parte anni fuit res mobilis, ut sit apud eundem sine molestia; atque ita qui his interdictis utitur, possessionem suam vocat, adserit se possessorem, et defendit, et desiderat ne inquietetur, ut eam possessionem possideat sine ulla controversia, perturbatione, inquietatione adversarii. Denique in rem actio datur adversus eum, qui possessionem habet, interdictum uti possidetis, vel utrubi datur ei qui possessionem habet, ergo et in his interdictis, et in actione in rem vertitur quæstio de possessione. Verumtamen possessio non ubique eodem modo accipitur: nam in interdicto uti possidetis, vel utrubi, cum dicimus dari ei, qui habet possessionem, possessio accipitur proprie et restricte. In rei vindicatione putabat Pegasus possessionem esse accipiendam restrictius et proprius, cum dicitur vindicatio dari adversus eum qui possessionem habet. Sed verius est, in rei vindicatione possessionem accipi pinguius et latius. Videamus quid sit proprius possessionem accipere, quid latius. Possessio, quæ proprie dicitur possessio, duplex est: una quæ jure consistit, altera quæ solo corpore, *l. nemo ambigit, de acquir. possess.* Illa quæ jure consistit, dicitur civilis, id est, jure civili consistit, illa quæ corpore consistit, dicitur naturalis et corporalis, *l. quod servus, l. si id quod* §. *ult. inf. de acquir. posses.* et ita accipiendam esse dictam leg. *nemo ambigit*, indicant Basilica, quæ sic eam interpretantur, νομὴ ἐςὶ φυσικὴ ἡ τοῦ πρα'γματος κατοχὴ, id est, *possessio naturalis est rei detentio*, possessio κατα' τοὺς νόμους, id est, possessio secundum jus civile, est animo domini detentio, opinione domini, ut ait lex *si servus inf. de noxal. action.* cogitatione domini ut, *l. pen. C. de furt.* atque ita in *l. nemo* proponitur duplex

possessio, civilis, et naturalis, et utraque dicitur esse legitima simpliciter, per se, nisi quis controversia facta se potiora jura habere doceat, vel rem in dubitationem revocet: utraque inquam, est legitima, quia defenditur legibus et interdictis possessoriis. Sed definiamus utramque apertius. Possessio civilis est quæ possidetur ex justa causa acquirendi dominii, veluti ex causa emptionis ab eo qui se dominum esse credit. Justam causam exigimus acquirendi dominii, et opinionem possessoris, ut in *l. quæcumque, t. seq.* et hæc possessio venit in interdictum uti possidetis, vel utrubi: id est qui possidet civiliter, his interdictis eam possessionem sibi tuetur, defendit et adserit. Naturalis, est, quæ solo corpore consistit, non jure dominii, ut ecce, naturaliter possidet qui vi aut clam possidet animo sibi habendi, solusque sic possidet. Nam is cui res vi erepta est, cujusque possessio vi occupata est, aut clam, hoc ubi rescivit animo abjecit possessionem, quam cernit alium possidere: unde sequitur eum solum possidere, qui vi dejecit alium, vel etiam qui clam invasit possessionem, quæ possessio defenditur etiam interdictis: nam ei etiam qui vi aut clam possidet, si alius quam is a quo vi aut clam possidet, cui vim intulit cujusve clam possessionem ingressus est, ei molestiam exhibeat, utetur adversus illum interdicto uti possidetis, *l. 1. §. ult. inf. uti possid.* vel etiam si alius hunc vi dejiciat, qui tamen vi possidet: rursus alius quidam vi dejiciat, vel etiam ipse prior possessor ex intervallo nam ex continenti licet vim vi repellere: dabitur huic possessori, quamvis vi possideat, interdictum unde vi, restituendæ possessionis causa, *l. 1. §. dejicitur inf. unde vi.* Atque ita hæc possessio defenditur interdictis possessoriis, veluti unde vi, aut uti possidetis, aut utrubi: et similiter naturaliter possidet qui contra leges donatum accepit, ut vir qui quid ab uxore donatum, vel contra uxor a viro donatum accepit id: is etenim non possidet civiliter, cum ea donatio sit jure civili improbata, sed id possidet naturaliter volente domino dominium non habet in ea re dominive opinionem, cum non ignoret jus civile, ergo nec civilem possessionem habet, sed naturalem, cum rei donatæ corporaliter insistat volente domino: qua de causa hæc possessio defenditur interdictis, *l. 1. §. si vir, inf. de acquir. possess. l. si eum qui, de donat. int. vir. et uxor.* dabitur ergo, et huic qui possidet naturaliter interdictum uti possidetis vel utrubi, si inquietetur ab aliquo. Constat etiam ea interdicta dari ei qui precario rogavit ut possidere liceret: huic datur interdictum uti possidetis adversus alium quam eum quem rogavit, *l. 1. §. ult. inf. uti possid. l. qui precario, inf. de precar.* hic enim possidet naturaliter, quia dominus ei cessit possessionem: rogavit enim eum possessionem nominatim, et eam ei dominus cessit: ergo possidet, *l. et habet, §. eum qui, inf. de precar.* et possidet, an civiliter? minime: quia dominus ei non cessit dominium, nec ipse opinionem habet domini, cum possessionem tantum rogaverit. Ergo possidet tantum naturaliter, et quidem voluntate domini, qui cessit possessionem. Non dubito etiam quin interdictum uti possidetis, vel utrubi detur creditori pignoratitio, cui debitor pignus tradidit: possidet creditor pignus naturaliter cum dominus ei possessionem dimiserit, ut ait lex *per servum, in prin. de acquir. rer. dom.* ergo poterit eam possessionem sibi defendere per interdictum uti possidetis, vel utrubi. Idem constat esse in fructuario; nam et fructuarius adserit usumfructus suam esse possessionem per eadem interdicta, *l. ult. inf. uti possidet.* Nam et fructuarius intelligitur naturaliter possidere cum voluntate domini re utatur fruatur, cumque jus ei utendi dominus cesserit, quod est quodammodo facere naturalem possessionem, qua de causa fructuario etiam competunt cetera omnia interdicta possessoria, *l. 3. § unde vi, D. unde vi, l. 1. §. quod ait. inf. quod legat.* non possidet civiliter, quia nec dominium habet, nec opinionem dominii: scit enim se esse tantum fructuarium, sed naturaliter possidere existimatur volente domino. Itaque hæ omnes possessiones naturales lege juvantur interdictisque possessoriis. Ad summam, in interdictis uti possidetis, vel utrubi venit possessio civilis et naturalis, id est, ea interdicta dantur omnibus his qui possident, vel civiliter vel naturaliter: civiliter, id est, jure dominii, naturaliter, id est, corporaliter sine jure dominii eo animo ut sibi possessionem habeant non insistente domino, id est, a domino jam abjecta possessione, sed ea interdicta non dantur ei qui precario moratur in fundo puta alieno: aliud est precario rogare ut possidere liceat: nam qui ita rogat, possidet: aliud ita rogare ut morari liceat in ædibus: nam is non possidet, sed is quem rogavit, possidet per eum, ipse incumbit tantum alienæ rei, quod non est possidere, *l. 6. §. is qui rogavit, de precar.* ergo huic non dabitur interdictum uti possidetis, vel utrubi, quia proprie non possidet: morari in ædibus alienis non est possidere res alienas. Eadem ratione hæc interdicta non dantur depositario, commodatario, conductori, vel colono, vel inquilino: quia scilicet ii non possident: sed alii per eos, depositor per depositarium, qui commodavit per commodatarium, locator per colonum vel inquilinum: qui igitur incumbunt rei alienæ, non possident. Hi sunt in naturali possessione, non possessores naturales: aliud est esse in servitute, aliud ser-

vum esse: aliud esse in possessione, aliud possessorem esse: non nego eos esse in possessione, sed eos esse possessores nego. Eadem est ratio eorum qui mittuntur in possessionem ex primo decreto Prætoris vel crediti servandi causa, vel legatorum fideicommissorum servandorum causa, vel ventris nomine, vel quod non caveatur damni infecti: tot enim ex causis mittuntur in possessionem hi quorum interest, et mittuntur in possessionem, non etiam possidere jubentur: et ideo eis non competit interdictum uti possid. vel utrubi, quia ea interdicta eam tantum complectuntur possessionem, quæ possessio dicitur proprie: hæc non est possessio proprie; licet vero dicatur possessor, verius tamen est eum esse in possessione, quam possidere: denique ea interdicta non dantur ei, qui in possessione precario moratur, non depositario, commodatario, conductori, missis in possessionem, quia incumbunt, morantur, subsident rei alienæ, non etiam possident, sed alii intelliguntur possidere per eos. Veruntamen advrsus eos etiam qui sunt in possessione, datur rei vindicatio. Igitur cum dicimus vindicationem dari adversus eum qui possessionem habet, possessionem accipimus latissime, non stricte et proprie: non tantum datur rei vindicatio adversus eos qui vere possident, sed etiam adversus eos qui sunt in possessione tantum. Et similiter datur actio ad exhibendum, *l.* 4. *et* 5. §. *Julianus, inf. ad exhibend. et l.* 1. *C. depos.* quæ docet adversus depositarium non tantum dari actionem depositi, sed et vindicationem. Neque huic sententiæ refragatur Novella 88. quæ breviter definit, ne cujusquam denunciatio seu testatio moram afferat restitutioni depositi, id est, etiamsi creditor depositoris denuntiet depositario, ne restituat rem depositam, non ideo minus debet satisfacere depositori depositarius, id est, non obstat illa denunciatio quo minus reddat depositum, utique debet depositi fidem implere aliud est denunciatio, aliud vindicatio: ut denunciatio contemnatur vult Novella, sed non vetat vindicari rem a quocunque qui se dominum adferat, a depositario qui habet rei restituendæ facultatem, etiamsi non sit possessor. Quinimo sunt quidam, qui neque possident, neque sunt in possessione et tamen tenentur tam exhibitoria quam vindicatione, ut in specie legis 5. *in princip. inf. ad exhib.* Finge: ego locavi tibi horreum: tu me insciente in horreo posuisti merces alienas quas forte vehendas conduxeras: decessisti sine hærede, ut jam domini mercium non possint tecum agere; ego eas merces non possideo, quia non est possessio sine animo: nescio autem illatas in horreum meum, non incumbo etiam mercibus, quia nec horreo incumbo. Igitur neque possideo, nec sum in possessione earum, sed cum sit mihi facultas aperiendi horrei, et exhibendarum mercium quæ sunt in horreo, recte mecum agetur ad exhibendum, quæ præveniet in rem actionem, et hæc est generalis definitio Ulpiani: ut quicunque habet facultatem restituendi seu possideat, seu sit in possessione, seu nec possideat, nec sit in possessione, teneatur hac actione. *Qui tenent.* Id est, qui incubant, vel incumbunt.

Ad L. X. XI. et XII.

L. X. Si res mobilis petita sit, ubi restitui debeat, scilicet si præsens non sit, et non malum est (si) bonæ fidei possessor sit is, cum quo agitur, aut ibi restitui, ubi res sit, aut ubi agitur: sed sumptibus petitoris, qui extra cibaria in iter, vel navigationem faciendi sunt.

L. XI. Nisi si malit petitor suis impensis, et periculo ibi, ubi judicatur rem restitui: tunc enim de restitutione cum satisdatione cavebitur.

L. XII. Si vero malæ fidei sit possessor, qui in alio loco eam rem nactus sit, idem statui debet. Si vero ab eo loco, ubi lis contestata est, eam subtractam alio transtulit: illic restituere debet, unde subtraxit, sumptibus suis.

Præcipua harum legum quæstio hæc est, quo loco officio judicis rem restitui oporteat, et cujus sumptibus, rem scilicet mobilem: nam immobilis loco moveri non potest: rem, inquam, mobilem, quæ præsens non est, id est, quæ non est ubi lis contestatur, ubi agitur, ubi judicatur: idem est locus; nam ubi res agitur, et judicari debet, *l. ubi*, *sup. de judic* Si igitur res mobilis qua de agitur, non sit eo loco, quo agitur, quæritur ubi sit restituenda, ubi est, an ubi agitur et petitur: ex qua quæstione liquet, non esse necesse agere in rem præsentem, quod etiam demonstrat lex *ult. C. ubi in rem act. exerc. deb.* quæ ait, in rem actione agi, vel ubi res constituta est, vel in foro adversarii, id est, ubi domicilium habet, etiamsi ibi res non sit, id est, etiamsi in longinquo proposita sit: et cum hoc accidit ut res mobilis, qua de agitur, non sit in præsentia, quæritur ubi sit restituenda, et generaliter definitur sive sit bonæ fidei possessoris de quo agitur, seu malæ fidei possessor, ibi restitutionem faciendam esse ubi res est, etiamsi de ea restituenda alibi judicatum sit, vel si actor velit ibi restitui ubi agitur, perducenda et perferenda est in eum locum sumptibus et periculo actoris. Sumptus itineris intelligo vel navigationis quos debet agnoscere actor, si velit, non quo loco res est, sed quo loco judicatur, rem sibi restitui, atque etiam periculum suscipere debet: cibaria pertinent ad reum quæ solebat idemque possessor præstare, id est, reus debet animam de qua agitur alere pascere ut solebat, quoad

restituerit, *l. sed et si hæreditas* §. *quod autem, inf. ad exhib.* cibaria igitur pertinent ad possessorem viatica ad petitorem qui vult rem restitui quo loci agitur et judicatur: electio igitur est actoris secundum hanc interpretationem, ut recte Irnerius sensit, ut si velit actor ibi rem restitui ubi agitur, ibi restituatur, modo ipse sumptus itineris et periculum suscipiat: et ita etiam in actione depositi, quod et communiter dicitur obtinere in actionibus bonæ fidei, *l. si in Asia*. §. 1. *inf. depos.* quam non prætermisit Accursius: res deposita eo loco debet restitui ubi est, etiamsi alibi sit deposita, sed si actor velit eam restitui suis sumptibus suoque periculo restitui ubi agitur depositi, audiendus est: hujus rei electio datur actori, quod servatur etiam in actione in factum, quæ datur ex edicto de edendo: argentarius qui conficit rationes seu instrumentum, cogitur edere instrumentum ubi argentariam exercet, non ubi agitur actione in factum, nisi actor velit ubi de ea re agitur descriptum sibi dari suis sumptibus, ut in *l.* 4. §. *ult. sup. de edend.* ubi descriptum eodem sensu quo et in *l. sed et si quis, inf. quem. test. aper.* quod Demosthenes vocat ἀντίγραφον, loquens de editione argentariorum. Si igitur actor nolit sibi descriptum dari instrumenti sua causa confecti, quo loco argentariam exercet, sed malit id sibi dari, quo loco agitur, adversus argentar. audietur, modo agnoscat sumptus itineris, et hoc est, quod ait lex 10. *extra cibaria*: quia cibaria ad possessorem pertinent quoad restituerit, et quod sequitur in l. 11. *nisi malit petitor*, est πλοκὴ adjecta ex Ulpiano ad explicationem superioris sententiæ, ut ibi res restitui debeat ubi est, additur exceptio: nisi malit petitor sui sumptibus etc. quod et dictum fuerat l. 10. nam ad illa verba, *suis sumptibus*, jam est repetitio: est igitur πλοκὴ ad explicationem prioris sententiæ, ut scilicet restitui debeat ubi res est, nisi actorem malit restitui ubi agitur, quo casu datur reo spatium ad rem perferendam in eum locum ubi agitur sumptibus petitoris, ut in *l.* 5. *sup. de eden.* §. 1. *Instit. de offic. jud.* et cavere debet reus officio judicis se intra illud spatium eam rem restituturum, vel si non restituerit, quanti ea res est præstaturum, *d.* §. 1. hæc cautio præstatur officio judicis: est enim cautio judicialis: denique non præstatur res ubi agitur, nisi sumptus itineris vel nevigationis, et periculum subire velit actor: unus tamen est casus, quo res perferenda et perducenda est in eum locum, in quo agitur desiderante actore, sumptibus rei non actoris, videlicet si reus eam rem ab eo loco in alium transtulerit dolo malo, quam enim rem quodammodo avertit, eam reducere debet, et restituere in eum locum suis sumptibus *l.* 12. *inf. et l. sed etsi hæreditas* §. *interdum, inf. ad exhib.* et in *d. l. si in Asia* §. 1. dicitur rem depositam esse restituendam quo loco sine dolo malo depositarii est: nam si depositarius eam dolo malo alio transtulerit, reducenda erit ejus sumptibus, et restituenda quo loco agitur, ne ei prosit calliditas sua. Et idem omnino erit respondendum in hærede a quo legatum relictum est: hæres rem legatam restituere debet ubi est, nisi legatarius eam suis sumptibus velit præstari ubi petitur: sed si heres eam dolo malo in alium locum transtulerit desiderante legatario præstabitur quo loci agetur, et propter dolum hæredis etiam in eum locum referetur sumptibus hæredis non legatarii, *l. cum res* §. *sed si alibi, inf. de legat.* 1. et hoc est quod ait in *l.* 13. *si vero sit malæ fidei possessor,* id est si alio loco res sit: quam quo petitur. Itaque non est hac in re differentia inter bonæ fidei et male fidei possessorem. Deinde subjicit casum quo restituitur res ubi est, agnoscente actore sumptus.

Ad L. XIII. XIV. et XV.

L. XIII. Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, rationem judex habere debebit: finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui; utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus: quamquam et legis Aquiliæ actione conveniri possessor possit. Unde quæritur, an non alias judex æstimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliæ. Et Labeo putat, cavere petitorem oportere, lege Aquilia non acturum: quæ sententia vera est.

L. XIV. Quod si malit actor potius legis Aquiliæ actione uti, absolvendus est possessor. Itaque electio actori danda est: non ut triplum, sed duplum consequatur.

L. XV. Item, si verberatum tradidit. Labeo ait, etiam injuriarum competere actionem petitori.

Est etiam lex 13. cum duabus quæ sequuntur, de officio judicis, ut ostendat ad officium judicis pertinere in hac actione non tantum ut res restituatur, sed etiam ut integra et illæsa, id est ut si ea deterior sit facta, damni ratio et æstimatio habeatur: quid enim si reus restituat servum, quo de agitur, debilitatum, verberatum aut vulneratum atrociter? judex in condemnatione hujus damni rationem habere debet, quia res qua de agitur, restitui debet cum sua causa, quæ fuit cum lis contestaretur, *l. Julianus* §. *quantum, inf. ad exhibend.* Itaque in hac quæstione, non est distinguendum inter bonæ fidei, et malæ fidei possessorem: nam post litem contestatam omnes possessores pares sunt, id est, omnes malæ fidei possessores etiamsi ante possessores fuerint bonæ fidei, *l. sed etsi lege* §. *si ante litem, sup. de petit. hæredit.* ergo sive reus pos-

sideat bona fide, seu mala, in hac actione judex æstimabit damnum, quod contingit post litem contestatam, si contigerit ante litem contestatam, tunc distinguendum est inter bonæ fidei, et malæ fidei possessorem: nam si fuerit malæ fidei possessor, in hanc actionem dolus præteritus venit, id est, qui fuit ante litem contestatam: nec enim debuit abuti re quam sciebat alienam. Igitur si hominem debilitaverit ante litem contestatam, hujus damni rationem habebit judex, sed non si hoc bonæ fidei possessor fecerit, quia putabat se re sua abuti *d. §. si ante litem.* Cum autem post litem contestatam reus, aut debilitavit servum, aut vulneravit, hujus damni omnimodo ratio habebitur; quia post litem contestatam omnes possessores sunt pares. Additur, competere etiam hoc nomine actionem legis Aquiliæ, quæ datur domino sicut vindicatio: ergo hujus damni ratio habebitur reddeturque domino, vel actione in rem, vel actione legis Aquiliæ, quod suæ rei damnum sit datum injuria: sed in actione in rem veniet simplum tantum ex causa damni dati, id est, damni æstimatio justa quanto vilior fuerit factus servus ob damnum illatum, *l. item veniunt §. cum prædiximus, sup. de petit. hæred.* in actione legis Aquiliæ veniet duplum, quia est actio mixta: continet enim æstimationem damni, atque ita rem, et alterum tantum pœnæ nomine: sic persequitur et rem et pœnam, sed non datur in duplum nisi in inficiantem se damnum dedisse, se non teneri: in confitentem est in simplum. In casu autem proposito possessor qui damnum dedit, plane inficiatur se teneri lege Aquilia, cum contendat se esse dominum, et domino dominii controversiam faciat: ergo licebit domino cum eo experiri in duplum actione legis Aquiliæ: sed an poterit utraque experiri? Minime: sed eligere debet dominus, idemque actor utrum velit in judicio in rem damni æstimationem fieri, an omissa ea æstimatione integram sibi servari actionem legis Aquiliæ in duplum, *l. si a domino §. si possessor, sup. de petit. hæred.* non ut ait lex 14. ut triplum, sed duplum consequatur: electio, inquit, datur actori ut hac vel illa actione sit contentus, non ut triplum consequatur, non ut triplum ferat, sed duplum tantum, id est, æstimationem damni et pœnam. Igitur hæc est sententia: actorem non posse actione in rem consequi æstimationem damni quod est simplum, ac deinde agere actione legis Aquiliæ in duplum, ne per hanc actionem habeat triplum: qua de re cavere debet officio judicis, si velit judicem in actione in rem damnum æstimare, cavere, inquam, debebit se non acturum lege Aquilia, id est, per cautionem remittere debebit adversario actionem legis Aquiliæ, et cavetur ei etiamsi sit malæ fidei possessor: qua de re tamen dubitat Accursius, dubitationem adfert ex *l. is qui dolo, inf. hoc tit.* qua dicitur, eum qui dolo desiit possidere, et ita mala fide versatus est, perinde condemnari ac si possideret, et dominum non cogi illi cavere, cum mala fide versatus sit, de cedenda actione sua adversus verum possessorem ejus rei qua de agitur: denique judex eum qui dolo desiit possidere, condemnabit etiam ei non cessa, et præstita actione, quam habet dominus adversus possessorem: hæc cautio non præstatur malæ fidei possessori: sed collectio est vitiosa: cautio de cedenda actione a domino non præstatur malæ fidei possessori: ergo nec cautio de remittenda actione: falsa est collectio: nam alia atque alia est cautio, et constat de remittenda actione etiam cautionem præstari a domino malæ fidei possessori, puta furi, *l. 9. inf. de furt.* rei furtivæ nomine fur tenetur domino duabus actionibus, in rem actione, et condictione furtiva; utraque est rei persequutoria; sed si dominus in furem egerit rei vindicatione, officio judicis ei debet remittere condictionem furtivam, ne ejusdem rei nomine duobus judiciis vexetur, ne bis idem ab eodem exigatur, debet ei remittere condictionem furtivam: hoc fit per cautionem, non aliter quam cavendo se non acturum condictione furtiva, et sane æquius est caveri de remittenda alia actione ei a quo tuum recipis, quam caveri de danda ei et mandanda alia actione quam habes adversus alium, ob id si hanc non exigat malæ fidei possessor a domino, non ideo etiam non exiget illam: nam est æquius mihi remitti actionem, qua ego teneor cum altera tibi satisfacio, quam mihi mandari actionem quam ego non habeo adversus alium. Sed ut ad rem redeamus: si in specie proposita actor velit in actione in rem haberi rationem damni illati, puta servi debilitati, aut vulnerati, cavere debet se non acturum actione legis Aquiliæ in duplum, ne ita triplum ferat, simplum judicio in rem, et deinde duplum judicio Aquiliano: sed non cavet, aut non debet cavere, se nullo modo acturum lege Aquilia: inique hæc cautio exigeretur: quia etiamsi judicio in rem dominus abstulerit æstimationem damni, superest ei actio legis Aquiliæ, non quidem in duplum, ne bis consequatur æstimationem damni, quæ etiam inest judicio legis Aquiliæ, cum sit mixta, sed in id, quod amplius est in actione legis Aquiliæ, puta in alterum tantum, ne impunitum maleficium remaneat possessoris, *l. pen. inf. de vi bonor. rap. l. 2. §. item quæsitum, inf. de privat. delict.* et in *l. qui servum, §. ult. inf. de obligat. et action* secundum veriorem scripturam, id est, sublata negatione. Ergo si prius egerit dominus rei vindicatione, et in ea habita fuerit æstimatio damni, non omnino consumitur actio legis Aquiliæ, sed superest id quod in ea amplius est, non in

duplum. Cavet igitur se non acturum lege Aquilia in integrum, sed in id tantum, quod in ea plus est, quam in rei vindicatione: quod si ex diverso prius egerit lege Aquilia, quam rei vindicatione, et abstulerit duplum, vel etiam simplum a confitente, nihil refert: deinde in rei vindicatione nullo modo ejus damni ratio habebitur, quia satis habita est in actione legis Aquiliæ, quia idem consequutus est actione legis Aquiliæ, puta rem, seu id quod interest, quod nunc rursus consequi desiderat actione in rem: est enim mixta actio legis Aquiliæ: si esset mere pœnalis, alia aliam non consumeret: rei vindicatio non consumeret Aquilianam, vel contra, *l.* 7. §. 1. *sup. de cond. furt. l. rei communis, inf. pro soc. l. si locatum, inf. loc.* sed non est mere pœnalis: est enim partim rei persecutoria, partim pœnalis, etiamsi ea agatur in simplum tantum in confitentem: est mixta, quia æstimatio, quæ fit in judicio legis Aquiliæ excedit veram æstimationem, et id quod excedit veram æstimationem verumque pretium rei seu damni, pro pœna est. Illud non est omittendum in hac specie, cum quis restituit hominem debilitatum, vulneratum, cum actione legis Aquiliæ, quam competere diximus, concurrere actionem injuriarum, si injuriæ inferendæ animus fuerit: ex uno facto duo competunt maleficia, atque adeo duæ actiones; si injuriose servum vulneraveris, teneris lege Aquilia, quod damnum dederis injuria: teneris et actione injuriarum, quod injuriam feceris; teneris et rei vindicatione damni nomine: nam in rei vindicatione habetur ratio damni, quod res vilior reddita sit, sed non habetur ratio injuriæ, ut recte Accursius annotavit ad initium legis 15. Igitur in actione in rem venit quidem actio legis Aquiliæ pro æstimatione damni, sed in actione in rem non venit actio injuriarum: quia actio injuriarum non continet rei persecutionem, sicut actio legis Aquiliæ, sed est mere pœnalis, vindictæ non pecuniæ persecutionem habet, l. 2. §. *emancipatus, de coll. bonor.* quia qui agit injuriarum, causam doloris sui agit tantum, ut eleganter ait Valentinianus in *Nov. de libertis, et success. eor.* et Cicero pro Cæcinna: *actio injuriarum dolorem imminutæ libertatis judicio pœnaque mitigat;* habetur etiam jure nostro ratio injuriæ factæ servo, etiamsi non fiat ad sugillationem et infamiam domini, qua in re consentit jus civile populi Romani cum jure civili Atheniensium: nam et Atheniensibus de injuria illata servo erat actio injuriarum, ut ait *Ælianus var. histor. lib.* 6. et Demosthenes κατὰ μιδείου, et erat actio non ipsi servo, quia servus causam agere non potest, sed domino ejus, etiamsi non sit illata ad infamiam domini, qua de causa dicitur in *l.* 15. *in pr.* servo verberato, idem in debilitato et verberato injuriose, competere actionem legis Aquiliæ, et actionem injuriarum; sed an utraque agetur in integrum? minime: quia descendunt ex eodem facto, ex vulnere puta vel verberibus; itaque non potes utraque in solidum experiri; sed si una egeris, puta injuriarum, non licebit tibi agere eo nomine leg. Aq. actione, nisi in id quod amplius in ea est, *l. qui servum, in princip. inf. de obligat. et action.* sed in rei vindicatione, ut dixi, etiamsi concurrant hæ duæ actiones, injuriarum, et legis Aquiliæ, habebitur quidem ratio legis Aquiliæ, id est, damni, sed non injuriæ: quia rei vindicatio vindictam non potest persequi, sed rem tantum persequitur: et ideo in *d. l.* 15. ait, *etiam;* et in verbo *etiam*, intelligendum est, nedum legis Aquiliæ: significat concurrere actionem injuriarum cum lege Aq. non etiam concurrere actionem injuriarum cum rei vindicatione.

Ad §. 1. *Si quis rem*, §. 2. *Item si*, *et* §. 3. *Si servus.*

§. 1. *Si quis rem ex necessitate distraxit, fortassis huic officio judicis succurretur, ut pretium duntaxat debeat restituere. Nam et si fructus perceptos distraxit, ne corrumpantur: æque non amplius quam pretium præstabit.*

§. 2. *Item, si forte ager fuit, qui petitus est, et militibus adsignatus est, modico honoris gratia possessori dato: an hoc restituere debeat? et puto præstaturum.*

§. 3. *Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo, et culpa possessoris: pretium non esse præstandum plerique ajunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere præstari: nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.*

In legis 15. §. 1. Ulp. persequitur institutam disputationem de officio judicis:; tractat enim de restitutione rei, quæ petitur, quam utique constat fieri officio judicis: et in hoc est officium judicis ut rem integram, atque illæsam restitui curet cum fructibus, unde quæritur in §. 1. quid sit dicendum, si possessor eam rem ex necessitate quadam distraxerit, puta fructus ne corrumperentur, vel armentum de quo agebatur, cui pabulando non sufficiebat, venditio est necessaria, aut fuit, *l. ait Prætor*, §. *ult. de ju. delib. l. lex quæ tutoris, in fi. C. de admin. tutor.* et ait Ulp. in hac specie, officio judicis convenire, ut cogat pretium duntaxat restitui, et ita legendum in contextu: *si quis rem ex necessitate distraxit;* hic addendus sicilicus: sequitur: *fortassis huic officio judicis succurretur;* et illud *fortassis*, non est dubitantis, sed in-

firmus et modestus quidam assensus significatur, ut in *l. item veniunt*, §. *quid si post petitam, de pet. hæred.* Jurisconsulti nostri in re etiam notissima solent subdubie rem efferre: nihilominus tamen adfirmant, et ut Accursius, *Sub dubio forsan respondent sæpe periti*; itaque illud forsan non est διςαστικὸν, ut nec Græcis τάχα. ut ait Ambrosius *libro 2. de pœnit. cap. 5. Denique*, inquit, *ipsi sapientes seculi, qui omnem gloriam statuunt in expressione verborum, quod Latine* forte *dicimus Græce* τάχα, *non ubique pro dubitatione posuerunt.* Ait igitur, eum qui rem qua de agitur ex necessitate distraxit, pretium duntaxat debere restituere, et infra, non amplius quam pretium debere præstare, et ita in *d. l. item veniunt*, §. *simili modo*, si possessor hæreditatis aliquid distraxerit ex necessitate, puta æris hæreditarii persolvendi causa, *non amplius venire, quam pretium*: quid autem hoc est, *non amplius*, vel *duntaxat*, an hoc articulo excludit usuras, ac si diceret adversarium duntaxat pretium restitutere debere non etiam usuras pretii? minime: nam et usuras pretii restituere seu præstare tenetur, si post litem contestatam vel post controversiam motam rem vendiderit: sed si ante litem contestatam rem vendiderit, venient etiam usuræ: at non statim, sed ex die tantum litis postea contestatæ vel controversiæ motæ, *dict. l. item veniunt*, §. *ceterum*, *et* §. *quid si post petitam*, *l. 1. C. de his quæ ut indign. aufer.* ergo restituere etiam debet usuras, nec hoc articulo *duntaxat*, usuræ excludi omnino possunt. Item hæc quæ dixi in eo qui ante litem contestatam vendidit, et distraxit, locum habent si malæ fidei possessor fuerit: nam bonæ fidei possessor re distracta ante litem contestatam, ne pretii quidem nomine tenetur, nisi quatenus ex eo locupletior factus est. Igitur si bonæ fidei possessor pecuniam redactam ex venditione facta ante litem contestatam perdiderit, male consumpserit, donaverit, non tenetur, *l. utrum: sup. de petit. hæredit.* post litem contestatam omnes possessores pares sunt, omnes prædones seu malæ fidei possessores; litis contestatio fidem possessorum mutat in deterius. An igitur cum ait, *pretium duntaxat debere restituere* intelligit pretium quod accepit venditor, et ait, *duntaxat*, ut excludat verum et justum pretium, ac si diceret, pretium quod accepit, restituere debet, non etiam justum pretium, ut si minoris vendiderit, restituat tantum quod accepit, non etiam justum, verum rei pretium, hæc interpretatio recipi non potest: nam hoc casu posito, distraxisse rem ex necessitate, est in electione actoris ut restituat pretium quod venditor accepit, vel verum pretium, ut si minoris vendiderit, desideret verum, pretium si pluris pretium quod accepit: et hoc est in actore positum ut hoc vel illud petat, *d. l. item veniunt*, §. *ceterum*, *et* §. *quod si post petitam*, et nos diximus in *l. 1. C. de petit. hæred.* imo vero videtur tantum in hac specie possessor teneri in id quod accepit, non in verum pretium, *l. in æstimationibus, sup. de pet. hær.* est intelligenda ea lex de malæ fidei possessore, vel potius quod in idem recidit, de bonæ fidei possessore, qui post litem contestatam, atque ita postquam malæ fidei possessor esse cœpit, hæreditatem vendidit: in hæreditatis petitionem veniet pretium hæreditatis venditæ; quale pretium? ita scilicet ut accedat etiam id quod plus fuit in hæreditate, id est, verum pretium; atque ita veniet non pretium quod accedit solum, si quod pluris fuerit in hæreditate, sed veniet verum pretium hæreditatis, videlicet si negotiationis causa vendidit, id est, sua sponte nullo cogente, nulla necessitate imminente: sed si ex fideicommissi causa vendidit, quod esset hæres testamento scriptus, et jussus eam rem vendere Titio certo pretio, etiamsi vendiderit post litem contestatam, ab eo vindicabit hæreditatem ab intestato, quasi illo testamento, quo is scriptus fuerit, rupto, vel injusto, vel irrito facto: tamen non amplius veniet in eam actionem, quam quod bona fide accepit: hoc posteriore casu is vendidit ex necessitate, nempe ex fideicommissi causa, quod eo, pretio jussus esset Titio vendere: et ideo, inquit lex, *non amplius veniet quam pretium quod accepit*, id quod plus est in hæreditate non accedet. In hac etiam specie §. vendidit ex necessitate. Cur tamen damus electionem actori, ut misso pretio quod accepit, verum, exigat ab eo qui ex necessitate rem distraxit? distinguendæ sunt necessitatis causæ: non omnis necessitatis eadem est causa et qualitas; in specie leg. *in æstimationibus* hæres jussus est vendere certo pretio, nec potuit majore quin committeret in voluntatem defuncti; non est culpandus qui eo pretio vendidit quo jussus est a testatore: necesse enim habuit parere voluntati testatoris: et quamvis pateretur controversiam hæreditatis, tamen non potuit effugere solutionem fideicommissi, quia potest fideicommissarius compellere hæredem scriptum ut fidem defuncto exhibeat et præstet, licet patiatur controversiam hæreditatis, præstita scilicet cautione, evicta hæreditate legata reddi, *l. 6. et l. quod si possessor, de pet. hær. l. ult. C. eod. tit.* Culpandus est tamen qui male negotiatus est, etiamsi sit negotiatus ex necessitate quadam, de rebus, puta quæ mora perituræ aut deteriores futuræ erant, ut de frugibus cum ipse pretium fecerit. In specie igitur leg. *in æstimationibus*, testator pretium fecit, dixitque: in nostra specie ponimus eum qui distraxit pretium fecisse, ut venderet necessitate coa-

ctus ne res corrumperentur aut interirent : ut res venderet viliore pretio necessitate, non coactus; sed in *l. in æstimationibus*, utraque ex parte adactus est necessitate, ex fideicommisso, et ex præcepto testatoris ; ergo non est verendum affirmare in specie proposita reum restituere debere pretium, quod actor elegerit, id est, verum pretium, vel quod acceperit ab emptore: non igitur excludit verum pretium articulus *duntaxat*. Quid igitur ait *duntaxat* Jurisconsultus ? ut ostendat eum non teneri ad rem et fructus ; tenetur tantum ad pretium qui ex necessitate distraxit, non ad rem ipsam et fructus : nam hoc solo distat is qui ex necessitate distraxit ab eo qui non ex necessitate distraxit : nam is qui ultro et sponte negotiatus est, non ex necessitate distraxit, res ipsas quas distraxit, si extent, et fructus earum restituere debet ; vel si eas non possit redimere ab emptore, tantundem debet præstare quantum actor in litem juraverit, id est, quanti rem æstimaverit actor pro animi libidine, quod verum pretium egreditur sæpe ; vel si res deperditæ aut diminutæ sunt, debet præstare verum pretium, aut, quod accepit arbitrio actoris, *l. item veniunt*, §. *ult. sup. de petit. hæred.* nam quæ ibi dicuntur, et in ea *l. item veniunt*, qua usus sum sæpe in hoc proposito de petit. hæred. transferenda sunt ad specialem petitionem ; et omnino recte ab universali petitione, id est, hæreditatis actione, nisi evidens ratio diversitatis subsit, argumentamur recte ad specialem petitionem, *l. sin autem*, §. *sed et is qui, inf. hoc t. et d. l. item veniunt*, §. *ult.* et ita cum quis rem non ex necessitate dixtraxit, tria ponuntur pretii genera : quod fecerit, et statuerit actor juratus : quod fecerit venditor, et quod est in re ipsa, id est, verum pretium. Sed cum agitur de eo qui ex necessitate distraxit, duo tantum spectantur pretii genera, quod accepit venditor, et verum pretium: quia æquum non est, ut qui ex necessitate dixtraxit, compellatur præstare pretium quod juraverit petitor. Et hoc est quod hic dicitur, eum qui coactus distraxit rem, quæ petebatur, non debere præstare rem, nec fructus, quibus succedit pretium quod juraverit actor, si eos non possit repetere sed eum tantum debere præstare, pretium quod scilicet acceperit, aut justum pretium arbitrio actoris, quæ est certissima interpretatio hujus loci. Sed rursus in hac lege hæc ponitur species : at te fundum, quem possidebas, meum esse vindicaveram : is pendente lite ablatus tibi est, et militibus adsignatus: jam non veniet in condemnationem fundus, vel in restitutionem, quia fortuito hoc contigit sine culpa possessoris ut militibus adsignaretur, nihilque ex eo remanet apud possessorem ; quid tamen fiet si quid restet apud possessorem, ut si modicum possessori sit relictum honoris causa, id est, si totus non sit adsignatus ? Modica dicuntur honoraria quæcumque et munuscula quæ honoris causa dantur, ut in *l. sed et si suscepit*, §. *sed et si, sup. de judic. honorem*, inquit, *habitum voluit his quibus reliquit tam modica fideicommissa* ; dicuntur etiam plerunque *modica* simpliciter quæ alimentorum causa relinquuntur, ut in *l. 6. de cess. bonor. l. cum hi*, §. *si in annos, de transaction. et minuta*, *in l. 3.* §. *quamvis, si cui plus quam per leg. Falcid.* sed hoc alia ratione fit, quia alimenta per partes præstantur puta quotannis vel mensibus, vel diebus. Solebant autem victores Romani militibus veteranis agros, quos ceperant distribuere, et adsignare, expulsis veteribus possessoribus sine discrimine plerunque : et quæritur apud Tacitum libro primo miles quidam, per nomen agrorum militibus dari uligines, paludes, aut inculta montium : aut etiam solebant victores duces partem agrorum adsignare militibus, partem distrahere, ut in *l. Lucius inf. de evict.* quam hic Accursius citat accommodatissime : aut etiam veteres possessores indemnes conservabant, ut Virgilius servatus est indemnis in adsignatione Cremonensium et Mantuanorum: suos enim agros mox beneficio Augusti recepit, quo pertinet elegantes illi versus in Ecloga 9. quæ inscribitur Mœris.

Certe equidem audieram, qua se subducere colles
Incipiunt, mollique jugum demittere clivo.
Usque ad aquam, et veteris jam fracta cacumina fagi.
Omnia carminibus vestrum servasse Menalcam.

Et ita Siculus Flaccus *de limitibus constituendis : non omnibus personis victis ablati sunt agri eorum. Nam quorumdam dignitas, auctoritas, amicitia aut gratia victorem movit ut eis suos agros concederet* : aut etiam plerumque modicum tantum ex agro quem possidebat, possessori veteri relinquebant, ut proponitur hoc loco, et in *l. in agris*, *de acq. rer. dom.* dicitur agros captos ab hostibus virtute militum metari sive limitari, ut sciretur quid veteranis datum sit, quid adsignatum, quid distractum, et quid veteribus possessoribus relictum sit. Nam partem distrahebant, partem adsignabant veteranis, et partem quandoque relinquebant veteri possessori et cultori, et ob id necesse erat agros pertica metari, limitari, quæ metatio excludebat jus alluvionis et quamcumque aliam jure gentium obvenientem accessionem. Nunc finge: ager quem possidebas, quemque vindicaveram, nondum viceram sententia judicis, veteranis militibus regione illa capta hostium incursu adsignatus est non quidem totus, sed modicum tibi relictum est hono-

ris causa: quæritur an eam modicam portiunculam, quæ tibi concessa est a victore, mihi restituere debeas actione in rem, quam nondum peregi, et forsitan non debeas, quia eam quodammodo videris novo quodam jure acquisiisse; et magis est ut eam videaris non alio jure habere quam quo habebas ante: et ideo eam quæ residua est mihi debes restituere, si probavero me dominum fundi esse, et tu nullam exceptionem justam objeceris, vel objectam non probaveris: nec enim cum relinquitur veteri possessori vel totus fundus, vel pars beneficio victoris, mutatur causa possessionis: *Aggenus* 2. *de limitibus constituendis. Quos*, inquit: *Augustus in suis possessionibus remanere passus est, eorum conditionem non mutavit.* Itaque æquum est, ut id quod residuum habes mihi restituas cum non possideas alio jure quam ante. Sequitur leg. 15. §. *ultimus*, et lex 16. *in principio*. Hujus paragraphi interpretatio est difficillima; quæstio est juris vexata inter Proculianos et Sabinianos, de qua ita pronuntiat Ulp. ***Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo, et culpa possessoris, pretium non esse præstandum plerique ajunt, etc.*** plerique, Sabiniani scilicet, sive Cassiani, quia erant familiæ ejusdem; sed verior est opinio Proculianorum, et quod subjicitur in *l.* 16. ex Paulo ad eandem rem pertinet. Diximus jam sæpissime post litem contestatam omnes possessores pares esse: quod utique verum est in his, quæ post litem contestatam perceperunt, vel percipere debuerunt, vel quæ dolo aut culpa amiserunt, non etiam in his quæ fato contigerunt, ut declarat lex *illud sup. de pet. hæred.* et est propriæ quæstio hujus legis: nam si post litem contestatam homo qui petebatur suo fato interciderit sine dolo et culpa possessoris, bonæ fidei possessor absolutus est, qui scilicet jus suum defendit sincero animo, id est, qui ad litigandum venit dum existimat se bonam causam habere, *d. l. illud.* At in malæ fidei possessore distinguitur hoc modo: aut distracturus erat eum hominem petitor, si tum cum judicium acciperet, is homo ei restitutus fuisset, quia adfirmabat semper eum fuisse ex grege venalium, quod Greci sic exprimunt evidentius *οἱ ἐκ πρασίμων ὄντες*, et hoc casu homo periisse intelligitur detrimento possessoris. Igitur debet possessor ejus pretium restituere actori, quod quidem actor lucratus fuisset si hominem accepisset quo tempore petiit; restituere, inquit, tenetur pretium *l. de eo*, §. *si post inf. ad exhib.* ubi eadem proponitur species: ait enim debere restituere id quod interest, hæc non sunt contraria; nam alias id quod interest tanti est quanti res: ut *l.* 1. *C. de his qui a non domin. manum. sunt.* Thalelæus notat idem esse pretium et id quod interest, alias minoris est id quod interest quam res, *l.* 9. §. *ult. ad exhibend.* alias pluris, *l.* 1. *in prin. de action. emp.* Aut non erat petitor eum hominem distracturus, et consequenter omnino is homo suo fato erat apud petitorem interiturus, et hoc casu possessor etiamsi malæ fidei possessor fuerit, absolvendus est, et interitus ille naturalis pertinet ad actorem; perit sua res domino quæ peritura esset, etiamsi restituta ei esset confestim, *d. l. illud*, quæ lex ostendit hanc distintionem Proculi fuisse sive Proculianorum: Cassiani enim vel Sabiniani non distinguebant, sed abscisse dicebant, mortuo homine absolvendum esse possessorem. Utramque familiam in concordiam adduxit Ulpianus: Proculianorum enim distinctionem admisit merito in malæ fidei possessore, Cassianorum absolutionem arctavit ad bonæ fidei possessorem non improbe litigantem, puta cum esset aliqua justa causa, propter quam existimare deberet, rem petitoris non esse, sed suam esse potius, vel auctoris sui, alioquin idem dici debet in bonæ fidei possessore, qui improbe, id est mala conscientia litigat, quod in eo qui fuit malæ fidei possessor semper: et hoc loco probatur illa sententia Proculianorum. Sic enim §. hunc accipi convenit ut breviter hoc adstringam: in malæ fidei possessore, vel bonæ fidei possessore, qui improbe litigavit, id est, sine justa causa, justa persuasione, quod illa verba §. *ult.* indicant, *moram passo restitui pretium*: non loquitur ergo de eo qui sincero animo litigavit: nam qui improbe non litigat, moram non facit, *l. qui sine dolo, de reg. jur.* ergo nec moram ab eo patitur actor. Denique distinctio Proculi quæ probatur hoc loco, probatur vel in malæ fidei possessore, vel in bonæ fidei possessore, qui improbe litigavit, et loquitur hic §. de homine qui interiit naturaliter post litem contestatam, quia ait; si servus petitus intelligitur petitus, is de quo lis contestata, vel controversia mota: ut in Senatusconsulto de petitione hæreditatis: petitam scilicet intelligi de qua lis contestata est, vel mota controversia: et evidentius hoc exprimitur in *d. l. de eo*, §. *si post*, *et l. seq.* his verbis: *non enim post litem contestatam utique et factum præstare debet*: et sic exprimi necesse est: nam si homo interierit ante litem contestatam suo fato, *κατὰ τὴν οἰκείαν μοῖραν*, ut inquiunt Græci, id est, proprio fato, sine dolo et culpa possessoris, nullus possessor tenetur non etiam si possessor malæ fidei fuerit: nam etsi sit malæ fidei, non recte dixeris ut in fure, *l.* 8. *et l. ult. de cond. furt.* eum semper moram facere: fur semper moram facit; est enim plus quam malæ fidei possessor, *l. pen. inf. unde vi*, sed non omnis malæ fidei possessor est fur: si quis est malæ fidei possessor, non utique consequens est quod sit fur; fur moram semper facit, malæ fidei possessor, qui vitium fu-

rti non contraxit, cui non fuit animus intervertendæ rei alienæ: ut qui se non invito domino rem tenere putavit, alienam esse non ignoravit: malæ fidei possessor, inquam, moram semper non facit, antequam ad judicium provocetur: ideoque si res interierit suo fato, quam quis mala fide possidebat, ante litem contestatam, nullo modo tenetur, longe aliter quam si interierit post litem contestatam: quia ei vertitur vitio quod secum sit passus litem contestari, quod non restituerit statim, et ob id damnum fatale præstat actori, eo casu quo distraxisset actor si statim accepisset. Igitur mortuo homine de quo agebatur, non omnino est necessaria sententia propter hominem: quia quod ad hominem attinet, liberatus est reus eo casu quo periturus esset, etsi restitutus esset actori. At propter alia quædam est necessaria sententia, etiam mortuo eo homine de quo principaliter agebatur, nec mortuo homine, moritur lis omnis, et consequenter non liberantur etiam fidejussores judicatum solvi mortuo homine; nam restat ut habeatur ratio fructuum et partuum, quod declarat lex quæ sequitur et lex *si homo, de re judic.* nam si probaverit petitor rem suam esse, nec possessor objecerit ullam exceptionem, restituere debet actori etiam fructus et partus perceptos post litem contestatam et eos quidem officio judicis: nam jure actionis in judicium non veniunt, cum solus homo petitus est: perceptos igitur post litem contestatam fructus vel partus restituere debet officio judicis, perceptos ante litem non tenetur restituere in speciali vindicatione: nisi et hi specialiter petiti sint: non igitur si sola res petita sit *l. 2. C. de pet. hær.* licet in hæreditatis petitione, hæreditatis verbo contineantur veniantque fructus, aut partus ante percepti sive editi, quasi auxerint hæreditatem, quæ est capax augumenti et diminutionis, et veniunt quidem in hæreditatis petitionem percepti ante litem jure actionis: a bonæ fidei possessore percepti, ex quibus locupletior factus est, a malæ fidei possessore percepti, indistincte *l. illud §. prædo sup. de pet. hæred.* qui §. loquitur de fructibus perceptis ante litem, cum eis dicat augeri hæreditatem; fructibus enim perceptis post litem contestatam, non augetur hæreditas et ideo non veniunt jure petitionis, sed officio judicis, *l. hæres §. ult. sup. de pet. hæred.* quia est bonæ fidei: sed in specialem vindicationem, quæ est stricta non veniunt fructus sive partus percepti sive editi ante litem: nisi specialiter in petitionem deducti sint, percepti tamen post litem veniunt officio judicis. Et ideo etiamsi mortuo homine, quod ad hominem attinet, mortua sit lis, eo casu quo interiturus esset, etsi statim restitutus esset, actori tamen non est mortua lis quod attinet ad fructus et partus; nam horum etiam rationem habere oportet, id est, eorum nomine absolutionem vel condemnationem fieri. Et ait, cum hæc tractat lex *seq. propter fructus et partus*, quod addit et *partus*, indicat partus non esse in fructu, quæ est verior sententia; in fructu autem servi est quod ex operis ejus locatis mercedis nomine capi potuit, *l. mercedes sup. de pet. hær.* ergo necessaria est adhuc mortuo homine sententia, et pronuntiatio judicis propter fructus et partus, qui non interierunt: addit necessariam esse sententiam mortuo homine propter stipulationem de evictione, ut scilicet conservetur possessori actio de evictione *l. ult. C. de assert. toll. l. si servus, inf. jud. sol.* id est, pronuntiari debet homo qui mortuus est, fuerit actoris, nec ne, ut intelligatur an possessor adversus auctorem suum habeat actionem ex stipulatu duplæ, id est, actionem de evictione, nec ne: necesse est judicari ideo fuerit res actoris, nec ne: nam si judicetur, rem fuisse actoris quæ pendente lite interiit, possessor habebit regressum adversus auctorem suum evictionis nomine, quasi venditorem rei alienæ. Neque his obstat lex *si servus, inf. de evictionib. l. si quis tibi, C. eod.* quoniam ut et Accurs. admonuit recte, aut homo venditus mortuus est antequam emptori fieret controversia, vel lis moveretur, aut post: priore casu, emptor non habet actionem de evictione, quia nemo tentavit evincere hominem, sed fatum humanæ sortis evicit hominem: posteriore casu, si post litem contestatam cum emptore homo moriatur, et post mortem hominis pronuntietur hominem fuisse petitoris, erit possessori regressus adversus venditorem, et hoc ut sciatur, an commissa sit stipulatio de evictione, etiamsi mortuus sit homo, pronuntiandum de eo est fuerit actoris, nec ne; non est etiam condemnandus possessor, ut restituat pretium hominis mortui. Dubitat Accurs. utrum homine mortuo conservetur actio de evictione, et sententiam ferri oporteat, et quo pacto. Sed liquet distinguendum esse hoc modo, vel rem actoris fuisse, vel non fuisse, ut si actoris fuisse constiterit, statuamus commissam fuisse stipulationem de evictione, si non fuisse, non commissam esse. Ceterum non est condemnandus possessor ut restituat pretium, nisi secundum distinctionem Proculianorum, eo casu quo distraxisset actor, si tempore litis contestatæ hominem accepisset, atque ita pretium consecutus fuisset. Denique propter hæc tria, quæ diximus pro fructus scilicet, partus, actionem de evictione; etiam mortuo homine omnino necessaria est sententia, sed propter fatum, mortem hominis, non utique est necessaria, ut ait lex *seq.* id est, non omnino, quia distinguendum est; ut supra: necessaria est sententia, eo casu quo distraxisset actor, si mature accepisset, non est necessaria eo casu quo non distraxisset, etiamsi mature

accepisset. Igitur quod ait in leg. seq. sic est interpretandum, *utique*, id est, *omnino*; propter illa tria omnino est necessaria sententia; propter fatum non utique, non est necessaria; et ita Cicero. *Faba utique Pytagorei abstinebant*, id est, omnino, et ita in §. *ult. Instit. de leg. agn. tut.* agnationis jura civilia, omnibus modis perimi capitis diminutione, id est, maxima, media, et minima, jura naturalia agnationis, non utique, id est, non omnibus modis, ut supra dixit illo §. quia agnationis jura tolluntur quidem capitis diminutione maxima, et media, non tamen minima, ergo *non utique*, id est, *non omnimodo*. Illa autem distinctio Proculianorum, quam exposui, locum etiam habet in actione in personam, ut recte Martinus censuit, et probat lex *cum res* §. *ult. sup. de legat.* 1. *et l. si plures* §. 1. *inf. depos.* ubi initio quidem proponit Cassianorum sententiam, homine deposito mortuo post litem contestatam, absolvendum esse depositarium, quod suo fato interierit sine dolo, et culpa depositarii; verum additur hic modus ex disciplina Proculianorum, nec enim illud Cassiani addebant, sed absolute statuebant possessorem seu reum non præstare fatum, additur, inquam hic modus, cum utique interriturus esset homo, etiamsi restitutus actori esset; additur hic modus propter distinctionem Proculianorum quæ obtinuerat in malæ fidei possessore, qualis est depositarius, qui reposcenti depositum quod suscepit, non reddit, ut scilicet rei fatum præstet, si interitura non esset ea res, si esset actori restituta, ut fatum non præstet cum interitura erat, etsi restituta fuisset actori. Sed hic rursus dubitari potest hæc distinctio Proculianor. quatenus observari debeat in actione in rem, si possessor hominem vendiderit, et hic deinde suo fato interierit, quæ species nondum est tractata: nam est proposita simpliciter ea species, hominem interiisse suo fato apud possessorem; nunc ponimus hominem possessorem vendidisse, et interiisse, deinde apud emptorem, non apud possessorem. Si possessor hominem vendiderit, et is deinde suo fato interierit apud possessorem, quo cum agitur, quasi dolo desierit possidere, et ita hic distinguendum est, aut vendidit ante litem, aut post; si ante litem, certum est bonæ fidei possessorem debere restituere pretium quo factus est locupletior, malæ fidei autem possessorem debere restituere pretium quod accepit, si servus pluris venierit, *l. si a domino*, §. *si prædo inf. de petit. hæred.* vel si minoris venierit, an restituere debet verum pretium? malæ fidei possessor earum pretium debet restituere eo casu quo res non erat interitura actori, eo casu etiam quo eam rem distraxisset actor, si accepisset, *l. item veniunt*, §. *ult. sup. de pet. hæred.* alioquin id tantum debet restituere, quod accepit, si homo erat periturus actori, etsi restitutus esset: et hac in parte obtinet eadem distinctio Proculianorum. Idem est statuendum, si post litem contestatam vendiderit, et deinde homo interierit, quia post litem contestatam omnes possessores parens sunt quoties vendiderunt et postea res interiit, quandoquidem si interiit eo casu, quo erat omnimodo interitura, restituet is cum quo agitur pretium quod accepit si pluris vendiderit, atque etiam si minoris vendiderit: sed si interiit eo casu quo non erat interitura, restituet cum minoris vendiderit, verum pretium, non quod accepit; sed cum possessor non vendidit hominem post litem contestatam, sed apud se retinuit semper, et is interiit suo fato, eo casu omnes possessores pares non sunt: et quod etiam diximus distinctionem Procul. locum habere in actione in personam, hoc verum est sub hac una exceptione tantum, nisi sint fures, aut qui metum intulerunt, aut qui vim fecerunt. In malæ fidei possessore, quo cum agitur in personam, observatur ea distinctio Proculianorum: sed in eo qui vim fecit, aut metum intulit, non observatur ea distinctio, fuerit res peritura apud actorem nec ne: nec distinctio observatur Cassianorum, sed dicimus eos teneri indistincte, sive distracturus erat actor, sive non, quia hi sunt plusquam malæ fidei possessores, plusquam moratores, ut *l. pen. inf. unde vi.* qui furtum, vim, aut metum intulerunt, hi semper moram facere videntur, et ideo is qui vim intulit et metu extorsit, ejus rei nomine tenetur indistincte, id est ejus rei factum præstat indistincte sive res interitura fuerit apud actorem sive non, *l. si cum exceptione*, §. *quatenus*, *inf. quod met. caus.* In alio tamen malæ fidei possessore distinguitur ut ostendimus. Distant etiam hi tres, nempe qui vim fecit, metum intulit, furtum fecit, a ceteris malæ fidei possessoribus in hoc, quod re perempta indistincte tenentur, ante moram non tenentur. Atqui dices, eos semper moram facere; est tempus quoddam quo eorum mora cessat et interquiescit humanitatis gratia indultum, veluti post rem judicatam, intra tempora judicati faciendi, intra ea tempora cessat eorum mora, et eo tempore quo nulla censetur esse rerum mora, si res interierit, tenentur, cum interitura non esset apud actorem, alioqui non tenentur, cum tamen alii malæ fidei possessores omnino liberentur re perempta ante moram sine ulla distinctione, et quod ait §. *quatenus* in eo qui metum fecit, idem statuit in eo qui vim fecit, idem etiam statuemus in eo qui furtum fecit, ut homine subrepto mortuo naturaliter omnimodo condemnetur, non adhibita superiore distinctione, et hoc utique si fur conveniatur condictione furtiva, non si rei vindicatione, tenetur

fur pœnæ nomine actione furti, rei nomine actione in rem et condict. furtiva, actione in rem tenetur ut quilibet possessor, non ut fur, *l. ancillæ, C. de fur.* et ideo cum ea actione convenitur, observatur superior distinctio, fuerit actor distracturus hominem, nec ne, sed non observabitur ea distinctio convento fure condictione furtiva, qua actione tenetur proprie, ut fur: nam hoc est jure singulari in furem introductum ut conveniatur condictione contra regulam juris, quæ est, neminem rem suam condicere posse; rem tuam vindicare potes, condicere non potes, id est, non potes dicere eam tibi dari oportere: quia dare est dominium transferre: inepte hoc desiderabis, cum sis jam dominus, nec dominium augmentum et diminutionem recipiat. Nemo igitur rem suam condicit, id est, nemo desiderat ut possessor se faciat rei suæ dominum, nemo inquam, condicit in verbis, *dari oportere:* aliis modis verbisque potest res suas condici, condictionis verbo generaliter accepto pro qualibet actione in personam, ut actione depositi: condicit tamen dominus rem depositam, sed non his verbis, *dari oportere*, sed his *restitui debere, l. si in Asia* §. 1. *inf. depos.* et ut ait lex, *videamus*, §. *si possessionem*, *de usur.* actione depositi dominus avocat possessionem naturalem, in qua scilicet est depositarius, atque ita sibi restitui desiderat: et ita si ageres in furem restitui oportere, quo modo etiam intendis cum agis in rem: ergo sive agas in furem, sive in rem, sive in personam et concludas restitui oportere, observanda est distinctio Proculianorum, quia cum eo agis ut cum quolibet possessore qui incubat rei tuæ: sed cum agis in furem his verbis, *dari oportere*, proprio jure id agis contra definitionem juris, quod Justinianus ait esse comparatum odio furum, §. *sic itaque, Instit. de act.* sed cui odio est hæc actio, aut cui oneri, damnove? furi? aut cui bono actori? hoc pauci perspiciunt: in condictione furtiva fur tenetur indistincte, seu res fuerit interitura apud actorem, seu non: in rei vindicatione, vel in ea actione, quæ concluditur ad restitutionem, non tenetur fur nisi cum non erat res interitura apud actorem, id est, cum erat distracturus: nec enim videtur res interitura cujus pretium lucravi potuisset, et ita in condictione furtiva mortuo homine intra tempora judicati, fur non liberatur, si res non erat interitura apud actorem: in rei vindicatione, qua petitur restitui, omnimodo liberatur, et ita valde oneratur fur qui præter rei vindicationem et condictione conveniri potest; sed sunt separandi hi tres, ut docui, qui metum intulerunt, vim, aut furtum fecerunt, a ceteris malæ fidei possessoribus: nam in ceteris Proculianorum distinctio observatur, in his non observatur.

Ad L. XVI.

Utique autem, etiam mortuo homine, necessaria est sententia propter fructus, et partus, et stipulationem de evictione: non enim post litem contestatam utique, et factum possessor præstare debet.

§. 1. *Culpa non intelligitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit, licet eo perierit: nisi si minus idoneis hominibus eam commisit.*

Quod dictum est supra de homine vel animali demortuo post litem contestatam sine dolo et culpa possessoris, idem et de aliis rebus dici potest, ut si fundus petitus post litem contestatam chasmate perierit, *l. cum res*, §. *ult. de legat.* 1. vel ut hic proponitur, si post litem contestatam navis petita naufragio perierit sine dolo et culpa possessoris, possessor dolo et culpa caret, si navem bene instructam congruo et opportuno tempore navigationis navigatum miserit, et eam peritis idoneisque gubernatoribus commiserit: nec enim etiamsi fieret ei controversia navis, debuit eam otiosam habere: debuit etiam pendente lite eam locare, et navigatum mittere: nam et possessori hoc vitio vertitur, quod fructus non perceperit: igitur probe fecit, quod navem navigatum miserit, et nullius culpæ reus est si fecerit congruo tempore, et eam idoneis nautis tradiderit: opportunum navigationis tempus definitur *l.* 3. *Cod. de nauf. lib.* 11. Sed si quo tempore non debuit, navem, de qua agebatur, trans mare miserit, veluti hyemis tempore, quod est incongruum navigationi, possessor omnimodo condemnabitur culpæ nomine si navis perierit: et idem erit si servum petitum post litem contestatam in insidias deduxerit, vel per insidiosa loca miserit, et is a latronibus sit interfectus, vel si eum servum dederit in arenam depugnandi causa et occisus sit, *l. qui petitorio* §. 1. *inf. hoc t.* hæc est culpa in faciendo, hanc præstat possessor: alia est culpa in non faciendo, ut si servum, de quo agebatur, infirmum non curaverit, et hanc culpam præstat possessor: denique possessor præstat culpam in faciendo, et in non faciendo, *l. si servum*, *in princ. inf. de verb. oblig.*

Ad L. XVII.

Julianus libro sexto Digestorum scribit: si hominem, qui Mævii erat, emero a Titio: deinde cum eum Mævius a me peteret, eundem vendidero: eumque emptor occiderit: æquum esse, me pretium Mævio restituere.

§. 1. *Idem Julianus eodem libro scribit: si moram fecerit in homine reddendo possessor, et*

homo mortuus sit: et fructuum rationem usque ad rei judicatæ tempus spectandam esse. Idem Julianus ait, non solum fructus sed etiam omnem causam præstandam: et ideo et partum venire in restitutionem, et partuum fructus. Usque adeo autem et causæ veniunt, ut Julianus libro septimo scribit, si per eum servum possessor acquisierit actionem legis Aquiliæ, restituere cogendum. Quod si dolo malo ipse possessor desierit possidere, et aliquis hominem injuria occiderit; aut pretium hominis, aut actiones suas præstare cogetur: utrum eorum voluerit actor. Sed et fructus, quos ab alio possessore percepit, restituere eum oportet. Lucrum enim ex eo homine qui in lite esse cœperit, facere non debet. Sed fructus ejus temporis, quo tempore possessus est ab eo, qui evicerit, restituere non debet. Sed quod dicit de actione legis Aquiliæ, procedit, si post litem contestatam usucepit possessor, quia plenum jus incipit habere.

Dictum est de re petita, quæ suo fato interiit post litem contestatam sine dolo et culpa possessoris, vel quæ interiit dolo vel culpa possessoris: diximus etiam de eo possessore, qui post litem contestatam, non ex necessitate hominem petitum vendidit, quid de eo scilicet sit statuendum, si deinde is homo interierit suo fato, et definimus eum qui mala fide vendidit, teneri in pretium quod accepit si pluris hominem vendiderit, vel si minoris, in verum pretium, eo casu quo distracturus esset petitor si accepisset. Nunc quærimus quid sit dicendum si post litem contestatam possessor hominem petitum vendiderit, et is deinde interierit non suo fato, sed facto emptoris, ut quia emptor eum occidit. Finge, ut hic proponitur: ego bona fide hominem alienum a Titio emi: dominus vindicat a me hominem; ego post litem contestatam vendo Sempronio, et Sempronius hominem necat; quæritur quatenus teneat petitori? et non teneor quidem ad rem ipsam, cum non extet neque in tantum quantum petitor in litem juraverit, licet dolo vel culpa desierit rem possidere post litem contestatam, sed debeo tantum pretium restituere, quod accepi, si pluris vendidi, vel si minoris, verum pretium; quia homo non erat periturus, si tempore litis contestatæ fuisset restitutus actori. Itaque damnabor omnimodo ad verum pretium, si minoris vendiderim, *l. item veniunt* §. *ult. sup. de pet. hæred.* et teneor pretii nomine in specie proposita, licet eum hominem nactus sim ex causa non lucrativa, quia ut posui, eum hominem emeram, atque ita aberat mihi pretium pro homine, quod volens recipere post litem contestatam, eum hominem vendidi: damnum faciam pretii, quia petitori omnimodo debeo pretium restituere; proinde teneor petitori pretii nomine, etiamsi hominem nactus fuerim ex causa non lucrativa, puta emptionis causa. Idem igitur est sive homo venditus post litem contestatam interierit suo fato, sive facto emptoris; nam petitori, qui vendidit hominem post litem contestatam pretium restituere debet. Idem etiam est sive vendiderit ex necessitate, sive non ex necessitate post litem contestatam; nam etsi vendiderit ex necessitate, electio est actoris, ut vel petat pretium quod accepit, vel verum pretium: et est sane idem re non extante, ut heic homine mortuo vel occiso; re tamen extante multum interest utrum ex necessitate, an non vendiderit, ut exposui in *l.* 15. §. 1. *sup.* et hæc est certa interpretatio ejus quod proponitur initio leg. 17. Nunc excutiamus quæ ad initium leg. pertinent et, primo quod, ut refert. Accurs. quidam interpretantur initio hujus legis, *petere*, id est, *petere vellet*, quod verbum tamen nos accipimus proprie, ut litem contestatus fuerit, atque ita venierit homo post litem contestatam, et illic *peteret*, id est, *petere vellet*, quod est absurdum, et manet in eo errore Accurs. ut dicat *petere*, id est, *petere vellet*, sive peteret extra judicium, ut *l.* 15. §. *ult. sup. et l. vinum quod petitur*, *inf. de reb. cred.* et aliis plerisque locis, cum ubique accipi debeat pro petitione judiciali, id est, litis contestatione, aut controversia mota, ut in Senatusconsulto de petitione hæred. quod initium est judicii vel actionis potius, ut si in jus vocaverim, si libellis editis evocaverim adversarium, nondum tamen litem contestatus fuerim, initium est actionis nondum judicii. Hoc etiam loco mavult Accurs. eum errorem non amplecti, et interpretatur, *peteret*, de litis contestatione, rectissime, idem etiam male hujus responsi hanc ait esse rationem, quia inquit, ego videor occidisse, quod fecit emptor cui vendidi, ego videor fecisse, hoc Accurs. fingit suo marte: fictiones sunt legis et juris, non interpretum, non igitur potest: debuit sane apponere rationes ex §. *quod si dolo, inf. quia dolo sive culpa ejus factum est ne possideret dum vendidit lite pendente*: quod si non fecisset, non venisset in potestatem emptoris: et si non venisset, non fuisset ab eo occisus. Idem etiam male ait, pretii nomine actione eum teneri in rem utili, imo directa: quia actio est directa in possessorem: nec quod interim desierit possidere mutatur actionis qualitas, *l. sin autem* §. 1. *inf. hoc t.* Idem male ait, eum debere pretium restituere, modo absolute pretium quod accepit, modo absolute pretium verum et justum, cum hoc debuerit relinquere in arbitrio actoris ex *l. item veniunt* §. *ult. sup. de pet. hæred.* Idem male cum hoc loco, tum in *l.* 15. §. 1. *sup.* ait, pretii nomine in utriusque loci spe-

cie domino dari actionem negotiorum gestorum in subsidium, id est, deficiente vindicatione; quod quidem verum est hoc casu, si quis rem alienam, quam possidebat, ante litem contestatam vendiderit, et ab emptore bonæ fidei usucapta sit, quo casu deficit vindicatio quia qui erat dominus dominium amisit, vel eam venditionem dominus confirmavit per ratihabitionem, quomodo etiam dominium, et consequenter vindicationem videtur amisisse: sed pretii nomine ei competit actio negotiorum gestorum, in subsidium, id est, cum deest vindicatio, *l. 3. C. de rei vindic. l. ult. §. 3. de negot. gest.* hoc est certum in hac specie: sed species illis locis proposita non est hujusmodi: nam illis locis proponitur possessor vendidisse post litem contestatam, et quamvis pendente lite, dominus ratam faciat venditionem, non tamen ideo judicium solvitur, sed manet idem judicium venditionis, et fit condemnatio pretii nomine eodem judicio, ejusdem judicis officio, *l. 15. §. ult. sup.* ait officio judicis æstimationem fieri. Fit inquam condemnatio, ut hic demonstratur, etiamsi possessor cum quo actum est vindicatione, et qui postea vendidit, eam rem nactus fuerit ex causa non lucrativa, ut causa emptionis. Igitur, sic concludo: judicium in rem est persecutio pretii adversus eum qui vendidit rem petitam post litem contestatam, etiamsi ipse eam sit nactus ex causa non lucrativa, unde consequenter colligo, quo casu datur in subsidium actio negotiorum gestorum pretii nomine, debere eam dari, etiamsi is cum quo agitur, rem fuerit nactus ex causa non lucrativa, quod tamen Accursius non admittit hoc loco, nec in *l. ult. sup. de negot. gest.* sed argumento hujus legis convincitur; si enim est vindicatio pretii nomine adversus eum qui rem nactus est ex causa onerosa, erit et eadem æquitate actio negotiorum gestorum subsidiaria deficiente vindicatione; ut cujus naturæ est principale, sit etiam subsidium. Postremo idem Accurs. eo casu quo in subsidium datur actio negotiorum gestorum, dicit, emptorem secundum qui occidit servum, domino teneri actione legis Aquiliæ: hoc non potest stare: nam eo casu quo datur actio negotiorum gestorum in subsidium, statuimus dominum amisisse dominium, *d. l. 3. C. de rei vindic.* non potest igitur ei competere actio legis Aquiliæ quæ soli domino datur. Si dominium non amisisset, fateor bonæ fidei emptorem, qui occidit servum immerentem, licet eum suum esse existimaverit, domino teneri actione legis Aquiliæ, *l. si a domino §. si possessor, sup. de pet. hæred.* qui §. ibi male accipitur ab. Accur. de malæ fidei possesore tantum: bene etiam de bonæ fidei possessore ab eodem Accur. in *l. item Mela §. sed etsi servus, inf. ad leg. Aquil.* nec mirum si bonæ fidei possessor qui servum occidit bona fide possessum, domino teneatur actione legis Aquiliæ, cum et dominus ipse teneatur utili actione legis Aquiliæ, bonæ fidei possessori, si servum ab alio bona fide possessum per injuriam occiderit, *l. si dominus, inf. ad leg. Aquil.* Nunc ut mittamus Accursium: quod proponitur initio hujus legis, id Ulp. tradit ex *Juliani libr.* 7. Digestorum, male Florent. 6. nam in aliis libris rectius 7. ut in §. *usque adeo inf.* et ita etiam in *l. Julianus, inf. h. t.* rectius in aliis libris 7. quam Florent. 8. nam libro 6. Julianus tractavit de pet. hæred. libro 7. de speciali in rem actione, libro 8. de mixtis actionibus communi dividundo, famil. erciscund. fin. regundorum, et hoc etiam tractasse Julianum libro 7. quod ponitur initio hujus legis, apparet ex §. 1. quo proponitur responsum ex eodem Juliani libro quod refertur et tribuitur eidem Juliano, *l. fructus, inf.* ex libro scilicet 7. cum lex *fructus* sequatur Juliani legem ex eodem libro 7. et hoc proponitur in §. 1. Primum mortuo homine post litem contestatam fructuum rationem habendam, quod fuit demonstratum l. 16. mortuo homine qui est in lite, non moritur lis tota: nam superest ratio fructuum, et lex 16. conjuncta cum præcedenti demonstrat, mortuo homine post litem contestatam, superesse rationem fructuum, etiamsi mortuus fuerit sine dolo et culpa possessoris, id est, suo fato: et additur hoc loco ex Juliano, rationem fructuum haberi usque ad tempus rei judicatæ, et æstimari omnes operas servi mortui, seu mercedes operarum hominis mortui usque ad rem judicatam, seu mercedes quæ ex operis ejus capi potuerunt: nullæ enim captæ sunt, sed quæ si vixisset, capi potuissent: hæ sunt in fructu hominis, et in eas condemnatur qui passus est secum litem contestari, qui statim initio litis non agnovit bonam fidem, nec restituit petitori petitum hominem: habetur ergo ratio fructuum usque ad tempus rei judicatæ, etiamsi mortuus sit homo sine dolo et culpa possessoris: nam in specie §. 1. non fuit mortuus servus dolo aut culpa possessoris fuit tamen mortuus post moram: ergo hoc ponit tantum, eum moram fecisse, id est, cum eo litem contestatam fuisse, passus dicitur, qui litem contestatus est cum possessore *l. nemo, §. ult. inf. de verb. obl.* hic igitur moram fecit, quia cum eo dominus litem contestatus est et deinde homo suo fato periit, sine dolo tamen et culpam adversarii hoc quidem addidit Accur. sed præter legem, cum ponatur tantum mora, non dolus aut culpa possessoris. Inde igitur heic statuamus; homine petito, mortuo post litem contestatam sine dolo aut culpa possessoris habendam esse rationem fructuum usque ad rem judicatam, id est, ejus quod ex operis servi capi potuit interim usque ad

rem judicatam si vixisset. At in *l. fructus*, *inf. hoc t.* exigit ut perierit homo dolo et culpa possessoris, ut scilicet habeatur ratio fructuum usque ad tempus rei judicatæ: quod hic non exigitur, et videtur potius illo loco legendum, *si sine dolo* non *si dolo*, idque suadet etiam hæc ratio: nam refertur in *d. l. fructus*, in eo dissensisse prudentes, utrum fructus hominis mortui, qui percipi potuerunt ex ejus operis, sint computandi usque ad tempus mortis, an usque ad tempus rei judicatæ; qui sane non videntur dissensisse eo casu quo is dolo vel culpa interiit, imo videntur hoc casu prorogasse condemnationem et æstimationem fructuum, cum ipse possessor causam mortis attulit. Sed causa dissentiendi magna fuit, cum is interiit suo fato post litem contestatam, sine dolo vel culpa possessoris: alii hominis fructus æstimabant usque ad tempus mortis, alii usque ad tempus rei judicatæ: et ita sentiebat Julianus in *d. l. fructus*, cujus sententia et heic refertur, neque tamen ponitur homo mortuus dolo aut culpa possessoris, sed post moram tantum possessoris, quæ sententia etiam obtinuit; et additur etiam, mortuo homine haberi etiam rationem partuum ex eodem Juliano: mortuo homine, non moritur lis; quia habetur ratio non tantum fructuum, sed et partuum: partus non habentur in fructu: ideo separantur a fructu, ut in *l.* 16. et ait, *non solum fructus*, quia lex 12. tab. fructuum tantum faciebat mentionem: vindicatio est ex 12. tab. illo capite, *si quis in jure manum conseruit*, et illo, *si vindiciam falsam tulit*, et facit lex 12. tab. mentionem tantum fructuum, ut reddantur dupli a malæ fidei possessore, vel ex die litis contestatæ ex quo omnes possessores pares sunt quoniam ait, *si vindiciam falsam tulit*, id est, si falso contra vindicavit, si falso et per calumniam, dominii vero domino controversiam fecit contra vindicando quod is vindicabat jure recto: *fructuum duplione damnum decidito.* Id est, præstet duplos fructus, quod ante Justinianum obtinuit, et dicuntur in jure nostro ii maximi fructus, id est, dupli fructus, *l.* 59. §. *pen. mand. l. rescriptum* §. 1. *inf. de distract. pign.* et hoc est quod ait *l. Julianus* §. 1. *ad exhib.* in actione ad exhibendum, quæ similis, aut hujus præparatoria, fructus æstimari secundum legem 12. tab. scilicet, in duplum ex die judicii accepti, ut Pauli sententiæ demonstrant: lex 12. tab. mentionem tantum faciebat fructuum, ut eorum ratio haberetur in judicio vindicationis sed producitur etiam lex ad partus et ad partuum fructus, ut ait hoc loco: primum partuum recentium, nulli sunt fructus: infantium, id est, usque ad septimum annum completum, nulli sunt fructus, quia nullæ sunt operæ; possunt esse quidam fructus, quia et quædam operæ leviusculæ majorum infantium, *l. ult. inf. de liber. cau.* sed cum hoc dicit, partus venire et partuum fructus, de causa loquitur nominatim; causa separatur a fructu: restitui debet res cum fructibus, et sua causa: fructus est, ut si sit animal petitum, fœtus primus causa est: fœtus secundus, id est, fœtus fœtus, quia non est fructus rei ipsius, causa est: causa etiam est partus, quoniam partus non est fructus, et partuum partus, quia partus, ut homo, non est fructus, et causæ nomine comprehenditur partuum partus: sic videtur scripsisse Ulpianus in *l. ancillarum*, *sup. de petit. hæred. l. mulier* §. *sed enim*, *inf. ad Trebel.* Postremo ostenditur, venire etiam in hanc actionem præter fructus causam, id est, partus et partuum partus, et præterea id omne quod actor esset habiturus, si tempore litis contestatæ homo ei restitutus fuisset. Venit igitur usucapiendi causa, ut puta si post litem contestatam homo sit usucaptus a possessore: nam litis contestatio non interpellat usucapionem. Finge: post litem contestatam cum bonæ fidei possessore, possessor implevit cœptam usucapionem, an ideo minus mihi damnabitur? minime: debet mihi hominem restituere, vel etiam restituere actionem quam acquisivit propter eum hominem post litem contestatam, veluti actionem legis Aquiliæ. Finge: pendente lite hominem usucaptum quidam vulneravit: actio legis Aquiliæ datur domino tantum: ergo ei qui usucepit non actori, qui desiit esse dominus: usucapio plenum jus tribuit possessori, quod notandum ex hoc loco, ita ut nihil remaneat ex pristino jure petitori re usucapta pendente lite. Ergo actio de vulnerato servo competit possessori: sed ut hominem quamvis usucaptum debeat tradere; sic etiam debet actionem legis Aquiliæ cedere. Si nondum usucepisset hominem, et aliquis eum hominem vulnerasset, daretur etiam ei utilis actio legis Aquiliæ, non quidem directa, quia non est dominus: nec enim usucepit: sed quia est bonæ fidei possessor qui ab initio bona fide eum hominem nactus est, datur ei utilis actio legis Aquiliæ, *l. item Mela*, §. *sed etsi servus*, *inf. ad leg. Aquil.* Sed non cedet hanc actionem utilem: frustra ei cederet, nempe utilem, quia habet directam, sed servo vulnerato aut occiso, dominus habet directam, bonæ fidei possessor utilem: sed frustra desideras utilem tibi cedi qui habes directam: at cum usucepit, quia tu nullam habes actionem legis Aquiliæ, recte desideras ut hominem tibi tradat licet uscaptum, et ut cedat actionem legis Aquiliæ, quam quidem interim pendente lite usucepit. Idem erit si pendente lite eum hominem quem usuceperat, desierit possidere, possessione translata in alium, non dominum, et forte is homo sit occisus per injuriam: nam et

eo casu arbitrio actoris eum oportebit vel pretium servi occisi præstare, vel cedere actionem legis Aquiliæ, quæ propria ejus est propter usucapionem: debet etiam damnari hic qui transtulit possessionem in alium in fructus omnes, quos percepit ab eo in quem transtulit possessionem, ab eo quem subjecit supposuitque possessioni: *cum tamen semper per eum fructus perciperet*: nam nihil omnino lucri debet facere ex eo homine, qui fuit in lite. Itaque quicquid cepit fructuum per se, vel per alium, aut percipere debuit post litem contestatam; et partus qui editi sunt, partuumque partus, et omnes actiones, quas interim quasi dominus acquisivit per usucapionem, quin et hominem si vivat, licet usucaptum, restituere debet ei qui egit rei vindicatione, quæ est generalis definitio hujus legis.

Ad L. XVIII. XIX. et XX.

L. XVIII. *Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim, ne eum vel pignoraverit, vel manumiserit.*

L. XIX. *Ipsi quoque reo cavendum esse. Labeo dicit*, his rebus recte præstari, *si forte fundi nomine damni infecti cavit.*

L. XX. *Præterea restituere debet possessor, et quæ post acceptum judicium per eum non ex re sua acquisivit, in quo hæreditates quoque, legataque, quæ per eum servum obvenerunt, continentur: nec enim sufficit, corpus ipsum restitui: sed opus est, et ut causa rei restituatur: id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus ille homo fuisset. Itaque partus ancillæ restitui debet: quamvis postea editus sit quam matrem ejus. post acceptum scilicet judicium, possessor usuceperit: quo casu etiam de partu, sicut de matre, et traditio, et cautio de dolo necessaria est.*

Hæ leges sunt de officio judicis, nam sunt de cautionibus judicialibus, et de re qua de agitur tradenda et restituenda cum fructibus et causis, quæ omnia fiunt officio judicis non jure actionis, id est formula actionis: nec enim actor intendit dari vel tradi, vel restitui oportere rem: alioqui hæc actio esset in personam non in rem: sed rem tantum suam avocat. Ceterum formula quæ præscribitur judici, est hujusmodi: *Lucius Titius judex esto si paret fundum illum de quo agitur ex jure Quiritium illius esse, neque is fundus illi restituetur, condemna illum judex.* Et apud Ciceronem in prætura: Verris. In ea formula duæ sunt clausulæ, una de restitutione, quæ hanc actionem arbitrariam facit, altera de condemnatione: priori clausulæ si non pareat possessor, ex posteriore judex eum condemnat, id est, litem æstimat, et illa verba, *neque is fundus restituetur*, hoc significant, ut Asconius ait, *coge ut restituat*: rectissime, cum et subjiciat Marcus Tullius, erit necesse judicem cogere reum actori fundum restituere, aut condemnare, et ita in *l. a quo, inf. hoc t. oportere judicem reum cogere ut traderet*; et dicit, *traderet*, non *restitueret*, quia omnino ponendum est in specie hujus legis hominem, de quo agitur, fuisse usucaptum post litem contestatam: ex priore igitur clausula judex cogit adversarium vel tradere, vel restituere: tradere rem usucaptam, restituere non usacaptam: ait autem in *prin. l.* 18. *Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit*: ex quo colligitur, simul et ex lege præcedenti, et l. 20. usucapionem cœptam a bonæ fidei possessore, non interrumpi litis contestatione, vel si quo alio modo cognoverit rem alienam esse: satis enim est si initio possessionem apprehenderit bona fide, et sine vitio ullo, quod probat lex 2. *pro don.* et lex 2. §. *ult. inf. pro empt.* lex *Julianus*, §. *quantum, inf. ad exhib.* possessionem tamen longi temporis (hæc locum habebat in provincialibus prædiis, illa id est, usucapio in Italicis) possessionem, inquam, longi temporis, litis contestatio, vel si qua alia ratione possessor cognoverit rem alienam esse, interrumpit, vel superveniens mala fides, et longi temporis præscriptio post litem contestatam in præteritum dumtaxat æstimatur, id est, non computantur moræ litis, non computatur tempus litis, *l. nec longa*: *C. de præs. lon. temp. l. motæ litis, Cod. de rei vindic.* et ratio differentiæ, quæ perspicue non explicatur inter usucapionem et longi temporis possessionem hæc est: quia usucapio significat, jus *l. bonæ fidei, inf. de acq. rer. dom.* capio enim, id est, acquisitio, *capere,* id est, acquirere: hæc vero in jure consistit, non in facto; acquirere juris est, non facti: jus autem per se subsistit sine facto, ergo et usucapio: quod usque adeo verum est ut, si modo initio apprehensa fuerit possessio bona fide, non interrumpatur usucapio, etiamsi possessor desierit possidere, ut si res usucapi cœpta juncta sit ædificio: nec enim jam possidetur, cum est juncta ædificio, usucapitur tamen, *l. rerum de usurp. et usucap.* et ita morte etiam possessoris non interrrumpitur usucapio, *l. cœptam, infr. eod. t.* furore possessoris non interrumpitur, *l. justo errore* §. *pen. eod. t.* captivitate domini in rebus peculiaribus non interrumpitur, *l. si is qui pro emptore, eod. t.* quibus tamen omnibus modis desinit possidere, et in summa, usucapio non interrumpitur nisi usurpatione, id est, possessione a domino, vel ab alio apprehensa, et ei

qui usucapere cœpit ablata; possessio autem significat factum, *d. l. bonæ fide*, *l. 3. §. 1. de bon. poss. inf. l. denique, ex quib. cau. major.* possidere est facere, id est, detinere rem, desidere, rei suæ corpore vel animo incumbere, ut recte Plautus dicit promiscue *possidere ferias*, *et residere ferias*, et Labeo exemplo sessionis docet duos non posse eandem rem simul possidere in solidum, *l. 3. §. ex contrario, inf. de acq. poss.* nam, inquit, sicut quo loco tu sedes, ego non possum sedere simul; ita, quod tu possides, ego simul etiam in solidum non possum possidere: et ita Labeo scite in *l. 1. §. 1. de acquir. possess.* possessionem dictam esse a sedibus, quasi positionem, id est, situm: id enim quisque videtur possidere, qui corpore insidet, incumbit, incubat. Denique possidere facti est: factum interrumpitur, si quis desinat facere; interrumpitur ergo possessio, si quis desinat possidere, et possessor bonæ fidei, si incipiat possidere mala fide: facti enim qualitas immutatur; at interrupto facto, jus etiam non interrumpitur, sed suapte procedit: ideoque interrupta possessione, vel amissa bona fide, currit suapte usucapio, quæ rite inchoata est: atque adeo non interrumpitur litis contestatione, non incidente fide mala, quæ est ratio veteris differentiæ, sed hodie sublata est: nam transformata usucapione costitutum est ut usucapio interrumpatur, non tantum litis contestatione, sed etiam libelli datione et executoris conventione *l. ult. C. de ann. excep.* atque etiam protestatione publice habita, si non extet qui conveniatur, *l. 2. C. eod.* at secundum jus antiquum, si homo petitus post litem contestatam usucaptus sit et completa sit usucapio, ut hic demonstratur, nihilominus adversarius rem usucaptam debere tradere: optima ratione: quia verum est tempore litis contestatæ rem actoris fuisse. cœpta enim tum erat, nondum completa usucapio, *l. sicuti §. sed si quæratur, inf. si servit. vind.* et ait hoc loco, *si post acceptum judicium*, possessor hominem usuceperit, debet eum tradere, non dicit restituere; quia usucapione possessor factus est dominus: traditio transfert dominium, restitutio possessionem. Hoc igitur judicio actori non domino rem de qua agitur, restituere debet dominus, id est, qui pendente lite usucepit rem de qua agitur, tradere debet eam rem cujus dominium interim acquisivit usucapione, atque etiam ejus rei causam omnem, et partum editum post litem contestatam, vel post usucapionem ancillæ: et in his tradendis, ut hic demonstratur, et in l. 20. debet qui tradidit, cavere de dolo malo, id est, dolum malum abesse: quid enim si veneno imbutum tradat, quid etiam si hominem alii venditum post litis contestationem, vel pignoratum, vel manumissum tradat, quod hic proponitur? et ob id Accurs. objicit in eam partem hujus l. quod vulgo dicitur, rei litigiosæ alienationem vel pignorationem non valere, quod non est verum absolute. Rei litigiosæ alienatio, vel pignoratio non valet jure prætorio, quia scilicet emptori vel creditori eam rem persequenti ex causa emptionis vel pignoris obstat exceptio, quæ dicitur litigiosi; non valet igitur jure exceptionis id est, propter exceptionem, quæ obstat rem persequenti: valet tamen jure ipso; et ita est accipiendus titulus de litigiosis, qui est pen. tit. libr. 44. qui totus est de exceptionibus, et proponitur in eo primum titulus generalis de exceptionib. deinde exceptio rei judicatæ, tum exceptiones temporum, et exceptio doli propriis titulis. Deinde ponitur titulus, quarum rerum actio non detur: cujus hic est sensus, quib. aliis rebus opponatur exceptio, et actio non detur, cum effectu scilicet: in quo titulo proponuntur tres exceptiones, exceptio jurisjurandi, exceptio quod in alea gestum sit, et exceptio quod libertatis onerandæ causa petitur. Fuit etiam proposita sub eodem titulo exceptio rei venditæ et traditæ, de quo est proprius titulus *lib. 20.* nam *lib. 76* ad edictum Ulpian. ex quo est *l. 1. quar. rer. act. non det.* proposuit exceptionem rei venditæ et traditæ, ut constat ex tit. *de except. rei vend. et trad.* ultimo loco in eo *lib. 44.* proponitur titulus *de litigios.* id est, de exceptione litigiosi: nam qui rem litigiosam comparavit, repellitur tantum per exceptionem, non jure ipso. Ergo si rem possideat, cum eo agi non potest, vel quod emerit rem litigiosam, vel quod eam pignori acceperit: sed si amiserit possessionem, ea ratione ipse non poterit agere cum effectu et rem persequi, quia agenti obstabit exceptio litigiosi. Ergo nihil nos movere debet adversus hanc l. quod dicitur, rei litigiosæ venditionem non valere; neque enim usquequaque verum est. Licet autem dicat Jurisconsultus, eum qui hominem tradit, debere cavere de dolo malo, addi potest, et de culpa, puta sua culpa hominem deteriorem factum non esse, quia post litem contestatam etiam bonæ fidei possessor et dolum et culpam præstat: qua de causa etiam in restituendo, bonæ fidei possessor si restituat post conventionem, id est, posteaquam in jus vocatus est, ante litem contestatam, tamen cavere tantum debet de dolo: sed si restituat post litem contestatam cavere etiam debet de culpa, *l. si homo, inf. hoc t.* et hæ cautiones, aut repromissiones sunt, aut satisdationes, pro qualitate personarum scilicet, arg *l. is a quo, inf. hoc t.* nam si locupletes sunt non satisdant, sed nudam tantum cautionem, id est, repromissionem cavent; et contra ei qui tradit rem, qua de agitur, vel restituit, cavetur vicissim ab actore, ut indicat *l. 19. his rebus recte præ-*

stari : ut si fuerit lis de fundo, vel de ædibus, et earum ædium nomine possessor vicino caverit damni infecti : cum restituet ædes jussu judicis, cogetur actor, ob eam rem quod caverit, vicino damni infecti ædium nomine cavere, *his rebus recte præstari*, id est, indemnem eum eo nomine servari : *his rebus recte præstabo*, id est, *indemnem te servabo*, ut in *l. illud* §. *pen. sup. de petit. hær.* et ita etiam in specie *l. pen. de pet. hær. et l. is a quo* 58. *inf. h. t.* si cum possessore unus egerit coram uno judice, atque alter etiam cum eodem possessore egerit coram altero judice ejusdem rei nomine; et prius ab uno ex judicibus jubeatur rem restitui, non aliter cogetur, restituere, quam si officio judicis ei caveatur, *his rebus recte præstari*, id est, de eo defendendo adversus alterum, et de re præstanda si evincatur ab altero : et ita in specie *l. a quo, inf.* si rei vindicatione agatur cum possessore servi, cujus nomine susceperit etiam noxalem actionem furti, et jubeatur restituere hominem petitori, non aliter restituet præstita cautione de dolo et culpa, quam si vicissim ei caveatur quod pro eo homine judicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, *id recte præstari* : sic igitur mutuæ cautiones in hoc judicio interponuntur. Et notandum est in hanc rem quod dicitur vulgo, post litem contestatam omnes possessores pares esse, quod jam diximus in *l.* 15. §. *ult.* vitiari uno casu, si post litem contestatam res suo fato perierit : nam bonæ fidei possessor non præstat fatum, malæ fidei autem præstat eo casu, si res non erat peritura, si initio litis restituta esset actori. Vulgare dictum illud vitiatur etiam altero casu qui colligitur ex l. 20. obscure: nam bona fide possessus servus acquirit bonæ fidei possessori, etiam post litem contestatam duabus ex causis tantum, ex re sua, et ex re possessoris et ex operis suis, quia operæ sunt fructus hominis, et id quidem quod ei acquisivit ex re ejus non venit in restitutionem, sed quod acquisivit ex operis servi, id venit in restitutionem, et ita fructus hominis acquiruntur bonæ fidei possessori, post litem contestatam jure ipso non acquiruntur cum effectu, quia re evicta restituuntur : et ita accipiendum est, quod dicitur, fructus acquiri bonæ fidei possessori, *l. qui scit* §. *ult. inf. de usur.* acquiri scilicet interim quoad res evicta sit, et non acquiri fructus bonæ fidei possessori in *l. bonæ fidei, inf. de acq. rer. dom.* non acquiri, inquam, effectu, id est, si inspicias eventum exitumque judicii : nam re evicta fructus restituentur, qui interim videntur acquisiti bonæ fidei possessori. Et ita non pugnant illæ duæ *ll.* Sic etiam fructus qui per se nascuntur, sine cultura hominis ex agris, acquiruntur bonæ fidei possessori, interim ut ait *l. bonæ fidei*, id est, donec res sit evicta, non acquiruntur, ut ait *l. fructus inf. de usur.* quia interim ejus non sunt cum effectu, quia re evicta veniunt in restitutionem. In summa, quod post litem contestatam bonæ fidei possessor per servum acquirit ex re sua, id non restituit homine evicto : quod acquisivit ex operis servi, id restituit. In malæ fidei possessore longe secus est : nam malæ fidei possessori servus qui possidetur, nihil quicquam acquirit nec ex re possessoris, nec ex operis suis : et ideo quicquid per eum servum malæ fidei possessor accepit, sive ante, sive post litem contestatam, seu ex re sua, seu ex operis servi, id omne venit in restitutionem, *l.* 1. *C. de rei vind. l. per servum* 2. *inf. de acquir. rer. dom.* atque ita hoc etiam casu vitiatur quod jactatur vulgo, omnes possessores pares esse post litem contestatam. Adjicit etiam, venire in restitutionem hæreditates, aut legata, quæ post litem contestatam per servum petitum obvenerunt, *l.* 20. hæreditates istæ quæ per servum obvenerunt, neque sunt ex re possessoris, neque ex operis servi, *l. liber homo, inf. de acq. rer. dom.* ergo bonæ fidei possessori non acquiruntur, §. *de his, et* §. *seq. Inst. per quas pers. nob. acq.* Et si bonæ fidei possessor ab extraneo hærede servum scriptum bona fide possessum jusserit adire eam hæreditatem, nihil promovebit, ut ait *l. si quis mihi bona, in princ. inf. de acq. hær.* quia scilicet ei non acquiretur ea hæreditas, cum neque sit ex re, neque ex operis, quæ duæ tantum causæ acquirendi reservantur bonæ fidei possessori. Hoc tamen loco, id est, *l.* 20. significatur, bonæ fidei possessori hæreditates et legata per servum acquiri prima fronte quoniam ipse ea capit a servo non jure : et ideo non dicit in *l.* 20. *acquisierunt*, sed *obvenerunt*: aliud est obvenire, aliud acquiri, sicut aliud deferri hæreditatem, aliud acquiri, non quæcunque hæreditas nobis obvenit, et continuo acquiritur : merito igitur, ea etiam legata vel hæreditates quæ obvenerunt per servum bonæ fidei possessori, in restitutionem veniunt, sed re vera etiam cum effectu bonæ fidei possessori acquiruntur hæreditates et legata relicta servo bona fide possessio, contemplatione possessoris : ut si quis servum ab eo bona fide possessum hæredem scripserit gratia, et merito possessoris, id est, propter possessorem, ut per servum id haberet possessor, non servi gratia aut merito; hoc enim casu ea hæreditas si eam servus adierit jussu possessoris, acquiritur possessori, et non venit in restitutionem, quia videtur esse ex re possessoris, cum propter possessorem sit relicta servo, *l. aditio, in fi inf. de acquir. hæred.*

Ad L. XXI. XXII. et XXIII.

L. XXI. Si a bonæ fidei possessore fugerit servus, requiremus, an talis fuerit, ut et custodiri debuerit: nam si integræ opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori, et fructus ejus temporis, quo possedit, præstet: quod si nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus ut nihil caveat petitori de persequenda ea re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim, dum in fuga sit, usucapiat? nec iniquum id esse Pomponius libro trigesimonono ad edictum scribit,

L. XXII. Si vero custodiendus fuit, etiam ipsius nomine damnari debebit: ut tamen, si usu eum non cepit, actor ei actionibus suis cedat. Julianus autem, in his casibus, ubi propter fugam servi possessor absolvitur, etsi non cogitur cavere de persequenda re, tamen cavere debere possessorem si rem nactus fuerit, ut eam restituat, idque Pomponius libro trigesimoquarto variarum lectionum probat, quod verius est.

L. XXIII. Quod si dolo possessoris fugerit: damnandum eum, quasi possideret.

Lex 21. 22. et 23. addunt finem disputationi de officio judicis. Servus qui petitus est, fugit post litem contestatam: videndum est, utrum culpa possessoris fugerit, an non: si sine culpa possessoris fugerit, ut si integræ opinionis videbatur, ut non debuerit custodiri, absolvitur reus, quantum ad ipsum hominem attinet; nam fuga servorum qui custodiri non debent, quorumve custodiendorum nulla causa est, numeratur inter casus fortuitos, *l. in rebus, inf. commod. l. contractus, inf. de reg. jur.* nemo autem præstat casum fortuitum; ideoque si sine culpa possessoris homo petitus fugerit post litem contestatam, absolvendus est reus: ita tamen ut si interim, id est pendente lite hominem usucepit ante vel post fugam: fuga enim non interrumpit usucapionem, quia nec possessionem, debeat tum is actori cedere suas actiones, id est ad exhib. et in rem, quas acquisivit usucapione, vel etiam eis ipse debeat experiri aut cavere actori se acturum suis actionibus, id est, cavere de persequendo servo, et cum deprehenderit eo restituendo, pretiove ejus, quod ad hanc l. adjicit Theophilus in *l. de divis. stipul. Instit.* ubi hanc l. rectissime est interpretatus; hæc l. exigit, ut qui usucepit hominem eum qui est in fuga, petitori cedat actionibus suis: Theophilus adjicit huic rationi consentaneum esse, ut vel ipse suis actionibus experiatur, aut caveat se his acturum: puta se servum, qui est in fuga, persecuturum et restituturum. Itaque non omnino absolvitur reus, cum vel cedere suas actiones debeat, vel cavere de persequendo et restituendo, servo; nam sane hoc casu vincit actor, quia judex declarat hominem actoris esse: quæ victoria erit sine emolumento, si nihil ferat a possessore, id est, si non vel possessor cogatur actiones suas cedere, vel cavere; nec enim judex condemnare potest possessorem, id est, ob eam rem, quod hominem non tradat, litem æstimare non potest, quia nihil dolo et culpa ejus contigit quo minus hominem traderet, ut *l. a quo inf. h. t.* servus enim dedit se in fugam sine dolo ejus et culpa. Itaque neque ex clausula de restituendo, neque ex clausula de condemnando tenebitur reus actori, id est, non arbitrabitur judex rem tradi, neque litem æstimabit ob rem non traditam; sed ut ait Theophilus ne ea victoria sit ἀνώνητος νίκη, corrupte legitur, ἀνώνητος δίκη, et male interpres Latinus, *ne omne judicium sit elusorium*, et sic interpretandum, *ne victoria actoris sit sine honore et præmio aliquo*, debet possessor officio judicis suas actiones quas usucapione acquisivit, cedere actori, vel debet cavere de servo persequendo et restituendo; alioqui si nihil præstaret, esset ἀνώνητος νίκη, id est, victoria sine præmio. Habenda etiam est ratio fructuum, ut ait hoc loco, ejus temporis quo possedit servum eum qui est in fuga, et usucepit quandiu nemo alius ejus possessionem nactus est, *l. 1. §. per servum qui in fuga, et l. per eum, inf. de acq. poss.* servum qui est in fuga possidemus, usucapimus, sed desinimus possidere, et interrumpitur usucapio si non sit completa, ab alio apprehensa possessione: et ejus quidem temporis quo ipse possedit servum qui erat in fuga, fructus præstare debet, id est operas sive mercedes, quæ ex operis servi percipi potuissent si non fugisset, aut si eum actori statim restituisset: sed ejus temporis fructus non præstabuntur, quo possessus est ab alio. In *l. 17. §. ult. sup.* dicitur, non præstari fructus ejus temporis quo possessus est servus ab eo qui evicit; addendum, etiam non præstari fructus ejus temporis quo possessus est ab alio, cum adversus novum possessorem competat nova et propria actio domino, servo non usucapto, vel etiam servo usucapto cedi debeat adversus eum possessorem actio. Delegatio quoque est etiam pro justa præstatione fructuum ejus temporis, *l. quod debetur, infr. de pecul.* At si ab alio recipiendorum fructuum ejus temporis quo reus non possedit, facultas nulla suppetat, ut puta, homine mortuo post litem contestatam, non dicimus fructus ejus tantum temporis præstari quo possedit reus, id est, usque ad mortem; computamus enim fructus qui percipi potuissent si vixisset usque ad tempus rei judicatæ, quia statim cum hominem possessor non restituit, sed passus est secum litem

contestari; et computari fructus sive operas usque ad tempus rei judicatæ, Trebatii sententia est, *l. fructus* §. 1. *inf. h. t.* quam veriorem ait esse Pomponius, ut ibi refertur, et Julianus cujus extat sententia in *l.* 17. §. 1. *sup.* verior, inquam, est Trebatii sententia, quam Labeonis, qui hac in re dissentiebat a Trebatio, ut in plerisque aliis ab eo dissentit, quamvis fuerit ab eo institutus, *l.* 1. §. *sic ista, inf. depos. l.* 1. §. *ex contrario*, *de acq. poss. l liber homo*, *de acq. rer. dom.* et aliis locis. Labeo existimabat fructus quoad vixisset servus, dumtaxat æstimari oportere, et extat Labeonis adhuc sententia in *l. pen. inf.* ad quam Paulus addit exceptionem, in qua scilicet fructus nullo modo æstimantur, neque ad mortis, neque ad rei judicatæ tempus: ut si is servus qui mortuus est post litem contestatam prius inciderit in valetudinem adversam, propter quam ejus operæ inutiles factæ sint: tunc enim nullæ ejus hominis operæ æstimabuntur, neque ad tempus mortis, neque ad tempus rei judicatæ, quia interim percipi nullo modo potuerunt, et etiam si vixisset, ejus temporis fructus æstimari non conveniret, quia ægroti nullæ aut inutiles sunt operæ, nulli fructus: et ii tantum æstimantur qui percepti sunt, vel percipi honeste potuerunt, *d. l.* 1. *in pr.* ergo ut proponitur in *l.* 17. §. 1. ex sententia Juliani, quæ eadem est cum Trebatio, et ut contra proponitur in *l. pen. inf.* ex sententia Labeonis, si homo petitus post litem contestatam mortuus sit suo fato, id est, sine dolo et culpa possessoris, fructus ex Labeonis sententia ejus hominis æstimantur usque ad mortis tempus: ex Trebatii sententia usque ad rei judicatæ tempus, quæ obtinuit: qua de causa iterum dico, id enim jam ante dixi in *l.* 15. in *l. fructus*, dum dicitur, veriorem hac in re esse Trebatii sententiam, scilicet quam Labeonis: atque adeo dum notantur in hac re dissensisse prudentes, legendum est: *Et ideo si sine dolo et culpa possessoris homo perierit*: quia si post litem contestatam homo sine dolo aut culpa possessoris perierit, non fuit adeo stultus Labeo ut existimaverit non esse rationem habendam fructuum eo usque quo usque haberetur, si homo dolo aut culpa possessoris non periisset, id est, usque ad rei judicatæ tempus, nam cum ipse servo necem attulerit, quis non fatebitur producendam esse æstimationem fructuum, quoad longius fieri potuerit? in eo non dissenserunt prudentes, sed dissenserunt altero casu, quo scilicet periit sine dolo et culpa possessoris, qui ita ponitur in *l.* 17. et *l. pen.* et hæc quidem de servo qui convertit se in fugam post litem contestatam, quemque reus usucepit pendente lite. Nunc loquamur de eo quem nondum usucepit. Si servus petitus post litem contestatam fugerit sine dolo et culpa possessoris, quem nondum possessor usuceperat, cavere non debet, sed absolvitur omnino. Ita scilicet ut non cogatur cedere actionibus suis: habet enim Publicianam, etiam nondum completa usucapione, sed hanc actionem non cogitur cedere actori, cum sufficiat actori directa: nondum enim homo mutavit dominium cum nondum usucaptus sit. Igitur non cedit actionibus, non cogitur etiam cavere de persequendo servo, quem persequi potest Publiciana, ut dixi, quia scilicet ipse petitor eum persequi potest propriis actionibus, ob distractionem, id est, quia petitor habet persecutorias actiones servi nondum usucapti; et quamvis interim dum est in fuga, currat suapte usucapio hominis, quoad sit ab alio apprehensa possessio, tamen nihil vetat quo minus eum petitor persequatur, et hoc est, quod ait, *quo minus enim petitor* etc. ut Flor. legitur; male enim Haloander, *nihilominus*, non est etiam legendum ut vulgo, cominus, quod significat statim, confestim, et Græcis παραχρῆμα *l.* 5. *de pign. act. et l. continuus, de verb. oblig.* nam ait, *quo minus eum petitor*, etc. est ipsa celeritate paulo peculiaris oratio commotior: hujus satis perspicuus est sensus; nihil esse quo minus petitor ipse eum hominem persequi possit: et ideo non debere eum exigere cautionem de persequendo servo ab adversario, et ita exposuit Theophilus, *t. de divis. stip.* nihil vetare quo minus hoc casu, cum nondum homo est usucaptus, ipse petitor eum hominem vindicet a possessore quolibet: quid enim desiderat sibi caveri de homine persequendo, cum nihil vetet quo minus eum persequi possit? sed cavere tamen debet eo casu de eo servo restituendo, si forte in ejus potestatem venerit, non cavet de eo persequendo, sed nec persequi eum debet; sed eum persequi petitor potest si velit, sed tantum petere ut caveat adversarius se restituturum cum primum in potestatem ejus pervenerit, ut in *l. Celsus* §. *ult. inf. ad exhib. l. si pecuniam*, §. *item si quis*, *inf. de cond. cau. da.* et de eo restituendo si eum deprehenderit vel ejus pretio, ut in §. 1. *de divis. stipul. Inst. et l. cum res*, §. *itaque si Stichus*, *inf. de leg.* 1. (vide tamen observat. lib. 11. cap. pen.) Ad hæc quæritur ab Accurs. hic et quasi ex adverso objicitur, cur depositarius neque caveat de persequendo neque de restituendo? nam si homo depositus sine culpa aut dolo depositarii fugerit post litem contestatam, depositarius ei qui egit depositi, neque debet cavere de servo persequendo, neque de eo si deprehenderit restituendo, sed si forte deprehenderit, iterum agetur cum eo depositi. Cur etiam hoc casu possessor non exoneratur omnino cautione? ratio non est obscura, ne scilicet depositarius pro beneficio susceptæ custodiæ alienæ rei onus cautionis suscipiat, cum dolo vel culpa

vacet. Igitur si res pervenerit in ejus potestatem, recte quidem cum eo rursus agetur depositi, sed antequam pervenerit non subit cautionem de restituendo, neque de persequendo: mitior est actio depositi, quia est bonæ fidei, quam vindicatio; nam etiam alia in re mitior est, puta si dolo depositarii fugerit homo depositus: nam hoc casu condemnatur quidem depositarius quanti ea res est, quanti in litem juratum fuerit, sed ei condemn. succurrit: ut actor ei cedat suas actiones hominis perseq. causa, *l. in depositi*, *inf. de re judic.* cum tamen in rei vindic. non idem observetur, nam si post litem contestatam dolo possess. homo fugerit, condemnatur possessor quanti in litem juratum fuerit, et actor non cedit ei actiones suas. Rursus dubitat Accurs. cur idem non observetur quod in rei vindic. in actione quod met. caus. nam in actione quod metus causa, si ea egero cum eo qui hominem mihi metu extorsit, et post litem contestatam is homo fugerit sine culpa possessoris, cum quo agebatur quod metus causa, debet is possessor cavere, et de persequendo, et de restituendo servo, *l. si cum exceptione*, §. *quatenus*, *sup. quod met. cau.* cum tamen in rei vindicatione non caveat de persequendo, sed de restituendo tantum. Sed planum est, eo genere coerceri metum duplici exacta cautione, nam si forte agatur quod metus causa cum alio quam cum eo qui metum intulit: finge, ex metu ab alio illato, res quæ fuerat metu extorta ad me pervenit; ego etiamsi non metum intulerim, teneor quod met. caus. quia hæc actio est in rem scripta, id est, quia datur adversus quemlibet rem possidentem etsi metum non fecerit: sed post litem mecum contestatam actione quod metus causa, si is homo quo de agebatur, fugerit sine dolo et culpa mea, ego non cavebo de eo persequendo, sed de eo restituendo tantum, si in meam potestatem venerit, *d. l. si cum exceptione*, §. *aliquando*, ut in rei vindicatione cum maleficium abest, id est, cum actum est cum bonæ fidei possessore, sine cujus culpa et dolo servus fugit: post litem contestatam: sed non ita si agatur vel cum malæ fidei possessore, vel cum eo qui metum intulit: quanquam et cum agitur rei vindicatione cum bonæ fidei possessore, ut dictum est supra, exigatur ab eo cautio et de persequendo et restituendo homine usucapto, quia tunc ipse solus rei persecutionem habet, non qui fuit olim dominus, et desiit esse amisso servi dominio usucapione: sed cum dominus, non amisit dominium et parsecutionem servi, id est, cum homo nondum usucaptus est, non cavebit is unde petitur nisi de restituendo, de persequendo non item. Rursus etiam dubitat, cur non idem quod in rei vindicatione observetur in actione redhibitoria? *l. redhibere*, §. *ult. de ædil. ed.* finge: emptor hominis ob vitium vel morbum, quod non dixerat venditor, egit redhib. actione, id est, ut venditor recipiat rem, et restituat pretium: post litem contestatam is homo fugit sine dolo et culpa emptoris, an cogitur venditor restituere pretium? sic sane: sed vicissim debet emptor cavere de eo homine et persequendo, et restituendo: cum tamen in rei vindicatione non caveatur de persequendo sed rem ita geri in actione redhibitoria natura actionis postulat, et nomen actionis demonstrat: redhibitoria actio est quæ resolvit venditionem, et restituit omnia in pristinum statum, perinde ac si emptio et venditio non intercessisset, *l. facta*, *inf. de ædil. ed.* Igitur sicut vult emptor sibi pretium præstari sive redhiberi ex parte venditoris, debet etiam ipse pro sua parte rem redhibere, aut si abesse cœpit sine ejus dolo aut culpa post litem contestatam: omnimodo cavere debet de ea persequenda et restituenda: quinimo hoc vere possumus affirmare, nihil distare a rei vindicatione, quæ est verior definitio: cur cavet emptor de persequendo et de restituendo? quia emptor factus est dominus traditione. Ergo ejus est persecutio et restitutio, non venditoris, quod et ita procedit in rei vindicatione, si possessor factus sit dominus usucapione: tunc enim cavet de utroque, de persequendo et restituendo, vel actionibus suis cedit petitori. Itaque consentit omnino hac in re jus redhibitoriæ actionis cum hoc jure, de quo tractamus, scilicet de rei vindicatione. Postrema inspectio illa est, quid sit dicendum si dolo aut culpa possessoris homo fugerit post litem contestatam, ut puta, si non custodierit eum qui custodia indigebat veluti impuberem, vel barbarum, vel stigmaticum servum, tenetur et doli et culpæ nomine, *l. qui petitorio* §. 1. *inf. h. t.* et sic ut nave petita, quo exemplo hic utitur, et usi sumus *sup.* in *l.* 16. si ea navis post litem contestatam perierit, tenetur reus, si eam non idonea tempestate navigatum miserit, vel si eam non idoneis hominibus commiserit, hoc enim culpa esse intelligitur: ita etiam si hominem fugitivum qui petebatur, reus pendente lite non custodierit, et fugerit, culpæ nomine tenebitur, hominem inquam fugitivum quo verbo significatur habitus animi, id est, qui erat eis moribus ut sæpissime fugeret, debuit custodire: si non custodierit et fugerit, culpæ nomine tenebitur: tenetur autem hoc casu cum servus fugit dolo aut culpa ejus, et tenetur omnimodo ejus rei nomine ut hic, si dolo ejus fugerit quanti in litem juratum fuerit, si culpa ejus fugerit quanti ea res erit, id est pretii justi nomine, et ita scilicet ut si culpa ejus tantum fugerit, non dolo, debeat actor cui præstatur æstimatio litis, ei cedere suis actionibus, cum non dum usucepit possessor servum: quin etiam licet actor ei non cesserit

suis actionibus, ipse reus qui subierit æstimationem litis culpæ suæ nomine, potest hominem persequi propria actione, id est, Publiciana, de qua omnino accipienda est *l. si culpa*, *infr.* nam in ea valde hæsitant interpretes, ut sit ejus legis hæc sententia: si fugerit servus culpa, non dolo possessoris, ut actor ei cedat directam vindicationem quam habet, et ut etiam sine cessione directa, ipsi detur a Prætore Publiciana, ne in damno versetur, ne et pecuniam et hominem amittat; quam Publicianam eadem lex *si culpa* docet posse institui adversus dominum, qui hominis æstimationem tulit, si forte postea possessio hominis ad eum pervenerit: nec obstabit agenti Publiciana exceptio justi dominii, quæ dicitur objici Publicianæ in *l. ult. tit. seq.* sed hæc exceptio justi dominii, quæ objicitur Publicianæ, datur causa cognita: ergo non temere, *l. mandatum*, *inf. mand.* nam æquum est plerisque casibus, ut etiam detur actio efficax, id est, Publiciana contra dominum, ut hoc casu qui domino servi litis æstimationem præstitit, recte etiam cum eo deinde aget nacto possessionem hominis Publiciana actione, nec repelletur exceptione dominii, etiamsi dominus ipse sit paratus reddere pecuniam, quam accepit sententia judicis periculo judicati, ut ait *d. l. si culpa*, id est, periculo condemnati in æstimationem litis, nam æstimationem litis solvit suo periculo; nam sive rem, cujus nomine litis æstimationem solvit, postea consequetur, sive non, pecuniæ illius damnum fecit: ergo Publiciana conveniri poterit etiam ipse dominus cum effectu, nec audietur si litis æstimationem redhibeat ei qui agit Public. quæ est sententia *d. l. si culpa.* At si dolo possessoris post litem contestatam fugerit servus de quo agebatur, eo casu actor non cogitur ei cedere suis actionibus: non habet etiam is qui quantum in litem juratum est persolvit, actionem Public. *l. is qui dolo*, et *l. nec quasi*, *inf. h. t.* Itaque multum interest dolo ejus fugerit, an culpa, et hoc est quod ait *l. 22.* quod si dolo possessoris fugerit, perinde eum teneri, atque si possideret, id est, non ei cedi actiones, et nec ei caveri de cedendis actionibus, quæ tamen ceduntur ei qui culpam tantum admisit: quin et Publiciana ei permittitur, quæ huic non permittitur, et hæc omnia dicuntur de bonæ fidei possessore, cujus dolo vel culpa servus fugit post litem contestatam; nam si ante litem contestatam servus fugerit sine dolo et culpa bonæ fidei possessoris, non tenetur: quia ante litem contestatam dolum tantum præstat, non culpam, *l. si homo, inf. h. t.* post litem contestatam et dolum et culpam præstat, sed mitius, ut dixi condemnatur ob culpam, quam ob dolum.

Ad L. XXIV.

In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit.

§. 1. *Loca sacra, item religiosa, quasi nostra, in rem actione peti non possunt.*

§. 2. *Si quis rei suæ alienam rem ita adjecerit, ut pars ejus fieret: veluti si quis statuæ brachium, aut pedem alienum adjecerit: aut scypho ansam, vel fundum: vel candelabro sigillum, aut mensæ pedem: dominum ejus totius rei effici, vereque statuam suam dicturum, et scyphum, plerique recte dicunt.*

§. 3. *Sed et id, quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fit: licet de pictura quidam contra senserint, propter pretium picturæ: sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest.*

§. 4. *In omnibus igitur istis, in quibus mea res per prævalentiam alienam rem trahit, meamque efficit: si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium ejus, quod accesserit dare.*

§. 5. *Item quæcunque aliis juncta, sive adjecta accessionis loco cedunt, ea quamdiu cohærent, dominus vindicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit. Dicit enim, si statuæ ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi: et quod semel alienum factum sit, etiamsi inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo quod adplumbatum sit: quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem: plumbatura autem non idem efficit. Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. At in his corporibus, quæ ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem: ut singuli homines, singulæ oves. Ideoque posse me gregem vindicare; quamvis aries tuus sit immixtus: sed et te arietem vindicare posse. Quod non idem in cohærentibus corporibus eveniret: nam si statuæ meæ brachium alienæ statuæ addideris non posse dici brachium tuum esse: quia tota statua uno spiritu continetur.*

§. 6. *Tignum alienum ædibus junctum nec vindicari potest propter legem duodecim tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum, qui sciens alienum junxit ædibus: sed est actio antiqua de tigno juncto, quæ in duplum ex lege duodecim tabularum descendit.*

§. 7. *Item si quis ex alienis cementis in solo suo ædificaverit: domum quidem vindicare poterit, cementa autem resoluta prior dominus vindicabit: etiamsi post tempus usucapionis, dissolutum sit ædificium, postquam a bonæ fidei emptore possessum sit: nec enim singula cementa usucapiuntur, si domus per temporis spatium nostra fiat.*

Quia rei vindicatio, de qua h. t. agitur, domino in possessorem datur, ideo omnis quæstio dominii et possessionis in hunc tractatum incidit: quæstio possessionis habita est in *l. officium* sup. heic habebitur dominii quæstio. In rem actio datur domino, sed an ei qui jure tantum Quiritium dominus est, sicut in formulis addi solebat? imo etiam ei qui jure gentium dominus est. Jure gentium, ut qui a domino rem traditam accepit, jure civili, ut qui a non domino traditam usucepit, vel huic, vel illi datur rei vindicatio, et uterque etiam rem suam esse dicit ex jure Quiritium: nam et quod jure gentium meum est, idem jure civili meum est, sicut jus quod naturale est, idem civile est, aut esse debet, ut ait Cicero, sed non e converso. Nam quod meum est jure civili, non continuo etiam meum est jure gentium: et ideo plerunque adjici oportet, cum quid jure civili tantum nostrum est, in vindicando hanc causam, ex jure Quiritium, *l.* 1. §. *per hanc. inf. h. t.* ut si filium tuum esse dicas, hoc non recte dicas simpliciter, sed causam adjicere debes ex jure Quiritium: nec enim filium tuum recte dixeris jure gentium, sed qui simpliciter non adjecta causa rem suam esse dicit, is qualecunque dominium in judicium deducit, *l. si mater*, §. *eandem*, *in fi. de except. rei judic. qualecunque* dominium, id est, tam quod jure civili, quam quod jure gentium consistit, dominium scilicet quod dicitur in bonis, id est, dominium jure gentium, et dominium ex jure Quiritium, non qualecunque, id est directum et utile, quia omne dominium est directum, nullum est utile, ut recte docuerunt interpretes feudorum: nec quod sit vindicatio alia directa, alia utilis, erit et propterea dominium aliud directum, aliud utile: sicut quod sit actio hypothecaria alia directa, alia utilis, non ideo tamen quisquam adhuc constituit nobis aliam hypothecam directam, aliam utilem. Igitur in *d. l. si mater, qualecumque dominium,* id est, dominium in bonis, quod tam jure civili quam gentium consistit. Alii enim sunt domini, ut Theophilus docet *tit. de libert.* Bonitarii, alii Quiritarii: ergo rei vindicatio datur utrique, id est, sive quæsierit quis dominium jure gentium, sive jure civili. Quid constituemus, si proponamus duos esse dominos ejusdem rei in solidum, unum jure civili, alterum jure gentium: ut ecce, secundum jus antiquum venditor qui rem venditam tradidit emptori, qui inquam, tradidit, non solemniter mancipavit, non in jure cessit, is est dominus ex jure quiritium, emptor dominus in bonis seu jure gentium, factus scilicet per traditionem, qui est modus jure gentium transferendi dominii, et ita venditor dominus ex jure Quiritium, emptorem dominum in bonis facit Ulp. in *fragm.* et similiter Justinianus uxorem dominam facit dotis, jure naturali, maritum, jure civili, *l. in rebus*, *C. de jure dot.* non satis ut arbitror considerate: nam e converso potius dicendum videtur, maritum dotis esse dominum jure naturali, quia tradidit uxor: et ita est expressum in §. *per traditionem, Instit. de rer. divis.* ubi ait, jure gentium dominium transferri per traditionem; ut si quis ex dotis causa tradat, traditio dotis maritum facit dominum jure naturali, seu quod idem est, jure gentium, et rectius in *l. quamvis, inf. de jur. dot. et l. Lucius* §. *idem respondit*, *inf. ad municip. quamvis,* inquit, *dos sit in mariti bonis, mulieris est tamen,* illis verbis, *in bonis*, significatur dominium jure gentium, ut constat ex *tit. de libert. apud Theoph.* et multis locis. Ergo quamvis dos sit in mariti bonis, id est quamvis sit mariti jure naturali quia ei tradita est, tamen mulieris est, jure scilicet civili. Cum vero ita proponitur, duos esse dominos ejusdem rei in solidum, unum jure civili, alterum jure gentium, videtur utrique danda vindicatio adversus extraneum possessorem: nam et datur alteri adversus alterum, sed non cum effectu: uxor repellitur exceptione rei in dotem datæ, si agat adversus maritum, *l. doce ancillam, C. de rei vind.* nisi agat soluto matrimonio: quia soluto matrimonio dominium recurrit ad mulierem: vel nisi agat constante matrimonio domini rebus propemodum eversis, aut jam dilabentibus, quo casu etiam vindicatio dotis uxori datur, manente matrimonio, *l. ubi, et l. in rebus, C. de jur. dot.* Non datur etiam efficaciter vindicatio venditori adversus emptorem qui rem vendidit, nec mancipavit: quia obstat exceptio rei venditæ et traditæ: sicut etiam marito per servum dotalem acquiritur omnibus causis, ita cum quis rem suam vel servum vendidit et tradidit, non mancipavit, emptori qui est dominus jure naturali, is servus acquirit ex omnibus causis, non venditori, licet dominus manserit ex jure Quiritium, quod declarat Ulp. in *frag. tit.* 9. Proposuimus, vel potius supposuimus, duos dominos ejusdem rei in solidum, unum jure civili, alterum jure naturali, sicut in *l. et habet*, §. *eum qui inf. de precar.* proponuntur duo possessores ejusdem rei in solidum: ut si quis rem aliquam precario rogaverit ut sibi possidere liceret, is qui precario rogavit, dicetur corpore possidere, quod est naturaliter

possidere; is qui rogatus est, dicitur animo possidere: et ita proponuntur duo possessores ejusdem rei in solidum ex sententia Sabinianorum: nam ea est ex libris Pomponii ad Sabinum, cum tamen revera unus tantum sit dominus vel possessor in solidum, *l. si ut certo*, §. *si duobus*, *inf. commod.* et ita constante matrimonio solum maritum spectamus quasi dominum; eique deferimus directam vindicationem: rei venditæ et traditæ, solum emptorem quasi dominum spectamus, et huic etiam directam vindicationem damus: alioqui si duo essent domini ejusdem rei in solidum, neuter in vindicatione proprietatis vinceret alterum, sicut in vindicatione possessionis, id est, in interdicto uti possidetis, cum proponuntur duo possidere eandem rem in solidum, neuter alterum vincet, quia uterque possidet, neuter potior est, *l. 3. in princ. inf. uti possid.* cum, inquam, proponuntur duo possessores ejusdem rei in solidum, id ex sententia Sabini est quæ explosa est in *l. 3. §. ex contrario*, *inf. de acq. poss.* et ideo quod dicitur de duobus possessoribus in *l. et habet*, id attribuendum est Sabino secundum inscriptionem legis et in *dict. l. 3. uti possid.* cum constituuntur duo possessores ejusdem rei in solidum expendenda sunt illa verba, *si quis proponeret duos possidere* id est, si quis hoc tentaret ex sententia Sabini. Sed adnotandum est hoc non probari, nam neque domini neque possessores duo possunt esse ejusdem rei in solidum; unius tantum dominium et possessionem quasi solam spectamus, et ideo in vindicatione proprietatis et possessionis alter vincet alterum, ut emptor vincet venditorem, et maritus cui dos tradita, manente matrimonio vincet uxorem *d. l. doce ancillam. C. de rei vind.* Additur postea in hac *l. quia vindicatio datur domino*, ideo non vindicari loca sacra aut religiosa, quia scilicet dominii nostri non sunt: hæc actio datur soli domino, loca sacra vel religiosa nullo jure, id est, nec jure gentium; nec civili in dominio nostro sunt: qua ratione etiamsi quis diruat sepulchrum aut monumentum, ei cujus interest non datur actio legis Aquiliæ, quia datur soli domino et ideo nomine sepulchri non datur, *l. 2. in princ. inf. de sepulc. viol.* sed datur interdictum quod vi aut clam: dari potest etiam de sepulchro violato actio, et recte ait hoc loco, *loca*: nam fundus in quo locus est religiosus vel sacer, vindicari potest: nec vindicationi fundi quicquam detrahit loci sacri religio, ut recte vindicetur fundus, etiam si in eo sit locus sacer, aut religiosus, *l. in modicis, infr. de cont. empt.* locus sacer vel religiosus specialiter non vindicatur, sed vindicationi fundi accedit, sic etiam specialiter non venditur, sed venditioni totius fundi accedit, et ita cum quidam apud Tiberium accusaretur, quod venditis hortis suis mancipasset etiam statuas Augusti quasdam, quæ erant in hortis, scribit Tacitus *lib.* 1. et Dio lib. 57. Tiberium respondisse, non fieri contra religionem, quod statuæ et simulacra, venditioni hortorum ac domorum accedant, nec enim ipsæ specialiter veneunt. Recte etiam hoc loco ait *in rem actionem*, nam de locis sacris aut religiosis non est in rem actio: est tantum interdictum de locis sacris et religiosis puta de mortuo inferendo, vel ne quid in loco sacro fiat, vel quod factum erit, restituatur, quæ tamen interdicta veluti proprietatis, id est, dominii causam continent, ut ait *l. 2. §. quædam*, *inf. de interd.* quia scilicet ea interdicta non dantur nisi domino proprietatis, id est, domino fundi, et ob id in his interdictis quæritur de jure dominii, puta, an sit dominus fundi is qui agit interdicto de mortuo inferendo, *l. sunt personæ*, *inf. de relig. et l.* 1. *inf. de mort. infer.* eaque sola ratione dicuntur ea interdicta continere veluti proprietatis causam. Contendit etiam hoc loco Acc. de locis sacris et religiosis competere in factum actionem, extraordinariam scilicet, quæ est huic actioni subsidio, id est, quæ solet dari deficiente rei vindicatione, ut ait *l. quæcumque*, *inf.* hocque contendit Acc. ex *l. quæ religiosis, inf. h. t.* male. Nam non dicitur in ea l. de loco religioso dari actionem in factum: sed hæc est sententia eaque interpretatio hujus loci: ea quæ religiosis locis adhærent, id est, infixa et inædificata, religiosa singula per se esse, et ideo si quis ea moverit, religiosa manere; ut si quis lapides sepulchro exemerit, vel mensas, aut scabella, aut statuas, lapides religiosi manent, et statuæ religiosæ, nec possunt vindicari, sed est actio in factum extraordinaria, per quam qui lapides movit et exemit, cogitur eos restituere, quin etiam, ut adjicit ea lex si monumento nondum finito alieni lapides juncti sunt et exempti nondum etiam finito monumento, eo casu lapides juncti possunt vindicari sive remoti sint ut reponerentur, sive ut alibi imponerentur, et dicit ea lex promiscue vindicare, et quod est rarum, repetere, pro petere, simplex pro composito: nam petere, est vindicare, repetere, condicere proprie. Et ratio non est obscura, quia nondum erant lapides religiosi, nec enim dum erat in eo loco religionis quicquam, nondum enim finitum erat monumentum: id est, nondum religiosum factum. Non omnia monumenta justa sunt, non omnia religiosa: prius peragi oportet solemnia, quo locum religio occupet. Igitur si lapis quidam junctus monumento, eo monumento nondum finito, nondum absoluto, id est, nondum religione occupato, exemptus sit, superest vindicatio: religione mutatur dominium, sed hoc in loco nondum est religionis quicquam, quæ est sententia *l. quæ religiosis, inf. hoc t.* Non igitur ea lex dat actionem

in factum de loco religioso, sed de exemptis lapidibus post perfectum monumentum, qui religiosi manent, et ideo non possunt vindicari. Ceterum actione in factum agitur ut restituantur, quia vindicari non possunt. Deinde additur, posse vindicari partes illas quæ rebus nostris ex rebus alienis accedunt, vel potius recte vindicari totam rem nostram, cui tamen aliquid accessit ex re aliena: ut si statuæ meæ brachium addidero alienum, seu ex aliena statua, sicut antea totam statuam meam esse dicebam: ita et nunc dico totam statuam meam; vel etiam si scypho addidero ansam, vel candelabro sigillum alienum, vel si lecto fulcrum, vel si navi tabulam alienam, vel si armario aut loculis claustrum seu clavem alienam; accessio enim sequitur jus rei principalis, et ideo navem totam meam dicam, etiamsi tabula sit aliena, et sic de ceteris, *l. librorum §. ult. inf. de leg.* 3. *l. sed si ex meis* §. 1. *inf. de acquir. rer. dom.* et hoc, ut hic ait, plerique ita recte sentiunt, id est, Proculiani. *d. l. sed si ex meis* §. 1. Sabiniani ergo dissentiebant; sed placuit totam rem meam esse, sicut fuit ante, licet pars quædam addita sit ex alieno, et omnino ita definitur in *d. l. sed si ex meis*. In quibus rebus propria quædam qualitas spectatur, si quid addatur id toti cedere et agglutinari: *in quibus propria qualitas spectatur*: sic vocat corpora, sicut Stoici, quos sequuntur semper nostri jurisconsulti: corpus omne vocant qualitatem, ut docet Cic. 1. Acad. et docet consentire Peripateticos et Academicos. Denique materiam corporalem vocant qualitatem, non materiam illam quæ corpore vacat, quapropter in libris nostris utuntur promiscuæ materiæ et qualitatis nomine in eadem specie, cujus ratio non redditur, ut in *l.* 198. *de verbor. signif.* quod ait materiam, eadem de re tractans dicit qualitatem *l. si prædium, inf. de præd. minor. l. in venditionibus, inf. de cont. empt. materiam* in *l. si sterilis* §. *quamvis, inf. eod.* Igitur sic est definiendum: *in quibus rebus proprie qualitas spectatur*, id est, quæ constant materia et forma, vel quæ conficiunt propriam qualitatem, si quid accedit, id toti cedere, et eodem jure esse quo totum, ut additur in §. *in omnibus*, et in §. *item quæcunque*, idem dicit id fieri per prævalentiam eleganter κατ' ὑπεροχὴν, ut res mea, id est, rei meæ propria qualitas trahat ad se rem alienam, cujus nulla est propria qualitas, ut ædificium meum trahat ad se cæmentum alienum, si meo ædificio adjungatur. Sed si ego forte vindicavero statuam meam quam possidet is cujus erat brachium aut per statuæ coadunatus. Finge possessionem meæ statuæ transisse in eum cujus erat brachium: quia statua tota mea est, mihi competit vindicatio: sed is per exceptionem doli mali servabit impensas brachii. Idemque servabitur in charta et tabula: nam meæ chartæ cedit scriptura aliena, item meæ tabulæ cedit pictura aliena, sicut proponitur in §. *sed et id quod*, ut plerique sentiunt; Proculiani scilicet, sed dissentiunt Sabiniani propter pretium picturæ, censentque æquius esse, ut tabula cedat picturæ: quæ sententia obtinuit, ut declaratur in *l.* 9. §. *litteræ, inf. de acq. rer. dom.* ubi verbum *placuit*, id est, obtinuit: hic videtur probari sententia Proculianorum, ut non tantum scriptura cedat chartæ, sed et pictura, quantumvis pretiosa, alienæ tabulæ cedat: et ideo si pictor tabulam possideat, recte tabulam ab eo depictam totam meam esse dicam actione directa secundum Proculianorum sententiam: sed is picturæ impensam sibi servabit per exceptionem doli mali secundum Sabinianorum sententiam, non vindicabo tabulam nisi utili vindicatione, ut declaratur in *Instit. de rer. divis.* Ita constituamus. In rebus quæ propriam speciem et qualitatem habent, id quod additur, toti cedere id est, non eo minus totum ejus esse cujus fuit ante: speciem ad se per prævalentiam, ut hic ait Paulus trahere minorem partem, quæ additur: et hanc esse Proculianorum sententiam ostendit lex *sed si ex meis* §. 1. *de acquir. rer. dom.* ut si statuæ meæ brachium alienum addidero, totam statuam meam esse vindicare possum, etiam adversus eum qui dominus fuit brachii, si possideat statuam meam: sed eo casu quo statuam meam possidet is qui brachii dominus est, per exceptionem doli mali pretium brachii consequitur, ut ait in §. *et id quod, et* §. *in omnibus*, per exceptionem, inquam, non autem per actionem: nam me possidente, ne utilis quidem ei brachii vindicatio datur quamdiu cohæret meæ statuæ. Idemque est, si scypho, vel lanci, vel phialæ, vel candelabro meo particulam aliquam de alieno addidero. Idem si navi meæ tabulam alienam, si mensæ pedem, lecto fulcrum, ædificio tignum injunxero: id enim quod injungitur rei meæ, cedit accessionis loco: Idem si vehiculo meo rotam alienam aptavero, si armario, vel loculis claves aut claustra aliena: si annulo meo gemmam alienam, aut lapillum alienum, vel margaritam alienam adjunxero: si vestimento meo addidero institam, aut clavos alienos, *d. l. sed si ex meis* §. 1. *l.* 6. §. 1. *inf. ad exhib. l. librorum*, §. *ult. de leg.* 3. *l. si statuam inf. de aur. et arg. leg.* idem etiam erit ut adjicitur in §. *sed et id quod*, si in charta mea quidam alius scripserit Homeri poema: scriptura enim aliena cedit meæ chartæ, vel meæ membranæ: idem etiam quidam existimant statuendum esse in tabula, ut si quis in tabula mea pingat imaginem: imaginem enim cedere tabulæ quasi prin-

cipali et majori rei, cum pictura sine tabula esse nequeat; ea certe major est principalisve sine qua altera nequit existere, cum tamen ipsa per se sine altera subsistat: et consimili ratione Sabiniani, si quis ex aliena materia fecerit speciem, ut ex alieno auro statuam, vel annulum, existimant eum esse speciei dominum non qui fecit sed qui materiæ dominus est, et utuntur hac ratione *l. 7. §. cum quis, inf. de acq. rer. domin.* quia sine materia nulla species effici potest. Est igitur materia præstantior quam sit effectio, quia sine materia non est effectio sicut et illi dicunt tabulam esse potentiorem, quia sine tabula pictura esse non possit; contra alii putant tabulam picturæ cedere, quod pretiosior plerumque sit imago quam tabula, atque ita hi volunt vilius cedere pretiosiori ut refertur in *l. quidquid §. ult. inf. de acq. rer. domin.* quia cum partes duorum dominorum coherent, et quæritur utra utri cedat, id est æstimandum pro portione cujusque, et pro pretio portionis cujusque ut scilicet minor cedat majori, vilior pretiosiori. Sed illud prius est verissimum minorem cedere majori, sed posterius non est usquequaque verum, vilius cedere pretiosiori; imo persæpe pretiosius cedit viliori, ut vestimento meo intexta aliena purpura, quamvis purpura pretiosior sit, cedit tamen vestimento meo *§. si tamen alienam, Inst. de rer. divis.* et cedit accessionis vice: dubitant utrum sit legendum *accessionis jure*, an accessionis vice; utrumque reperitur, sed legendum accessionis vice, ut in *l. vestis §. 1. de aur. et arg. leg.* et in *§. item quæcunque* h. l. ubi ait *accessionis*, et ita Theophilus *ἐν προσθήκης μέρει* et in *l. cum aurum §. plane inf. de aur. et arg. leg.* clavos aureos et purpuram quæ intexitur vestimentis, partem esse vestimentorum; ergo purpura, licet sit pretiosior insita, cedit vestimento quasi speciei majori, et ita etiam argento cedunt emblemata aurea quamvis pretiosiora. *d. l. cum aurum §. 1.* cedunt etiam argento gemmæ quamvis pretiosiores *d. l. cum aurum §. pervenimus, et §. ult.* Et in summa, minor pars quamvis pretiosior speciei majori cedit, cum autem partes sunt omnino pares, tum pretiosiori cedit vilior; an essent pares non dubitatur, in tabula, puta, sed alii dicebant tabulam esse majorem, quod sine ea pictura esse nequeat; alii picturam esse majorem; puto, neque horum, neque illorum sententiam fuisse comprobatam, sed ita accipiendam esse *l. 9. §. litteræ, inf. de acq. rer. dom.* ut obtinuerit media sententia, haec scilicet ut scilicet utrique detur vindicatio, domino tabulæ utilis, pictori, directa: utrique exceptio doli mali pretii tabulæ vel picturæ servandi causa, quod non ita procedit in aliis rebus: nam si statuæ meæ brachium tuæ addidero et coadunavero, vel etiam si vasi meo sigillum tuum addidero, id est, eminentius simulacrum quoddam: sigilla Bayfius male ait, esse quæ Grecis *ἀγκάλματα*, quæ sunt imagines sive formæ pictæ, et ita quæ Plato vocat *ἀγάλματα*, Cicero formas vocat 2. *de legibus*: sed sigilla sunt *ἀνδριαντάρια*, sive *ἐκτυπώματα*, id est, eminentiora simulacra, sicut in annulo signatorio, quæ est cava figura, dicitur typus proprie, eminens autem ea figura quam exprimit annulus signatorius, dicitur *ἔκτυπος*, quæ figura est proprie sigillum. Si igitur vel candelabro meo sigillum alienum, vel statuæ meæ pedem alienæ statuæ addidero, ita distinguemus: aut addidi per applumbationem, aut per ferruminationem quod proponitur hoc loco: si per applumbationem meæ statuæ pedem tuæ addidero; tibi ne utilis quidem vindicatio pedis datur, quandiu cohæret statuæ meæ: sed tamen datur tibi actio ad exhibendum, ut separetur, quod facile fieri potest: applumbata resolvuntur facile exemplo plumbo: quin hæc erat olim patrumfam. industria ne esset furibus copia vasorum auferendorum, ut omnes lances et scyphos simul applumbarent, ut portatui essent difficiles: facile enim erat replumbare. *d. l. cum aurum.* Igitur cum quid additur per applumbationem, is qui dominus est brachii vel pedis, non poterit vindicare, sed aget ad exhibendum, ut eximatur: et exemptum vindicabit; sed si per ferruminationem statuæ meæ hæserit pes statuæ tuæ, vel candelabro meo sigillum tuum, nec ad exhibendum actio est ut separetur, quia etiam ea quæ ferrumine coierunt, dissolvi integra non possunt, abrumpi possunt, quod si abrumpantur, etiam non redeunt ad priorem dominum, ut si abrumpatur pes statuæ tuæ, qui meæ est ferruminatus, non redibit in tuum dominium, quia desiit esse tuus unione seu coadunatione, quæ est certa ratio mutandi dominii: sicut si arbor tua in fundo meo coaluerit, et radices egerit, evulsam non poteris vindicare, quia non rediit in dominium tuum, quæ semel desierat esse tua alimento terræ meæ: hæc enim est certa ratio mutandi dominii, alimentum terræ meæ, *l. sed si ex meis §. arbor, inf. de acquir. rer. dom.* et ita etiam si lapis quidam tuus religione desierit esse tuus, ut si junctus sit sepulchro meo, vel monumento, etiam exemptum non poteris vindicare, nec exemptus revertetur in dominium tuum, *l. quæ religiosis, inf. hoc t.* Sed quæ tua applumbantur meis, licet mihi cedant jure gentium accessionis vice, tamen tu non videris jure civili dominium eorum amisisse prorsus: et similiter tabulæ tuæ junctæ navi meæ, vel etiam rotæ tuæ aptatæ meo vehiculo, jure civili prorsus dominium non amisisti, quia hic nulla intercessit causa mutandi dominii: unio mutat dominium, et religio, et alimentum terræ, sed non qualibet apta-

tio et junctura: et ratio differentiæ inter ferruminationem et applumbationem hæc est, quia ferruminatio fit ex eadem materia, ut hic declarat Paulus, plumbatura fit ex plumbo, et adhibentur diversæ materiæ: proinde ferruminatio cum sit ex eadem materia, unitatem et tenorem seu continuationem unam efficit, ferruminatio fusionem unam efficit, quasi spiritus fusionem unam: plumbatura non efficit unionem, sed cohærentiam tantum aliquam; nam veteres glossæ dicunt γομῶσαι pro ferruminare, et ferrumen γόμωμα, quod non est tantum acies, sed glutinum quodque ejusdem materiæ: et hic insuavis est Alciatus: nam scribens de hoc verbo ferruminare, ait etiam ferruminare esse claudere, ut os ferruminare, id est claudere, et affert locum Plauti in Rudente; *mihi os ferrumentas*, ut legit, cum nihil si mutandum; *ni offerumentas*, id est, ni offeras ferrumen Festus: *offerumenta dicebant quæ offerebant*. Verum quia diximus ea quæ ferruminata sunt non posse vindicari, nec agi ad exhib. eorum nomine, quid fiet? et demonstratur hoc loco, suppetere actionem in factum Prætoriam seu extraordinariam, quæ non est utilis: actio in rem est ordinaria, actio in factum extraordinaria, *d. l. quæ religiosis*, quæ dabitur in id quod interest, sicut si in charta tua meæ rationes scriptæ sint: atque ita si charta sit tua, scriptura ad me pertineat, jam non agam etiam hoc casu ad exhibend. cum non possit separari a charta scriptura, sed agam in factum prætoria in id quod interest meas rationes inspicere, *l. 3. §. interdum, ad exhib.* et similiter si arbor mea in agro tuo coaluerit, erit actio in factum prætoria potius quam utilis in rem, licet quidam JC. contra sentiant, ut dixi in *l. 6. §. de arbore, sup. hoc tit.* Id vero quod de applumbatis diximus, habet locum in his quæ lecto, navi, mensæ, armario, vehiculo, vestimento alieno junguntur: ut licet quamdiu juncta sunt non possint vindicari, possit tamen agi ad exhib. ut separentur, et tunc vindicentur. Non idem tamen locum habet in tigno juncto ædificio, vel vineæ alienæ, quum unitum non sit ædificio, sed cohæreat tantum: nam ædibus juncto tigno nulla fit unio, sed tantum cohærentia resolvi facillima. Itaque videbatur posse hoc etiam casu agi ad exhibendum, sed placet non posse, et perinde esse ac si facta esset uni: sicut cum ferruminatione statuæ meæ pes tuus agglutinatus est, vel cum rationes tuæ meæ chartæ inscriptæ sunt, quibus generibus fit unio, et ideo non agitur ed exhibendum: sed hoc casu tigni juncti etiam si non fiat unio, tamen non agitur ad exhib. idque est ex 12. tab. ne scilicet tigna solverentur: ergo ne ageretur ad solvenda tigna, ne diruerentur ædificia: sed huic rei alia actione data prospexerunt 12. tab. nam dederunt in eum qui sciens junxisset tignum alienum suis ædib. actionem in duplum, furti scilicet nec manifesti: sicut etiam si quis sciens scripserit in charta aliena, vel si sciens pinxerit in tab. aliena, vel si sciens purpuram alienam vestimento suo intexuerit, tenetur furti in duplum §. *si tamen*, *et §. litteræ et seq.* et ita statuendum est in omnibus superior. casib. ut si quis sciens statuæ suæ pedem alienum ferruminaverit, teneatur etiam furti in duplum, si lecto suo fulcrum alienum aptaverit, et in ceteris omnibus casibus. In sciente idem statuendum est, et in eo qui mala fide rem alienam junxit, ut teneatur furti in duplum, imo etiam rei vindicatione et actione ad exhib. non utique semper ut separetur, non si tignum alienum sciens junxit, quia separari vetant 12. tab. non si ferrumine junxit, vel pinxit, aut scripsit, quia separari non possunt: sed agitur ad exhibendum in id quod interest, et vindicatione quasi dolo desierit possidere, cum sciens hæc fecerit, *l. 1. et 2. inf. de tig. juncto*. In nescientem autem non est vindicatio tigni, non actio ad exhib. ne in id quidem quod interest, cum careat dolo qui junxit tignum ædibus suis, vineæve suæ, sed est actio in duplum quasi furti concepti: si tignum fuerit furtivum: si tignum quod nesciens junxit suo ædificio, fuerit furtivum, puta subreptum ab alio, tenetur is qui bona fide junxit non in rem, non ad exhibend. sed actione de tigno juncto in duplum nomine furti concepti, non nomine tigni juncti, sed furti apud eum deprehensi et recogniti, quo nomine erat olim actio specialis ex 12. tab. nam legem sæpe jam docui sic esse emendandam: tignum junctum ædibus vineæve conceptum (id est, conceptum) ne solvito, sed duplionem petito: igitur quasi furti concepti nomine tenetur in duplum: qua in re nihil damni facit, cum habeat etiam actionem furti oblati adversus eum a quo imprudens accepit tignum: sed si tignum non fuerit furtivum, non erit actio in duplum, sed erit tantum actio illa prætoria in factum seu extraordinaria in simplum. Et hoc quandiu tignum hæret ædificio: dissoluto enim ædificio tigni vindicatio est, quasi junctura non desierit esse prioris domini, *l. 7. §. cum in suo, inf. de acq. rer. dom.* etiamsi domus usucapta sit. Finge: ego ex cæmentis alienis totam domum ædificavi in solo meo, domus cedit solo, et domum possum vindicare, quamvis tota sit constructa ex materia aliena: statim ea mihi acquiritur, nec habeo necesse eam usucapere, cum jure soli fiat mea. Sed finge, domum vendidi bonæ fidei possessori: ejusdem juris est emptor: nam dominium in eum transit: sed finge, non ego vendidi, sed extraneus quidam bonæ fidei possessor usucepit domum: post usucapionem dissolutum est æ-

dificium; an dominus vindicabit materiam? sic sane; nam etiamsi domus sit usucapta, cæmenta tamen non sunt usucapta: nam qui domum possidet, non possidet singula cæmenta, singula tigna. Itaque singulorum tignorum dominium manet ejusdem, licet universi dominium usu faciat suum emptor, *l. 7. §. illud recte, eod. et l. eum qui ædes inf. de usurp. et usuc.* et hæc omnia sunt de corporibus cohærentibus, id est, quæ ex pluribus inter se continentibus constant, ut navi, armario, ædificio, vel de corporibus singulis, ut de statua: quæ duo genera corporum singula, et cohærentia dicuntur uno spiritu contineri, etiamsi non sit unio perfecta: ut in ferruminatione, quia Stoici, a quibus sunt instructi nostri Jurisconsulti, omnem vim continuatricem vocant spiritum, ut docuimus in *l. 1. et 2.* ex Aphrodisei libro *de mixtione.* Alia autem sunt corpora, quæ constant ex distantibus capitibus, ut grex, chorus servorum, de quo agit in §. *item quæcunque*, ut declarant illa verba *singuli homines*, quod notandum, ut ea quæ dicta sunt de grege ad *l. 1. sup.* transferantur etiam ad chorum, et ex his corporibus distantibus capitibus alia aliis non cedunt, sed singula retinent jus proprium, quod exposui in *d. l. 1. §. 1. et l. 2.* Igitur in corporibus quæ uno spiritu continentur, possunt partes aliæ aliis cedere, minores puta majoribus: ceterum in corporibus quæ constant ex distantibus capitibus; nullæ sunt tales accessiones. Alia sunt postremo quæ miscentur, confunduntur, coacervantur, vel ferruminantur, aut applumbantur, ita ut non appareat utra utri cedat, ut cum partes duorum æquales ferrumine coeunt, hic non potest statim definiri quæ sit accessio, et quæ res principalis. In his quidem quæ junguntur, si partes pares sint, verum est suam cujusque partem manere, et partem posse vindicari, licet non possit integra resolvi, ceterum æstimabitur, *l. 4. l. quicquid, in fi. de acq. rer. dom.* quæ coacervantur etiam, ut si duorum frumenta coacerventur, quo modo non fit proprie mixtio; cum motus non fiat minimorum granorum, eo casu suum cujusque manet frumentum, nec fit communis acervus, *l. 5. in pr.* Si vero misceantur duorum materiæ, puta argentum tuum et meum, conflatura non coacervatione, non ferruminatione, quæ etiam non est proprie mixtio, quanquam sit unio: non omnis unio est commixtio, licet contra omnis mixtio fit unio: quæ ita miscentur, ut dixi, retinent proprium jus, licet resolvi non possint, et vindicari possunt pro parte, pro modo materiæ cujusque, cum scilicet non apparet utra materia utri cedat quasi accessio, sed in his quæ miscentur conflatura, sua etiam cujusque materia manet, si deduci et separari possint. Sed si non possunt, necessario fit communis massa, *l. 3. §. 1. sup.* ubi quod proponitur ex Pomponio, id videtur esse ex *l. quicquid. in princ. inf. de acq. rer. dom.* in qua differentiam statuit inter ea quæ conflantur: hæc enim intelligit dum loquitur de argento infacto: sic legendum, ut sit una vox infacto, Basilicis ἀνεργάςῳ, id est, massæ addito argento alieno infecto, ut nemo possit dominorum eam massam totam vindicare, quia est communis, neque accessionis jus ullum intervenit, aut induci potest, longe aliter quam si quis statuæ suæ pedem alienum ferruminaverit, vel applumbaverit, quo casu liquet pedem cessisse statuæ accessionis vice, et ideo dominus statuæ totam statuam vindicabit, licet in ea sit pes alienus.

Ad L. XXV.

Is qui destinavit rem petere, animadvertere debet; an aliquo interdicto possit nancisci possessionem: quia longe commodius est ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente, petere.

Melius est possidere quam in rem agere, vel melius possessionem quam rem suam vocare, quia agenti de re non possidenti incumbit onus probandi, onus proferendi tituli et auctoritatis, *l. cogi, C. de pet. hær.* et in pari causa melior est conditio possidentis, *l. 33. l. nemo prædo §. ult. l. in pari, l. cum par, inf. de reg. jur.* fortuna pro possessore dat litem, et inde frequenter dicimus, onera petitorem sustinere, commodis possessorum fungi: et ideo si possis nancisci possessionem rei vel interdicto unde vi, vel uti possidetis, vel utrubi, non bene tibi consulueris, si egeris rei vindicatione: tutius est enim agere possessorio judicio quam petitorio, si firma possessio sit, alioquin mutata formula proprietatis vindicari debet, et sic mutata formula, is etiam qui cœpit rem vindicare, potest experiri interdicto de possessione, *l. naturaliter, inf. de acq. poss.* quæ hic tota explicabitur: pertinet tota ea lex ad interdictum uti possidetis, et ideo ait initio, naturaliter videri possidere eum qui usumfructum habet, ut intelligamus fructuario quasi possessori dari interdictum uti possidetis, ut declarat *l. ult. inf. uti. possid.* et ideo ait, videri, quod est πλαςικὸν, quia vere is tantum possidet qui proprietatis dominus est: ergo fructuarius non possidet: duo enim non possunt esse ejusdem rei possessores in solidum, quæ sententia est vera generaliter, ut non possunt duo possidere eandem rem in solidum civiliter, vel duo naturaliter, vel unus civiliter, alter naturaliter, unus juste, alter injuste: denique nullo modo possis facere duos esse ejusdem rei possessores in solidum, *l. 3. §. ex contrario, inf. de acq. poss. l. duo, inf. de*

precar. l. si ut certo §. si duobus, inf. commod. fructuarius ergo certe non possidet, quia proprietarii possessio est, possessio autem non admittit consortem in solidum, sicut nec dominium verum, quia ad fructuarium pertinet omne rei emolumentum: quæ res efficit ut in plerisque partibus juris etiam pro domino frucuarius habeatur, *l. 4. inf. commod.* fructuario interdicta possessoria accommodantur ea ratione, quæ non accommodantur ceteris qui sunt in possessione, non etiam possident, ut dixi in *l. officium sup.* ususfructus continet emolumentum rei, ait lex *Mævius* §. *fundo, inf. de leg.* 2. hoc verbo emolumentum, proprie significatur fructuum proventus, sive ususfructus, ut in *l. 3. §. item si ipse, et §. ult. inf. si cui plus quam per leg. Falcid.* ab emolendo scilicet, quia emoluntur fruges. Persius sat. 6. *emolere granaria.* Et ideo si quis prohibuerit fructuarium uti frui, sive is qui prohibet defendat sibi et asserat possessionem rei sive ususfructus, seu usum nudum: potest enim usus esse unius, fructus alterius sine usu, *l. 14. §. ult. inf. de us. et hab.* fructuarius potest experiri adversus eum qui prohibet interdicto uti possidetis, quasi possidere prohibeatur, quæ est sententia *d. l. ult.* et consulto ponit eo interdicto agere fructuarium adversus eum, qui sibi defendit usum nudum, vel possessionem rei, vel ususfructus: nec quicquam dicit de proprietario, quo quidem subsignificatur, fructuario non dari interdictum uti possidetis adversus proprietarium, qui est verus possessor: sed si prohibeatur a proprietario uti frui, habet actionem confessoriam de usufructu, non autem habet interdictum uti possidetis, *arg. l. 2. inf. de no. op. nunc.* Sequitur in *d. l. naturaliter §. nihil commune*, eum qui egit rei vindicatione, non prohiberi agere interdicto uti possid. quod non videatur possessioni omnino renunciasse qui rem vindicavit: quæ sententia vera est sive judicium vindicationis confectum et finitum sit: neque enim actori victo deinde agenti interdicto uti possidetis obstabit exceptio rei judicatæ, *l. et an eadem §. ult. de exc. rei jud. inf.* sive pendeat judicium vindicationis; nam etiam pendente eo judicio, qui egit vindicatione, potest agere interdico uti possidetis, *l. cum fundum §. ult. inf. de vi et vi arm.* quæ lex idem statuit in interdictio unde vi, ut qui cœpit rem vindicare pendente judicio, possit experiri interdicto unde vi, quia qui agit interdicto, alia de re agit, quam quæ in judicium vindicationis venit; aliud enim proprietas, aliud possessio; nihil commune habet proprietas cum possessione, quæ autem nihil commune habent permisceri non debent, *l. 1. §. hujus, l. 3. §. ult. inf. uti possid. l. pen. in princ. inf. de acq. poss.* neque nocere ei debet quod egerit rei vindicatione; neque enim etiamsi hoc genere agat quasi in possessorem; vindicatio enim non datur possessori, sed in possessorem; non ideo videtur continuo possessionem, si quam habet, objicere, et possessorem adversarium esse confiteri, cum possessio æstimanda sit ex suo cujusque jure, non ex opinionibus nostris. Denique, qui agit vindicatione, agit quasi in possessorem: hæc enim est hujus actionis natura; ut possessori non detur, sed in possessorem, sed non tamen ideo diffitetur possessionem suam esse, et ob id ei integrum est experiri, seu finito, seu pendente judicio vindicationis, interdicto de possessione, sicut is qui exceptione utitur adversus actorem, non ut que fatetur statim de intentione actoris, quod tamen videbatur prima specie: nam qui excipit, ceteroquin fatetur intentionem actoris esse veram, at etiamsi quis usus sit exceptione, nihilominus erit ei integrum inficiari, et dicere, omnino falsam esse intentionem actoris: negatio potius videtur firma fieri addita exceptione, ut est in *orat. pro Cluentio*, et in Rhetoricis declarat Sulpitius Victor. proinde qui verbi gratia, opponit exceptionem pacti de non petenda pecunia, non videtur ceterum fateri veram esse intentionem actoris, quin potius hoc videtur tacite dicere, nihil deberi, et ut debeam, pepigi tecum de non petenda pecunia: quo modo etiam interpretabor sentire eum qui egit rei vindicatione, hoc nempe sensu: non tu possides, sed ego, et tu possideas, rem meam esse ajo ex jure Quiritium. Sic fit ut quemadmodum is qui exceptione utitur, non protinus fatetur de intentione actoris: ita qui rei vindicatione agit, non protinus a se abjicit possessionem, si quam habet, vel si quam habere postea cognoverit: sicut is qui agit famil. ercisc. actione, licet videatur agere quasi in cohæredem et fateri eum esse cohæredem, *l. 1. et l. fundus qui dotis, §. si ego, inf. fam. ercisc. l. 1. §. 1. sup. si pars hær. pet.* tamen non est hoc admittendum omnino eum fateri adversarium esse cohæredem: ita accipi potest lex *qui fam. inf. famil. ercisc. qui familiæ erciscundæ agit, non confitetur adversarium cohæredem esse*, non sublata negatione, quam sustulerunt Basilica hoc sensu: ut qui agit famil. ercisc. judicio, non sibi præjudicet in pet. hæred. et ei sit integrum ab adversario petere hæreditatem, quo judicio petitionis hæreditatis plane negat eum cohæredem esse. Denique sumpto exemplo ex eo quod diximus, eum qui excipit non videri statim de actoris intentione confiteri, et alterum qui egit famil. ercisc. non protinus confiteri adversarium cohæredem esse, facile constituemus, quod dictum est in §. *nihil commune*, eum qui egit rei vindicatione, non continuo fateri adversarium possessorem esse, atque ideo sive facto judicio

rei vindicationis, sive pendente, integrum esse ei transire ad interdictum unde vi, vel uti possidetis quin etiam uti receptum est, ab initio licere ei simul experiri interd. et rei vindicatione, sicut etiam judex potest simul cognoscere de utroque, de possessione et proprietate, ut Symmachus in Epistolis docet: et generaliter hodie in foro recepta est deciso Baldi in *l.* 1. *C. de furt.* duo contraria judicia posse cumulari disjunctim: quin olim etiam licuit duo contraria judicia seu diversa cumulare conjunctim; addita tamen protestatione, ex altero tantum judicio suum consequi velle, *l.* 1. §. *quia autem, quod legat. inf. l. contra, C. de inoffic. test.* et hæc est certa interpretatio legis *naturaliter.* Quod vero dicitur in hac *l.* 25. melius esse possessionem persequi, quam rem: idem dici potest de actionibus in personam, melius esse possessionem persequi, quam agere in personam, et ita est expressum in *l.* 1. §. 1. *inf. de superf.*

Ad L. XXVI. XXVII. et XXVIII.

L. XXVI. *Is, qui se obtulit rei defensioni sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut Marcellus ait, quæ sententia vera est, sed hoc post litem contestatam: ceterum ante judicium acceptum non decepit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret, nec videtur se liti obtulisse, qui discessit.*

L. XXVII. *Nam si actor scit, tunc is non ab alio, sed a se decipitur: et ideo reus absolvitur.*

L. XXVIII. *Sin autem, cum a Titio petere vellem, aliquis dixerit, se possidere, et ideo liti se obtulit: et hoc ipsum in re agenda testatione probavero: omnimodo condemnandus est.*

Quæ sequuntur in *l.* 26. *et* 27. *et* 28. *in princ.* declarant in quem detur rei vindicatio. Constat in possessorem eam dari, sed significatur, in *l.* 26. 27. et initio *l.* 28. rei vindicationem dari etiam in eum qui se liti offert, et possessorem se esse assimulat, cum non possideat rem de qua agitur: qui enim se liti offert, quasi possessor tenetur; et hoc generaliter receptum esse ait *l. nec ullam*, §. *non solum, sup. de pet. hær.* generaliter, id est, et in vindicationibus universalibus et in specialibus eum qui se petitioni offerat, quasi possessorem teneri: et citatur in eam sententiam Celsus lib. 4. Digestorum, qui locus est in *l. qui se liti, eod. tit.* generaliter autem veram esse hanc definitionem, id est, in omnibus vindicationibus, obtinere, refertur Marcellum scripsisse ad Julianum, id est, in reprehensionibus ad Julianum, et ita accipienda sunt ea verba in *l.* 1. *inf. si ususf. pet.* Marcellum scripsisse ad Julianum fructuario non dari vindicationem servitutum, quæ fundo fructuario debentur, quod est contra Julianum, qui fructuario dabat servitutum vindicationem in *l.* 1. *inf. de remiss.* et dissensiones quoque hac in re fuisse inter prudentes, id est, non omnes eam sententiam admisisse in omnibus vindicationibus in hac l. 26. demonstrat hæc asseveratio. Quæ sententia Marcelli, quam ante nominarat, vera est. Sed quemadmodum sit hæc sententia accipienda, ut quasi possessor damnetur qui se liti obtulit, explicatur in hac *l.* 26. et 27. et initio *l.* 28. et nos explicavimus in *l.* 7. *sup.*

Ad §. 1. *Possidere et* §. 2. *Si homo.*

§. 1. *possidere autem aliquis debet utique et litis contestatæ tempore, et quo res judicatur. Quod si litis contestationis tempore possedit: cum autem res judicatur, sine dolo malo amisit possessionem: absolvendus est possessor. Item si litis contestatæ tempore non possedit, quo autem judicatur, possidet: probanda est Proculi sententia, ut omnimodo condemnetur. Ergo et fructuum nomine, ex quo cœpit possidere damnabitur.*

§. 2. *Si homo petitus, dolo possessoris deterior factus sit; deinde, sine culpa ejus, ex alia causa mortuus sit: æstimatio non fiet ejus, quod deteriorem eum fecerat: quia nihil interest prætoris: sed hæc quantum ad in rem actionem, legis Aquiliæ actio durat.*

Dari etiam actionem in rem adversus eum qui non possidet litis contestatæ tempore rem, de qua agitur, nec se liti obtulit ipse prior, si modo rei judicatæ tempore rem, de qua agitur possideat, et fructuum haberi rationem ex eo tempore quo cœpit possidere post litem contestatam: quod generaliter obtinet in actione ad exhib. in *l.* 1. §. *si quis, et* §. *seq. inf. ad exhib.* et in petitione hæreditatis, *l. item videndum*, §. *si quis cum, de pet. hær. sup.* et plerunque idem jus in his tribus judiciis valet: nam actio ad exhib. præparatoria est vindicationis specialis, et petitionis hæreditatis: vindicatio etiam est, ex qua argumentatur in *l.* 28. ad rei vindicationem specialem, in §. *sed et is qui ante litem*: quæ res efficit ut sint 4. tituli, quorum cognitionem merito desiderare quis possit ab eo qui sit hunc titulum interpretaturus: t.t. *ad exhibend. de pet. hær. de acq. rer. domin. et de acq. poss.* nam hi quatuor incidunt in hunc titulum. Contra autem si quis possideat rem, de qua agitur litis contestatæ tempore, non aliter condemnatur, quam si eam etiam possideat rei judicatæ tempore, vel dolo aut culpa desierit possidere: si enim pendente lite rem sine dolo aut culpa desierit possidere, cum non improbe ad litem accessisset, sed bona mente,

eum existimaret se justam causam habere litigandi, absolvendus est quantum ad ipsam rem attinet, et cujus amisit possessionem pendente lite sine dolo et culpa: necessaria tamen est sententia judicis propter fructus, et partus, et stipulationem de evictione, ut *l.* **15.** §. *ult. et* 16. *et* 17. *sup.* dictum est: atque etiam necessariæ sunt cautiones quædam, de re persequenda, de re restituenda, vel deutroque, id est, de perseq. et restit. ut *l.* **21.** *sup.* sed quantum ad ipsam rem attinet, cujus possessio post litem contestatam amissa est, sine dolo et culpa rei unde ea res petebatur, absolvendus est reus: quod obtinet non tantum in actione in rem, sed et in personam, nec obstat *l.* **1.** §. *si rem, inf. depos.* nam recte Accurs. secundo loco respondet, ibi rem abfuisse dolo depositarii, qui eam vendiderat, et ille §. demonstrat aperte, ut ineptum sit eum §. opponere, quo constituatur differentia inter actionem in rem, et actionem in personam: verum finge: homo qui petebatur, post litem contestatam deterior factus est culpa possessoris: hoc casu damni ratio habenda est in actione in rem officio judicis. Competit etiam actori actio legis Aquiliæ, quod homini damnum injuria datum sit: ergo homine petito post litem contestatam a possessore deteriore facto, vel aget actor damni nomine lege Aquilia, vel rationem damni judex inducet in rei vindicationem, *l. non solum, sup.* verum finge: cum post litem contestatam hominem adversarius deteriorem fecisset, pendente lite is homo decessit sine dolo et culpa possessoris: itaque quantum ad ipsum hominem attinet, absolvendus est possessor, sed an absolvendus sit quantum ad rationem damni attinet? Minime, inquit in §. *si homo*, quia nihil petitoris jam interest, cum homo interierit suo fato, et ut interesse perseveret exigimus *l.* 7. §. *ult. inf. ad exhibend.* Igitur cum homo interierit suo fato, et is non improbe litigarit (nam hoc ponendum propter distinctionem habitam in *l.* 16. §. *ult.*) cum inquam, interierit suo fato, et non litigarit mala mente, absolvandus est quantum ad hominem attinet: ergo et quantum ad rationem damni illati: nam hujus damni ratio ad ipsum hominem spectat: denique nullum supererit officium judicis, ut habeat rationem damni, quia hæc ratio damni venit tantum officio judicis, *d. l. non solum*, quod quidem absumptum est mortuo homine, quod ad hominem ipsum attinet: et male hic opponit Accurs. *l.* 16. *sup.* ex qua colligit, mortuo homine petito non absumi officium judicis, quod supersit adhuc, ut officio judicis habeatur ratio fructuum et partuum, et actionis de evictione: ergo mors hominis petiti non extinguit omnino officium judicis. Fateor, non extinguere quod ad cetera judicii attinet, sed quod ad hominem attinet: ut jam æstimatio hominis non veniat: ergo nec quanto deterior factus sit post litem contestatam, cum damnum sit fato consecutum: et ita debuit respondere Accurs. ad l. 16. non sic interpretari, petere ante litem contestatam, extra judicium: nam semper petere, est per judicem petere; et omnino delenda sunt quæ hic scripsit Accurs. in §. *si homo*, nisi hæc paucula verba, *alii dicunt*, verum ait, quod licet ratio damni non habeatur officio judicis, quia jam nullum est officium judicis in homine æstimando, licet sit in ceteris æstimandis, tamen actio legis Aquiliæ durat, quæ semel competiit: semel nata actio de homine vulnerato, puta legis Aquiliæ, mortuo homine non consumitur: mors hominis non consumit actionem legis Aquiliæ, quæ competiit semel, sed consumit litem institutam de proprietate hominis: ergo officium judicis erga rationem damni homini illati, quod in id judicium veniebat, officio judicis tantum, quæ est certissima ratio §. *si homo.*

Ad §. 3. *Sed et is.*

§. 3. *Sed et is, qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere, tenetur in rem actione, idque ex Senatusc. colligi potest, quo cautum est (ut diximus) ut dolus præteritus in hæreditatis petitionem veniat: cum enim in hæreditatis petitione, quæ et ipsa in rem est, dolus præteritus fertur: non est absurdum, per consequentias, et in speciali in rem actione dolum præteritum deduci.*

Sicut in *l. nec ullam* §. *non solum, sup. de pet. hæred.* cum docuisset Jurisconsultus eum qui se offert pet. hæreditatis, quasi possessorem teneri, subjicit in §. *seq.* eum etiam teneri petitione hæred. qui dolo desierit possidere: ita hic Paulus cum primum docuisset eum teneri speciali in rem actione et condemnari, qui se liti obtulit, nunc docet, eum etiam condemnari qui dolo desiit rem possidere, etiam si is initio neque se liti obtulerit, neque vere possideat rei judicandæ tempore, quia dolus pro possessione est: hoc est quod dicitur dolum præteritum venire in hanc actionem, id est: si quis post conventionem ante litem contestatam dolo desierit possidere: non idem est conventio, et litis contestatio, *l. si homo, inf.* quia præcedit conventio, sequitur litis contestatio: convenitur qui in jus vocatur, in jus vocationem sequitur litis contestatio. Igitur dolus præteritus venit in hanc actionem, id est, qui admissus est ante litem contestatam, ante conventionem, vel post: de dolo futuro non ambigitur, id est, de eo qui committitur post litem contestatam: constat enim dolum futurum in hoc judicium venire, cum et culpa veniat si pendente lite adversarius culpa sua rei ami-

serit possessionem, qualiscunque possessor initio fuerit: quia post litem contestatam omnes possessores pares sunt, præterquam in damnis fatalibus, et in his quæ servus ex re possessoris acquirit, ut exposui in *l.* 15. *et* 20. Igitur indistincte dolus futurus qui committitur post litem contestatam venit in hoc judicium, et culpa etiam futura: culpa autem præterita non venit, si bonæ fidei possessor fuerit, quia putabat se rem suam negligere: culpa enim est negligentia sive desidia. Itaque improbe nihil fecit cum rem neglexit opinione domini: proinde culpa præterita non venit in hoc judicium, si bonæ fidei possessor fuit, dolus præteritus venit etiamsi initio bonæ fidei possessor fuerit: puta si cum cognovisset rem alienam esse, interpellatus vel conventus a domino ante litem contestatam, desierit rem possidere: ex dolo enim tenebitur, quod sciens rem esse alienam, eam dimiserit, et pro possessore habebitur, *l. si homo*, *inf. h. t.* et hoc Paulus probat hoc loco exemplo petitionis hæreditatis, in qua ex SC. facto auctore Hadriano de hæreditatis petitione, dolus præteritus venit, ut diximus, inquit Paulus lib. 20. in *l. si a domino* §. *si prædo*, *sup. de pet. hæred.* et hæc ait per consequentias fieri: nam, inquit, *cum venit dolus præteritus in pet. hær.* quæ et ipsa est actio in rem, non est absurdum per consequentias dicere, et dolum præteritum venire in actionem in rem specialem, quasi scilicet qui judicat dolum præteritum officio judicis venire et ferri in vindicationem, quæ est de universitate, simul judicare debeat dolum etiam præteritum officio judicis ferri in actionem in rem rerum singularum, aut si non admittat quis in vindicatione rerum singularum, non debeat etiam admittere in petitione hæred. et sicut lex illa Ciceronis: *Senatorius ordo vitio careto et ceteris specimen esto*, quæ est dilatata, in universum ordinem coangustari tantum potest et debet: quia pauci admodum honore amplificati et gloria, corrumpere civitatis mores vel corrigere possunt. Ita SC. illud quod loquitur de universitate, coangustari debet ad res singulas, cum eadem ratio ubique versetur, ne cuiquam suus dolus prosit. SC. est principaliter et propalam de universitate, sed trahitur etiam per consequentiam ad res singulas, quia ubique eadem subest ratio, ne cui prosit dolus: et quod ait per consequentias est genus loquendi Stoicorum, quos sequuntur semper JC. ut quidquid non fit principaliter et propalam, fieri dicatur per consequentias seu *κατὰ παρακολούθησιν* ut Gellius refert ex Chrysippo Stoicorum principe *lib.* 6. *c.* 1. ubi autem non eadem ratio versatur, nec eadem consequentia utemur: vel quæ venient in petitionem hæred. non specialiter etiam deducemus in vindicationem specialem, et hoc casu fructus præteriti qui sunt percepti ex hæreditate, veniunt in hæreditatis petitionem jure actionis: jus actionis hoc est, hæc est vis actionis petit. hæred. ut petat non tantum res hæreditarias, sed et fructus præteritos, aut percipiendos, cum est malæ fidei possessor. Cur ita? Quia hujus actionis verba hæc sunt: *Si hæreditatem Mævianam meam esse paret.* Hæreditas est nomen juris: hæreditas non significat corpus, sed jus. Illud augmentum et diminutionem recipit: augetur fructibus. Denique hæreditas augetur fructibus et fructus præteriti sunt hæreditatis: hæc enim est vis vocabuli. Sed cum agitur in rem, quo verbo nudum corpus significatur, non jus, sola res in petitionem venit, nec videntur petiti fructus præteriti, nisi sint petiti nominatim. Ideoque in specialem actionem in rem non veniunt fructus præteriti vi et potestate actionis: non veniunt etiam officio judicis, quia quæ contigerunt ante litem contestatam, nihil ad officium judicis pertinent, *l. ædiles* §. *pen. inf. de ædil. ed.* percepti post litem contestatam veniunt officio judicis, ut exposuimus in *l.* 15. §. *ult. sup.* atque ita qui fructus feruntur in petitionem hæreditatis, non feruntur etiam in actionem in rem specialem: quia non eadem est vis verbi utraque actione: non est eadem vis in vocabulo quo utimur in actione speciali in rem, in eo quo in utimur in actione de universitate: sed extra vim verbi si quæratur de dolo præterito, qui quidem æstimatur officio judicis, qui a eadem ratio vertitur, ne cui sua calliditas prosit, deducemus dolum præteritum et in hac, et in illa vindicatione.

Ad §. 4. *Si per filium.*

§. 4. *Si per filium, aut per servum, pater, vel dominus possideat, et is sine culpa patris, dominive, rei judicandæ tempore absit: vel tempus dandum, vel cavendum est de poss. restituenda.*

Hic redit ad disputationem intermissam de officio judicis: nam inseruit cui competeret vindicatio, et adversus quos, competere eam dominis et in possessores et qui habentur pro dominis, quive fingerentur domini et possessores: quæ fictio tantum potest quantum veritas, ut exposui: nunc redit ad disputationem de officio judicis. Finge: egi rei vindicatione cum Titio, qui rem de qua agebatur possidebat corpore alieno: possidemus vel corpore nostro, vel alieno, ut puta per servum meum possidebat, vel per filiumf. rei judicandæ tempore abest filius vel servus sine dolo possessoris et culpa patris, ut jam non possit in præsenti restitutionem facere, quæ vi hujus actionis facienda est

in præsenti: nam tempora judicati quæ fuerunt olim mensis unius, dein de duorum, deinde constitutione Justiniani quatuor, justa illa tempora locum tantum habent in credita pecunia, in ære, ut est in 12. tab. non in actionibus in rem, non etiam in actionibus in personam, quibus naturalem possessionem rei nostræ avocamus, in qua est alter: ut in actione depositi commodati, depositario, commodatario non dabuntur illa tempora judicati, imo reddet confestim, et moribus Galliæ nulla in actione tempora judicati observantur. Igitur quid fiet in specie proposita cum in præsenti res restitui non potest actori? docet Paulus, ad officium judicis pertinere ut tempus restitutioni det cum res non sit in promptu, nec absit dolo aut culpa possessoris; et ut jubeat caveri de litis æstimatione, nisi intra id tempus quod datum est, adversarius rem restituat §. 1. *de offic. jud. Inst. l. Celsus*, §. *ult. l. de eo*, §. *est juxta*, *ad exhib.* vel etiam debet judex nullo dato tempore restitutioni jubere caveri de possessione restituenda, si quandoque eam adversarius nactus sit, *l.* 11. *et* 21. *sup.* et ita debet explicari hic locus, disjunctim scilicet, non conjunctim ut ait Accurs. qui vel disjunctionem accipit pro conjunctione, ut sit παραδιάζευξις cum conjunctio accipitur pro disjunctione: hæc enim interpretatio non admittitur cum distincte reperitur, ut hoc loco, cum inquit, *vel tempus dandum, vel cavendum de possessione restituenda certo tempore.* Fateor quidem nullo tempore prefinito in arbitrio judicis esse ut tempus det vel non det: sed sive tempus præfiniat, sive non, exigere debet satisdationem de re restituenda intra tempus datum, vel cum primum possessionem apprehenderit.

Ad §. 5. *In rem petitam, et* §. 6. *Sed si puerum.*

§. 5. *In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumptus fecit: per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumptibus. Idem est etiam, si noxali judicio servum defendit, et damnatus præstitit pecuniam: aut in area, quæ fuit petitoris, per errorem insulam ædificavit: nisi tamen paratus sit petitor pati tollere eum ædificium: quod et in area uxori donata, per judicem, qui de dote cognoscit, faciendum dixerunt.*

§. 6. *Sed si puerum meum, cum possideres, erudiisses: non idem observandum, Proculus existimat: quia neque carere servo meo debeam, nec potest remedium idem adhiberi, quod in area diximus.*

Pertinet §. 5. ad officium judicis, quo quidem fit, ut possessor reputet sumptus utiles, necessarios, voluptuarios, quos fecit bona fide ante litem contestatam: hoc dicit, ut significet bonam fidem. Itaque bonæ fidei possessor officio judicis reputat sumptus utiles, necessarios, voluptuarios quos fecit ad rem de qua agatur conservandam, excolendam, ornandam: deducit etiam sumptus factos fructuum quærendorum causa: alii sumptus fiunt in rem ipsam, alii in fructus quærendos et redigendos, quos reputat officio judicis. In hoc enim §. ait, eos reputari actori per exceptionem doli mali, quæ est certior definitio juris, bonæ fidei possessorem non conservare impensas factas in rem alienam bona fide per actionem: nulla enim eo nomine prodita actio est, quæ fuit opinio Joannis, sed impensas sibi tantum conservat per retentionem, id est, re retenta, opposita exceptione doli mali per *l. si in area, inf. de cond. indeb. l. Paulus, de dol. except. inf. l.* 11. *C. Greg. de rei vind.* quanquam si rem restituerit per errorem, non deductis impensis, non posita exceptione doli mali: si rem petitori celerius et inconsideratius restituerit quam oportet, non deductis impensis, succurretur ei data condictione incerti, non certi, quia nulla ei actio certi datur sumptuum nomine, sed incerti, id est, condictio possessionis, quam potuerat retinere ob sumptus, nec retinuit propter errorem, *l. qui exceptionem*, §. *si pars, inf. de cond. indeb. l. si uxor filio, in fi. inf. de donat. int. vir. et ux. l. hæres, inf. ad Trebell.* Ergo bonæ fidei possessor servat impensas per exceptionem doli mali. Dices, non ergo per officium judicis: nam ubi exceptio desideratur, nihil posse judicem significatur. Sed utraque via patet possessori: utraque via conservari ei sumptus possunt, vel per exceptionem doli mali, vel hac omissa, per officium judicis: non tantum in petitione hæreditatis, cum sit bonæ fidei, *l. plane, sup. de petit. hæred.* sed etiam in hac speciali vindicatione, cum sit arbitraria actio, *l. sumptus, inf. h. t.* Sed satis obscure ait dicta lex, *sumptus*: sumptus servari exceptione doli mali opposita per officium judicis æquitatatis ratione, ac si exceptio doli et officium judicis idem esset. Quod utique fieri non debet, ut constat ex *d. l. plane*, et ex *l. bona fide, inf. de noxal. act.* Et est ibi in *d. l. sumptus*, oratio inconnexa: sunt multa in Pandectis inconnexa quæ obscuritatem pariunt: nec alia ratione Heraclitus appellatus est σκοτεινὸς, quam quod uteretur inconnexis, id est, quod nullas apponeret conjunctiones, vel disjunctiones, ut Demetrius scribit: sunt Pandectæ Florentinæ plenissimæ inconnexorum. Ibi igitur cum sit inconnexum, sic interpretandum est, ut serventur fructus per exceptionem doli mali, vel per officium judicis, non una via significatur, sed duplex,

perinde ac si adjecisset disjunctionem. Inter utiles impensas numerat Jurisconsult. etiam in litis æstimationem, quam possessor solvit judicio noxali, pro capite servi possessi : nam qui convenitur noxali, vel debet dedere servum, vel damnum, id est, litis æstimationem præstare, noxam præstare quam fecit servus alteri, et si fuit utilius æstimationem litis solvi, quam servum dedi, hæc impensa est utilis, et reputabitur actori, *l. utiles. sup. de pet. hær.* numerat etiam inter utiles, si possessor in area quam possidebat ædificium posuerit : fit enim res melior. Item si servum possessum erudierit, *l. 6. in princ. inf. de impens. in res dot. fac.* Et hæc omnia tradit de bonæ fidei possessore, cum loquitur nominatim de fructibus perceptis ante litem, quæ est bonæ fidei perceptio, ac si aliud esset de fructibus perceptis post litem contestatam mala fide, *l. si a domino, §. ult. et l. plane, sup. de pet. hær.* Nulla videtur constitui hac in re differentia inter bonæ fidei possessorem, et malæ fidei, nec sane est quod attinet ad sumptus utiles et necessarios, si res extet in quam sumptus facti sunt ; nulla etiam est differentia in sumptibus factis fructuum quærendorum, colligendorum, conservandorum causa : nam qualibet possessor hos sumptus imputat et compensat cum fructibus, si fructus provenerint. Igitur summa hæc est ut quilibet possessor reputet sumptus utiles, et necessarios, si res sit salva in quam sunt facti sumptus. Quilibet etiam reputat sumptus factos fructuum colligendorum et conservandorum causa, si et quæsiti sint, et percepti : alioquin differentia magna est inter utrunque bonæ fidei et malæ fidei possessorem, quia bonæ fidei possessor reputat sumptus utiles et necessarios, et illos quos fecit fructuum causa, licet res perierit in quam fecit : etiamsi nullos fructus perceperit, sicut tutor reputat pupillo sumptus omnes etiamsi non bene provenerint, id est, etiamsi messis non responderit sationi, at malæ fidei possessor non reputat eos sumptus, si nulli fructus percepti sunt, et ita eventus docuerit inanes eum fecisse sumptus, vel si res perierit in quam facti sunt, *l. si a domino, §. ult. et l. seq. et l. plane.* Est differentia quod ad rationem sumptuum attinet, quia bonæ fidei possessor reputat sumptus voluptuarios, malæ fidei possessor non item, sed datur tantum malæ fidei possessori facultas tollendorum eorum, quæ sine ejus rei de qua agitur detrimento tolli possunt, puta tollendorum eorum quibus voluit ædes exornare, puta tectoria, vel loricationes, marmora et similia, si eximi possint sine detrimento ædium : reputationem seu exceptionem doli mali non habet in *l. utiles, sup. de hæred. pet.* Et hæ sunt differentiæ tantum inter bonæ fidei possessorem et malæ fidei. Verum his omnibus valde obstat lex *domum, C. de rei vind. et l. in fundo, inf. h. t.* Nunc repetendum et plenius explicandum quod supra diximus. Sumptus alii fiunt in rem ipsam, id est, ad perpetuum rei usum, vel ornatum : sumptus necessarii, vel utiles, vel voluptuarii, fiunt in præsentis anni fructum, qui et ipsi quodammodo ad conservandam ipsam rem et ejus speciem pertinent, *l. ult. de imp. in res dot. fact.* Hos omnes fructus petitori reputat bonæ fidei possessor in petitione hæreditatis: ergo et in rei vindicatione per consequentiam; neque enim hac in re quicquam distat petitio hæreditatis a rei vindicatione, et omnino duas tantum vel ad summum tres differentias inter hæc judicia agnosco. Illa, id est, petitio hæred. est mixta actio per se : hæc nudam rem persequitur. Illa datur tantum in eum qui pro hærede vel pro possessore possidet, hæc datur in quemlibet possessorem : in illa fructus præteriti veniunt, in hac non item : additur etiam differentia quarta ex constitutione Justiniani, ut illa sine controversia bonæ fidei sit actio : hæc enim est arbitraria, sed fere tantum potest arbitrii, quantum bonæ fidei clausula. Ideoque in hac etiam actione in rem speciali sumptus servantur officio et arbitrio judicis, *l. seq. et l. sumptus, inf.* vel etiam exceptione doli, quæ quidem exceptio actionem in rem bonæ fidei facit, *l. Seja, inf. de don. cau. mort.* et consequenter vel hac vel illa via, id est, vel officio judicis, vel exceptione doli, in utroque judicio universali scilicet, et speciali, malæ fidei possessor reputat impensas necessarias omnino, sed et utiles. Et hæc tantum differentia intercedit inter malæ fidei, et bonæ fidei possessorem, quod bonæ fidei possessor deducit impensas utiles, etiamsi res non extet, in quam fecit : vel etiam si nihil fructuum perceperit, cum sumptum fecit fructuum quærendorum causa : malæ autem fidei possessor non reputat aliter sumptus utiles, quam si res extet in quam fecit, vel fructus quorum causa sumptus fecit, bene provenerint, *l. quod si sumptus, et seq. sup. de pet. hæred.* in voluptuariis etiam sumptibus separantur bonæ fidei et malæ fidei possessores ; hos omnes reputat bonæ fidei possessor, malæ fidei possessor non reputat : sed hoc ei tantum permittitur, ut tollat, velut tectoria, marmora, aut loricationes, quæ tolli possunt sine detrimento rei, *l. utiles sup. de pet. hæred.* loquitur quidem Paulus in hoc §. *pen.* de bonæ fidei possessore cum de fructibus loquatur perceptis ante litem contestatam, quibus verbis significatur tempus bonæ fidei, et ait bonæ fidei possessorem deducere sumptus utiles; ut si pro servo possessor litis æstimationem noxali judicio præstiterit, vel si in area possessa ædificium posuerit : vel si servum possessum artificio aliquo erudierit, et ait eum deducere sumptus ædificii, cum

in area ædificium posuit, nisi sit paratus petitor pati eum tollere ædificium, et materiam secum asportare. Sed idem est statuendum etiam in malæ fidei possessore, re existente salva, in quam sumptus factus est: et ideo subjicit in hoc §. si uxor in area sibi a marito donata, quæ donatio jure civili est inutilis, ædificium posuerit, licet sciens alienam aream, et inutilem donationem esse hoc fecerit, tamen si mulier soluto matrimonio experiatur de dote, et maritus ob rem donatam utatur retentione dotis, quæ olim fuit permissa, *l. fructus*, §. *ob donationes, et l. rei judicatæ*, §. 1. *inf. sol. matr.* hodie non est permissa Constitutione Justiniani: vicissim poterit uxor reputare sumptus quos fecit in rem donatam, posito scilicet ædificio: et hoc ait æstimari officio judicis qui de dote cognoscit, id est, officio arbitri rei uxoriæ, cujus judicium est statuere quid uxorem viro, et quid virum uxori præstare oporteat: eademque retentione sumptuum aut ædificii in area positi utetur mulier, marito vindicante ædificium, *l. sed si vir*, §. *si vir uxori, inf. de donat. int. vir. et uxor.* quæ est sententia §. *pen.* Dixi malæ fidei possessorem habere deductionem utilium impensarum: obstat primum huic sententiæ *l. si servus*, §. *si olivam*, *inf. ad l. Aquil.* quæ ait, eum qui sciens impendit in rem alienam donare videri: non potest ergo eam impensam revocare, repetere ullo modo: donatio enim non revocatur, et hoc distat datio a donatione: quod datur, sæpe ut reddatur, non donatur; donatio est ἀναπόδοτος. Obstat præterea §. *certe*, *Instit. de rer. div s.* quo aperte definitur, eum qui mala fide in area aliena ædificium posuit, non posse per exceptionem doli servare pretium materiæ, aut mercedes fabrorum, et posse ei culpam objici, quod temere in eo solo ædificium posuerit, quod sciebat alienum esse. Et eadem ratione obstat *l. domum*, *C. de rei vind.* quæ ait, malæ fidei possessorem non habere repetitionem sumptuum, nisi sumptus necessarios fecerit. Nam necessariorum sumptuum repetitionem habet, non quidem per actionem, nam ne bonæ fidei possessori quidem sumptuum nomine ulla actio competit, ut recte sensit Joannes, sed servat sumptus per exceptionem: per retentionem possessionis; quod si errore restituerit, etiam succurritur ei condictione incerti, id est, condictione possessionis, quam ob sumptus retinere potuit, et errore lapsus non retinuit: et ita etiam malæ fidei possessor, si necessarios sumptus fecerit, hos consequetur, et repetet, non per actionem, sed per exceptionem doli mali: repetimus quod nobis competit aut per actionem, aut per exceptionem: nam is qui excipit agit, repetit: reus in exceptione petitor est, *l. 1. de except.* sic igitur in necessariis sumptibus est certissimum etiam malæ fidei possessorem eos sibi conservare per exceptionem doli mali, vel per officium judicis, sed quod attinet ad sumptus utiles, lex *domum* ait, malæ fidei possessorem eos non posse deducere, aut reputare, sed hoc tantum ei permitti, aut auferat quæ auferri possunt sine læsione prioris status, id est, sine detrimento ipsius rei: idemque proponitur etiam in *l. Julianus, inf. h. t.* Et obstat etiam superiori distinctioni *legis Jul. l. in fundo*, *inf. h. t.* His respondeamus. Ad *l. si servus*, §. *si olivam*, respondeo agi in eo §. de eo qui non possidebat rem, in quam sumptum fecit, ut puta de eo qui cum non possideret vineam meam, maturam vindemiam collegit, et collectam dereliquit, nec secum abstulit: hic videtur mihi donasse impensam quæ in collectione vindemiæ fieri solet, cum ultro ipse vindemiam collegerit suis sumptibus. Denique qui non possidet rem in quam sumptus facit, aut eos sumptus facit animo gerendi alieni negotii, aut donandi animo, et si non animo gerenti negotii, certe donandi: et ideo dicit in eo §. eum qui ita benigne fecit alteri vindemiam maturam colligendo, non teneri actione legis Aquiliæ, quia beneficium dedit, non damnum: nisi forte lectas uvas projecerit, ut effunderentur: hoc enim casu cum vindemiam collegerit simul, et perdiderit, tenebitur actione legis Aquiliæ: quod si præterea collectam vindemiam secum asportaverit, furti reus erit, et tenebitur actione furti, nec fur poterit reputare sumptum quem fecit in compilando: imo nec quemlibet sumptum, ne necessarium quidem fur reputat, *l. 1. C. de infant. expos.* et deterior est causa furis, quam malæ fidei possessoris, non par utriusque conditio est, ut exposui in *l. 15.* §. *ult. sup.* at qui sumptum fecit in rem alienam quam possidebat, non videtur eam semper donare, quia sibi rem gerit, non alteri, quum sit possessionis dominus. Ideoque merito alio avocante ei eam possessionem, reputabit sumptus quibus rem possessionemve meliorem fecit, reputabit ἐμπονήματα, hoc est, meliorationes. Ad §. *certe* quo denegatur malæ fidei possessori retentio sumptuum utilium, sic respondeo, id esse ex rigore juris, quod imputare sibi debeat qui temere ædificavit in solo quod sciebat esse alienum, et eadem ratio summi juris opponitur in *l. plane de pet. hær.* prædonem de se queri debere, qui sumptum fecit in rem alienam sciens prudensque: idem ergo quod in §. *certe* proponitur in l. plane; sed ut in l. plane additur moderatio æquitatis, benignius esse, impensæ utilis etiam factæ a malæ fidei possessore rationem haberi, quod non debeat petitor lucrari ex alieno sumptu et impensa, eadem moderatio æquitatis addenda est ad §. *certe*; et ita etiam eadem moderatio adjungitur a Juliano; hæc verba sunt *l. 37.*

Julianus libro octavo Digestorum scribit, *si in aliena area ædificassem*, etc. Sequitur deinde videamus an nihil, etc. id est, per exceptionem doli mali non possum servare eam impensam, quia temere ædificavi, et debeo de me ipso queri; sed corrigit se statim, *nisi forte quis dicat prodesse de damno sollicito*, id est, nisi quis dicat æquum esse ne locupletetur actor ex damno alieno: confert strictum jus cum æquitate, et æquitatem postremam facit, quod scilicet magis videatur amplectenda. Hæc sunt verba Juliani; sed postea Ulpian. concedit magis in jus strictum in hæc verba: *puto autem et huic exceptionem non prodesse: nec enim debuit sciens temere ædificium ponere*, quæ sententia Ulpiani congruit omnino cum *l.* 1. *C. Gregor. de rei vind.* et cum *d. l. domum*, aperte, quæ malæ fidei ædificatori denegat exceptionem, dat facultatem auferendi ea quæ possunt auferri sine dispendio, et refertur ea sententia legis *domum* ab Harmenopulo *lib.* 2. *t.* 1. illo cap. *ἐὰν τῶν ἀλλοτρίων οἴκων καλῇ πίστει* non *κακῇ*, et ita legitur in *μικρῷ κατασοιχείῳ*: nam certe aliud est in bonæ fidei possessore, cui datur sumptuum utilium repetitio, quæ illo loco denegatur malæ fidei possessori, quod vehementer obstat superioribus; sed responsum est satis *l. si servus, et §. certe*, et sibi respondet Julianus in *l. Julianus*, illis verbis, *nisi forte*. Sed restat adhuc sententia Ulp. in *d. l. Julianus, et d. l. domum*, ex quibus colligitur hæc differentia inter malæ fidei et bonæ fidei possessorem ut bonæ fidei possessor deducat sumptus utiles remedio exceptionis, vel officio judicis, malæ fidei possessor non item: et ut ei tantum liceat ea tollere, quæ tolli sine rei detrimento possunt: quæ etsi obstare videantur, tamen explicabuntur: lex *in fundo* heic apposita videtur Ulp. sententiæ mitigandæ causa; idem vero *d. lex in fundo* statuit in bonæ fidei possessore aliqua ex parte quod constituit, *l. domum, et l. Julianus in fi.* in malæ fidei possessore, ut et bonæ fidei possessor non habeat deductionem sumptuum utilium sed ut tollat tantum ea quæ tolli possunt sine dispendio, ut plane videatur obtinere idem jus strictum in utroque possessore, eademque æquitas valere in utroque possessore: sed enodabit rem omnem explicata *l. in fundo*. Primum ostendit, quod si quis bona fide ædificaverit, vel severit in fundo alieno, fundo evicto de sumptibus ædificii vel sementis, nihil posse certi definiri: non igitur mirum videri si sint inter Jurisconsultos veluti *ἀντερίδες*, contentiones quædam, sed bonus judex varie hac de re constituet ex personis, et causis quæ est totius quæstionis definitio postrema; aliquando enim judex admittit reputationem sumptuum utilium, id est, ita admittit ut non cogatur possessor restituere rem, priusquam ei sint solutæ impensæ: hæc enim est vis exceptionis doli, et deductionis: admittit ergo aliquando judex reputationem impensarum, quanto scilicet pretiosior fundus factus fuerit, non totius impensæ, quid enim si possessor plus impenderit, quam fundo accesserit utilitatis? impensa est magna, utilitas parva quæ inde oritur: unde ratio tantum habebitur utilitatis, non totius impensæ, et e contrario, si pretium superet impensam, id est si parva pecunia pretiosiorem fundum reddiderit ratio habebitur impensæ solius, non quanto pretiosior factus est fundus: et ita quidem admittetur deductio impensarum utilium, id est, sub hoc modo, si actor vel dominus fuerit locuples, qui hunc sumptum ferre possit, quique eum facturus fuerit. Hoc est quod ait in *l. in fundo*: finge dominum eadem facturum fuisse id est, locupletem fuisse, ut recte Harmenopulus interpretatur lib. 2. tit. 1. illo cap. *βούλεται διάταξις*, eum inquam facturum fuisse, cum scilicet ei suppeterent facultates; reddet impensam ut fundum recipiat: an totam impensam? minime, sed eo usque duntaxat, inquit quo pretiosior factus est fundus: aliquando vero judex non admittet deductionem impensarum, nec si reus bonæ fidei possessor fuerit, sed permittet tantum eum tollere quæ imposuit, si tolli possint sine detrimento ipsius rei, ut si dominus sit pauper, qui eum sumptum non possit ferre, nec facturus fuerit: an eum sumptum reddet, aut re carebit? minime: igitur rem recipiet pauper dominus, ne refusis sumptibus, forte careat laribus et sepulchris avitis, id est, ne careat re petita, si oneretur præstatione sumptuum. Igitur rem petitam recipiet, etiam non refusis impensis utilibus, sed pati tantum debet ut reus tollat quod imposuit, si tolli possit sine læsione prioris status: et ita demum, nisi ipse dominus sit paratus possessori tantum præstare quantum possessor ex venditione materiæ reficere poterit: finge: in area aliena ædificium posuit: datur ei potestas tollendi ædificium, et vendendæ materiæ: quod ex venditione potest redigere, id si offerat dominus, idemque actor, non cogetur tunc pati ut adversarius tollat ædificium quod posuit, nec ejus malitiæ est indulgendum, si velit tectoria tollere, picturas radere, nihil laturus nisi ut officiat: ergo satis habere debet, si fiat ei potestas tollendi ædificii, vel si ei annumeretur quantum ex ruinis pecunia conficere potest: imo vero aliquando etiamsi dominus sit pauper, fit deductio impensarum quanto pretiosior fundus factus est, hoc scilicet casu si dominus fundum receptum mox venditurus sit, et utique amplius laturus ob eam impensam: æquum est hoc casu, ut cum pluris sit venditurus statim propter impensam quam possessor fecit, ratio impensæ habeatur: non habebitur tunc æstimatio tantum

materiæ, sed et utilitatis, qua auctus est fundus, quæque efficit, ut sit mox charius eum fundum distracturus; et hæc quidem videntur dici tantum in area in *l. fund.* Sed idem est etiam in ceteris rebus: nam et *lex in fundo*, initio posuit exemplum sationis; qua de causa similiter, si quis in alieno fundo frumentum severit evicto fundo deducetur impensa sationis: vel si dominus sit pauper, tollet herbam et farraginem pabuli causa, nisi dominus offerat quod ex herbæ venditione conficere potest, vel nisi dominus mox eum fundum, ita ut satus est, venditurus sit: quo casu omnimodo habetur ratio sationis: æstimabitur non herba, sed semen, cujus ratione mox pluris eum fundum est venditurus: quo casu nihil refert in *l. in fundo.* sive in area aliena ædificaverit, sive seminaverit, vel ut est *Florent.* conseruerit eodem sensu. Idem statuendum esse dicemus, si servum alienum quem possidebat, erudierit quantum scilicet res patietur: nam in servo erudito non omnibus his quæ dicta sunt in area vel satione locus esse potest: tolli ædificium potest, et ejus tollendi datur potestas possessori evelli herba potest, evelli eruditio non potest: eruditio est habitus, et habitus sunt δυσκινητότεροι. Igitur non omnia remedia quæ in ceteris interveniunt, in servo erudito interveniunt: sed quoad res patitur, idem omnino sequemur in servo erudito, arte aliqua sumptibus possessoris instructo, quæ est sententia §. *ult. hujus l.*

Ad L. XXIX. XXX. XXXI. XXXII. et XXXIII.

L. XXIX. *Forte quod pictorem, aut librarium docueris: dicitur non aliter officio judicis æstimationem haberi posse.*

L. XXX. *Nisi si venalem eum habeas, et plus ex pretio ejus consecuturus sis propter artificium.*

L. XXXI. *Aut si ante denuntiatum sit actori ut impensam solvere: et eo dissimulante, posita sit doli mali exceptio.*

L. XXXII. *Ceterum, cum de fructibus servi petiti quæritur, non tantum pubertas ejus spectanda est; quia etiam impuberis aliquæ operæ esse possunt. Improbe tamen desiderabit petitor fructus æstimari, qui ex artificio ejus percipi potuerunt, quod artificium sumptibus possessoris didicit.*

L. XXXIII. *Quod si artificem fecerit: post vigesimumquintum annum ejus, qui artificium consecutus est, impensæ factæ poterunt pensari.*

Ostendi sup. in sumptuum ponenda ratione nullam esse differentiam inter bonæ, et malæ fidei possessorem, re ea inquam sumptus sunt facti manente salva, vel fructibus perceptis cum fructus quærendorum causa sumptus facti sunt; sed necessariorum quidem sumptuum deductionem utrique possessori dari per exceptionem doli mali, vel officium judicis: utilium modo deductionem, modo non deductionem, sed tollendorum eorum duntaxat; quæ sine dispendio tolli possunt, facultatem, ut declaratur in *l. in fundo*, in voluptuariis sumptibus esse differentiam inter bonæ et malæ fidei possessorem, et ad *d. l. in fundo* diximus, deductionem impensarum admitti, si dominus fuerit locuples, secundum Græcorum explicationem, quæ extat apud Harmenopulum lib. 2. tit. 1. cap. βούλεται ἡ διάταξις; et alio etiam loco quo magis illustratur *l. in fundo* apud eundem Harmenopulum d. libro et tit. ὁ τὸν ἀλλότριον οἶκον κακῇ πίστει etc. exemplum posuimus in area seu solo alieno: tractemus nunc de servo alieno quem possessor suis sumptibus erudiit, artem aliquam docuit: et placuit eam eruditionis impensam possessorem deducere, et reputare posse petitori mercedes præceptorum reputari posse petitori *l. idque* §. 1. *de action. empt.* imo et quemlibet alium sumptum probabilem factum in eum servum, *l.* 4. *et l. ult. inf. de oper. serv. l. apud* §. *si minor, inf. de do except. l.* 1. *C. de infan. expos.* reputare, inquam, possessorem posse impensam doctrinæ: et aliam quamlibet probabilem, si eam dominus facturus fuerit, si locuples fuerit, si aliunde eam exsolvere possit exemplo areæ in *l. in fundo, inf.* sed si pauper sit dominus nec aliunde eam impensam possit refundere petitori, possessor nihil deducet sumptuum nomine, et melius erit possessorem carere sua pecunia quam dominum suo servo: nihil etiam erit hic quod possit tollere possessor, ut in area dictum est: ædificium tolli potest quod areæ impositum, eruditio insita servo avelli non potest; quid igitur fiet? necessario hoc casu possessor in damno versabitur et hoc est quod ait in §. *ult.* hujus *l.* 27. *Sed si puerum meum, cum possidebas, erudisses: non idem observandum*: non idem observandum in servo quod dictum est §. 1. in area, quia neque carere servo meo debeam, id est quia debet mihi restitui servus meus, etiamsi non reddam impensam cum videlicet pauper sim, et eam refundere nequeam: cogar carere servo meo, si aliunde refundere non possim impensam, et admittatur deductio et reputatio. Melius est igitur, non admitti reputationem propter impensam, ne servo meo caream, itaque dum ait, *quia neque carere servo meo debeam*, ponit, me servo meo cariturum si admittatur reputatio, impensæ, quam aliunde solvere non possum: at si aliunde eam solvere possim, admittetur, reputatio; et ita accipienda est *d. l. apud* §. *si minor, l.* 1. *C. de inf. expos.* et delendæ sunt tres aut quatuor explicationes *d. l. in fundo*,

quas adfert Accursius, *nec potest remedium adhiberi, etc.* id est, non potest eruditio evelli: igitur in damno versabitur possessor, rebus ita exigentibus hoc casu: sed duo tantum sunt casus, quibus etiamsi pauper sit dominus, ejus impensæ ratio habetur: unus hic est, si dominus eum servum venalem, id est, promercalem habeat, et plus ex pretio ejus laturus sit propter artificium et eruditionem servi: nam hoc casu cum sit præsens utilitas, non potest ejus utilitatis ratio quin habeatur defugere; et hoc est quod ait in *l. seq. et* 29. *forte quod pictorem aut librarium docueris*, æstimationem scilicet impensæ nisi venalem habeas, et plus ex eo propter artificium consecuturus sis: sed hoc loco est manifesto μετάςασιν personarum, ut recte monet Irnerius; quæ enim supra facta est prima persona, nunc fit secunda; debuit enim dicere, *nisi ego venalem habeam qui vindico vel plus ex pretio consecuturus sim propter artificium*: sed frequens est hoc loquendi genus, ut in *l. si ex parte, inf. de acq. hær. l. fundus* §. *si ego, inf. fam. ercisc. l. si non sortem* §. *libertus, inf. de cond. indeb. l. quædam mulier* §. 1. *inf. eod. l. si mater* §. *item Julianus, de except. rei jud.* et plerisque aliis locis et hac exceptione utimur in area: nam licet pauper sit dominus cogitur præstare sumptum ædificii in area positi si mox ædificium sit venditurus: qua ratione fit, ut voluptuariæ impensæ habeantur pro utilibus, *l. quod si inf. de impe. in res dot. fact.* Maritus non deducit impensas voluptuarias quas fecit in rem dotalem, sed si res fuerunt promercales, si res eas statim mulier sit venditura et plus ex pretio latura propter ornamenta, impensis utilibus reputabuntur, et deducentur a marito: quia præsens utilitas facit, ut jam non videantur esse voluptuariæ; cum voluptatum non desit emptor. Alter casus est; si possessor domino sciente servum erudierit: nam etiamsi dominus sit pauper, hanc impensam debet reddere, ut servum recipiat, aut si non possit aliunde reddere, carebit servo: et ita etiam impensarum utilium quas maritus fecit in res dotales ita demum deductionem habet, si eas fecerit sciente, aut volente uxore, cum uxor aliunde eas solvere non potest; sed si eas fecerit invita uxore, aut ea ignorante, non habet maritus utilium impensarum in res dotales factarum deductionem, nisi locuples sit mulier: si pauper sit, nec possit eas aliunde refundere, ipse versabitur in damno suæ pecuniæ potius, quam mulier in damno suæ dotis. Denique cum pauper est mulier, ei non reputantur impensæ utiles quæ factæ sunt, invita aut ignorante ea, sed quæ factæ sunt ea sciente aut volente, omnimodo ei reputantur, quod aperte definitur in *l. impensæ, inf. de verb. sign. et l. utilium, de impen. in res dot. fact. inf.* et omnino idem locum habet in area ut si dominus sit pauper, ei non reputentur sumptus ædificii facti invito aut ignorante eo; sed tamen ut reputentur sumptus ædificii facti sciente eo, quæ distinctio est addenda *ad l. in fundo*: et hoc est quod ait *in l.* 31. *aut si ante*, hic est secundus casus, *denuntiatum sit actori, etc.* hoc scilicet casu æstimabitur impensa eruditionis, licet dominus sit pauper, si *ante denuntiatum* sit, id est si antequam impenderet possessor, denuntiaverit actori, ut si eum servum suum esse putaret, eam impensam faceret, et ejus impensæ onus subiret, et eo dissimulante, id est, neque faciente eum sumptum, et non prohibente, quo minus fieret a possessore: deinde domino vindicanti servum posita sit exceptio doli mali servandæ impensæ causa, vel etiam illico post denuntiationem: nam omnes exceptiones possunt opponi etiam sine actione et contestari, etiamsi nondum agat alter quem veremur, ne agat: aliqui non sæpe mora actoris temporalem exceptionem perimeret, et constat exceptiones contestari sine actione in modum querelæ, *l.* 8. 9. *et* 14. §. *pen. C. de non num. pec. et l. ult. C. de cond. ex leg.* Hic igitur si possessor sciente domino et dissimulante erudierit servum, eum retinebit, nec vindicanti domino restituet, si dominus aliunde non possit eam impensam refundere: atque ita in damno potius versabitur dominus, quam possessor, exceptis his duobus casibus, ei qui aliunde solvere non potest, non reputabitur doctrinæ impensa: sed ut subiicit in l. 32. compensabitur ea impensa cum fructibus, id est operis servi, si forte petantur a possessore, si fructuum rationem dominus habere velit, habebitur et impensarum quia non est æquum ut dominus consequatur operas quæ perceptæ sint, vel percipi potuerint ex artificio quod servus didicit sumptibus possessoris: ergo exceptis illis duobus casibus non fit quidem deductio sumptuum, aut impensarum conditionis, id est; propter eam impensam non retinentur res, sed retineri possunt fructus, operæ, mercedes operarum si forte petantur: et coaptanda est hæc *l.* 32. cum fine *l.* 28. cum sit ex eodem libro: proposuit in *l.* 28. possessorem erudiisse puerum, quo verbo non significatur conditio servilis, nec possumus interpretari puerum, servum, sed significatur ætas puellaris: quia hic agitur de eruditione prima de institutione pueri, et ideo cum perseveret in eadem specie, ne frustra videatur dicere cum operis pueri esse compensandam impensam eruditionis, adiicit, et pueri operas esse aliquas: pueri, id est, impuberis, et in operis æstimandis pubertatem tantum non spectari, cum possint etiam impuberis esse operæ quædam: sed cum eis operis, si petantur dominum debere compensare impensas eruditionis: ceterum, inquit, cum de fructibus servi petiti quæ-

ritur (fructus servi sunt operæ *l.* 3. *et.* 9. *de oper. serv.*) *non tantum pubertas ejus spectanda est* : *quia etiam impuberis aliquæ operæ esse possunt* : et ita etiam in *l. ult. inf. de lib. cau. et l.* 7. *de oper. libert.* ostenditur, impuberem esse operas aliquas, nec abeundum longius, sumatur exemplum ex *l.* 29. ut si sit pictor : nam et ejus opellæ aliquantulum est capax impubes, vel si sit librarius, id est, scriptor librorum, vel si histrio : nam et puerulis utebantur histriones, vel si sit alterius voluptatis artifex : vel si sit calculator, vel nomenculator, ut est in utraque lege qui suggerat candidatis nomina civium, sic dictus, quasi ut ex Verrio docuit Charisius nominum clator sive calator, hoc est vocator : antiqui etiam dixere fartorem, ut Festus scripsit, quod clam velut infarciret in aurem nomina salutatorum : sed vix est ut usi sint pueris nomenculatoribus, et verius est ut legatur in utraque lege *miniculator* : non ut Florent. *nomenculator* : miniculator, id est, qui miniat litteras, id est, ut Galli dicunt, un *enlumineur* : sed in utraque Basilica habent, non ὀνοματολόγος, aut ὀνοματόκλητος, sed καλλιγράφος. *qui veut dire un enlumineur*, et eadem Basilica librarios vocant βιβλιγράφους. miniatores vocant καλλιγράφους. Hic igitur impuberis sunt operæ aliquæ, et eas si forte petat dominus, vel mercedes earum, quæ perceptæ sunt vel percipi potuerunt, ut si agat cum malæ fidei possessore, qui in hac quæstione nihil distat a bonæ fidei possessore, debet dominus qui flagitat operas admittere rationem institutionis pueri. Hoc vero ut clarius intelligatur, et ut sciatur a quo tempore fiat operarum æstimatio et compensatio, subjicitur *l.* 33. ex Modestino, *quod si artificem, etc.* firmiter affirmo, non esse legendum, *post vicesimumquintum annum*, sed *post quintum annum* : et ita interpretabimur, post quintum annum ejus qui artificium consequutus est, id est postquam artificii cœpit fructus esse aliquis, ab eo tempore, id est, a quinto anno perfecto habebitur ratio operarum simul ac impensarum : compensatio cum operis quæ petuntur quia in pueris a quinto demum anno operarum quarum sunt pueri capaces, æstimatio fit in *l. ult. inf. de oper. serv. si minor*, inquit, *annorum quinque sit servus*, vel *si sit debilis* : *servus, nulla fit operarum æstimatio* ; quia ante quinquennium pueri nullæ sunt operæ, cui rei definitum est quinquennium naturali ratione ; unde apparet liquido hic legendum esse, *post quintum*, hoc sensu, ut a quinto anno fiat operarum cum impensa compensatio, non a 26. quia tantum abest, ut in operis spectetur juventus quæ est annorum 25. ut nec pubertas quidem spectetur l. 32. et ut post 25. annum fiat tantum operarum compensatio, earum scilicet, quæ præcesserunt 25. annum, sicut interpretantur omnes, nulla est ratio (vide Obs. lib. 9. cap. 38.) nam si citius petantur operæ, id est ante 25. annum, cur non compensabuntur cum impensis ? et ne secus observari existimemus in area : idem omnino observatur in area, ut scilicet etiam sumptus compensentur cum fructibus, si fructus petantur, *l. sumptus inf.* Species hæc est. Quidam mihi donavit fundum alienum bona fide accipienti : in eo fundo ædificium posui : evincitur fundus a domino: an possum sumptus repetere actione aliqua ? minime, quod omnino confirmat sententiam Joannis, possessorem sive sit bonæ, sive malæ fidei nulla actione posse reputare sumptum quem fecit in rem alienam, sed habere tantum retentionem rei suæ per exceptionem doli, *l. si in area, inf. de cond. indeb. l. Paulus. inf. de do except. l.* 2. *C. Greg. de rei vind.* non poterit etiamque haberetur, si homo non fuisset occisus dolo, aut culpa sumptum quem fecit in fundum alienum, a donatore ulla actione repetere fundo evicto, quod hic proponitur, quia donator non tenetur de evictione, *l. Aristo*, §. *ult. de donat.* et ideo probe ponitur species in donatore: nam aliud esset in venditore: finge: quidam mihi vendidit bona fide ementi fundum alienum : in eo sumptum feci : evincitur is fundus a domino : non habeo actionem qua repetam sumptus a domino: habeo tamen actionem qua repetam sumptum, et quidquid mea interest a venditore actione empti, evictionis nomine *l.* 9. *C. de evict.* sed, quoties eum fundum habui ex causa donationis. nullam neque adversus donatorem, neque adversus dominum per actionem sumptuum reputationem habeo : sed possum servare sumptus per exceptionem doli mali, vel per retentionem, vel per officium judicis, si sumptus illi doli mali excedant summam fructuum, vel per officium judicis : nam usque ad concurrentem summam compensabuntur sumptus facti cum fructibus, id est, eo minus fructuum repetet dominus ; ergo usque ad concurrentem summam sumptus compensabuntur cum fructibus ; sumptus autem qui superant fructum, servantur superioribus remediis, id est, per officium judicis, etiam prætermissa exceptione, vel opposita exceptione.

Ad L. XXXIV.

Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, æstimandi sunt ; et ideo, si dolo et culpa possessoris, res petita perierit, veriorem putat Pomponius Trebatii opinionem putantis, eousque fructuum rationem habendam, quousque haberetur, si non periisset ; id est, ad rei judicandæ tempus, quod et Juliano placet. Hac ratione, si nudæ proprietatis dominus petierit, et inter moras ususfructus amissus sit, ex eo tempore,

quo ad proprietatem ususfructus reversus est, ratio fructuum habetur.

Initio l. proponitur, in hoc judicio fructus æstimari non tantum perceptos, sed etiam eos qui percipi honeste potuerunt; perceptos, inquam, post litem contestatam, aut controversiam motam, vel qui percipi potuerunt; item perceptos aut percipiendos ante litem contestatam cum adversarius mala fide possedit, et fructus petiti sunt: nam in hoc judicium non veniunt fructus præteriti, nisi nominatim petiti sint, etiamsi agatur cum malæ fidei possessore: percepti tamen aut percipiendi post litem contestatam veniunt officio judicis, etiamsi petiti non sint: et consequenter dicemus post litem contest. aut post controversiam motam non æstimari fructus eos qui percipi honeste non potuerunt: denique eos tantum venire post litem contestatam qui percepti sunt, vel qui percipi honeste potuerunt. Haloander male sustulit illud verbum, *honeste*. Basilica retinuerunt, καὶ οἱ δυνάμενοι ληφθῆναι εὐπρεπῶς, ut Florent. rectissime: nam æstimantur quidem fructus etiam inhoneste percepti, ut fit in petitione hæreditatis *l. ancillarum, in fin. l. si possessor, de pet. hær.* sed non qui percipi inhoneste potuerunt; æstimantur, inquam, fructus percepti inhoneste: ut si possessor domum alienam quam possidebat, locaverit lenoni, et in ea leno lupanar exercuerit, merces ea a possessore acquiritur inhoneste, et venit tamen in æstimationem officio judicis. Nec obstat *l. 5. inf. de usur.* quæ dicit, actiones bonæ fidei non recipere præstationem rerum quæ contra bonos mores desiderantur: porro petitio hæreditatis hodie sine controversia est bonæ fidei: ergo non debet recipere præstationem inhoneste quæsitorum; nam sic respondeo, neque illicitum, neque inhonestum esse hoc, ut petitor possessori auferat turpe lucrum, quod ex re sua fecit: non esse illicitum quod ex Senatusconsulto omne lucrum auferendum est possessori sive bonæ fidei, sive malæ fidei, *l. post Senatuscons. 3. de pet. hær.* quæ opponit rationem *l. ancillarum* præcedentis, in qua admittitur æstimatio inhonesti quæstus, et subjicitur ratio; *nam post Senatuscons. omne lucrum auferendum est possessori*; non est etiam inhonestum, aut non debemus hoc inhonestum esse interpretari ut tale lucrum petitor possessori auferat; nam si ita interpretemur, inhonestum quæstum possessori relinquemus, quod erit indignum; melius est igitur ei eripi omne lucrum: sed si quid præterea desideretur contra bonos mores, id ei non erit præstandum, ut si desideretur præstari, quod percipi inhoneste potuit, nec perceptum est: proinde ut in hoc judicio, et in petit. hæreditatis æstimantur fructus inhoneste percepti, non qui inhoneste percipi potuerunt; ita etiam fructus percepti in his judiciis æstimantur, etiamsi petitor eos percepturus non fuerit, *l. cum hæreditas, sup. de pet. hær.* ut si possessor per servum acquisierit legatum ex testamento alieno, quod petitor propter incapacitatem acquirere non potuisset, *l. cum autem §. ult. de ædil. ed.* Hic igitur fructus percepti a possessore veniunt in æstimationem, etiamsi petitor eos percipere non potuisset, si possedisset: at fructus quos possessor percipere potuit nec percepit, non veniunt in æstimationem, si petitor eos percipere non potuisset, ut recte Acc. sentit in *l. si navis §. ult. inf.* et ille §. etiam generaliter defini' in causa fructuum æstimandorum non esse spectandum, an possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si possedisset? non satis intelligitur potuisse percipere possessorem, nisi et potuerit percipere petitor, si possedisset. Denique quod dicitur a malæ fidei possessore peti posse fructus percipiendos, id est, quos percipere potuit ante litem contestatam, et in pet. hær. officio judicis venire fructus quos male fidei possessor percipere potuit honeste: post litem autem contestatam, de percipiendis fructibus quemlibet possessorem teneri, eosque qui percipi potuerant post lit. contestatam in pet. hær. quam in speciali vindicatione æstimari officio judicis: id ita procedit et accipi debet semper, si honeste, et si a petitore ipso si possedisset percipi potuissent. Adjicit Accur. et tertium modum, *si malæ fidei possessor titulum non habuerit*, id est, si possederit pro possessore: male: nam etiamsi titulum habuerit, tenetur malæ fidei possessor de fructibus quos percipere potuit honeste, quosque petitor erat percepturus, non tantum in quatuor casibus quos adducit Accur. sed etiam omnibus malæ fidei possessor tenetur de percipiendis sive titulum habuerit, sive non. Nec moveri debemus *l. si fundum, C. de rei vindic.* quæ dicit, malæ fidei possessorem teneri de perceptis fructibus; nec enim dicit, dumtaxat; ergo male colligas eum non teneri etiam de percipiendis. Hoc cum proposuisset Paulus initio hujus l. in hoc judicio fructus æstimari non tantum perceptos, sed etiam eos qui percipi honeste potuerunt; inde colligit, re perempta post lit. contest. dolo aut culpa possessoris, fructus esse æstimandos usque ad tempus rei judicandæ: non æstimantur percepti, quia nulli percipiuntur post interitum rei, sed æstimantur qui percipi potuissent a petitore, si dolo aut culpa possessoris res non periisset: et ideo fructuum ratio habetur, ut quousque haberetur, si res non interiisset, id est non usque ad tempus interitus, sed usque ad tempus rei judicandæ: et hæc fuit sententia Trebatii, de qua diximus in *l. 17. et 21. sup.* quam Trebatii sententiam refert hoc loco Pomponius existimasse veriorem quam Labeonis,

qui fructuum rationem habebat usque ad tempus mortis tantum: et extat Labeonis sententia in *l. pen. inf.* Sed Pomponius ait, veriorem esse Trebatii sententiam, eandemque probari Juliano, cujus extat sententia in *l.* 17. §. 1. *sup.* ut fructus æstimentur usque ad rei judicandæ tempus: at mihi, ut jam diximus, non fit verisimile, ut Labeo, qui dicitur, fructus æstimari voluisse usque ad tempus mortis dumtaxat, non prorogaverit æstimationem fructuum usque ad tempus rei judicandæ, re perempta dolo aut culpa possessoris: nam quis ita possit sentire, quin videatur stulte ita sentire, ut cum hominem petitum possessor interfecit, fructuum hominis nomine teneatur tantum usque ad tempus occisionis: imo vero cum ipse illi necem attulerit, usque ad id tempus quo habetur ratio fructuum, si illum non interfecisset. Igitur non adeo fuit stultus Labeo, ut existimarit non esse prorogandam æstimationem fructuum quousque possessoris: et sane Labeo in *d. l. pen.* cum scribit æstimari fructus usque ad tempus mortis, ponit hominem mortuum, non occisum, interiisse suo fato, non autem periisse dolo aut culpa possessoris: item ponit Julianus in *l.* 17. §. 1. qui tamen rem producunt usque ad tempus rei judicandæ: et sane ita posito casu, ut perierit homo petitus suo fato, non culpa possessoris, quidquid Pomponio aut Treb. aut Juliano videatur, æquior est Labeonis sententia, ut possessor teneatur fructuum nomine usque ad tempus mortis duntaxat: quia in fructibus æstimandis semper spectatur quatenus petitor percepturus erat si possedisset, *l. si natus* §. *ult. inf.* At si petitor possedisset ultra tempus fati, id est, mortis naturalis, non potuisset percipere fructus. Ergo ultra id tempus non debent fructus desiderari. Sed ex diverso si dolo aut culpa possessoris homo perierit, si non fuisset acceleratum fatum, fructus potuisset percipere petitor: et ideo eorum videtur esse habenda æstimatio quousque haberetur si possessor hominem non occidisset, aut mortis causam non dedisset. Neque vero cum suo fato res interiit, defendi potest opinio Trebatii, nisi uno casu, forte si petitor hominem distracturus erat si accepisset, et pecuniam ex pretio redactam fœnori collocaturus esset: quod observatur in re æstimanda quæ interiit suo fato, observatur et in fructibus ejus rei æstimandis *l.* 15. §. *ult. sup.* Colligit etiam ex sententia initio proposita Paulus, quod si unus sit proprietarius, alter fructuarius alius possessor rei de qua agitur, ponendæ sunt tres personæ, sublata interpretatione Accur. tum ad hunc locum, tum ad *l.* 35. in princip. unus proprietarius, alter fructuarius, alter possessor, hæc enim tria non debent permisceri, *l. permiscere, inf. de acq. poss.* proprietarius a possessore rem vindicavit, et pendente lite usufructus est consolidatus cum proprietate: mortuus est fructuarius aut capite diminutus: morte fructuari aut capitis diminutione finitur ususfructus, et recurrit ad proprietatem: hoc casu ex tempore consolidationis fructus in æstimationem veniunt, quoniam ex eo tempore licuit possessori, et licuisset petitori si possedisset, fructus percipere, atque ita ex eo tempore veniunt fructus sive percepti, sive non, id est, qui percipi honeste potuerunt, finito usufructu, *l. videamus* §. 1. *inf. de usur.* et ita ut subjicitur in l. 34. si fundo petito post lit. contestatam pars aliqua accesserit alluvione, fructus æstimantur quos possessor ex parte illa percipere potuit post alluvionem: nam ante non potuit honeste aut licite, ex parte illa: et e contrario ut proponitur in l. 35. si post lit. contest. petitor usumfructum legaverit rei petitæ Titio, v. g. ac deinde pendente lite mortuus fuerit, atque ita ususfructus obvenerit Titio, fructus ejus rei æstimabuntur usque ad tempus quo usus a proprietate discesserit, non usque ad tempus rei judicandæ: quia ex eo tempore quo discessit ususfructus a proprietate, neque petitor, neque hæres petitoris si possedissent, potuissent fructus percipere honeste aut licite: ideoque ab eo tempore fructuum ratio non habebitur nec perceptorum, cum non potuerint percipi honeste vel licite, usufructu perlato ad Titium: unde colligitur fructus ad fructuarium pertinere ex eo tempore quo usufr. discessit a proprietate: sed hoc non est satis, quo tempore fructus discessit a proprietate, et eo tempore quo constituitur usus. hoc etiam non est satis, quo tempore ususfruct. constituitur, non cum legatur, aut cum in stipulationem deducitur: sed constituitur ususfructus ipso jure a tempore aditionis, si sit legatus per vindicationem hoc modo: usumfructum do, lego, vel si sit relictus per damnationem hoc modo: *hæres damnas esto illum sinere uti frui*, tunc constituitur, id est cum hæres legatarium induxerit in fundum, cum passus fuerit uti frui, *l.* 2. *et* 3. *de usufr.* quod ita explicat Paulus Sent. *lib.* 3. *tit. de leg.* ergo fructus pertinent ad legatarium per vindicationem ex tempore aditionis ipso jure, vel tempore præstationis, si legatus fuerit per damnationem. Interdum etiam antequam constitutus sit ususfructus, pertinent fructus ad legatarium: ut si hæres moram fecerit in præstatione nam ex tempore moræ fructus pertinent ad legatarium; et hac in re actio ex testamento, quamvis sit stricta, comparatur actionibus bonæ fidei: nam in actionibus bonæ fidei, et in actionibus legatorum et fideicommissorum ex mora debentur usuræ: in ceteris strictis judiciis ex mora non debentur usuræ. Accur. hic tractat plene de fructibus, et in eo tractatu sunt er-

rata multa. Primum est, quod existimet fructus non pertinere ad fructuarium, antequam satisdederit, et caveat: et citat in eam rem *l. uxori* 24. *de usufr. leg.* res eget explicatione: duplex est cautio de usufructu, una quæ dicitur cautio SC. quæ est introducta SC. *l. ult. inf. usufr. quemad. cau. et d. l.* 24. *et l.* 1. *inf. de usuf. ea. rer. quæ us. cons.* hæc cautio SC. præstatur de his rebus quarum non est ususfructus: sed abusus, id est, quas utendo deperdimus, ut vini, olei, frumenti, pecuniæ: hæres pereunt utendo, qui utitur, abutitur: et ideo non est earum rerum ususfr. sed constituitur earum rerum quasi ususf. per SC. remedio cautionis, promittente scilicet eo cui harum rerum ususfructus datus est, se, cum mortuus erit aut capite diminutus, eandem quantitatem, vel rem ejusdem qualitatis et generis restituturum, tantandem pecuniam, tantandem summam, vel vinum ejusdem bonitatis, si vini ususf. verus relictus sit. Hæc cautio facit ut videatur esse harum rerum constitutus ususf. cum cavet se mortuo aut capite diminuto tantundem se redditurum: et exprimit tantum hos duos casus amittendi ususfructus, mortis et capitis diminutionis: quare earum rerum quæ sunt in abusu usufr. ille fictitius non amittitur, nisi illis duobus modis: nec enim solet amitti, ut ceterarum rerum ususf. etiam rei mutatione: nam etiamsi mutetur pecunia, cujus datus est usufr. non finitur ususfructus: non finitur etiam confusione, non finitur non utendo: cum tamen ceterarum rerum quarum proprie ususfructus est, his modis finiatur, *l.* 7. *inf. usuf. quemad. cav.* quæ ostendit, ideo in hanc cautionem SC. illos duos tantum casus exprimi: at in cautione altera exprimuntur, aut intelliguntur omnes casus amittendi ususfructus, *l.* 3. §. *ult. inf. usuf. quem. cav.* Et præterea earum rerum quarum nomine præstatur ea cautio SC. dominium transfertur in fructuarium: nec enim aliter res expediri potest, sicut in mutuo non potes dare mutuam pecuniam mihi, nisi facias meam: sed nec ego tibi, nisi faciam tuam: sed tu caves de reddenda eadem quantitate, non eadem ipsa pecunia, sed ejusdem generis sive qualitatis: quare finito usufr. non vindicatur pecunia, sed condicitur, id est, intendes tibi tantandem pecuniam dari oportere, *l.* 5. §. 1. *de usuf. ear. rer. quæ us. cons.* At ceterarum rerum puta ædium, fundi, dominium non transfertur in fructuarium; et ideo vindicari possunt a proprietario, condici non possunt, quia nemo rem suam condicit, *l. ult. inf. usuf. quem cav.* Altera cautio de usufructu habet *duas clausulas*, sic legendum in *l.* 1. §. *habet, inf. usufr. quem. cav.* non, duas causas. Prima clausula est hæc, ut fructuarius caveat se boni viri arbitratu usurum fruiturum, se rem deteriorem non facturum, qua de re solet proprietarius, cum fructuarium inducit in fundum, in testatum sive scriptum redigere formam et statum rei, ut scilicet non reddatur deterior, ut sciatur finito usufructu, re inspecta, et inspect. scripto boni viri arbitratu usus fuerit fructuarius nec ne. Altera clausula est de restituendo eo quod inde extat finito usufructu: duo igitur promittit, se usurum fruiturum boni viri arbitratu; deinde cum finitus fuerit ususfr. se restituturum quod inde extabit; qua in re est alia differentia cum posteriori cautione SC. promittit; nam cautione SC. promittit se rem daturum finito usufructu ejusdem qualitatis: hic non promittit se rem redditurum: alioquin esset stipulatio inutilis, quia nemo rem suam stipulatur utiliter, sed promittit se redditurum quod inde extabit, non rem aperte: et tamen inest tacite restitutio rei, et quod non petes palam, tacite rem tuam tibi reddi stipulari potes, *l.* 1. §. *ult. inf. usufr. quem. cav. l. cum qu s* §. *pater, de leg.* 3. Hæ sunt duæ cautiones de usufructu. Illud restat an sit verum, fructus non pertinere ad fructuarium, antequam has cautiones præstiterit. Ostendi duas esse cautiones de usufructu, una vocatur cautio SC. *l. ult. inf. usuf. quem. cav.* et plerisque aliis locis, altera vocatur cautio fructuaria, *l.* 5. §. *ult. de verb. oblig.* hæc est de usufructu earum rerum quæ usu non consumuntur, illa est de usufruct. earum rerum quæ usu consumuntur: hæc non constituit usumfructum, sed cavet proprietario ne deterior fiat proprietas, et ut restituatur ususfr. cum amissus erit aut finitus: illa constituit usumfructum, qui in eis rebus natura nullus erat: est enim illa cautio SC. de rebus, quas, si utamur, deperdimus et consumimus. Igitur quia non erat earum ususfructus natura, quasi ususfructus constituitur cautione SC. Modo videamus, an verum sit quod Accur. ait initio *l.* 35. dum inchoat tractatum de fructibus, fructuarium non facere fructus suos ante hanc vel illam cautionem præstitam: nam nihil interest qua de cautione agatur heic: et de hac, et de illa sensit Accur. et Albericus ex quo eam opinionem traxit Accurs. puto autem id verum non esse, idque probo ex *l.* 5. §. 1. *inf. de usuf. ea. rer. quæ usu cons.* ubi ponitur legatus ususfructus pecuniæ, pecunia data sine cautione; et quamdiu duravit ususfr. cautionem non fuisse præstitam: et tamen legatarium fructus suos fecisse, et teneri tantum in hoc finito usufructu, ut eandem quantitatem hæredi restituat. Igitur ut fructuarius fructus suos faciat, non exigimus ut caveat: fructus adjicit fructuario constitutio. Constituitur ususfructus traditione, præstatione, cessione, vel etiam ipso jure ex tempore aditionis, si relictus sit ususfructus per vindicationem: constituitur, inquam ususfructus pecuniæ etiam tradi-

tione, non interveniente cautione, cum transeat pecuniæ plena proprietas in accipientem legatarium: et licet non intervenerit cautio, fructus suos facit: cum tamen ususfructus desierit ad eum pertinere, tantumdem pecuniam restituere tenetur, perinde atque si cautio SC. interposita fuisset, quæ est sententia *d. l. ult.* Nec obstat *l. 24. de usufr. leg.* Vir legavit uxori usumfructum omnium bonorum: nulla est res quæ in hoc genus legati non cadat post SC. *l. usufructu, inf. ad leg. Falcid.* ergo omnium rerum quæ fuerunt in bonis tempore mortis, ususfructus uxori debetur, et præstatur ab hærede: continentur etiam legato nomina in hæreditate inventa quæ defunctus fecit, atque etiam ea quæ hæres fecit ex pecunia hæreditaria: nomina, id est, sortes debitæ: quæritur an legato illo generali contineantur usuræ omnium nominum: et nominis quidem facti ab hærede usuræ non continentur legato, quia bonis non adnumerantur quæ fuerunt tempore mortis: et ideo illæ usuræ legatario non præstantur, quasi sortes: non etiam quasi fructus ante constitutum et traditum usumfructum, qui relictus fuerat per damnationem, quod genus legati erat frequentius, et meliori jure ac conditione, ut Ulpian. ait in frag. nisi hæres moram fecerit in tradendo usufructu: nam ex mora veniunt fructus, et consequenter usuræ sortium ab hærede collocatarum, sed cum ita ex mora veniunt usuræ quasi fructus, non venient aut non deducentur in cautionem SC. quia capiuntur quasi fructus, non quasi bona et sortes bona reddi oportet finito usufructu, fructus reddi non oportet: et ideo quod capit quasi fructum de eo reddendo non cavet, quæ est cautio SC. at usuræ nominis contracti a defuncto veniunt in cautionem, quia scilicet debitæ sunt ante cautionem præstitam: cavere igitur debet legatarius se eas redditurum finito usufructu quasi sortes et capita: et idem est censendum omnino de fructibus ceterarum rerum inventis in hæreditate, quia et hi annumerantur in bonis, et capiuntur a legatario quasi bona: qua de causa, et finito usufructu hoc debet restituere, et ratio est aperta, quia bonis annumerantur cum sunt inventi in bonis, in hæreditate, *l. centurio, inf. de vulg. et pup. subst. in fin. l. 1. D. he his quib. ut indig.* fructibus non adnumerantur post moram hæredis quam fecit in cedendo usufructu: fateor fructibus adnumerari: sed initio l. 24. non ponitur hæredem fecisse moram, sed hoc tantum eum noluisse præstare usumfructum, antequam sibi cautio præstaretur, et ideo ait, *ante cautionem præstitam simul et ante constitutum et traditum usumfructum:* sic hoc accipiendum, dum morabatur legatarius in præstanda cautione, usuras nominum relictorum in hæreditatis bonis adnumerari, et veluti sortes in cautionem SC. deduci: quia scilicet nondum fuerat traditus ususfructus: post traditum usumfructum dicam eas usuras fructibus adnumerari, etiamsi hæres nondum exegerit cautionem SC. post moram quoque hæredis etiam ante traditum usumfructum eas usuras fructibus cedere. Ex qua explicatione intelligitur, male ex ea l. absolute colligi, fructuarium non facere fructus suos, antequam cautionem præstiterit: verum quidem hoc est, antequam cautionem præstiterit et non traditus ei fuerit ususfructus: sed falsum, si ei traditus fuerit ususfructus, licet non caverit fructuarius, vel si moram fecerit hæres in tradendo usufructu. Nunc exequamur cetera quæ tractat Accur. de fructibus: primum proponit hanc divisionem fructuum, ut alii proveniant sua sponte, id est, naturaliter, ut poma: alii opera, diligentia, cura, cultura nostra, ut segetes: alii sunt naturales, alii industriales fructus: deinde proponit alios esse fructus perceptos, alios percipiendos, id est, haberi rationem modo fructuum perceptorum, modo percipiendorum: et quod attinet ad perceptos fructus, ait, bonæ fidei possessorem videri percepisse fructus, atque adeo suos eos fecisse, quoquo modo terra separati fuerint, id est, etiam si ipse bonæ fidei possessor eos non decerpserit, aut desecuerit; sed alius quidam, non ejus nomine, sed suo proprio: vel etiam si sua sponte deciderint, denique fructus quoquo modo fuerint solo separati, sunt bonæ fidei possessoris, *l. qui scit §. pen. inf. de usur.* longe aliud observatur in fructuario: nam fructus non fiunt fructuarii, quoquo modo terra separati sint: quæ differentia est vera: in fructibus percipiendis plus juris habet bonæ fidei possessor, quam fructuarius, ut dominus plus juris quam fructuarius, id est, qui habet plenum dominium: et bonæ fidei possessor comparatur domino in fructibus percipiendis: bonæ fidei possessor idem juris habet quod domino prædii tributum est: fructuarius igitur non facit fructus suos, quoquo modo terra separati sint, nam si ipse decerpserit fructus, aut desecuerit, vel alius ejus nomine, fructus fiunt fructuarii: sed si sponte deciderint fructus, vel si quidam alius non fructuarii, nomine eos decerpserit, desecueritve, non ante fiunt fructuarii quam eos apprehenderit: male Accur. heic ait, fructus non fieri fructuarii antequam eos horreo condiderit ex *l. si usufructuarius, inf. quib. mod. usufr. amitt.* quæ Accursium jugulat: definitur in ea l. quid sit percipere fructus, ut similiter in *l. si ejus fundi, inf. h. t.* percepti videntur fructus, veluti spica, aut fœno cœso, aut uva adempta, aut olea excussa, etiamsi nondum sit tritum frumentum, nondum coacta vindemia, vel oleum factum. Ergo etiamsi non sint hi fructus conditi in horreo, satis est, si ipse fructuarius eos decerpserit aut de-

secuerit, vel alius ejus nomine, vel si excussos ab alio aut decerptos non ejus nomine ipse apprehenderit: apprehensioque fiat meo, qui fructuarius sum, vel alieno corpore, me dominum fructuum facit, non quælibet separatio. Denique Accurs. de percipiendis tractat, et percipiendos dicit accipi duobus modis, vel quia *maturi sunt*, sic est legendum, non *immaturi*, vel quia dominus eos percepisset: et sane utrumque videtur verum, ut percipiendi videantur, qui sunt maturi, et ut percipere eos debuerit quos petitor percipere potuerit: quæ postrema significatio in hoc tractatu locum habet: nam cum quæritur de fructibus percipiendis, non est inquirendum an possessor recipere potuerit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, *l. si navis* §. *ult. inf. h. t.* Si igitur quæratur quos vocas fructus percipiendos, dicam quos petitor percipere potuisset, si possedisset. Deinde ait possessores alios habere titulum, alios non habere, quibus omnibus præmunit se Accurs. ad ea quæ deinde constituit de fructibus quæ sunt hujusmodi: primum constituit possessorem etiam bonæ fidei non facere suos eos fructus, qui natura proveniunt, quod definitur in *l. fructus, inf. de reg. jur.* sed opponit statim *l. bonæ fidei in princ. inf. de acq. rer. dom.* quæ ait, bonæ fidei possessorem acquirere non tantum eos fructus qui diligentia ejus provenerunt, sed etiam *omnes*. Resp. Accurs. *omnes*, id est, sive ipse eos perceperit, sive alius; quæ interpretatio non potest congruere, cum ex opposito satis significet, eum voluisse comprehendere in *d. l. bonæ fidei*, fructus eos qui natura proveniunt: ait enim bonæ fidei possessorem lucrari non tantum fructus ex facto ejus natos, sed et omnes quos natura produxit: sed respondendum est ita, expendendam esse vocem, *interim*: ait enim *l. bonæ fidei*, possessorem facere interim suos fructus, omnes *interim*, id est, tantisper quoad res evicta sit, sed re evicta, evinci possunt etiam fructus, naturales scilicet, atque ita si eventum spectes et exitum judicii, fructus naturales bonæ fidei possessor non acquirit: acquirit prima fronte, et interim, sed non ad extremum, et firmo jure, quia evincuntur re evicta, evincuntur, inquam, fructus naturales, et vindicantur extantes, sed de consumptis non tenetur. Naturales igitur suos facit interim, et si consumpserit, consumptio confirmat dominium, ut eorum causa amplius conveniri non possit: nam soli extantes possunt vindicari, sed de consumptis bonæ fidei possessor non tenetur condictione. Sed addit Accurs. exceptionem, nisi tantundem de suo erogaturus fuerit, etsi bona illa non possedisset: quia in eo videtur locupletior factus quam compar sit rei suæ vera est exceptio, et probatur, *l. sed etsi lege*, §. *quod autem, sup. de petit. hær.* hoc igitur ita procedit si tantundem de suo fuerit erogaturus, et consumpturus, id est, si hic fuerit ejus sumptus quotidianus et statutus, ut loquitur §. *quod autem*. Sed si lautius impenderit contemplatione eorum bonorum, id quod excedit statutos et quotidianos sumptus, videbitur excedere ex ejus bonis, et in eo non videbitur locupletior factus, id est videbitur locupletior factus, ad finem ta men et modum statutorum sumptuum. Non affert eam *l.* Accurs. sed aliam quæ nihil tale probat, *l. si et me, inf. de rebus cred.* loquitur de eo qui sumpsit meam pecuniam a meo debitore, quem putabat esse debitorem Titii: sumpsit igitur meam pecuniam cum se putaret sumere Titii pecuniam, et ait eum mihi teneri, non quia credidi non enim creditur erranti: creditum non contrahitur, nisi inter scientes, sed quia cum mea pecunia re ipsa ad eum pervenerit, æquum et bonum est eam mihi restitui, quo nomine dabitur mihi condictio non ex mutuo, cum non sit mutuum, sed condictio sine causa: sed hoc nihil ad exceptionem hoc loco propositam. Transit deinde Accurs. ad fructus quos vocat industriales: bonæf. possessor fructus industriales suos facit pro cultura et cura, ut est in §. *si quis a non domino*, *Instit. de rer. divis.* et hoc sive titulum habeat sive non, sed extantes fructus bonæ fidei possessor restituit, *l. certum*, *C. de rei vind. restituit*, inquit *officio judicis*, verum si sint percepti post litem contestatam et extent; falsum, si sint percepti ante litem contestatam, nam si fructus præteriti nullo modo veniunt in rei vindicationem, nisi nominatim vindicentur, ut diximus in *l.* 13. §. 1. igitur extantes restituuntur vel per vindicationem, vel per officium judicis: consumpti autem fructus industriales non condicentur a bonæ fidei possessore, nec si de suo tantundem fuerit erogaturus, quæ sententia Accurs. est summe notanda, cum fructus sint ex facto ejus. Merito igitur eos lucrari debet, etiamsi tantundem fuerit de suo consumpturus: nam ipse sumptum fecit in eis conservandis et colligendis. Deinde annotat Accurs. initio sufficere bonam fidem, quod ad fructus lucrandos attinet, id est, satis est si initio bona fide possederit: ergo etsi postea cognoverit rem esse alienam, fructus suos facit secundum superiorem distinctionem, *l. qui scit*, §. *ult. inf. de usur.* Sed obstat valde *l. bonæ fidei*, §. 1. *inf. de acq. rer. dom.* quæ ait bonæ fidei possessorem, qui postea cognovit rem fuisse alienam, ab eo tempore desinere fructus suos facere, et male respondet Accurs. in d. l. id objici tantum non poni, et certo definiri. Imo vero id ponitur et definitur certo: nam dicit, *verendum est, ne fructus suos non faciat*; dum ita loquitur affirmat, sed solent uti Juriscons. infirmis et modestis assensionibus. Igitur responden-

dum est, ut *sup. dictum est ad l. bonæ fidei* de fructibus naturalibus, quod attigimus in *l.* 28. *sup.* postquam bonæ fidei possessor agnovit rem esse alienam, eum fructus industriales suos facere interim, id est, tantisper, donec res evincatur, *l. qui sint*, §. *ult. inf.* sed exitus judicii indicabit eum suos non fecisse cum effectu, quandoquidem re evicta, et hi evincentur restituet fructus bonæ fidei possessor industriales ex eo tempore ex quo sciverit rem fuisse alienam, etiamsi consumpti sint, condicentur propter malam fidem quæ incidit. Iterum dico, ab eo posse peti sive condici fructus industriales, quos percepit, postquam cognovit rem esse alienam. Acc. longe aliter, ut non veniant fructus illi nisi ex tempore litis contestatæ. Denique non restituet fructus quos percepit, postquam cognoverit rem esse alienam, nisi post litem contestatam: hoc falsum ut docui in *l.* 15. *de pet. hær.* nec obstat *l. certum, C. de rei vind.* dum ait post litem contest. bonæ fidei possessorem teneri in fructus universos: nam ex eo male colligitur, ergo non ante litem contestatam: sunt enim quædam quæ litis contestationi comparantur, veluti denuntiatio aut controversia mota: ideoque in *l. sed etsi* §. *etiam si ante, de hær. pet.* licet dixisset post litem contestatam, idem tamen esse interpretatur Ulp. si post denunciationem, si post controversiam motam: quam adhibet interpretationem ad SC. eam adhibere licet ad *l. certum.* Igitur veniunt fructus ex eo tempore quo nosse cœperit rem esse alienam. Postremo ait, a malæ fidei possessore, sive titulum habeat, sive non vindicari fructus extantes, propria vindicatione scilicet vel venire officio judicis, si sint percepti post litem contest. consumptos autem condici malæ fidei possess. condictione sine causa scilicet, ex *l. mala fide, C. de cond. ex l.* vel venire officio judicis, si perceperit eos vel consumpserit post litem contest. et hoc de perceptis ait indistincte, sive malæ fidei possessor habeat titulum sive non ut omnino eorum nomine teneatur, sive extent, sive consumpti sint aut actione propria, aut officio judicis. At de fructibus percipiendis malæ fidei possessorem, qui non habet titulum, ait teneri officio judicis, de his scilicet quos percipere potuit post litem contestatam: alioqui condictione opus est, actione propria, ut dictum est supra, quia in rei vindicationem fructus præteriti non veniunt, id est, qui in præteritum percepti sunt, vel percipi potuerunt, et recte idem Accursius, percipiendos venire, qui honeste percipi potuerunt, at perceptos venire, etsi inhoneste quæsiti sint, quod explicatur in *l. fructus*, *sup.* sed si malæ fidei possessor habeat titulum, ut si emerit, aut ex causa donationis acceperit a non domino, eum ait de percipiendis non teneri, exceptis quatuor casibus, quos l. refert in *l. si fundum, C. de rei vind.* imo vero ex his exceptionibus debuit formare regulam et definire, malæ fidei possessorem teneri de percipiendis fructibus, sicut de perceptis, sive habeat titulum, sive non: decepit Accurs. *l. si fundum*, quod dicat, malæ fidei possess. teneri de fructibus perceptis: sed non dicit tantum: igitur male colligit ex eo, non teneri de percipiendis cum habeat titulum.

Ad L. XXXVI.

Et ex diverso, si petitor lite contestata usumfructum legaverit: ex eo tempore, ex quo discessit a proprietate, fructuum rationem non habendam quidam recte putant.

§. 1. ***Ubi autem alienum fundum petii, et judex sententia declaravit meum esse: debet etiam de fructibus possessorem condemnare: eodem enim errore et de fructibus condemnaturum, non debere enim lucro possessoris cedere fructus, cum victus sit, alioqui, ut Mauricianus ait, nec rem arbitrabitur judex mihi restitui: et quare habeat, quod non esset habiturus possessor, si statim possessionem restituisset?***

§. 2. ***Petitor possessori de evictione cavere non cogitur rei nomine, cujus æstimationem accepit, sibi enim possessor imputare debet, qui non restituit rem.***

§. 3. ***Eorum quoque, quæ sine interitu dividi non possunt, partem petere posse constat.***

Tractatur etiam de fructibus rei petitæ judicio in rem. Finge: petii fundum quasi meum, quem tu possidebas cum non esset meus, et forsitan neque tuus: ut sit, petii alienum fundum quasi meum, judex declaravit per errorem eum fundum meum esse: judex sententia sua dominium non dat, sed quis sit dominus declarat: sententia in hoc judicio est dominii demonstratio seu declaratio, non dominii addictio, ut in *l. sicuti*, §. *sed si quæratur*, *inf. si serv. vind.* dicitur servitutem cum agitur actione confessoria vel negatoria per sententiam non debere constitui, sed eam quæ est declarari: utitur verbo *declarari*, quo Paulus usus est in hoc §. *et l.* 8. *inf. fin. reg.* mensorem qui judicat de finibus, terminos declarare, non constituere, uno modo judex dominium tribuit, et hoc uno tantum, puta per adjudicationem in judicio finium regundorum, vel famil. ercisc. vel com. divid. sed hoc etiam judex non facit suo jure, cum nec Prætor quidem dominium facere possit, *l. qui usumfr. inf. si ususf. pet.* sicut Prætor heredem non potest facere, §. *quos autem*, *Instit. de bonor. posses.* possessores tantum potest facere. Judex igitur per adjudicationem dominium non tribuit suo jure pro-

prio, quod sit judex, sed leg. 12. tab. permittente, quæ permisit nominatim in judiciis, fin. reg. fam. ercisc. com. divid. ut si esset difficile fines dirimere, aut communionem dividere, liceret judici controversiam adjudicatione dirimere, id est, rem totam uni adjudicare, et eum vicissim alteri certa pecunia condemnare: quod permittitur *l.* 2. *fin. reg. inf.* §. *quædam*, *Instit. de action.* legis virtus est, permittere, imperare, vetare, *l. legis virtus*, *de legib.* ergo cum ait, permittitur, significat, permitti nominatim ut in §. *pen. de tutel. Instit.* patri tutorem dare permittitur ex 12. tab. et judex adjudicando dominium tribuit, §. *ult. Instit. de off. jud.* vel si res aliena fuerit usucapiendi occasionem præstat, *l. si per errorem*, *inf. de usurp. et usuc.* ut cum inter duos actum est comm. divid. de re aliena quasi de re communi, et res uni adjudicata est, is eam usucapiet titulo pro adjudicato; ergo adjudicatio vel usucapiendi occasionem præstat vel dominii; cum res fuit eorum qui de ea inter se litigabant, et hoc uno tantum modo judex dominium tribuit, dominium non tribuit, cum declarat rem petitoris esse; ita vero judex si declaret rem petitoris esse per errorem, debet ut proponitur in hoc §. eodem errorem etiam possessorem condemnare de fructibus perceptis, aut percipiendis post litem contestatam: debet eundem errorem exequi perfecte, si errore declaravit, esse petitoris, debet eodem errore fructuum perceptorum aut percipiendorum post litem contest. condemnationem facere, sicut etiam debet eodem errore sumptuum litis condem. facere, quia victor etiamsi errore judicis vicerit, non debet facere sumptuum damnum, cum res judicata pro veritate habeatur: et est regula juris, semper in causam sumptuum victum victori esse condemnandum: ergo post victoriam tantum, imo et ante victoriam in unoquoque ingressu judicii, ut si ad diem non venerit adversarius et postea veniat, non ante audiatur, quam contumaciæ impensas reddiderit, *l. sancimus, C. de judic.* Itaque sumptus litis refunduntur non tantum post victoriam, id est, extremam definitionem litis, sed etiam ante in utroque ingressu judicii, *en chacune instance*: moribus Galliæ simplicioribus primus victus nunquam refundebat impensas, et non erat melior causa fisci quam privatorum, nam fiscus, quod hodie observatur, litigabat gratis, nec damnabatur unquam sumptuum nomine, quod antiquus interpres Juliani scripsit in *Nov.* 21. citata constitutione Græca Justiniani *de sportulis,* quæ desideratur in C. qua cavebatur ut fiscus nullas solveret sportulas, nullas impensas, et gratis litigaret etiamsi vinceretur ut omnino fit hodie. Sic privatus etiamsi solverit sportulas, non tamen olim solvebat in Gallia sumptus litis; postea obtinuit ut victus redderet impensas post victoriam; tamen ad extremum obtinuit, quo jure hodie utimur, quod et consentit cum *l. sancimus*, ut reddat sumptus in unoquoque ingressu judicii: ergo etiamsi per errorem judicaverit judex rem meam esse, debet et de sumptibus judicare, et similiter de fructibus qui percepti sunt post litem contest. et qui percipi potuerunt victus enim non debet fructus lucrari, nec victor damnum facere etiam sumptuum: et vero ut adjicit in hoc §. ex Mauriciano, in notis scilicet ad Julianum, ex quo Paulus quæ de rei vindicatione tractat, pleraque omnia sumpsit, et Mauricianus in illum scripsit notas, ut constat ex *l. jurisgentium*, *sup. de pact.* et *l. sed et si quid*, §. *quid ergo*, *supr. de usufr. quare* ergo inquit Maur. *possessor qui victus est*, *lucraretur fructus quos non erat habiturus*, *si statim rem restituisset*, id est, non debet lucrari fructus possessor quos non habiturus fuisset, si rem statim restituisset initio litis contestatæ; quibus verbis indicatur hic agi de fructibus perceptis, vel percipiendis post litem contest. alioquin judex non arbitrabitur rem restitui, nisi, et fructus jubeat restitui, quæ est prima clausula hujus judicii, restitui, et veluti sententia prima, cui si non pareatur, sequitur condemnatio in litis æstimationem, quanti actoris interest, vel quanti actor in litem juraverit, *l. qui restituere*, *inf. h. t.* Summa igitur hujus §. hæc est: sive recte, sive perperam pronunciatum sit, rem petitoris esse, de fructibus perceptis aut percipiendis post litem contest. etiam damnandum possessorem esse, et hanc consequentiam necessariam esse: eamque recte adjicit Accurs. debere suppleri eodem die, ex *l.* 24. *inf. de re jud.* judex ubi sententiam dixit, jam mutare eam, rescindere non potest, sed potest addere, modo id fiat eodem die, et supplere ea quæ desunt circa condemnationem vel absolutionem, *ea quæ ad consequentiam pertinent,* ut ait. Ubi autem possessor non paret arbitrio judicis, id est, rem non restituit, in litis æstimationem condemnatur sicut diximus, quanti actor in litem juraverit id est quanti juratus rem suam æstimaverit, et jurare ei licet in infinitum, et rem suam æstimare pretio immodico; quod tamen jusjurandum licet judici moderari et refrænare, sed vix est ut valde immodice æstimet eam juratus: quod si forte juravit in infinitum, tum judex moderatur jusjurandum, *l. videamus*, *de in lit. jur.* hæc vero litis æstimatio est similis emptioni, *l.* 1. *et* 5. *inf. pro empt.* quia possessor qui pretium rei solvit quantum juravit actor; videtur eam rem emere. In hoc autem contractu emptionis et venditionis solemnis est cautio de evictione. Unde quæritur in §. *ult. hujus l.* lite

æstimata in hoc judicio, an debeat petitor cui litis æstimatio solvitur, quasi venditor possessori cavere de evictione, et dicitur non esse cavendum possessori da evictione, quia petitor invitus vendidit et possessori culpa abiici potest, quod emere, id est, litis æstimationem subire maluerit, quam rem restituere : et accidit ex ejus contumacia, ut res venderetur, *l. ideoque, inf. rer. amot.* id est, ut res æstimaretur : æstimatio illa prope emptio est ; æstimatur res quæ restituitur non pretio vero et justo, sed eo quod statuerit petitor jurejurando in litem, *l. si tutor, inf. de in lit. jur.* atque ita hoc genere contumacia coercetur, quia non est satis præstare justum pretium, id præstare oportet, quod fecerit actor juratus, et idem multo magis obtinebit in fure, quod ponitur in *l. si servus*, §. *cavere*, *inf. de cond. furt.* in multis pejor est conditio furis, quam malæ fidei possessoris, fur non habet deductionem sumptuum necessariorum vel utilium, *l.* 1. *C. de infan. expos.* malæ fidei possessor habet, ut docui in *l.* 27. §. *ult.* fur moram facit semper : malæ fidei possessor non videtur moram facere, nisi sit in judicium provocatus, aut controversia mota, aut nisi denunciatum ei sit, et ideo si ante moram res fato perierit, malæ fidei possessor non tenetur : fur vero tenetur semper, quoquo tempore perierit, quia semper fur moram videtur facere, fur tenetur condictione, ut explic. in *l.* 15. §. 1. *sup.* pejor itaque est conditio furis, quam malæ fidei possessoris : ergo si malæ fidei possessori lite æstimata petitor non caveat de evictione, non cavebit etiam furi, *d.* §. *cavere* : et omnino in hoc tractatu constituenda sunt quatuor cautionum genera : alia est cautio de evictione, et hanc petitor lite æstimata neque furi, neque ulli alii possessori præstat: alia est si res sit absens, si non sit in potestate possessoris lite æstimata, quam præstat actor qui litis æstimationem accipit de cedendis suis actionibus possessori, a quo pretium rei accepit ad eam rem persequendam, et hanc cautionem etiam petitor non præstat furi, nec alii possessori, si dolo ejus res absit, si dolo eam desierit possidere, quia hæc cautio est similis cautioni de evictione, et ut hæc non præstatur, ita nec illa, cum dolus abest, nec aliter. *l. is qui dolo, inf. h. t.* quod generaliter obtinet in omnibus actionibus præterquam in actione depositi nam si res deposita absit dolo depositarii, lite æstimata, dominus ei reddere debet suas actiones, vel cavere de his cedendis, cum usus erit, *l. depositi, inf. de re jud.* cujus exceptionis rationem exposui in *l.* 21. *sup.* Alia est cautio de remittenda actione concurrente, id est, ut caveat se ea non acturum qui ex altera litis æstimationem tulit : sæpe fit ut concurrat cum rei vindicatione alia actio, puta legis Aquiliæ in specie *l. non solum, sup.* si dominus rei vindicatione tulerit æstimationem damni illati rei petitæ, debet cavere se non acturum etiam actione legis Aquiliæ : hæc cautio præstatur non tantum possessori bonæ fidei, aut malæ fidei, sed etiam furi *d. l. non solum, et l.* 9. *inf. de furt.* ut ecce in furem ipsius rei persequendæ est vindicatio et condictio furtiva : si rei vindicatione a fure dominus acceperit astimationem litis, debet cavere se non acturum condictione furtiva : hæc igitur præstatur furi. Alia est cautio cum res de qua agitur est absens, et ideo lis æstimatur de ea re tradenda ei, qui litis æstimationem præstiterit ; si forte eam nactus sit, qui litis æstimationem accepit, et hæc etiam præstatur possessori bonæ aut malæ fidei, *l. hæc si res præsens, inf. h. t.* quod etiam obtinet in omnibus actionibus, *l.* 13. *in princ. inf. commod.* ut si a commodatario re absente accepero æstimationem litis, cavere debeo me rem repertam ei redditurum qui æstimationem rei solvit, et eam cautionem etiam æquum est præstari furi, nam si præstatur furi cautio de remittenda actione rei persecutoria, puta condictione furtiva, cur non præstabitur ei cautio de mittenda re ipsa si eam nactus sit dominus qui jam pretium accepit? Ad hæc notandum est, quod dictum est de litis æstimatione, non idem obtinere in adjudicatione. Jam supra apposita est una differentia adjudicationis a condemnatione, quæ fit in hoc judicio in rem : est quidem sicut æstimatio litis, ita et adjudicatio similis emptioni *l. si pignori, inf. fam. ercis.* sed est coacta emptio, quia fit auctoritate judicis, cum vix potest dirimi communio, ob difficultatem distrahendi negotii, res aufertur uni et adjudicatur tota alteri, aufertur invito, et is cui adjudicatur, vicissim condemnatur alteri justo pretio rem præstando : res hæc tota administratur cogente judice, et ideo curare debet judex ut caveatur de evictione ei cui rem adjudicat, *l.* 10. *in fi. inf. comm. divid. l. hæredes, l. pen. inf fam. ercisc.* vel etiam si non cavetur, erit actio de evictio e præscriptis verbis, *l. si familiæ, C. fam. ercisc.* quia non est emptio, sed contractus similis emptioni : at litis æstimatio non est coacta emptio, quia si possessor mallet rem restituere, non subiret litis æstimationem, et debet sibi imputare, qui rem malit emere quam restituere. Igitur non est coacta emptio, qua de causa petitor non cogitur cavere de evictione possessori, et si non caverit, etiam non tenetur de evictione ; quanquam de ea re dubitat Accur. nam si non cogitur de evictione ei cavere, etiam non tenetur de evictione citra cautionem ; de evictione tenetur venditor etiamsi non caverit, sed plerunque exigitur cautio duplex, et ubi non cavit de

dupla, tenetur tantum in simplum, non in duplum, hic petitor neque cavet de evictione neque tenetur: nam si teneretur de evictione sine cautione, cur non cogeretur etiam cavere de evictione, vel in simplum? et certum est eum non teneri de evictione, et hoc probo: lex *si pro fundo, in fi. C. de transact.* quam citat Accur. loquitur de transactione, non de litis æstimatione: sed hæc etiam est veluti transactio quædam, quia possessor videtur transigere cum petitore eo pretio quod statuerit petitor *l. ejus rei, inf. h. t.* et ideo ad hanc rem valde pertinet *l. si pro fundo*: ponit autem a me dominum petiisse rem suam, quam ego possidebam, et me transactionis causa cum eo decidisse, et ut rem illam me habere sineret, et me ei tradidisse alium meum fundum quasi permutatione facta, quæ esse dicitur similis emptioni, *l. 2. de rer. permut. inf.* deinde fiscus; vel alius quidam, nihil enim refert, mihi evicit rem meam, quam malui retinere, et vice ejus aliam dare domino atque petitori an habeo regressum adversus petitorem de evictione? minime: quia mihi imputare debeo qui non restituerim eam rem. Igitur summa hæc sit: petitorem possessori, lite æstimata, vel pro ea re, alia re permutata, neque teneri de evictione, et multo minus cavere debere de evictione. Sed huic definitioni obstat *l. si donatæ, inf. de donat. int. vir. et ux.* species hæc est: vir donavit uxori rem aliquam, donatio est inutilis jure civili, ergo vir eam rem, si extat, potest vindicare: quod si vindicanti nolit uxor restituere et sit contumax, facienda erit æstimatio si res non tradatur justo pretio, et cavendum erit possessori de evictione in simplum, quanti ea res est: ergo petitor, lite æstimata, possessori cavet de evictione. In responsione consentiunt omnes, et colligitur responsio ex *d. l. si donatæ,* nec possunt non consentire, quia donatio possidendi causam præstitit. Sic igitur respondeamus: in ea specie possessor habuit causam possidendi a petitore qui donaverat, et ideo lis æstimatur justo pretio, ut ait, non quanti petitor in litem juraverit, ut solet fieri in vindicationibus: cur justo pretio? quia ipse eam rem donavit, ego a te eam rem accepi ex donationis causa, cur vis eam æstimari immenso pretio, ut in venditionibus fieri solet? Igitur non æstimatur nisi justo pretio, et præterea cavebis mihi de evictione: an de evictione dupli? minime: hæc etiam æquitas et hic modus huic speciei injicitur, ut caveat tantum de simpla, quæ summa æquitas *l. si donatæ.* Quod est in fine hujus l. est apertissimum: ejus rei quæ non potest dividi sine interitu, ut hominis partem tantum posse vindicari pro indiviso scilicet: nam rei animalis, seu mobilis pars pro diviso nunquam possidetur, ut dictum est in *l. Pomponius.*

Ad L. XXXVII.

Qui petitorio judicio utitur, ne frustra experiatur, requirere debet, an is, cum quo instituat actionem possessor sit, vel dolo desiit possidere.

§. 1. *Qui in rem convenitur, etiam culpæ nomine condemnatur. Culpæ autem reus est possessor, qui per insidiosa loca servum misit, si is periit, et qui servum a se petitum, in arena esse concessit, et is mortuus sit, sed et qui fugitivum a se petitum non custodit, si is fugit, et qui navem a se petitam adverso tempore navigatum misit, si ea naufragio perempta est.*

Quod dicitur in hac l. est apertum, ut qui est vindicaturus requirat prius et exploret diligenter, an adversarius rem possideat, vel dolo desierit possidere, ne frustra agat in non possidentem, *l. ult. inf. h. t.* quibus verbis non significatur eum posse interrogare adversarium an possideat, non potest cogere adversarium ad respondendum, sicut nec ad exhibendum titulum suæ possessionis, *l. pen. C. de pet. hæred.* nec potest etiam cogere ut respondeat quota ex parte ejus res sit, aut quota ex parte possideat, *l. in speciali, inf. h. t.* hoc tantum significatur, eum debere apud se perquirere an possideat, nec ne, non compellere ad respondendum judex autem potest interrogare an possideat, officio judicis cogitur respondere an possideat *l. officium sup. l. qui servum, §. ult. inf. de interr. in ju. fac.* Adjicitur, et post litem contestatam reum præstare dolum et culpam qualiscunque sit possessor; et culpam utramque eam scilicet quæ est in faciendo, et eam quæ est in non faciendo: eam quæ est in faciendo, ut si servum in arenam descendere jusserit, et occisus sit: in non faciendo, ut si servum ægrotum non curaverit, *l. si servum de verb. oblig.* culpæ alia exempla dat, ut si servum petitum per insidiosa loca miserit, et occisus sit, si servum petitum non custodierit, cum esset custodiendus, et fugerit, post litem contest. dabitur actio eo nomine, quia culpa non vacat, vel si navem petitam navigatum miserit adverso tempore. Ut qui navem navigatum misit vacet culpa, duo requiruntur; ut eam commiserit idoneis hominibus *l. 16. §. ult. sup.* et præterea ut idonea tempestate eam navigatum miserit, ut Cicero ad Q. Fratrem, *primam navigationem dummodo idonea tempestas sit ne omiseris:* et hoc est, quod ait culpam intelligi, si quis adverso tempore navem navigatum miserit: denique debet idoneis hominibus, et idoneo tempore navem petitam navigatum mittere alioquin si perierit tenebitur culpæ nomine, et in damno versabitur. Leges 37. et 38. explicatæ sunt in *l. 28. §. ult.* ubi agebamus de sumptibus.

Ad L. XL.

Redemptores, qui suis cæmentis ædificant, statim cæmenta faciunt eorum in quorum solo ædificant.

§. 1. *Julianus recte scribit libro duodecimo Digestorum, mulierem, quæ intercedens fundum pignori dedit, quamvis a creditore distractum, posse in rem actione petere.*

Hæc l. et duæ seqq. pertinent ad quæstionem dominii, ut sciatur quis sit dominus, et proinde cui competat vindicatio, et ait: *Redemptores qui suis cæmentis etc.* redemptores accipit: pro conductoribus, qui opus faciendum accipiunt, et generaliter conductor est redemptor ut *l. liberto, inf. de annu. leg. emptoribus fructuum*, id est conductoribus seu colonis, et ita veteres promiscue utebantur emptionis, et venditionis verbo etiam in locatione et conductione: locationem vocabant venditionem auctore Festo, conductionem appellabant emptionem: mercedem etiam quæ intervenit in conductione et locatione appellabant etiam pretium, quia conductio et locatio est similis et proxima emptioni et venditioni *l. 1. et 2. loc.* et ita recte Hygenus, *de limitibus agrorum*, cum dixisset *mancipibus ementibus*, subjicit interpretationem, id est, *conducentibus*: redemptores autem operum plerunque conducunt opus faciendum, velut domum, ædificandam sua materia, suis tignis, tegulis, cæmentis: si inædificaverit, inædificatum solo cedit, et redemptor materiæ proprietatem amittit, quia sua voluntate eam imposuit solo alieno, nec poterit diruto ædificio eam vindicare, §. *ex diverso, de rer. divis. Instit.* quia quod semel alienum factum est, etiamsi inde abruptum sit, ad priorem dominum redire non potest; sine facto posterioris domini, *l. in rem*, §. *item quæcunque sup. hoc t.* cum ergo redemptor sua materia ædificat in solo alieno, materiæ dominium mutatur omnimodo: alioquin diruto ædificio materia rediret in pristinam causam, ut cum dominus ipse soli ex aliena materia ædificat in suo solo, diruto ædificio materia redit ad priorem dominum, quia nec ejus dominium mutatum fuerat perfecte, sed cesserat tantum interim solo materia, nec potuerat interim vindicari: ceterum diruto ædificio vindicabitur, *d. l. in rem*, §. *ult.* quod non ita fit, si quis in alieno sua materia ædificarit: nam ne diruto quidem ædificio eam materiam vindicare poterit: male Accur. ex hoc loco colligit dominium transferri ex causa locati et conducti, qua in re etiam reprehenditur a Bartolo: nam heic non dicitur dominium transferri ex causa locationis, sed ex regula illa juris gentium, quæ vult ut superficies cedat solo: quanquam nonnunquam locatio dominium transferat, ut in specie *l. in navem, inf. loc.* sed non regulariter. Sequitur in hac *l. Julianus scribit libro duoperimo D gestorum, etc.* Mulier intercedens pro alio fundum suum pignori obligavit. Intercedit mulier pro alio, non tantum quæ fidejubet, sed etiam quæ rem suam pro alio pignori ponit, *l. quamvis in princ. ad Vell.* pignoris datio intercessionem facit: intercedenti autem mulieri succurritur SC. Vellejano; eo enim infirmantur intercessiones mulierum: finge igitur, mulier pro alio pignori fundum suum posuit, et ita intercessit pro alio: creditor; qui sciens mulierem intercedere, fundum pignori accepit, deinde distraxit suo jure, cum ei forte non solveretur, nihil egit, id est, dominium non transtulit in alium: fundus enim mulieris manet, quia ea intercessio est inutilis ex SC. Vellejano, *inutile pignus, nullum pignus*, ut ait in *l. seq.* et *l. quædam inf. ad Vell.* pignora a muliere data pro alio non teneri: et ideo mulier non tantum adversus creditorem agentem hypothecaria habet exceptionem SC. Vellejani, sed habet etiam vindicationem rei pignoratæ, sicque non poterit submoveri utiliter exceptione pignoris dati, et in eam vindicationem veniunt etiam fructus, et si res sit facta deterior, lis etiam æstimatur, ut solet fieri in omnibus vindicationibus, *l. ult.* §. *sed si creditor, inf. ad Vellejan.* et veniunt, ut ait, fructus liberi, id est, nullo jure pignoris nexi, non obligati: quia si res non est pignori, nec fructus rei sicut contra cum res est obligata et fructus tacite sunt obligati, *l. 5. C. in quib. cau. pign. tac. cont.* et ita etiam in *l. si pro fundo, C. de transact.* prædium liberum opponitur prædio pignori obligato: habet autem mulier rei pignoratæ contra SC. Vellejanum vindicationem, non tantum adversus creditorem, sed et adversus emptorem, cui creditor distraxit, etiamsi bona fide emerit, et etiam ei non reddito pretio, quod numeravit creditori, *l. si sciens, C. ad Vellejan. et d. l. ult.* §. *sed si creditor*, ubi ait, veram esse opinionem eorum, qui mulieri vindicationem rei pignoratæ dandam putant, Juliani scilicet quæ refertur hoc loco: significat tamen rem fuisse controversam: ratio controversiæ hæc est, quia ipso jure pignus valet, et intercessio mulieris ipso jure valet, sed infirmatur per exceptionem, sic nos usurpamus quod dicitur in *l. nihil interest, de reg. jur.* nihil interest utrum quis ipso jure actionem habeat, an per exceptionem infirmetur. et sane effectu nihil interest, quare inspecto effectu dicitur inutile esse pignus, et mulieri non tantum dari vindicationem, sed et exceptionem Senatusconsulti Vellejani.

Ad L. XLII.

Si quis hac lege emerit, ut, si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emptione: post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed etsi cui in diem addictus sit fundus, antequam adjectio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit.

Lex 42. pertinet etiam ad quæstionem dominii, et in ea primum hæc occurrit dubitatio, quod prima ejus pars distet a secunda, nam idem videtur bis proponi: ait, *si quis hac lege emerit, etc. antequam adjectio sit facta,* id est, antequam sit allata conditio melior, addictionem facit venditor pretii in auctione; adiectionem autem facit qui licitatur, qui auget pretium licitando: adjectio igitur nihil aliud est, quam conditio melior quæ affertur, Græcis ὑπερθεματισμός. Idem videtur bis inculcare, vulgo hæc dicitur esse differentia inter primam et secundam partem, quod secunda sit de fundo, prima qua de re sit, ex verbis non potest colligi, sed cum secunda sit de fundo, arguunt primam esse de re mobili, quod ineptum est, nam quacunque de re et prima et secunda pars accipi potest, et fundus ponitur in secunda exempli tantum gratia. Azo videtur hanc differentiam attulisse, quod in prima parte non sit dies appositus, sed dictum sit generaliter, ut recederetur ab emptione meliore conditione allata, non addito die; ut si afferretur melior conditio intra Cal. Jan. vel alia die, recederetur ab emptione. In secunda autem parte sit dies appositus, ut videatur hanc legem venditionis posse fieri etiam die non adscripto, infinite, sicut lex redimendi, revendendique quandoque ita fit, ut intra certum diem res possit redimi, interdum ut quandocumque possit redimi, offerente venditore pretium, *l. 2. Codic. de pact. inter emptor. et vendit.* et hæc differentia quamvis videatur maxime esse probabilis, tamen etiamsi prima parte posueris fuisse diem oppositum, certe nihil erit incommodi: nam vero verius est in hac l. proponi duas formas addictionis in diem, quæ proponuntur ab Ulp. in *l. 2. inf. de in di. addi.* una est hujusmodi, ut meliore allata conditione intra diem illam discedatur ab emptione, quæ emptio ita concepta est pura, sed resolvitur sub conditione, cum melior conditio afferetur: et ideo ante allatam meliorem conditionem, emptor cui res tradita est ex causa emptionis, eam vindicare potest, quasi sit medio tempore dominus rei: post allatam meliorem conditionem, ut ait in prima parte eam vindicare emptor non potest, sed ut existimo dabitur vindicatio venditori, quia ipso jure dominium ad eum redisse videtur, non potestate pactionis: pactionibus enim dominia non mutantur, sed quia nec ab eo dominium recessisse intelligitur, resolvitur emptionis causa: et ita etiam si fundus venierit lege commissoria, id est, ut nisi intra eum diem pretium solveretur, sit res inempta: emptio est pura, sicut addictio in diem, sed resolvitur sub conditione, *l. 1. de leg. commis. l. 2. §. sed et illa, inf. pro empt.* et post diem commissoriæ legi præstitutum, si non sit solutum pretium, vindicatio competit, non emptori, quæ tamen ei ante competebat, sed competit jam venditori, *l. ult. inf. de leg. com. l. 4. C. de pact. int. empt. et vend. compos.* Nec obstat *l. 3. C. eod. t.* quæ ait lege commissoria si fuerit res tradita emptori non precario: hoc enim plerunque fit, *l. Julianus §. ex vendito, D. de action. emp.* et potest etiam fundus ad diem addictus certa mercede ab emptore condici, *l. 11. §. Arist. D. qu. vi. aut. cl.* Item servus venditus aliquando ab emptore condicitur, donec pretium solverit, *l. servi, de peric. et comm. rei vend.* si res, inquam, emptori tradita sit, non precario, sed ex causa emptionis: atque ita si vere translatum fuerit in eum, dominium, ut jam nec possit ab eo discedere sine ejus facto, venditori lege commissoria vindicationem non dari, sed actionem ex vendito: nam respondeo breviter, tutius esse agere ex vendito, cum res vendita ea lege tradita est emptori, emptionis jure, non precario in *l. si fundus infr. de leg. com.* sed tentari potest ut adjicitur etiam in *l. 4.* dominum etiam non inutiliter acturum vindicatione, quasi dominium ab eo nunquam recesserit, hoc enim fingemus et utemur fictitia actione, ut ait Ulp. in fragm. fideicommissarium uti fictitiis actionibus, ac si dominium ab eo non recesserit: et in eam vindicationem, ut in actionem ex vendito veniunt fructus rei, etsi res deterior facta sit: altera forma addictionis in diem hæc est, ut fundus emptus sit; nisi intra diem illum aliquis meliorem conditionem attulerit, ut apud Plautum in Captiv. *emptorem roga, nisi quis meliorem conditionem afferat, quæ mihi et amicis placeat.* Et hæc emptio est conditionalis, prior est pura: prior resolvitur sub conditione: hæc contrahitur sub conditione, sed tamen emptori si ei res sit tradita emptionis jure, interim vindicatio competit ante allatam meliorem conditionem, id est, ante adjectionem: nam si emptor, ita lege concepta ut posuimus, eam rem interim pignori posuerit, pignus interim tenet, *l. 4. §. ult. inf. de in diem add. l. 3. inf. quib. mod. pig. vel hyp.* post adjectionem pretii ab alio factam, nisi prior emptor tantundem adjicere paratus sit: nam utique præferetur, si tantundem adjiciat post adjectionem et meliorem conditionem allatam ab alio, vindicatio competit venditori, non emptori, et pignus quod contraxit interim, finitur, *d. l. 4. §. ult.* sicut em-

phyteusi commissa ob non solutum canonem, vectigal, emphyteuticum, pignus, quod interim contraxerat emphyteuticarius, finitur, *l. lex*, *inf. de pignorib.* priore forma addictionis in diem, etiam meliore conditione, allata, receditur ab emptione: posteriore forma, meliore conditione allata, non impletur emptio, quæ erat conditionalis, *l.* 5. §. *cum igitur*, *inf. de in di. add.* priore forma res fit statim emptoris pure, posteriore res fit emptoris sub conditione tantum, per traditionem videlicet, si alius meliorem conditionem non attulerit intra illum diem. Sed tamen, sive hac, sive illa forma fuerit addictio in diem, quæ est summa hujus l. id est, sive pura fuerit emptio, sive conditionalis, ante adjectionem vindicabit emptor quasi dominus, post adjectionem non vindicabit: non est autem satis adjici pretium, ut vel recedatur ab emptione, vel non impleatur emptio, sed oportet etiam ut adjectio placeat domino, id est, venditori: et ideo recte Accur. hoc loco ad hæc verba, *post allatam conditionem*, adjicit, *et admissam*, quod confirmo, *l. si prædio*, *inf. de in di. addict.* quæ exigit ut melior conditio afferatur, quæ placeat dominio, id est, venditori, ex quo loco venditorem oportet accipere pro domino, *l.* 1. *inf. de in di. add.* de quo dubitat Accur. Addictio in diem fit hoc modo, quæ est secunda forma: *Ille fundus emptus esto, nisi quis intra Cal. Jan. meliorem conditionem attulerit, quo res a domino discedat*, id est, a venditore, non ab emptore: nam et ita in *l. quod autem*, *eod. t.* addictione, inquit, res discedit a venditore nominatim. Sed tamen interim medio tempore censetur esse emptoris, vel hæredis emptoris. Cui sententiæ opponitur *l. statuliber. inf. ad leg. Falcid.* quæ dicit, servum venditum sub lege commissoria, vel servum addictum in diem, computari in bonis venditoris, non in bonis emptoris, ante adjectionem: verum est quod ait. Accur. hoc observari tantum in ponenda ratione legis Falcidiæ, non temere, sed certo judicio, ut utamur exemplo statuliberi, quo utitur *d. l. statuliber.* statuliber est, cui relicta est libertas sub conditione, interim antequam existat conditio libertatis, statuliber est. Sed tamen in ponenda ratione legis Falcidiæ non adnumerabitur bonis hæredis non adnumerabitur hæreditati, non augebit familiam hæredis, quia pendet status ejus, nec dominium quod habet hæres, est solidum seu permanens propter incertum conditionis sub qua relicta est libertas. Igitur etsi revera sit hæreditatis, tamen non existimabimus esse hæreditatis in ponenda ratione bonorum. Eadem est ratio servi addicti in diem: est enim interim hæreditatis ejus qui evicit, sed propter incertum conditionis sub qua venditio resolvitur vel contrahitur, emptio: contrahitur in ineunda ratione legis Falcidiæ venditoris bonis potius, quam emptoris annumerabitur.

Ad §. 1. *Si servus.*

§. 1. ***Si servus mihi, vel filiusfamilias fundum vendidit, et tradidit, habens liberam peculii administrationem: in rem actione uti potero. Sed et si domini voluntate rem tradat: idem erit dicendum: quemadmodum cum procurator voluntate domini vendidit, vel tradidit: in rem actionem mihi præstabit.***

Postremum est, vindicationem etiam dari ei cui servus aut filiusfam. qui habebat liberam peculii administrationem, rem peculiarem vendidit et tradidit: nam is factus est dominus traditione: quia qui habet liberam peculii administrationem, etiam rem peculiarem alienare potest, *l.* 10. *C. quod cum eo qui est in alter. pot. l.* 51. *conveniri* §. *ult. C. de pign. act.* non tamen potest donare, non dissipare peculium non fraudulenter abuti rebus peculiaribus, *l.* 1. §. 1. *quæ res pig. oblig. poss.* sed ratione gerendi negotii, id est. si hoc exigat administratio negotii, et peculii, cur non poterit vendere et rem peculiarem alienare, etiam specialiter de ea re non consulto domino? quod si servus non habeat liberam peculii administrationem, tum sane non potest rem domini sui alienare, nisi eo volente specialiter: nam si eo nolente et ignorante vendiderit, nihil egerit, *d. l.* 10. *et* §. *ult. hujus l.* eadem ratio est procuratoris. Nam qui habet liberam administrationem omnium bonorum, sive generale mandatum, quod idem est, licet separet Accur. is alienare potest, *l.* 9. §. *nihil*, *de acq. rer. dom. l. procurator cui generaliter*, *sup. de procur.* non tamen donare, non fraudulenter alienare: nam hoc semper generali mandato exceptum intelligitur, excepta intelligitur donatio et fraus, *l. creditor.* §. *pen. inf. mand.* ubi quidam filiofam. dederat generale mandatum; quod ibi dicitur ἐπιτροπικὸν dederat liberam administrationem bonorum suorum: hoc mandatum, id est, istrumentum mandati generalis, ac plenum uno verbo dicitur ἐπιτροπικὸν, sicut instrumentum donationis δωρεαστικὸν, et instrumentum remissionis, συγχωρητικὸν. Attamen ait, quod si procurator sive mandatarius non administrandi animo, sed fraudulenter aliquid alienaverit, donaverit, id ratum non habebit dominus, quia mandavit quidem plene dominus, sed quatenus ex fide res agenda esset. Ergo semper plenissimo mandato, plenissimæ procurationi excepta intelligitur dilapidatio et fraus: is autem mandatarius sive procurator, qui non habet liberam administrationem, sed est certæ rei procurator: nullam rem domini sui alienare potest, nisi in id

speciale mandatum acceperit, quod proponitur in hoc §. ult. et ita confertur procurator cum servo et filiofam.

Ad L. XLIII.

Si in rem actum sit: quamvis hæres possessoris, si non possideat, absolvatur: tamen, si quid ex persona defuncti commissum sit, omnimodo in damnationem veniet.

Leg. 43. et 44. nonnihil pertinent ad actionem in factum, eam scilicet quæ subsidio esse solet rei vindicationi, id est, quæ deficiente vindicatione dari solet, et ad *l.* 43. jungenda est *l. de eo §. ult. inf. ad exhib.* quæ est ex eod. libro: quod in una actione dicitur, id etiam obtinet in altera, utraque actio exhibitoria est petitoria, id est, vindicationis præparatoria, et utraque est de restituenda re, ei qui paret exhibitoriæ, id est, qui eo judicio conventus restituit, absolvitur: petitio utraque etiam est in rem, sed vindicatio est in rem, et vi et scriptura ipsa: ad exhibend. actio est in personam vi ipsa, scriptura est in rem: quia generaliter scribitur, et concipitur nulla notata persona, id est, formula ejus rem potius quæ possidetur, quam personam spectat: qua ratione actio ad exhib. datur adversus quemlibet possessorem, *l.* 3. *§. ult. inf. ad exhib.* eadem ratione edictum de alienatione judicii mutandi causa facta pertinet etiam ad actionem exhibitoriam, *l. ex hoc edicto, in prin. de alien. jud. mut. cau. fac.* et illud edictum pertinet tantum ad vindicationes, vel mixtas actiones, et ad actiones in rem scriptas, si quis earum evitandarum causa, rem quam possidebat alienaverit, ut acturo duriorem adversarium opponeret, substitueret: valet enim ea alienatio, sed datur actio restitutoria ex illo edicto in eum qui alienavit, quanti interest duriorem adversarium non habuisse: cujus actionis hæc est formula, quod feceris ne tecum hac vel illa actione ageretur, *l.* 24. *§. ult. inf. com. divid.* ne tecum ageretur, scilicet vindicatione, quæ est in rem omnimodo, ne tecum ageretur communi divid. quæ est mixta, ne ad exhib. vel aquæ pluviæ arcendæ, vel quod metus causa, quæ sunt in rem scriptæ: ad has enim actiones illud edictum pertinet: ad actiones in personam non scriptas in rem non pertinet, quia et debitor invito creditore alium vice sua debitorem substituere non potest, *l.* 1. *C. de novation.* unde intelligitur, actionem ad exhibend. esse in rem scriptam, cum pertineat ad illud edictum, *d. l. ex hoc edicto.* Utraque est igitur in rem, et petitoria, et exhibitoria, sed diversa ratione, ut docui, et consequenter quod in una valet, valet plerunque et in altera: porro actio petitoria, vel exhibitoria, vel in rem, vel ad exhibend. hæredi datur, in hæredem non datur jure hæreditario, sed suo proprio nomine: hæredi datur, quasi domino, id est, quod sit dominus, non quod sit hæres; non spectamus nomen et qualitatem hæredis: in hæredem autem datur quasi in possessorem, qua de causa etiam ex persona hæredis: si cum eo agatur in rem, venit dolus et culpa ejus, *l.* 51. *inf.* et si plures sunt hæredes possessoris, licet singuli non ex majore parte teneantur quam ex qua hæredes sunt, tamen si unus eorum forte totam rem de qua agitur possideat, ab eo solo tota ea peti potest, et sequitur condemnatio in solidum: damnatur itaque non quasi hæres, sed quasi possessor totius rei, si quasi hæres, pro parte hæreditatis tantum damnaretur, *l. si possessor, inf. hoc t. l.* 55. quæ est Juliani, et citatur in eandem sententiam *l.* 2. *§. ult. inf. de præt. stipul.* et ut planius intelligatur actionem in rem, vel ad exhibendum in hæredem dari suo nomine, puta quod possideat, non hæreditario nomine quod sit hæres ejus qui possederit: sciendum est, hæredem non teneri neque hac, neque illa actione, si quod defunctus possedit, ipse non possideat: nisi aliquid ad eum pervenerit ex dolo defuncti: ut si defunctus vendiderit dolo malo, et hæres pretium invenerit in hæreditate, aut exegerit post mortem defuncti, quo casu melius est cum hærede agere in factum subsidiaria; quia invitus non cogitur suscipere actionem in rem, cum neque possederit, neque dolo desierit possidere: quod explicat Julianus in *l. cum autem, inf. hoc tit.* et hæc quidem dicimus, si lis non sit contestata cum defuncto judicio in rem, vel ad exhib. sed si lis fuerit contestata cum defuncto actione in rem, vel ad exhib. eadem actio perseverat, et continuatur in hæredem, vel in hæredes, si plures hæredes reliquerit, pro hæreditariis portionibus, scilicet cum lis a defuncto cœpit, licet unus totam rem possideat, *d. l.* 2. *in fi. de præt. stip.* quare recte in *l.* 52. *et l.* 55. *inf. hoc t.* addit ante litem contest. ante judicium acceptum: nam post litem contest. cum defuncto eadem actione tenetur hæres, et singuli pro hæreditariis portionibus, licet unus totam rem possideat, atque ita tum quasi hæredes conveniuntur hæreditario nomine, sed si lite, ut diximus, contestata cum defuncto, nullus hæredum rem possideat, quod ad ipsam rem attinet; absolvendi sunt, si non possideant, nec possederunt, quia in hoc judicio exigimus, ut is cum quo agitur possideat rei judicandæ tempore: nec satis est possidere litis contestandæ tempore, modo non desierit possidere dolo malo, *l. sin autem, §.* 1. *sup. hoc t.* ergo lite contestata cum defuncto, hæredes qui rem non possident, quod ad rei restitutionem attinet, sunt absolvendi,

sed quod attinet ad ea, quæ dolo aut culpa defuncti commissa sunt, sunt, condemnandi. Igitur si defunctus post litem contest. dolo desierit possidere, hæredes ejus tenebuntur eorum nomine, quæ est sententia *L.* 43. et ad summam, omnia sic habent, ut lite contestata cum defuncto, hæredes his judiciis teneantur hæreditario nomine, perinde atque teneretur defunctus ipse, lite vero non contestata cum defuncto, ut non teneantur suo nomine tantum, et de eo tantum quod ex dolo defuncti ad eos pervenerit: quo nomine etiam melius erit cum eis experiri in factum actione, non in rem, cum rem non possideant, nec dolo fecerint quo minus possideant, nec cœperit vindicatio a defuncto.

Ad L. XLIV.

Quæ religiosis adhærent, religiosa sunt et idcirco nec lapides inædificati, postquam remoti sunt, vindicari possunt: in factum autem actione petitori extra ordinem subvenitur: ut is, qui hoc fecit, restituere eos compellatur. Sed si alieni, sine voluntate domini, inædificati fuerint: et nondum functo monumento, in hoc detracti erunt ut alibi reponerentur; poterunt a domino vindicari. Quod si in hoc detracti erunt ut reponerentur: similiter dominum, eos repetere posse constat.

Lex 44. pertinet etiam nonnihil ad actionem in factum, quæ subsidio est vindicationi, et est actio extraordinaria, vindicatio, ordinaria, utraque tamen est de restituendo, et in rem, et in factum: vindicatio in rem tantum, actio in factum, in rem scripta, non tamen in rem vi et potestate. Sciendum est, religione dominium mutari, id est, si rem meam occupaverit religio, dominium discedit a me omnino: et ideo ad me reverti non potest sine novo jure: nam hæc est certissima juris definitio, id quod, semel meum esse desiit, ad me non redire sine novo jure, novaque causa acquirendi dominii. Igitur finge lapides mei alieno sepulchro invecti, et inædificati sunt, mei esse desinunt religionis jure, quia quæ religioni adhærent, religiosa sunt, facti, autem sunt lapides religiosi: ergo desierunt esse mei: et eadem ratione si inde detracti sunt lapides ad me non redeunt, a me vindicari possunt propter supradictam regulam: sicut etiam, si duorum dominorum partes ferruminatione coierint, quæ quidem perfecte dominium mutat, et necessario, quia confusionem et unionem veram facit ferruminatio: ut si meæ statuæ brachium tuæ cohæreat ferrumine, brachium tuum esse desinit, nec si inde abruptum sit, ad te redit, aut te vindicari potest: sed tamen est tibi actio in factum eo nomine subsidiaria, *l. in rem* §. *item*, *sup. h. t.* et ita etiam si arbor mea in tuo fundo coaluerit, et radices egerit, ita ut jam cœperit terra tua alii, arbor mea esse desiit omnino alienæ terræ alimonia: quod si avulsa sit ea arbor, avulsa non redit ad me: non potest igitur vindicari a me, sive adhuc hæreat fundo tuo, seu eruta inde sit, sed competit mihi eo nomine actio in factum, ne mihi omnino res mea perierit, *l. sed si meis.* §. *arbor. inf. de acq. rer. dom.* et ita etiam, si lapides mei qui alieno sepulchro inædificati sunt, inde eruti et detracti sint, mihi non competit vindicatio, quia dominium amisi semel, nec acquisivi denuo: sed competit mihi actio in factum extraordinaria, ut lapides exemptos qui habet, mihi restituat: quia post exemptionem jam non sunt religiosi: quamdiu cohærent sepulchro, religiosi sunt; sed exempti, religione nulla tenentur: sed neque ad me rediisse videntur quæ semel dominio meo abierunt: igitur non ago in rem, sed in factum extra ordinem: ait hanc actionem in factum competere, detractis demum lapidibus: imo vero posset quis tentare etiam cohærentibus sepulchro lapidibus, *arg. d. l. in rem*, §. *item*, *et l. sancimus, C. de sacros. eccles.* nam de parte mea quæ hæsit ferruminatione majori parti tuæ, ago in factum et am, dum ita partes cohærent inter se, etiamsi nihil inde abruptum sit. Denique de re mea quæ hæsit parti tuæ per ferruminationem ago, sive hæreat adhuc, sive abrupta inde sit: ago: inquam, in factum: cur non et de lapidibus sepulchro tuo junctis? quia scilicet obstat lex 12. tab. quæ vetat tignum junctum alienis ædibus vineisve solvi, dum ait, *ne solvito*: vetat non tantum nominatim ut ne agatur in rem, sed etiam ut ne agatur ad exhib. et ut non agatur in factum: quia omnes hæ actiones sunt de restituenda re: ergo de solvenda, et eximenda, quod lex non vult, id est, de eo solvendo nulla actione agi vult, et ædium appellatione puto in ea lege significari omne ædificium, omnem constructionem: ergo et sepulchri constructionem, ut cum lege 12. tab. proponitur actio incensarum ædium, quæ sic appellatur in *l. juris gentium*, §. *sed si paciscar, sup. de pact.* quæ quidem actio est ex 12. tab. si quis combusserit ædes, aut acervum frumenti, *l. qui ædes inf. de incen. rui. et nauf.* quæ notat, ædium appellatione contineri omne ædificium, rusticum, et urbanum, et religiosum, et prophanum: et eodem etiam sensu in alio cap. 12. tab. *ne proprius ædes 66. pedes rogum aut bustum fiat*, ædium appellationem etiam latissime arbitror accipiendam, maxime cum subjiciat M. Tullius, legem veteri incendium acervorum, qui acervi construi solent proprius ædes rusticas, et acervus in 12. tab. non est strues granorum, sed strues segetis, quales sunt in campis

propius villas. Sic igitur, et in lege de tigno juncto, ædium appellatio est accipienda latissime: et hac ratione significatur in hac lege dari actionem in factum de lapidibus sepulchro junctis post exemptionem, nec dari quamdiu cohærent: quia lex vetat solvi, et hæc quidem de sepulchro: sed si nondum sit sepulchrum, quid fiet? Constructio quidem paratur sepulchro, sed non est statim sepulchrum, licet opus absolutum sit: quia sepulchri nomen religionis significationem continet; non est autem locus religiosus antequam mortuus inhumetur, *l. si sponsi*, §. *concessit*, *inf. de donat. inter vir. et uxor*, *ante humationem non est functum monumentum*, ut legitur hoc loco Flor. nondum functo monumento, id est, nondum religioso facto, nec dum occupato religione: fungimur monumento cum inferimus mortuum: ergo si monumento nondum functo, id est, nondum religioso, lapis meus qui fuerat ei injunctus, detractus sit, et maxime si detractus sit ut alibi imponeretur, ego eum possum vindicare, quia nunquam lapis fuit religiosus, et ut maxime fuisset, nunc tamen esse desiisset exemptione, et is ad me dominum non rediisset, si locus fuisset religiosus, sed cum nondum locus fuerit religiosus, ad me dominium redit. Non potui quidem de cohærente lapide etiam nondum religioso agere in rem, vel ad exhib. vel in factum propter legem 12. tab. quæ vetat solvi, et lapis accedebat monumento quamvis dominium eo genere nondum a me ad plenum recessisset, quia religio nondum locum occupaverat. Igitur nisi obstaret lex 12. tab. esset mihi actio ad exhib. vel in factum, sed quia vetat lex 12. tab. de cohærente lapide nulla actio est, de exempto est vindicatio. Adjicit, idem esse dicendum, si exemptus sit lapis monumento nondum religioso ut reponeretur: *similiter*, inquit, *dominum repetere eos constat posse.* Si igitur detracti sint, ut alibi imponerentur, sive ut reponerentur, domino competit eadem actio, quoniam ait, *similiter*: ergo competit vindicatio eo nomine: dicit *repetere*, pro *petere*, aut mendum subest, cum nusquam repetere accipiatur pro vindicare: et hoc est satis vulgare ut dicamus, extantes res peti, consumptas repeti, extantes vindicari, consumptas condici: quo genere etiam apud Livium 29. Prætor Locrensibus permittit ut quod quisque suum cognosceret, prehenderet, id est, vindicaret, si quid consumptum esset et non compareret, repeteret: et arg. hujus l. utamur, quod etsi lex 12. tab. vetet solvi tignum junctum vineis alienis, puta pedamenta mea quæ sunt juncta alienæ vineæ, tamen domino competere vindicationem pedamentorum; si exempta sint, etiamsi exempta sint ut reponerentur, modo exierint vinea: nam pedamenta quæ adhuc insident vineæ, etiam si in struem congesta sint, hærere videntur: et si eximas, culturam vinearum turbabis: qua ratione noluit pedamenta velli lex 12. tab. *l.* 1. *inf. de tig. junc.* sed si pedamenta exierint vinea mea, etiamsi quis transtulerit in alienum locum eo animo ut reponeret, tamen quasi dissoluto tigno ab ea re cui cohærebat, domino competit vindicatio, ut in *l. in rem*, §. *ult. sup. hoc tit.* et hoc loco qui maxime est in eam rem notandus.

Ad L. XLV.

Fructus pendentes pars fundi videntur.

Fructus pendentes, fundi pars esse videntur: fructus pendentes sunt qui solo cohærent, et ita in *l. si servus* 61. §. *locavi*, *inf. de furt.* fructus qui solo cohærent sunt fundi, qui fructus stantes dicuntur, non extantes: nam aliud est fructus exstantes: nam et qui non pendent, sed percepti sunt, extantes sunt, aut consumpti: sed qui pendent, hi dicuntur stantes: et hac ratione in rei vindicationem veniunt fructus pendentes actionis jure, non officio judicis, quia sunt pars rei quæ petitur: fructus percepti non veniunt in hanc actionem, nisi nominatim petantur, nec potestate actionis, nec officio judicis, *l.* 2. *C. de pet. hær.* et ita fructus pendentes sequuntur legatarium cui est legatus fundus, *l. si pendentes*, *inf. de usuf.* et Paulus 3. *Sentent. t. de leg.* fructus pendentes sequuntur emptorem fundi *l. ult.* §. *fructus*, *inf. quæ in fraud. cred.* et fructus maturi sequuntur legatarium, emptoremque, et multo magis immaturi: denique fructuum pendentium corpus non est separatum a fundo, *l. conventus*, *inf. de action. emp.* sed sicut solum et superficies una est res; puta domus, ita fructus pendentes et fundus una res est: et si fundus qui fuit hiemis tempore centum, messis aut vindemiæ tempore eo sit habitu, ut fructus pendentes possint vendi decem, fundus centum, non ideo dicam duas esse res, fructus decem, et fundum centum, sed dicam unam esse rem fundum centum decem, *d. l. ult.* §. *fructus*, et ob id fructus pendentes augent hæreditatem in ratione legis Falcidiæ, *l.* 9. *ad leg. Falc.* et, ut probant omnes interpretes, immobilibus annumerantur. Sæpe mores nationum, maxime Gallicarum exigunt, ut quæratur quid mobile sit, an immobile: sed fructus pendentes in immobilibus semper annumerant; sicut quod hæret religioso, religiosum est, ita quod cohæret solo, immobile est, *l.* 46. exposui sup. in *l.* 18. *et l.* 27. §. *sed et is.*

Ad L. XLVII.

Ejus rei, quæ per in rem actionem petita, tanti æstimata est, quanti in litem actor juraverit: do-

minium statim ad possessorem pertinet: transegisse enim cum eo, et decidisse videor : ergo et decidisse videor eo pretio, quod ipse constituit.

Hujus actionis sunt duæ clausulæ, ut sepe jam admonuimus, una de restituenda re, altera de præstanda æstimatione litis : priori si non pareat litigator, posteriorem judex exercet, exequitur, cum et priorem statim exequi potest, viribus imperii, ut loquuntur auctores nostri, si res præsto sit, ea scilicet ablata possessori manu militari, nisi malit actor jurare in litem, et tanti possessorem damnari, qui rem restituere non vult, quanti ipse in litem juraverit. Si res abest aut dolo possessoris abest, aut culpa: si dolo, tanti damnatur quanti actor litem æstimaverit juratus, id est, quanti æstimaverit rem de qua agitur: nam lis quid est? res in judicium deducta, res petita, repetitave : si absit culpa possessoris, non tanti damnatur quanti juraverit actor, sed quanti re vera est, quod æstimabit judex, *l. qui restituere, inf. hoc tit.* interposito jurejurando in litem, id est ad rem æstimandam: actor pretium facit et constituit quod vult, rem mallet quam pretium : sed quia a contumace rem non potest extorquere, æquum est ita coerceri contumaciam possessoris, ut ne actor invitus rem suam vendat vero pretio, sed cum ita invitus vendat, ut eam vendat eo pretio quod ipse juratus æstimaverit, seu indicaverit, *l. 9. inf rer. amot. l. si tutor, inf. de in litem jur.* et hoc est, quod ait hæc *l.* possessorem transegisse seu decidisse videri cum actore, eo pretio quod ipse actor constituit suo arbitratu, jurejurando in litem, cum scilicet possessor noluit rem restituere, vel cum eam desiit dolo possidere: qua de causa etiam actor accepta litis estimatione, ei de evictione neque cavet neque tenetur, *l. et ex diverso §. ult. sup. l. si pro fundo, C. de transact.* quia possessor sibi imputare debet qui maluit rem retinere, aut dolo desinere possidere, quam restituere : neque quidquam hac in re distat transactio a litis æstimatione : nam et transactio et litis æstimatio dominum possessorem facit, si pretium solverit actori, vel si eo nomine aliter ei satisfecerit, et quidem dominum facit transactio, vel litis æstimatio ipsum possessorem statim: quo articulo significatur, nihil præterea desiderari ad dominii translationem, ut *l. redemptores, in princ. sup. l. in pecudum, inf. de usur.* Igitur dominium fit statim possessoris : neque enim est distinguendum inter qualitates possidendi ; sed hoc ita procedere docet JC. hoc loco, si res præsens sit, quæ æstimata est jurejurando in litem : posset dici hoc casu nuda voluntate domini sine traditione dominium transferri in eum qui jam rem possidebat, contra, *l. traditionibus, C. de pact.* Traditionibus enim et usucapionibus dominia rerum transferuntur: traditionibus, jure gentium, usucapionibus, jure civili nudo pacto, consensu, voluntate non transferuntur, ut *l. 1. C. de suff.* nudum pactum non parit obligationem nec dominium nudum pactum non parit constituitque possessionem, quæ tria sola sunt quæ acquiruntur possessori, dominium, obligatio, possessio; et nullum horum parit nudum pactum : ergo nudo consensu sine traditione dominium non transfertur; sed hoc casu res fingitur tradita reo, quam ipse reus possidet, et patitur actor eum habere accepta æstimatione litis est, traditio ficta : nam quid opus est rem restitui, et non reddi possessori? commodius est hunc tolli circuitum, et habere rem pro tradita §. *interdum, Instit. de rer. divis.* Ergo quod dicitur lite æstimata dominium transferri in possessorem, ita procedit, si res sit præsens, et in potestate adversarii, id est, si possideatur a reo: sed si res sit absens, ut explicat *l.* quæ sequitur, id est, si non possideatur a reo, si dolo et culpa eam desierit possidere, etiamsi subierit litis æstimationem, res ejus non fit, antequam possessionem ejus apprehenderit voluntate actoris : qua de re actorem cavere oportet, ut ait l. quæ sequitur, nempe se rem repertam possessori, qui litis æstimationem pertulit, præstaturum, et per se factum non iri quo minus eam possessionem nanciscatur, ut fit etiam in aliis actionibus, *l. 13. in princ. inf. commod.* et in hanc rem de generibus cautionum diximus satis in *l. et ex diverso §. ult. sup.* et ita etiam traditis clavibus ædium venditarum, ut dominium ædium translatum videatur, ut ipsæ ædes totæ traditæ videantur, necesse est claves tradi in rei ipsius præsentia et conspectu : sic tradendo claves videbitur ædes totas tradere, non si procul ædibus claves tradat, *l. clavibus, inf. de cont. empt. l. 1. §. pen. l. quod meo §. si vend. l. quarundam, de acq. poss. l. pecuniam, inf. de solut.* Recte etiam Accur. hoc loco quod dicitur litis æstimationem possessorem dominum facere rei ejus de qua agitur, id ita accipit, si dominus ipsius rei sit actor, qui accipit litis æstimationem : alioqui litis æstimatio non posset transferre dominium, sed præstaret tantum occasionem usucapiendi, et Publicianam actionem ante usucapionem completam *l. 7. §. 1. tit. seq.* sicut etiam adjudicatio in judiciis divisoriis dominium transfert in solidum, si actum sit de re quæ vere fuerit communis, dominium transfert in solidum : dominium non transfert adjudicatio sed usucapiendi occasionem præstat, si per errorem actum sit de re aliena quasi communi, et ea uni ex sociis per errorem in assem adjudicata sit, *l. per errorem, de usurp. et usuc. L. 49.* exposuimus *sup.* in *l. 28.* cum tractaremus de reputatione sumptuum.

Ad L. L.

Solum partem esse ædium existimo, nec alioquin subjacere, uti mare navibus.

§. 1. *Meum est quod ex re mea superest, cujus vindicandi jus habeo.*

Ait in *l.* 50. *solum partem esse ædium existimo, etc.* sicut fundo petito veniunt etiam fructus pendentes, qui videntur esse pars fundi, *l.* 45. *sup.* ita ædibus petitis, venit etiam solum quasi pars ædium: una enim est res ædes et solum, vel superficies et solum, *l. ult.* §. *ult. inf. quæ in fraud. cred.* solum est pars ædium et quidem maxima pars, sane major pars. cui cedat superficies; cur cedit superficies solo? quia hoc est naturale, ut minor pars majori cedat, accedatve: et solum utique major pars existimatur, sine qua ædes consistere non possunt, *l. qui res* §. *ult. inf. de solut. ut solum*, inquit, *est pars ædium, non etiam subjacet ædibus*, sicut mare subjacet navibus: non, inquit, ut extra mare sunt naves, ædes a solo separatæ non sunt, navis et mare duæ sunt res, solum et ædes una res, *d. l. ult.* §. *pen.* inesse quidem ædibus recte dixeris solum, sicut partem toti, *l. in toto, inf. de reg. jur.* sed subjacere solum ædibus; recte non dixeris, nec enim pars subjacet toto: locus subjacet locato ut mare aut fluvius subjacet navibus, mensa subjacet epulis. quanquam et quidquid subjacet, solum dicatur. Servius Honoratus illo Virgilii loco; *subtrahiturque solum*, quo loco solum accipitur pro mari: *unicuique*, inquit, *rei quod subjacet, solum est, unde mare solum est navium; aer avium*: et ita etiam mensa, quæ subjacet epulis, solum dicitur Æneid. 7. *Et Cereale solum pomis agrestibus augent*: at mare, aut fluvius navis non est pars: quid igitur? Locus vel potius vas propter quod mare flumenve movetur; dum et navis ipsa movetur: vas igitur proprius, quam locus, quia locus proprie est immobilis, et ita Aristoteles 4. Phys. cap. 4. eadem forma qua dicimus, magistratum esse legem loquentem, legem mutuum magistratum, ita vas esse ait, locum qui moveri, et transferri posset, locum esse vas quod moveri non posset, τόπος ἐστὶν ἀγγεῖον ἀμετακίνητον, ἀγγεῖον, τόπος μεταχινητὸς, et utitur eodem exemplo navis. Est igitur mare, aut flumen navis locus non pars: solum, ædium est pars, non locus. Igitur recte non dixeris, id esse solum ædib. quod mare navibus, quamvis et mare dicatur solum navium, sed non est eadem utriusque soli ratio: recte tamen dixeris, id esse solum ædibus, quod est carina navibus: nam ut carinæ causam tota navis sequitur, *l. Minicius, inf. hoc tit.* ita jus soli superficies sequitur. Et sequitur postea in eadem *l.* meum esse, quod ex re mea superest, *cujus*, id est, ejus quod superest, *vindicandi jus habeo*, non est alio abeundum: utendum est eodem exemplo, quod suggerit initium legis: meum est solum diruto ædificio, mea sunt cæmenta, mea rudera: et ideo solum vindicare possum, cæmenta vindicare possum: latius tamen pertinet hæc definitio; meum est quod ex re mea superest, quam ut eam rem hoc exemplo coerceri velim: ut infra videbimus; sed prius admonendi sumus quod hic docet de dominio, meum est, ideo dominium dici non posse de obligatione, nam si ædes debeantur actione ex causa legati, diruto ædificio solum quidem superest in obligatione, quia rei legatæ major pars ea est quæ superest, *l.* 22. *inf. de legat.* 1. sed si forte ædes chasmate perierint, si absorbuerit chasma et solum et superficiem, et restet cæmentum aliquod, quod vis illa major projecerit in proximum locum, cæmentum illud vindicari potest: si fuit dominus ædium; sed si non fuit dominus, et debitæ ei fuerint tantum ædes ex causa legati, cæmenta non supersunt in obligatione, non debentur ex causa legati, quia nec totum superest, nec pars: et ita mortuo bove legato, non debetur corium, caro non debetur, λείψανα, ut uno verbo ait *l. quidam ergo* §. *si hæres, de legat.* 1. *l. mortuo, de leg.* 2. λείψανα, id est, reliquiæ. Sic *Nov.* 60. λείψανα τελευτούντων, reliquiæ et cadavera mortuorum, et λείψανα ἁγίων, ut Græci vertunt *ad l.* 3. *Cod. de sacros. eccles.* οὐδεὶς ἁγίων λείψανα πιπρασκέτω: non debentur, inquam, bovis λείψανα, videlicet si mortuus sit bos vivo testatore legatus, vel si post mortem testatoris, antequam id acquisiisset legatarius, id est, antequam legatum agnovisset. Verum si mortuus sit cum esset in obligatione tantum, non autem in dominio legatarii: atque ita recte respondet Accur. ad *l. mortuo.* Jam dominio acquisito, quidquid superest ex re mea, meum est, idque vindicare possum, et condicere, quoties condictio concurrit cum vindicatione, ut *l. si servus* §. *bonorum, inf. de cond. furt.* quæ idem constituit in uvis, ut si ex meis uvis supersint vinacea, possum ea vindicare, aut condicere a fure, quæ etiam dicuntur λείψανα τῆς σταφυλῆς a Galeno *lib.* 2. *de vi aliment. cap.* 8. Notandum quod ait, *quod ex re mea superest*: nec enim idem est, quod ex re mea est, et quod ex re mea superest: quod ex re mea superest, id est, re mea non omnino extincta, id dicam indistincte meum esse, et vindicandi ejus jus me habere, ut ait, sed si res omnino sit extincta, an quod ex re mea est, vindicare possum? ut in hoc exemplo: si ex lana me Titius vestimentum fecerit, lana consumitur omnino nec potest vestimentum redire in priorem speciem lanæ: an possum vestimentum vindicare? fuit distinctio hac in re inter Proculianos, et Sabinianos. Sabiniani existimabant me esse dominum, id est, quod ex re mea est, meum esse. Proculiani

vero eum existimabant esse dominum qui fecerit vestimentum, qui novam speciem fecerit. Paulus probat sententiam Sabin. si mala fide fecerit novam speciem ex re mea, si ex uvis meis mustum mala fide, ut docet idem §. *bonorum*, mustum meum est. Proculianorum sententiam probat, si bona fide fecerit, *l. de eo*, §. *sed si quis, inf. ad exhib.* §. *cum qui, Inst. de rer. divis.* Igitur, quod ex re mea est, non est semper meum: atque ita multum interest, dicas quod ex re mea est, an, quod ex re mea superest: nam quod ex re mea superest, semper est meum: quod ex re mea est, non est semper meum.

Ad L. LI.

Si ager ex emptionis causa ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit.

§. 1. *Sed hæres de eo, quod hæreditati obvenerit, recte aget, etiamsi possessionem ejus adhuc non habuerit.*

Differentiam ponit inter emptionem et hæreditatem, quæ sunt duæ causæ acquirendi dominii, sed non acquirendi dominii statim: nam emptio sola dominium non transfert: perficitur enim nudo consensu, et nudus consensus dominium non transfert. Igitur res empta non est mea, nec possum eam vindicare: ergo res empta, et tradita est mea: in emptione igitur exigitur traditio. in hæreditate longe secus: nam hæreditas acquiritur ipso jure suis hæredibus, vel extraneis cum adierint hæreditatem, aut se pro hærede gesserint. quod quidem fit mera voluntate, §. *ult. de hær. qual. et diff. Inst.* ergo nuda voluntate hæreditatem acquiro. Hoc ergo casu dominium acquiritur sine possessione, et traditione naturali, fictitia scilicet traditione, ut *l. ejus sup.* acquiritur etiam aditione hæreditatis aut gestione pro hærede, quod lex facit: legatum eadem ratione acquiritur, non apprehensa possessione ex 12. tab. Igitur potest hæres statim vindicare res hæreditarias, etiamsi nunquam eas apprehenderit. quia hæres dominium acquirit nuda voluntate ex 12. tab. possessionem non acquirit, nisi apprehendat, sed dominium acquirit sine apprehensione: possessionem non acquirit nisi moribus Galliæ, *le mort saisit le vif*, id est, hæres acquirit possessionem sine apprehensione, ipso jure, quod omnino pugnat cum legibus nostris, et est petitum ex legibus Longobardorum, quæ volunt ut hæres non tantum dominium, sed etiam possessionem acquirat ipso jure, sine facto, sine corpore, contra certissimam definitionem juris, quæ vult ut possessio non acquiratur nisi animo et corpore, *l. cum hæres. de diver. et temp. præscrip.* Neque moveri debemus *l. cum mulier, sup. ex quib. cau. major.* quam hic affert Accur. quæ dicit possessionem continuari in hæredem: nam ibi possessio aliter accipitur, pro usucapione scilicet, ut quidam interpretes notant, et *l.* declarat, dum ait, possessionem etiam hæreditate non adita impleri, id est, usucapionem cœptam a defuncto, jacente hæreditate et nondum adita impleri, procedere, perfici. Hæc usucapio continuatur ipso jure sine hæredis facto. Denique possessio sine possessione continuatur, et meat in hæredem sine hæredis facto et possessione hoc est verum: sed illo loco possessio accipitur pro usucapione, altero pro rei corporalis apprehensione: usucapio continuatur ipso jure in hæredem sine hæredis facto. et usucapio inchoata a defuncto procedit sine ulla possessione hæredis, et ita accipitur possessio pro usucapione in *l. denique, sup. ex quib. cau. major.* Legem 52. et 53. exposuimus.

Ad L. LIV.

Si fundi possessor cum excoluisset, sevissetve et postea fundus evincatur: consita tollere non potest.

Exponamus sententiam *l.* 54. quæ sic est scripta Florent. rectissime: *si fundi possessor cum excoluisset, sevissetve, et postea fundus evincatur, consita tollere non potest.* Finge igitur, quidam alienum fundum aravit, et consevit: dominus evicit fundum per rei vindicationem, quæritur an possessori liceat consita tollere? Ait non licere: quod non ita abscisse accipiendum est, sed sub hoc modo: ut non liceat ei consita tollere, si petitor paratus sit reddere sationis impensas, cum est locuples: vel cum est pauper. si tantum paratus est præstare quantum possessor habiturus esset his, quæ consevit, evulsis et ablatis. Ita non licebit consita tollere: nec enim ejus malitiæ est indulgendum, ut consita tollat: sed si nihil offerat ei petitor, consita tollet ex *l. in fundo, sup. hoc tit.* quia in princ. parem eum facit qui in alieno fundo ædificavit, ei qui alienum fundum consevit; et ideo quod ea lex statuit in eo qui ædificavit, valere debet et in eo qui consevit: non autem ei qui ædificavit abscisse denegat jus tollendi ædificii quod posuit in alieno: ergo nec jus tollendorum consitorum abscisse denegandum est, et neque quicquam hac in re interest, fuerit quis bona vel mala fide: nam quod ad rationem sumptuum attinet, nihil distat bonæ fidei possessor a malæ fidei possessore: quidquid enim statueris de malæ fidei possessore, idem statuendum in bonæ fidei possessore: malæ fidei poss. non habet retentionem impensarum per exceptionem doli, vel per officium judicis, sed tan-

tum facultatem tollendorum eorum quæ sine detrimento ex *d. l. in fundo*, cum dominus impensam omnem aliunde solvere non potest : et ex diverso quidquid statueris in bonæ fidei poss. idem statuendum in malæ fidei possessore: bonæ fidei possessor habet retentionem sumptuum necessariorum, et utilium per exceptionem doli, vel officio judicis: quod utique procedit si dominus sit locuples, si aliunde solvere possit: hoc etiam habet locum in malæ fidei possessore, ex *l. plane, sup. de pet. hær. l. Julianus, sup hic*: eadem æquitatis regula, ne petitor ex aliena jactura lucrum faciat. Itaque in utroque possessore modo hoc, modo illud valet, et hoc totum positum est in arbitrio et disquisitione judicis, *d. l. in fundo.*

Ad L. LV.

Inter officium advocationis, et rei suæ defensionem multum est, nec propterea quis si postea cognoverit rem ad se pertinere, quod alii eam vindicanti tunc ignorans suam esse adsistebat, dominium suum amisit.

Ita in Florent. legitur, et recte, *multum est*, non *multum interest*, sed idem est sensus : ita in *l. si multi, inf. de Publican. nam*, inquit, *inter criminis reos et fraudis participes multum esse constituerunt, l. 1. C. Th. ad leg. Jul. de amb. nihil inter cœptum ambitum et perfectum esse:* sic et alii auctores loquuntur plerunque : ergo hæc *l.* ostendit, multum esse inter advocationem, seu officium advocationis, et rei suæ defensionem, id est, multum interesse, utrum rem suam quis defendat, an alienam; qui rem suam defendit, id est, vindicat : heic defendere, vindicare est, *l.* 6. §. *etiam, inf. si serv. vind.* et pro *vindicare*, semper Græci dicunt ἐκδικεῖν, quod est defendere suum esse, qui, inquam, suam rem vindicat et defendit, et victus est, iterum si eandem rem vindicet ex eadem causa, repelletur exceptione rei judicatæ: dominium quidem ipso jure per sententiam non mutatur, sed vi exceptionis rei judicatæ amittitur et mutatur: et hoc est quod ait, eum dominium amittere non directe, sed posita exceptione rei judicatæ, quæ infirmat vindicationem iteratam atque ita dominii causam infirmam reddit, et inutilem : contra, qui rem vindicanti adsistit, ut hic loquitur, advocatus, ignorans rem suam esse, putans rem esse clientis, qui vindicabat non suam, qui clientis agebat causam, is nihil sibi præjudicat: nam ea lite finita, aut ea pendente, erit ei integrum, perfecto advocationis officio, rem eandem quasi suam vindicare : denique qui rem vindicanti adfuit advocatus, ignorans suam esse, nihil sibi præjudicat. In prior sciens, aut existimans rem suam esse, egit suo nomine, hic egit causam pro alio, ignorans rem suam esse : et inde est differentiæ ratio inter hunc et illum : quod ille sciverit, hic ignoraverit : quare etiam nihil obstat *lex ult. sup. de inoff. test.* quæ ait, filium exhæredatum, qui poterat agere querela inofficiosi testamenti, non posse agere ea querela, amisisse eam querelam, si legatario quidem petenti legatum ex eodem testamento adfuerit advocatus: quia hoc facto videtur agnovisse et probasse judicium defuncti, quia se licet sciebat testamentum esse inofficiosum ; ut recte Accur. respondit : sed quia breviter ait, et non intelligitur, rursus dicam : ratio *l. ult.* est, quia sciens testamentum inofficiosum esse, advocatus legatario adfuit, unde colligis scisse ? quia sciebat se esse exhæredatum, aut præteritum, qui cernebat alium hæredem a quo legatum petebat nomine alieno : si sciebat se exhæredatum, sciebat consequenter inoff. testamentum. Id ergo approbavit petendo legatum nomine alieno : et ideo ei non est integrum agere de inoff. testamento : nam querela inoff. amittitur approbatione vel minima testamenti : sed heic advocatus qui adfuit vindicanti, ignoravit rem suam esse L. 56. exposuimus in *l.* 45. *L.* 57. exposuimus in *l.* 1. *hujus tit.*

Ad L. LVIII. et LIX.

L. LVIII. Is, a quo fundus petitus erat, ab alio ejusdem fundi nomine conventus est. Quærebatur, si alterutri eorum, jussu judicis fundum restituisset, et postea secundum alterum petitorem res judicaretur : quemadmodum non duplex damnum traheret ? respondi, uter prior judex judicaret, eum oportere ita fundum petitori restitui jubere, ut possessori caveret, vel satisdaret, si alter fundum evicisset, eum præstare.

L. LIX. A quo servus petebatur, et ejusdem servi nomine cum eo furti agebatur, quærebat, si utroque judicio condemnatus esset, quid se facere oporteret, si prius servus ab eo evictus esset, respondit, non oportere judicem cogere, ut eum traderet : nisi ei satisdatum esset, quod pro eo homine judicium accepisset, si quid ob eam rem datum esset, id recte præstari. Sed si prius de furto judicium factum esset et hominem noxæ dedisset, deinde de ipso homine secundum petitorem judicium factum esset, non debere ob eam rem judicem quod hominem non traderet, litem æstimare : quoniam nihil ejus culpa, neque dolo contigisset quo minus hominem traderet.

Ambæ sunt de cautionibus, quæ in hoc judicio præstantur et interveniunt : interveniunt in hoc judicio mutuæ cautiones : exemplum unum adferemus : reus qui restituit rem vel tradit actori, cavet

de dolo, nihil se in ea re dolo fecisse, *l.* 18. *sup.* actor autem qui accipit rem, reo cavet de indemnitate, his rebus recte præstari, *l.* 19. *sup. de pet. hær.* sic igitur interponitur mutua cautio: nam et reus actori cavet, et actor reo: actor reo de indemnitate, ut in hac specie: si a te fundum ego petiero, Titius quoque eundem fundum a te petierit coram alio judice, et prior judex jusserit te mihi eum restituere, cum nondum esset ab alio judice res judicata inter te et Titium, ne duplex damnum trahas in re accipienda, debeo tibi cavere, id est; promittere sine fidejussore, si sim locuples, vel satisdare, id est, dare fidejussores, si non sim locuples, id est, possessor rerum immobilium, si alter qui est, rem evicisset, id est, si secundum Titium res judicata esset, his rebus recte præstari, id est, indemnem te a me servatum iri, quia priori tu rem restituisti: et hoc est, quod ait in fine *l.* 58. *eum præstare*: eum, id est, judicem: non ita interpretari debemus, sed eum, id est, petitorem: præstare sumitur sæpe in his libris ἀπολύτως, seu absolute, ut *l.* 2. §. *illud*, *de hæred. vend. an venditor emptori præstare debeat. Cic. de offic. Qui scire debuit de fuga, de furtis, præstat, edicto ædilium. Et de legib.* 2. *Si tabellariam tuleris, ipse præstabis*: est verbum solemne cautionum: ut *præstare* indemnitatem, quod est, indemnem servare: et similiter si servi petiti nomine possessor ab alio conventus sit actione furti noxali, et quod servus furtum alteri fecerit, prior petitor servum evicerit judicio in rem: in eo servo accipiendo cavere debet possessori his rebus recte præstari: cujus cautionis formula latior proponitur in *l.* 59. verbis: *quod pro eo homine judicium acceperit noxale*: sunt notanda verba formulæ: et ait supra, *non oportere judicem cogere possessorem*, ut tradat petitori, nisi petitor prius subierit hanc cautionem de indemnitate. In his judiciis, judicis est cogere ut possessor restituat, vel tradat, ut Cicero 4. Verr. loquens de eadem actione: *necesse est judicem cogere eum fundum restituere*, modo cogit restituere, modo tradere, ut hoc loco ait, et *l.* 18. *sup.* cogit restituere servum nondum usucaptum, cogit tradere servum usucaptum post litem contestatam: : nam servi usucapio impleri potest post litem contest. nec tamen ideo minus tradendus est servus actori, quem constat fuisse actoris litis contestatæ tempore, cum nondum esset impleta usucapio: difficile incipit usucapio: nam non incipit sine possessione, sine fide bona: sed quæ cœpit, perseverat et continuatur etiam amissa possessione, aut incidente fide mala, *l. bonæ fidei*, *inf. de acq. rer. dom.* et possessoris morte non interrumpitur usucapio, quamvis possessio interrumpatur: quia quamdiu vacat hæreditas, nemo possidet: hæreditas vacans habetur pro domino, sed non pro possessore, *l.* 1. §. *Scævola*, *inf. si quis lib. esse test. jus. fuer.* In summa usucapio non incipit sine possessione, cœpta continuatur sine possessione, descenditque in hæredem etiam ante aditam hæreditatem quasi conjunctim, *l. cum miles*, *sup. ex quibus cau. major.* et ita possessio est sine possessione, priore parte possessione accepta pro usucapione, posteriore pro detentione. Quod si in proposita specie, is qui ejusdem servi nomine duas patiebatur actiones rei vindicationem, et noxalem actionem furti, si prius condemnatus sit noxali actione et servum dederit in noxam, absolvendus est, ut hæc *l.* declarat, petitorio judicio, id est. lis non est æstimanda eo non restituente hominem, quem jam dedit in noxam, quia scilicet, ut ait, *neque dolo, neque culpa ejus contigit, quo minus hominem traderet*, et etiam in dedendo servo ex causa noxali exiget ab actore cautionem his ribus recte præstari, cautionem de indemnitate, cum et vicissim actor possit ab eo exigere cautionem de dolo, *l. is qui in aliena*, *inf. de noxal. act.* et hoc loco dum significat rem judicatam fuisse noxali judicio, ait, *factum fuisse judicium*, ex quo intelligitur, *judicium factum* tum videri cum res judicata est: et ita non omnino male ex hoc loco judicium factum accipi posse in *l. si post litem*, *inf. de exception.* dum dicitur exceptionem præjudicialem, quod præjudicium hæreditatis petitioni non fiat, comparatam esse futuri judicii causa, id est, futuræ petit. hæred. non facti judicii causa, ut si hæc sententia, ante litem contest. hæreditatis agenti alia actione obstare exceptionem præjudicialem, eandem etiam obstare post litem contest. hæreditatis nondum judicatam *l. ult. C. de pet. hær. l.* 7. *sup. eod. tit.* nam non obstat eadem exceptio post litem contest. et judicatam, id est, post judicium factum, quæ fuit prior interpretatio Accurs. ad *d. l. si post litem*, et hoc loco confirmatur, qui demonstrat tum judicium factum videri, cum res judicata est.

Ad L. LX.

Habitator in aliena ædificia fenestras et ostia imposuit: eadem post annum dominus ædificiorum dempsit. Quæro, is qui imposuerat, posset ne ea vindicare? Respondit, posse: nam quæ alienis ædificiis connexa essent, ea quamdiu juncta manerent, eorundem ædificiorum esse: simulatque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti.

Elegans est valde species quæ proponitur in *l.* 60. Inquilinus seu conductor ædium, ædibus adjecit fenestras, vel ostia: hæc sunt infixa, inædificata,

juncta, *affiches, a fer et a clou*, non ruta cæsa: quæritur finita conductione an ea possit avellere, et secum auferre, vel an possit vindicare? Julianus hoc loco ex libro ad Minitium jurisconsult. scribit, ea quandiu juncta sunt ædibus, non posse vindicari, quia accesserunt ædibus: minor res accedit majori, et quandiu juncta sunt videntur ædium esse, non ejus qui infixit, id est, inquilini: et videntur interiisse quodammodo, et nomen suum perdidisse: ideo quandiu juncta sunt, non possunt vindicari: sed quandocunque adempta erunt a domino ædium, puta post annum, aut post biennium locatione finita, vindicabuntur ab inquilino, et ait *dempta*, quod est verbum 12. tab. apud Festum in lege quadam de vineis, *quandoque sarpta donec dempta erunt* et ex alia lege 12. tab. tignum junctum ædibus vel vineis non potest vindicari, sed neque agi de eo eximendo vel solvendo *l. in rem, sup.* solutum tamen tignum; demptum, detractum vindicari potest, etiamsi demptum sit ea mente ut reponeretur, *l. quæ religiosis, sup. h. t.* quæ est valde in hanc rem notanda. Ergo quod junctum est ædibus sive junctum sit a domino ædium, sive a domino tigni cum habitaret in eis ædibus, id non aliter vindicari potest, quam si demptum sit. Igitur non omnino videtur dominium abscessisse a domino: nam si abscessisset dominium, nec dempta quidem vindicarentur: sicut ea quæ ferruminatione, vel terræ alimonia, vel religione alieni juris facta sunt, ne dempta quidem a priori domino vindicari possunt: sed est actio in factum extraordinaria *l. quæ religiosis, sup.* et quæ dicuntur hic de inquilino, nam heic habitator dicitur inquilinus. habent etiam locum in fructuario: fructuarius finito usufructu non potest vindicare ea quæ manente usufructu inædificavit, fixit, injunxit: sed refixa, dempta, potest vindicare, *l. sed et si quis, inf. de usufr.* ergo inquilino, fructuario non datur vindicatio eorum quæ injunxit, nisi postquam dempta sunt. Sed quæro, an saltem detur ei facultas eorum tollendorum? minime, *d. l. sed et si quis*, ait, fructuarium ea quæ junxit prædio, non posse tollere: at contra in *l. sed addes*, §. *si inquilinus, inf. loc.* hoc conceditur inquilino, non ut vindicet quæ junxit ædibus conductis, sed ut ea tollat et avellat: nec est ulla ratio differentiæ inter inquilinum et fructuarium: uterque habet jus utendi fruendi interim dum manet ususfructus, vel locatio: cur non et finito eo jure jus tollendi uterque habet? datur inquilino actio ex conducto ut tollat fenestras quas adjecit, ædib. conductis, dummodo id faciat sine detrimento ædium, qua de re debet cavere damni infecti, id est, se in eis tollendis ædes deteriores non facturum: sic ergo ei licet tollere: sed ait *d.* §. *si inquilinus*, verius esse quod Labeo ait posse eum tollere: dum ait verius esse, significat fuisse dubitatum inter prudentes: et sane ita est: nam Labeo et ceteri Proculiani qui sunt ejusdem sectæ, dabant inquilino et fructuario jus tollendorum ostiorum, fenestrarum, aliarumve rerum, quas adjecerant pendente locatione. Sabiniani contra in *dict. l. sed etsi*, quæ est ex libris ad *Sabinum*: fuit Julianus auctor hujus *l. Sabinianus*, Sabinianus et Minicius, *l. tenetur*, §. *sed si vas, inf. de act. empt.* Minicius natus fuit Trajani temporibus, *l. pen. sup. de feriis.* Igitur hoc loco Julianus et Minicius, qui Sabiniani fuerunt, contra Proculianos et Labeonem definiunt, inquilinum non posse recuperare ulla ratione ea ostia quæ junxit ædibus conductis, sed expectare debere, quoad demantur: erit quidem actio ad exemplum actionis de tigno juncto, sed non vindicatio, non jus tollendi et diruendi: dominus quidem potest diruere suum ædificium, nulla lex est, quæ hoc vetet aut removere quædam ex ædificio: sed cum alienam materiam dominus junxit suo ædificio, dominus materiæ invito domino eam solvere et eximere non potest, propter legem de tigno juncto. Qui porro suam materiam junxit alieno ædificio eam etiam temere tollere non potest, ut demonstratum est in fructuario et inquilino, secundum Sabinianos: tollere potest secundum Proculianos. Sic in *l. in fundo, jus est tollendi possessori*, qui in alieno consevit aut ædificavit, petitore non fungente suis partibus: et ita est vestigium in hac l. diversarum sectarum: et simile est in *l. Minicius*, quæ est ex libro 6. *Minicii.* In hac specie si quis fecerit certam speciem ex aliena materia, ut si quis fecerit navem ex aliena cupresso, abiete, quis est dominus navis? dominus navis est, ut ait, is qui dominus est materiæ pinus, vel abietis, quæ fuit sententia Sabinianorum, *l. 7.* §. *cum quis, inf. de acq. rer. dom.* et ratio est, quia sine materia nulla species effici potest, et æquum est ut quidlibet cedat ei rei sine qua esse non potest, *l. in rem* §. *sed et id quod, sup.* ut ergo species cedat materiæ. At aliud est judicium Proculianorum: nam illi existimant eum esse dominum navis qui fecit etiamsi eam fecerit ex aliena arbore, hac ratione, quia navis quæ facta est antea nullius erat, et hic nauclerus fecit ut in rerum natura esset, quæ est idonea causa acquirendi dominii, *l. 3.* §. *pen. de acq. poss.* et hæc fuit Sabinianor. et Proculianor. sententia. Est in hac quæstione media quædam sententia aliorum Jurisconsultor. sunt quidam erciscundi, id est, mediam sententiam sequentes: licet nobis uti nostris vocabulis cum Grammatici usi sint: Servius in Virgil. *Stoici erciscundi* id est, *mediam sententiam sequentes*: sunt, inquam, erciscundi, qui specie facta ex aliena materia censent speciem esse

ejus cujus fuit materia, si possit resolvi species in pristinam materiam, ut si ex alieno ære facta sit statua quæ facile resolvi possit in æs, et contra speciei dominum eum esse qui fecit, si non possit resolvi in pristinam materiam, ut si ex alienis uvis vinum fecerit: quia non potest resolvi in uvas, et heic si quis ex aliena arbore navem fecerit navem esse ejus qui fecit quia navis non potest resolvi in pristinam materiam *l. sed si meis*, *inf. de acq. rer. dom.* sed prætcrea Paulus exigit, ut navem fecerit bona fide *l. de eo* §. *si quis*, *inf. ad exhib.* ergo secundum sententiam Proculianorum et secundum sententiam erciscundorum, navis facta ex aliena abiete, est ejus qui fecit. Obstat lex *Minicius*, *inf.* quæ dicit navem non esse ejus qui fecit: respondendum est, Julianum hoc scribere, et Minicium, qui fuerunt Sabiniani, et hi indistincte dominium speciei addicebant domino materiæ: et facit differentiam d. lex *Minicius* inter *facere*, et *reficere navem*: si fecit quis navem ex aliena arbore, secundum Sabinianos, navis ejus non est, quæ tamen sententia non obtinuit: sed si refecit navem suam ex aliena arbore, ejusdem dominus manet, quia proprietas totius navis carinæ causam sequitur: carina est fundamentum navis: carina vitiata non potuit refici navis; ergo ejusdem manet navis cum est refecta ex aliena arbore, cum carina eadem semper fuerit. Plautus in *Milite*: *bene lineatam si semel carinam collocavit, facile esse navem facere, ubi fundata et constituta est.* Versus qui ponitur inter leg. *habitator* et leg. *Minicius*, est facilis. Porro notandum est ad leg. *habitator*, conductorem qui fenestras vel ostia junxit ædibus conductis, ea quandiu ædibus annexa sunt vindicare, vel qua alia ratione tollere non posse. Id etiam adjicio, verius esse, conductori eo nomine ne tigni quidem juncti nomine actionem dari, aut similem: nam actio de tigno juncto datur si dominus ædium suis ædibus alienam materiam junxerit, non si ipse qui materiæ dominus est, eam alienis ædibus junxerit. Cui junctorum nomine nulla actio datur, reputatio datur sicut ei qui in alieno solo ædificavit ex sua materia, materiæ et sumptuum reputatio datur, non repetitio, *l. sumptus. h. t.* Ita igitur conductor qui ædibus conductis junxit ostia vel fenestras, quandiu ea connexa sunt ædibus, nulla actione consequi potest, ut ea sibi tollere et reficere liceat secundum Sabinianos, at secundum Proculianos habet actionem ex conducto, ut tollat, *l. sed addes* §. *si inquilinus*, *inf. loc.* sed quorum sententia, Sabinianorum an Proculianorum in hac re sequenda sit non diximus, et sicut in quæstione *leg. Minicius*, *h. t.* cujus sit species facta ex aliena materia, media sententia obtinuit, ita et hic media sententia est sequenda, exemplo ejus qui in alieno solo ædificavit suis sumptibus ex *l. in fundo*, *h. t.* ut si dominus ædium, id est, locator, aliunde solvere possit pretium ostiorum et fenestrarum quas adjecit conductor, liceat conductori reputare locatori pretium eorum. Ita scilicet ut pretium eorum compenset cum mercede, vel si eam integram pensionem solverit, ut non aliter excedat ædibus, finita locatione, quam a locatore acceperit pretium eorum, quæ adjecit ædibus conductis: vel si locator sit pauper ut aliunde solvere non possit, tunc tollat quæ imposuit non per vindicationem, sed per actionem ex conducto, ex sententia Labeonis, nisi scilicet, nam et hic modus adjiciendus est ex *d. l. in fundo*, dominus sit paratus tantum ei præstare quantum illis ablatis conductor habiturus est. Nam eo oblato nec tollere quidem licebit, vel fenestras quas imposuit edibus: et ita in hac quæstione decurrendum est ad mediam sententiam, ut fit in quæstione *l. Minicius* et leg. *in fundo*, quæ huic est proxima et affinis.

Ad L. LXI.

Quod infans, vel furiosus possessor perdidit, vel corrupit, impunitum est.

Possidebat rem alienam infans, aut furiosus, et cum eo actum est rei vindicatione: quod ait de infante, idem obtinet in proximo infanti ex *l.* 1. *inf. quan. ex fac. tutor. vel curat.* quæ est huic conjungenda omnino: est enim ex eodem auctore et libro: ait *pupillum*, non infantem: utitur latiori vocabulo; sed ibi oportet intelligere pupillum non infantem, vel proximum infanti: nam pupillus vel proximus pubertati est doli capax, et si possideret rem alienam et perdiderit male post litem contestatam, tenetur de dolo et culpa. Sed si possessor infans vel furiosus rem perdiderit, vel corruperit, hoc est impunitum, hoc est non condemnatur: nec quanti actor juraverit, nec quanti interest, quia doli incapax est, dolo et culpa vacat. Addit tamen dicta lex 1. teneri pupillum possessorem ob dolum vel culpam tutoris: non teneri ob dolum suum, vel culpam, quia ejus non est capax, sed tenetur dumtaxat ob dolum vel culpam tutoris, si res ejus culpa perierit, pendente lite, et teneri non quidem quanti actor in litem juraverit, sed quanti interest, quia pupillus nihil damni facit: id enim mox recipiet a tutore, vel si non possit rem servare a tutore, ne ob dolum quidem tutoris condemnabitur.

Ad L. LXII.

Si navis a malæ fidei possessore petatur, et

fructus æstimandi sunt, ut in taberna, et area, quæ locari solent. Quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam hæres non attingit, usuras præstare non cogitur: nam etsi maxime vectura, sicut usura, non natura pervenit, sed jure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori præstare non debet, cum pecunia periculo dantis fœneretur.

§. 1. *Generaliter autem, cum de fructib. æstimandis quæritur, constat animadverti debere; non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset: quam sententiam Julianus quoque probat.*

Malæ fidei possessor tenetur de fructibus non tantum perceptis, sed etiam percipiendis, id est, de his qui percipi potuerunt ante vel post litem contest. sive titulum habuerit: sive non: bonæ fidei possessor tenetur de perceptis si ex eis sit factus locupletior, ante litem contest. et post litem contest. tenetur de perceptis omnimodo atque etiam de his quos percipere potuit, et hæc est certissima juris regula: fructuum autem vicem obtinent mercedes locationum, *l. mercedes, de pet. hær.* nunc finge. Quidam possidet mala fide navem alienam: is eam non locavit cum posset, et ita fructum non percepit cum posset percipere, vel etiam ea nave vehendum nihil conduxit, ut inde vecturam perciperet, cum non deesset copia conductoris vel locatoris: secundum hoc quod propositum est hoc casu possessor ejus domino navis tenetur eo nomine quod non perceperit vecturam, quam percepisset ipse dominus ejus, si eam possedisset: idemque erit, ut hic proponitur, si quis tabernam vel aream alienam mala fide possederit: nam et hæc locari solent: solet area locari ut fit hodie frequenter: mercatu maxime frequenti, et inde maximi reditus redeunt ad dominos arearum qui eas locant, et inde in *l. 7. de usuf.* ad fructuarium pertinere obventiones ex areis: locantur areæ mercatoribus, ut in eis disponant suas merces, qua de re dicitur in *l. si area, eod.* fructuarium qui alioquin in re fructuaria non potest ædificare, posse tamen ponere casam in area custodiendarum mercium causa: habetur mercatus in areis, et hæ locantur æstimatoribus: et ob id Cicero, callidos rerum æstimatores *areas et prata magni æstimare solere*, quod inde reditus proveniant sine cura et opera ulla, *sans main mettre*: et inde etiam in *l. 3. inf. in quib. cau. pig. vel hypot. tac. contr. l. hujus, inf. qui potior. in pign. habent.* area locata merces in ea positas tacite locatori esse pignori obligatas pro mercede: unde et hic proculdubio arearum reditus significatur a M. Tullio 9. *Epist. Nos jam ex areis tantum habemus*: neque est corrigendum *ex areis*, neque hoc correxisset qui scisset arearum magnum esse reditum. Sic etiam hoc loco, nihil refert speciem ponas eandem in navi, quam quis mala fide possederit, an in taberna, an in area, quæ locari solent, et possessorem, qui non locavit, nec inde quæstum fecit cum mala fide possideret, eo nomine teneri domino, id est, teneri de percipiendis mercedibus locationum. Huic sententiæ, quæ vult malæ fidei poss. teneri de percipiendis fructibus, Papinianus objicit quod dicitur in *l. item veniunt §. Papin. de pet. hær.* hæredem, id est, falsum hæredem, sive hæreditatis malæ fidei possessorem non præstare usuras pecuniæ depositæ, id est, non pecuniæ depositæ ex contractu depositi, sed pecuniæ depositæ veluti præsidi causa, et inventæ in hæreditate *l. si chorus §. 1. de legat. 3* hæreditatis, inquam, malæ fidei possessorem non præstare usuras pecuniæ depositæ et inventæ in hæreditate, si eam non attigerit, si eam otiosam et sterilem habuerit: usuræ autem sunt vice fructuum, *l. usuræ, inf. de usur.* ergo malæ fidei possessor non tenetur de usuris percipiendis, quæ sunt loco fructuum; et respondet subtiliter Pap. aliam esse causam vecturæ navium, longe aliam usuræ pecuniarum: nam conveniunt quidem in eo vectura et usura, quod uterque est fructus civilis, id est, qui jure civili percipitur, non fructus naturalis pecunia enim non fert fructum, navis non fert fructum: igitur vectura et usura natura non provenit, sed ex obligatione juris civilis, usura ex stipulatione, vectura ex locatione et conductione, *l. usura pecuniæ, de verbor. signific.* Item differunt in eo usura et vectura, quia pecunia fœnori collocatur periculo dantis, non periculo domini, ut tutor collocat pecuniam pupilli suo periculo, non periculo pupilli: curator calendarii collocat pecuniam civitatis suo periculo non civitatis *l. ult. §. pen. de adm. rerum. ad civit. pertin.* et ideo si debitor, cui sciens crediderit alienam pecuniam, non sit solvendo, vel fiat non solvendo, is qui pecuniam credidit, eo nomine tenetur domino pecuniæ, quia debuit cautius fœnerari, et meliorib. nominibus, debuit debitorem observare, appellare, admonere; et ita etiam possessor alienæ pecuniæ eam collocat suo periculo: non periculo domini: et ideo ei non est imputandum si eam non collocavit, cum id non posset facere sine suo periculo: noluit adire periculum collocata pecunia incertis nominibus, et hoc quidem si mala fide possederit pecuniam. Nam bonæ fidei possessor collocat pecuniam sine suo periculo, quia scilicet usque eo duntaxat tenetur, quo locupletior factus est. Igitur non tenetur nomine sortis collocatæ, si eam non possit servare a debitore, cui eam credidit bona fide, qui existimavit suam esse pecuniam. Igitur bonæ fidei posses-

sor pecuniam alienam domini collocat sine suo periculo, et in hoc tenetur, ut si sortem creditam receperit, et usuras aliquas, isque sit factus locupletior, eas restituat domino: si nondum quicquam receperit, ut non præstet periculum nominis, sed ut liberetur cedendo petitori nomen, id est, actionem creditæ pecuniæ periculo petitoris, ut petitor exigat suo periculo: at malæ fidei possessor præstat periculum nominis, id est, sortis: sed non præstat periculum usurarum, quæ adhuc debentur, id debet subire petitor, sed periculum: sortis præstat: quæ est sententia *l. Julianus* 3. *de pet. hær.* et ad summam, bonæ fidei et malæ fidei possessor tenentur de sorte et usuris perceptis: bonæ fidei possessor ita demum si locupletior inde factus sit malæ fidei possessor, omnimodo de usuris autem percipiendis neuter tenetur: sed neque usurarum que adhuc debentur periculum vel hic vel ille præstat: sortis periculum præstat malæ fidei possessor, non alter. Longe alia ratio est vecturæ navis seu areæ: nam navis locator etiam a malæ fidei possessore, periculo domini, non possessoris: et ideo imputatur possessori si navem navigatum non miserit idonea tempestate, atque ita vecturam non tulerit, cum id posset facere sine suo periculo: nam male fidei possessor præstat petitori dolum et culpam, sed non casum fortuitum. Ergo non naufragium: nam si navis forte perierit naufragio quæ missa est idoneo tempore, et commissa idoneis hominibus, perit domino, non possessori: et inde existit differentia inter vecturam et usuram hujusmodi, ut navis quam non attigit possessor, vecturas debeat domino, id est, ut teneatur de vecturis percipiendis, pecuniæ quam non attigit, ut usuras non debeat domino. Huic differentiæ Accursius aliam adjicit dicens, possessorem malæ fidei teneri domino de vecturis perceptis et percipiendis, quod est verum sed de usuris eum non teneri domino, ne de perceptis quidem: hoc ego longe aliter judico: quia verum est, possessori omne lucrum auferendum esse, *l. post S. C. de pet. hær.* quod etiam refellitur *l.* 1. *C. de pet. hær. l.* 1. *Cod. de his quæ ut ind. auf.* ergo malæ fidei possessor restituet ususas, quas percepit. Fœneravit quidem suo periculo: qua ratione Accurs. putat non teneri de usuris perceptis, quoniam eas percepit et fœneravit suo periculo: hoc est falsum: quia nullum lucrum apud eum residere debet. Nec obstat *l. si. unus* §. *si unus, inf. pro soc.* Species hæc est: duo erant socii creditæ pecuniæ vel certæ negotiationis, non omnium bonorum: unus ex sociis pecuniam communem fœneravit societatis nomine: ergo communi periculo usuras inde perceptas debet communicare et partiri, quia fœnus contractum est communi periculo societatis: sed si eam pecuniam fœneravit suo nomine, quia periculum sortis ad eum pertinet, usuras retinere debet, non communicare. Ergo etiam eadem ratione possessor malæ fidei, qui alienam pecuniam fœnori collocavit, quia periculum sortis ad eum pertinet, usuras perceptas debet retinere, non restituere: est falsa comparatio: nam cum agimus de possessore, tractamus de pecunia aliena, cujus omne lucrum auferendum est possessori, quod fecit ex pecunia aliena. In *paragrapho si unus* non agitur de pecunia aliena, sed communi, quod socius lucrum fecit ex pecunia communi sive societatis, suo periculo et nomine hanc subiens aleam solus: id ei non aufertur, quia id lucrum fecit ex re sua: neque enim ideo minus pecunia est ejus quod sit etiam alterius: eodemque modo nihil obstat *l. postulante* §. *ult. inf. ad Trebell.* ponit hæredem rogatum restituere hæreditatem vel partem hæreditatis ad diem, et eum hæredem pecuniam quandam hæreditariam collocasse interim, antequam locus esset fideicommisso, vel restitutioni fideicommissi, et interim nomina fecisse, et percepisse usuras: quæritur an usuræ perceptæ ex nominibus factis ab hærede, non a defuncto, veniant in restitutionem fideicommissi. Resp. non venire, quod confirmat *l.* 24. *de usufr. leg.* quoniam hæres suo periculo fœneravit. Nam in ea specie hæres percepit usuras de pecunia sua, non aliena, quia interim fuit sua pecunia, interim eas usuras suas facit, sicut et fructus suos facit: sed sicut bonæ fidei possessor fructus suos non facit cum effectu, ne eos quidem quibus regendis curandisque consumpsit operam et impensam, si modo ex eis sit factus locupletior, sed eos restituit re evicta, deductis impensis, et malæ fidei possessor indistincte eos restituet, deductis impensis factis fructuum cogendorum causa. Ita neuter possessor usuras suas facit, sed perceptas restituit, aut etiam de percipiendis usuris neuter tenetur. Adjicit Papinianus in hac l. cum quæritur de fructibus percipiendis, quod exposui in *l. fructibus, sup.* animadverti debere, a judice scilicet, ad cujus officium pertinet æstimatio fructuum, ut in *l. quod se, inf. de reb. cred.* animadverti, inquam, debere cum agitur de mora, a judice scilicet, quia moræ definitio in æstimatione judicis est *l. mora, de usur.* Igitur et in æstimandis fructibus percipiendis animadverti debere a judice non quos percipere potuerit possessor, sed quos petitor si possedisset, percipere potuisset, quod explicatum est in *d. l. fructus.*

Ad L. LXIV.

Si culpa, non fraude, quis possessionem amiserit: quoniam pati debet æstimationem: audien-

dus erit a judice, si desideret, ut adversarius actione sua cedat: cum tamen Prætor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque, qui litis æstimationem perceperit, possidente, debet adjuvari: nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere.

Legem 64. exposui in *l.* 21. *sup.* sed addendum est aliquid de Publiciana actione. Nemo ignorat directam rei vindicationem dari domino, Publicianam, quæ est utilis vindicatio, dari bonæ fidei possessori, qui rem nondum usucepit: nam qui usucepit habet directam, cum usucapione efficiatur dominus: et Publicianam dari amissa possessione rei ab eo qui possidebat bona fide, et dari adversus extraneum possessorem, non adversus dominum, si forte ad eum possessio pervenerit: nam agenti Publiciana obstat exceptio justi domini, *l. pen. inf. t. seq.* Nunc docet in hac l. multum interesse, utrum post litem contest. desierit possessor rem de qua agebatur, dolo malo aut culpa possidere: nam si dolo desierit possidere rem post litem contest. tanti damnatur quanti in litem juraverit petitor: si culpa, tanti condemnatur quanti re vera interest petitoris: quanti ergo æstimaverit judex, non quanti actor ipse jurejurando in litem, æstimaverit, quæ æstimatio longe minor *l. qui restituere, inf. h. t.* Præterea si dolo desierit possidere dominus, idemque petitor, ei non cogitur cedere suam actionem, id est, directam vindicationem ad rem persequendam quam desiit possidere: sed neque ipse qui desiit possidere, eam potest persequi actione Publiciana, cum ante litem eam possideret bona fide, *l. is qui per se, h. t.* Nec obstat *l. in depositi, de re jud.* ut exposui in *d. l.* 21. quoniam est aliquid speciale in actione depositi; nam si culpa desierit possidere non dolo post litem contest. dominus qui accepit litis æstimationem, debet ei cedere vindicationem directam, quam rei amissæ possess. persequatur, si nondum usucepit, *d. l.* 21. *et seq.* quinimo etiamsi dominus ei non cesserit actionem, ipse eam rem cujus æstimationem solvit domino, potest persequi actione Publiciana, quia litis æstimatio quam solvit, non ante eum facit dominum, quam rei possessionem recuperaverit. Si solvit æstimationem litis re absente, de eo non fit dominus statim, id est, non habet directam actionem, sed Publicianam tantum: et hoc est, quod ait hæc l. et *l. sed et si res, t. seq. Culpa.* Si separat culpam a fraude: *Prætor auxilium laturus sit*, id est, etiam non cessis actionib. data scilicet actione Publiciana: sententia hæc est: etiamsi non cedatur actio, nihil damni erit: nam Prætor dat Publicianam et adjicit Publicianam etiam ei dari ad rem persequendam, ipso forte domino eam rem possidente, qui rei æstimationem accepit: et hoc casu ei agenti Public. non obstabit exceptio dominii: non enim datur temere hæc exceptio, sed causa cognita *l. mandatum, inf. mand.* et æquum est hoc casu ne agenti Public. obstet exceptio dominii, ut ne idem habeat et æstimationem rei, et rem ipsam: ideoque Publiciana aget adversus dominum qui jam æstimationem rei tulit, nec repelletur exceptione dominii, quia etiamsi ipse dominus sit paratus rem retroagere, id est, restituere æstimationem litis, quam accepit ut rem retineat quam postea nactus est, et ita velit repellere agentem Public. non audietur: quia contentus fuit æstimatione litis, id est, vendidit rem suam semel: æstimatio litis est similis venditioni, et non potest venditor recedere ab emptione invito emptore, *l. ab empt. sup. de pact.* Igitur initio dum rem extorquet actione Publiciana, qui æstimationem persolvit et qui eam persolvit suo periculo, tenetur judicati, id est, condemnati ut Accursius recte: nam solvendo æstimationem litis qui culpa amisit possessionem, subit periculum pecuniæ amittendæ, subit aleam pecuniæ amittendæ: quia incertum erat, esset rem recepturus nec ne: itaque solvit æstimationem sub incerto possessionem nancisci rursus posset, an non: igitur non audietur qui æstimationem accepit ab eo qui solvebat suo periculo, si velit omnia retro agere, id est, pretium reddere, et rem recipere: et hoc est quod sequitur, *ipso quoque*, etc. ut non obstet exceptio, dominii scilicet.

Ad L. LXV.

Cum in rem agitur: eorum quoque nomine, quæ usui non fructui sunt, restitui fructus certum est.

Videtur hoc esse ὀξύμωρον: hoc pene videtur dici posse: fructus sunt sine fructu, fructus sunt ejus rei quæ non est fructui: nec absimile est quod nuper diximus, possessionem esse sine possessione, *l. cum miles, sup. ex quib. caus. major.* sed hæc l. est jungenda cum *l.* 3. §. *ult. inf. de usur.* et delenda omnia quæ scripsit in hanc l. Accurs. præter ea verba postrema, *vel dic in vasis*, etc. et ita explicanda: vasa sunt usui, non fructui: in fideicommissis veniunt usuræ ex mora: finge: relicta vasa sunt per fideicommissum, an debentur usuræ vasorum quasi fructus ex mora? distinguit *d. l.* 3. §. *ult.* vel ea vasa ea mente relicta sunt ut venderentur, et pecunia præstaretur fideicommissario, et tunc usuræ debentur: vel vasa relicta sunt; ut eis uteretur fideicommissarius, et tunc usuræ non debentur, non debentur usuræ ex cor-

poribus: sed debentur tamen fructus quidam aut aliquid vice fructuum, licet vasa non sint fructui: ut si vasis præstitis, fideicommissarius potuisset ea conducere, aut locare: nam solebant Prætores Romani aliorum vasa locare sæpe, quæ præberent legatis Romam venientibus, quibus etiam solebant præbere sæpe lautia et suppellectilem. Igitur hoc æstimabitur in restitutione vasorum quamvis non sint fructui, cum locari potuerint, *l. videamus, in fin. inf. de usur.* quæ etiam ponit exemplum in itinere, et servitutibus quæ sunt usui tantum, non fructui: et ob id individuæ: quia consistunt in usu, et usus est individuus: itineris nullus est fructus, sed tamen si vindicetur iter, habebitur ratio ejus utilitatis quam percepisset actor, si ei ire licuisset, *l. 4. §. in confessoria, si serv. vindic.* ita ea res quæ non est fructui, natura scilicet, recipit æstimationem fructus, id est, utilitatis quam fuisset petitor percepturus, si eam rem habuisset.

Ad L. LXVI.

Emptor prædium, quod a non domino emit, exceptione doli proposita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, qui pignori datum prædium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit: scilicet si minus in fructibus ante litem perceptum fuit: nam eos usuris novis dumtaxat compensari, sumptuum in prædium factorum exemplo, æquum est.

§. 1. ***Ancillam, quæ non in dotem data, sed in peculium filiæ concessa est, peculio filiæ non legato, mancipium hæreditarium esse convenit. Si tamen pater dotis, ac peculii contemplatione filiam exhæredavit, et ea ratione reddita, nihil ei testam. reliquit, aut eo minus legavit: filiam defensio tuebitur voluntatis.***

Difficilis est species l. 66. sed cetera erunt facilia. Certi juris est, usuras ex mutuo non deberi sine stipulatione: fœnus non contrahitur nisi per stipulationem; ex pacto non debentur etiamsi fiat ex continenti: non veniunt etiam ex mora officio judicis sine stipulatione, ut in contractibus bonæ fidei, et in legatis, et fideicommissorum restitutione, usuræ veniunt ex mora officio judicis sine stipulatione: debentur etiam usuræ in judiciis bonæ fidei ex pacto facto ex continenti: et in his quidem contractibus usuræ veniunt, quæ in ea regione frequentantur, ubi contractum est, *l. 37. inf. de usur.* ita tamen ut legis modum non offendant: hæc enim conditio additur *l. 1. inf. de usur. l. idemque §. sed etsi pecuniam, inf. mand.* lege Justiniani datus est modus usuris omnibus, *l. eos, C. de usur.* sed et ante Justinianum de usuris pecuniæ creditæ variæ fuerunt leges: ac primo 12. tab. sunt permissæ usuræ unciariæ tantum, id est, quæ in centenos reddunt quotannis singulos nummos, et actio quadrupli in eum qui ampliores exegisset, Cato de re rust. cap. 1 et Ascon. Pedian. 1. Verr. deinde redactæ sunt ad semunciarias, id est, in centenos quotannis nummos dimidiatos: tum omnino vetita est usura: postremo, inquit Tacitus lib. 5. qui et superiora enarrat, vetita usura, sic legendum, non versura, cum Livius scribat latum apud populum ne fœnerari omnino liceret. Sed postea permissæ sunt etiam centesimæ usuræ pecuniæ creditæ interposita stipulatione: et ita in libris nostris legitima usura significat centesimam, quam postea contraxit Alexander, ut scribit Lampridius, ad trientes, et si Senatores fœnerarentur, ad semisses: quod non videtur obtinuisse: nam auctoribus nostris legitima usura est centesima, quæ gravior est triente vel semisse, quæ as est usurarum: et hunc modum lege definitum Ranconetus existimabat significari in hac l. illis verbis, *usuris novis:* usuras scilicet dici nova lege permissas. Hæ fuerunt centesimæ, quas tamen ad ultimum Justinianus contraxit ad trientes, vel semisses, vel besses: trientes permisit civitatibus et illustribus personis, ceteris personis et fisco semisses, argentariis et negotiatoribus besses. Usuras autem novas hoc loco nunquam interpretabitur, nova lege permissas, qui legerit Accursium, qui exposuit quæ dicantur hoc loco novæ usuræ: contempus Accursius facit, ut a vero aberrent magni viri: idemque contemptus forsitan effecit, ut Haloander hic maluerit legere, *nobis*, non *novis*, quod est stultum. Ut vero maxime Accurs. atque etiam Azo patefaciendæ veritatis multum operis attulerunt, hic esset mihi in commendatione maxima qui veram posset hujus l. speciem repræsentare. Species hæc est: quidam mihi credidit centum aureos, et stipulatus est usuras: alioqui non debentur: ego in sortem, et in usuras, ut agitur plerumque, et si nihil dicatur, actum intelligitur semper, *l. si necessarias §. ult. inf. de pign. act.* ego, inquam, in sortem et in usuras fundum meum creditori obligavi: ejus fundi possessionem me invito, vel ignorante Titius nactus est, et deinde eum fundum vendidit Sempronio: emit igitur eum fundum Sempronius a non domino: emit enim a creditore meo distrahente suo jure pignus. Sed et ab alio non domino: et ita tertio loco speciem posuit Accurs. recte: duæ priores positiones Acc. circumscribendæ sunt, aut se per se satis circumscribunt, sed nondum est aperta species: emit ergo Sempronius meum fundum, quem pignori obligaveram creditori meo in sortem et in usuras, et emit non a creditore, non a me, sed a non domino: post

hæc creditor egit adversus Sempronium, actione hypotecaria persequitur suum pignus. Sempronius ut retineat fundum, mavult ei solvere æstimationem litis, id est, sortem quam ego ei debeo cum usuris: atque ita Sempronius fundum liberavit pignore, et sibi retinuit: me etiam liberavit, cum solvit pro me quod debebam creditori omne id est sortem et usuras: ego deinde fundum meum vindico a Sempronio quasi dominus: opponit mihi exceptionem doli: per hanc exceptionem non potest servare pretium quo emit fundum, quia dominus semper vindicat rem suam ab eo qui emit a non domino, etiam non reddito pretio, sed regrediatur, qui incautius emit ad auctorem suum ad venditorem, *l. 3. l. si mancipium, Cod. de rei vind. l. 2. Cod. de furt.* Igitur, hic emptor vindicans fundum, per exceptionem doli non servabit pretium quo emit fundum a non domino, sed poterit per exceptionem doli servare pecuniam, id est, sortem cum usuris, quam solvit creditori meo, quia eam solvit pro me, aut saltem eventu res, utilitasque mea est, quia fundum repignoravit, liberavit, reluit, qui nexus erat creditori meo: me etiam liberavit actione in personam: ergo per exceptionem doli pretium non servabit, quod numeravit non domino fundum meum vendenti, sed pecuniam, id est sortem, et usuras quas solvit pro me meo creditori fundi liberandi causa, *l. si creditor, inf. de pign. act. l. 2. inf. quib. mod. pig. vel hyp. solv.* servabit etiam usuras medii temporis, id est, a tempore quo solvit creditori meo, ad tempus rei vindicationis: quæ quidem usuræ præstandæ fuissent creditori, si non fuisset ei soluta pecunia: quia creditum erat fœneratitium: quæ præstandæ fuissent creditori, præstabuntur liberatori pignoris: ergo reputabit emptor idemque liberator fundi mei non tantum usuras præteritas, quas pro me creditori meo solvit, sed etiam usuras novas, et præsentes, quæ a tempore liberati fundi currere cœperunt: ex quo intelligitur plane quæ sunt usuræ novæ: dicuntur usuræ novæ ad differentiam præteritarum, quæ creditori sunt persolutæ, et novæ sunt quæ nunc debentur emptori, quæ post solutionem pignoris currere cœperunt, nondum persolutæ sunt: sed tamen est aliqua differentia inter has, et illas usuras, in qua consistit tota subtilitas hujus legis: nam usuras novas me vindicante fundum emptor non potest deducere retento fundo, videlicet si tantum percepit ex fructibus fundi medio tempore, quantum est in usuris medii temporis: nam compensare debet fructus cum usuris: quod si plus sit in usuris medii temporis, quam in fructibus medii temporis, superfluum tamen usurarum, id est; quod excedit quantitatem fructuum, concurrens enim quantitas compensatur cum fructibus, potest deducere, posita exceptione doli mali, id est, non restituet mihi fundum, quem vindicavi, nisi superfluum ei reddiderim: superflui igitur tantum deductio est, concurrentis quantitatis compensatio, non deductio, non retentio fundi eo nomine: usuras tamen perceptas quas solvi creditori meo, simul et sortem omni modo deducit, retento fundo, etiamsi tantumdem perceperit in fructibus nec enim fructus compensatur cum eis usuris, quæ jam emptori fiunt sortis cujusdam vice, nec cum sorte soluta creditori: unde ita definiendum est: fundum eum mihi vindicanti restituere non debere nisi sortem et usuras præteritas, quas solvi creditori meo: præteritas usuras in integrum, id est, in solidum: et superfluum usurarum novarum, id est, id quod superest compensatis fructibus, a me receperit, et hæc est definitio *l. emptor*: dicam iterum, emptor a quo vindicavi fundum meum, non cogitur restituere, nisi solverit sortem, et usuras præteritas, et usurarum novarum superfluum tantum: nam quod usura nova currit, cum quantitate fructuum compensatur: et hoc est, quod Papinianus ait servari in usuris novis, exemplo sumptuum in prædium factorum, id est, exemplo eorum, quæ idem Papinianus eodem libro dicit in *l. sumptus*, quæ ea ratione ad hanc conjungenda est: nam sumptus utiles quos possessor fecit in rem alienam, compensat cum fructibus perceptis, et superfluum tantum sumptuum deducit, id est, servat sibi per retentionem fundi, posita exceptione doli mali, vel officio judicis: et hæc lex *emptor*, et *l. sumptus*, quæ conjungendæ sunt loquuntur palam de fructib. perceptis ante litem contestatam, ut in Florent. recte ubique scriptum est: nam pessime Haloander legit, *a lite contestata*, id est, post lit. contestatam. Imo longe contra: nam ante litem contestatam legendum, ut in *l. sumptus*. Restat quæstio illa, cur loquatur tantum utraque l. de fructibus perceptis ante litem, id est, cum fructibus perceptis ante litem, usuras novas compensari, item sumptus a possessore factos compensari; an non idem statuendum in fructibus perceptis post litem contest. sic sane inquit Accur. et verum est. Sed magis dubitatur de fructibus perceptis ante litem, nec explicat rationem dubitationis, quæ est hujusmodi: fructus percepti ante litem contest. non veniunt in rei vindic. nisi nominatim petantur, re petita, non videntur et ipsi petiti: et ideo dubitabatur, licet non veniant in actionem, an compensari tamen possint aut debeant cum usuris, vel cum sumptibus de quibus agit possessor; et respondetur compensari. Non veniunt igitur usuræ, sed non ideo minus etiam non compensantur: post litem contest. percepti procul dubio veniunt officio judicis: et ideo certum est et hos compensari: at hoc etiam annotandum est, ubi

emptor in specie proposita solvit creditori sortem cum usuris, quæ jam debebantur creditori fundi luendi causa, sortis quidem solutæ usuras ab eo tempore quo solvit, eum emptorem recte a domino desiderare, id est, vel compensare eas, vel deducere ab eo tempore quo solvit, sed usurarum solutarum creditori usuras eum recte non desiderare: quia et hæ non fuissent præstandæ creditori, quia usuræ usurarum vetitæ sunt, vetitus est ἀνατοκισμὸς, *l. si non sortem* §. *supra duplum*, *inf. de cond. indeb.* et præterea non potest dicere emptor sibi totius pecuniæ solutæ, id est, sortis cum usuris, quasi ex negotio domini gesto ob moram, usuras deberi, ut fit in bonæ fidei judiciis, quale est judicium negot. gestorum, quibus usuræ veniunt ex mora: non potest, inquam, emptor hac actione usurarum, quas solvit, usuras desiderare, quia non tam habuit animum gerendi negotii alieni, quam sui, puta ut fundum retineret sibi: maluit præstare æstimationem litis quam fundum restituere: et ideo consequetur tantum usuras sortis solutæ, quæ cucurrerunt ab eo tempore quo solvit, non etiam usuras usurarum solutarum, usque ad tempus quo agitur in rem. Hujus rei argumentum præbet *l. secus*, *C. de pign. et l.* 12. §. *sciendum*, *inf. qui pot. in pig. hab.* Cetera erunt facilia: subjicitur in hac eadem l. hæc species: ac prius sciendum est multum interesse utrum filiæ aliquid detur in dotem, an in peculium: nam filiæfam. possunt peculium et dotem habere, sed inter has duas causas multum interest: nam si quid filiæ dedero in dotem, res ea fit proprie filiæ, etiamsi maneat in mea potestate: nam non potero unquam dotem ei auferre, aut minuere, nec potero soluto matrimonio de ea dote restituenda experiri non adhibita filia, cujus est facta: possunt qui sunt in potestate habere propria quædam bona, ut castrensia, et quasi, et mulieres dotem profectam a patre. Igitur si dedero aliquid filiæ in dotem, res est propria filiæ, et me mortuo filia eam rem vindicabit aut repetet soluto matrimonio, licet sit exhæredata: exhæredatio non eripit omnia: jus sepulchrorum, libertates assignatas, lucra nuptialia, casum militiæ, non eripit dotem. Et hoc postremum probat *l. un* §. *videamus*, *C. de rei ux. act.* ergo licet sit exhæredata, vindicabit dotem suam filia, non hæres patris. Sed si quid ei sit datum in peculium, mortuo patre, quia finitur peculium et extinguitur, si exhæredata sit, etsi peculium ei legatum non sit, ipsa non poterit vindicare peculium, sed hæres patris vindicabit: at finge nunc speciem hoc modo: pater filiam exhæredavit, et vel modicum, vel nihil ei legavit, peculium ei non legavit nominatim, cum dedisset ei ante peculium, et dotem, sed dixit filiam exhæredando, vel adjecit hanc rationem, id est, hoc elogium, sufficiat tibi dos aut peculium quod dedi, hoc modo, filia mea exhæres esto, contenta esto dote aut peculio quod habes: hoc casu an poterunt hæredes vindicare peculium? sic sane, sed repellentur exceptione doli, qua tuebitur filia se voluntate defuncti, qui plane voluit etiamsi non legavit expressim peculium, ut peculium remaneret apud filiam exhæredatam: exhæredavit enim eam hac ratione: ergo non debet ei auferri peculium, et vindicanti hæredi obstabit exceptio doli mali. Legatum non valet ex nuda et tacita voluntate, et hoc distat a fideicommisso: nam fideicommissum constituit nuda voluntas et tacita conjectura voluntatis: legatum non item, quia ex rigore juris proficiscitur: sed ubique conjectura voluntatis, sive nuda voluntas parit exceptionem, non actionem legati, qua exceptione qui possidet rem, ejus rei defensionem sibi parare debet, sicut pactum nudum actionem non parit, sed exceptionem tantum: et eadem est ratio in specie *l. ult.* §. *avus*, *de dol. exc.* quidam legavit nepotibus singulis centena, alio hærede scripto, et adjecit: ignoscite mihi si non plus relinquo vobis, potueram vobis amplius relinquere, nisi pater vester me male excepisset qui quod mihi debebat nunquam voluit solvere: a quo nunquam potui recipere quindecim millia quæ mihi debebat, et mortuus est: post mortem ejus hæres legata solvit nepotibus, sed postea petiit 16. illa mutua quæ pater debebat defuncto: lex ait eum repellendum except. doli mali: quia videtur testator remisisse eis legatum, et ejus pecuniæ liberationem, cum diceret, ignoscite mihi si non plus relinquo.

Ad L. LXVII.

Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati, vel libertatis exstiterit.

In l. 67. hoc proponitur: statuliber, id est, cui libertas est relicta sub conditione, qui est interim hæredis: res sub conditione legata interim est hæredis, sed dominium abire speratur ab hærede, si existat conditio libertatis: an ideo minus idem hæres vindicabit rem? minime: idem demonstratum est in *l.* 41. *sup.* si emptus fundus addictus sit in diem, dominium abire speratur ab eo, meliore allata conditione, et tamen interim rem emptam vindicat.

Ad L. LXVIII.

A tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxit: is pecuniam invenit, quæritur, ad quem pertineat. Respondi, si non

thesauri fuerunt, sed pecunia sorte perdita, vel per errorem ab eo ad quem pertinebat, non ablata: nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat.

Lex 68. est de thesauro: hoc certum est, thesaurum inventum in alieno, dividi inter inventorem et dominum, thesaurum inventum in proprio fundo totum esse domini, qui hunc invenit, thesaurum inventum in communi fundo esse communem, *l. 22. inf. fam. ercisc.* secundum quam definitionem juris, si ego fundum vendidero, et tradidero, nam hoc exigitur, et mox emptor in eo fundo invenerit thesaurum, thesaurus fit emptoris, nec quicquam desiderare potest venditor: nec movere nos debet quod si scisset fundo suo reconditum thesaurum, non vendidisset aut eo pluris: nam quod fortuna affert, et virgula divina, id inventoris fit. Thesaurus est fortunæ donum, *l. si is cui, inf. de acq. rer. dom.* Dei beneficium, *l. 1. C. de thesaur.* erit igitur thesaurus emptoris: non est dicendum ut judicavit Philostratus meliori viro thesaurum esse adjudicandum: ut res mea, est mea in infinitum, sic infixa, est mea in infinitum, quicquid reconditur meum est, quicquid supra extat, meum est usque ad cœlum: ergo thesaurus erit emptoris. Non est etiam dicendum thesaurum esse dividendum inter emptorem et venditorem: nam hoc est εὐηθὲς, id est stultum. Philostratus ait esse ἄγροικον. Accur. rusticum, *l. Nesennius, sup. de neg. gest.* quod rustici in re perplexa soleant partiri litem, sive bene, sive male, non curant, quod est εὐηθὲς ἄγροικον: sed si non fuerit thesaurus, aliud sequemur, nam quid vocas thesaurum? pecuniam, cujus dominus ignoratur, *l. nunquam, de acq. rer. dom. Boetius: thesaurus est pecunia terra aut pariete recondita, cujus non extat memoria, et dominus est incertus*, et brevius Græci, ἀπομνημόνευτος τῶν χρημάτων ἀπόθεσις sed si ejus pecuniæ sit certus dominus, quamvis terra effossa sit, redit ad suum dominum, si quis doceat se scisse illam pecuniam, vel se illam eo loco recondidisse, vel inscio ejus loci domino: non ita dudum priusquam venderet: non fiet pecunia emptoris, non fiet domini loci, sed ejus manebit cujus fuerat.

Ad L. LXIX.

Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari, officio judicis, ab eo possessio transfertur, et fructuum dumtaxat, omnisque causæ nomine condemnatio fit. Si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit, quo minus possit; is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est. Si vero nec potest restituere, nec dolo fecit, quo minus possit; non pluris, quam quanti res id est, quanti adversarii interfuit condemandus est. Hæc sententia generalis est, et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur, locum habet.

Hujus actionis duæ sunt clausulæ; clausulas vocat de hac ipsa actione loquens Asconius in Prætura Siciliensi: una est de restitutione rei, altera de litis æstimatione seu condemnatione: posterior est condemnatoria, prior non est proprie condemnatoria: et ob id hæc actio, quæ ut dixi, duas clausulas habet, arbitraria est actio: nam arbitraria actio est quæ duas habet clausulas, unam de restitutione, vel traditione, vel solutione, vel exhibitione, vel deditione: alteram de litis æstimatione: quarum priori si pareat adversarius posteriore absolvitur: si non paret priori, ex posteriore plerunque condemnatur: hujus generis est rei vindicatio: ergo arbitraria est actio, et hujus generis esse hanc actionem hæc lex demonstrat plenissime: cujus etiam generis constat esse Publicianam actionem, et actionem ad exhibendum, quæ hujus actionis præparatoria est, et actionem Servianam, et quasi Servianam, et actionem quod metus causa, et actionem de dolo: hæ enim actiones constant ex duabus clausulis seu partibus: est etiam hujus generis actio illa, quæ nomen commune suum fecit, id est, quæ dicitur specialiter arbitraria, quæ est actio ex stipulatu, cum quis promisit dare certo loco: nam si alio loco agatur, æstimanda est utilitas ejus loci, quo dari debuit, nec dedit: et hæc actio ex stipulatu, in qua venit æstimatio loci, quo dari debuit, dicitur specialiter actio arbitraria, quæ etiam duas clausulas admittit, *l. quod si Ephesi* §. 1. *de eo quod cer. lo.* ejusdem generis est actio rerum amotarum, *l. sed cum dos* §. 1. *rer. amot.* et actio finium regundorum, *l. 4.* §. *sed et si quis inf. fin. reg. et* §. *ult. Inst. de offic. jud.* et pleræque aliæ sunt vel in rem, vel in personam, et actiones noxales omnes sunt arbitrariæ, quod plerique nolunt concedere: sed est verum. Sic interdicta noxalia omnia sunt arbitraria, quia duas clausulas habent, una est de deditione, ut servus dedatur in noxam: quæ quidem deditio quamvis manet ex 12. tab. tamen fit arbitrio judicis, id est, deditur servus, non utcunque, sed ut judex arbitratus fuerit: altera clausula est de litis æstimatione: qui priori non obsequitur, obstringitur posteriori: id est, qui non dedit servum arbitratu judicis, præstat æstimationem litis damni, noxæ, § *præterea. Inst. de action. l. ult. inf. de interd.* quamobrem, ut hoc utamur exemplo, actio quidem vi bonorum raptorum, quamvis non sit arbitraria, propterea quod unam tantum clausulam ha-

bet de condemnatione in quadruplum, quam judex semper debet exequi, etiam si reus paratus sit rem, quam rapuit, restituere, rei restitutio non liberat eum a pœna: ergo non liberat hac actione, quæ pœnalis est, quæque unam tantum clausulam continet in quadruplum, sive restituat rem, sive non: cum tamen restituit rem, et accepit actor, damnatur tantum in triplum, quoniam est actio mixta: nam in quadruplo inest res. Re igitur recuperata actori non superest actio nisi in triplum, ne bis idem consequatur: noxalis tamen actio vi bonorum raptorum est arbitraria: simpliciter non est arbitraria, sed cum adjectione hac: noxalis actio vi bonor. raptor. est arbitraria quia dominus cum quo agitur actione vi bonor. raptor. puta quod servus ejus alteri rapuerit aliquid, si servum dedat, arbitrio judicis evitat æstimationem quadrupli et litis æstimationem. Sic verum, est, omnes actiones noxales indistincte esse arbitrarias: sic etiam interdicta noxalia, sic etiam interdicta exhibitoria et restitutoria, quod omittunt qui tractant de arbitrariis actionibus, ut interdictum quod vi aut clam, quod etiam habet duas clausulas, ut declarat *l. semper* §. *in hoc*, *usque ad finem*, *l. inf. quod vi aut clam*, et interdictum de precario, *l.* 8. §. *ex hoc*, *inf. de precar.* et interdictum unde vi, *l.* 1. §. *non solum*, *inf. unde*, *vi*, si modo legatur: *aut eorum*, ut Florent. non *eorum autem*, ut vulgo male: hæc etiam interdicta sunt arbitraria, quia duabus clausulis constant positis in arbitrio judicis: et sane ideo rectissime in fine hujus l. dicitur, sententiam generalem hujus legis, quæ proponitur initio, et quæ exprimit vim, potestatem, ordinem rei vindicationis, et duas clausulas; quib. constat hoc judicium, hanc, inquam, generalem sententiam locum habere etiam in similibus actionibus, vel etiam interdictis. Ergo ut actiones quædam sunt arbitrariæ, sic et interdicta pleraque, ut docui. Item actiones aut sunt bonæ fidei, aut strictæ, aut arbitrariæ: interdicta aut sunt stricta, aut arbitraria, nulla bonæ fidei, et sic etiam tres ll. quæ sequuntur, quæ sunt eadem de re, et pertinent proprie secundum inscriptiones ad interdicta, quia in libris unde sumptæ sunt auctores tractarunt de interdictis. Sic igitur et actiones et interdicta quædam sunt arbitraria quæ constant duabus illis clausulis. Dixi eum qui non paret priori clausulæ, plerumque damnari ex posteriore, quia scilicet nonnunquam absolvitur posteriore, etiamsi non pareat priori, ut in hac specie: actio quod metus causa est arbitraria: datur hæc actio non tantum in eum qui metu rem extorsit, sed etiam in eum qui rem metu extortam ab alio ipse habet et possidet, quamvis ipse metum non intulerit, quia est in rem scripta, id est, datur adversus quemlibet possessorem generaliter, nec scribitur in personam, id est, non notat personam ullam, puta non agitur hoc modo: *quod metum feceris*, sed hoc modo: *quod metus causa mihi extortum est, et tu habes, id te mihi dare sive restituere oportet.* Finge igitur agi quod metus causa adversus eum qui habet rem metu extortam ab alio: is jubebitur id restituere ex priori clausula, et si non restituerit, id est, non paruerit priori clausulæ, condemnabitur in quadruplum ex posteriori clausula, videlicet si rem habeat, et pertinaciter contendat se non debere eam restituere, vel etiam si eam rem dolo desierit possidere, aut si ejus culpa res interierit. Sed si sine ejus culpa res interierit, vel dolo, qui metum ipse non fecit, nec habet rem, nec parebit priori clausulæ, quia res interiit sine ejus dolo et culpa, nec damnabitur ex posteriore, *l. item si cum* §. *aliquando*, *sup. quod met. cau.* quod plane declarat, utramque clausulam esse positam in arbitrio judicis: sed prior clausula dicitur proprie arbitrium, posterior judicium: priore arbitratur judex, posteriore judicat: qua rationem et priorem clausulam exequitur plane; sed ea contempta ab adversario, transit ad alteram, et hanc alteram exequitur semper: durior est voluntas ejus qui dicit se judicare, quam ejus qui dicit se arbitrari rem restituendam esse actori: durior voluntas judicis exequenda est semper, non arbitrium quodlibet: qui judicat, condemnat vel absolvit; qui arbitratur, neque judicat neque condemnat: nam ita dicit, arbitror rem actori esse restituendam, et quodammodo jubet ut restituas: tu si non parueris dicto, animadversa contumacia tua, vel dolo, judex litem æstimabit, et condemnabit te pro potestate sua, et eam condemnationem exequitur omnimodo, ceteræ autem actiones sive bonæ fidei, sive strictæ, quæ non sunt arbitrariæ, unam tantum clausulam habent de condemnatione, non priorem illam, de restitutione: et in eis actionib. etiam parato reo rem restituere, si ea restitutio non expleat desiderium actoris, potest enim actori quælibet vel modica satisfactio satis esse: sed si non satisfaciat restitutio illa, nihilominus sequetur condemnatio in omnem casum, et litem, et accessiones omnes. Sed in actionibus arbitrariis reo parato restituere rem de qua agitur, non proceditur ad condemnationem. Ergo ad hunc modum, quia jam satis perspicimus naturam actionum arbitrariarum, in rei vindicatione jubet primum judex rem restitui oportere, cui jusso, præcepto, arbitrio si non pareat adversarius: ita docet hæc lex distinguendum esse: aut adversarius quem jubet judex rem restituere ex priori clausula eam rem habet, aut non: si rem habet, vel judex eam aufert manu militari, judex etiam datus sive delegatus, quia judex datus utitur ejus qui dedit apparitoribus et mi-

litibus, ipse nullos habet, *Nov. de testibus*, *Nov. de duobus reis*: vel ergo judex ab eo qui rem habet, rem aufert per manum militarem, et faciet tantum condemnationem fructuum nomine, et ceterarum utilitatum nomine: vel etiam, quod hic omittitur, judex re non ablata deferet actori jusjurandum in litem, et tanti reum condemnabit quanti actor in litem juraverit, *l. ejus* 3. *hoc t. l.* 5. §. *item Julianus*, *inf. ad exhib. l.* 2. *inf. de in lit. jur.* quia jurejurando in litem punitur non tantum dolus adversarii, id est, si dolo desierit rem possidere, sed etiam contumacia, id est, si rem, quam possidet, nolit restituere. Ergo cum rem habet et possidet, liberum est judicii vel damnare eum quanti actor rem æstimaverit, vel auferre rem manu militari, et ceterarum utilitatum condemnationem facere. Si vero rem non habet, ita distinguimus: aut dolo desiit eam rem possidere, aut culpa: si dolo desiit eam rem possidere, et ob id non possit parere arbitrio, id est priori clausulæ, judex debet eum tanti damnare quanti actor rem suam æstimaverit, et etiam, ut ait, quanti sine ulla taxatione in infinitum juraverit. Debet igitur eum condemnare in eam pecuniam quanti rem suam quæ non restituitur, se æstimare actor juraverit, etiamsi sit pretium immensum, iniquum, immodicum, falsum. Ergo ait, *quantum sine ulla taxatione in infinitum juraverit.* id est, etiamsi judex non præfinierit ei certam summam ad quam usque juraret: potest quidem judex ei præfinire certam summam, *jura tanti rem esse*, potest modum jurijurando injicere; jusjurandum refrænare, *l.* 4. §. *jurare*, *l. in actionib. inf. de in lit. l.* 3. §. *præterea*, *inf. ad exhib.* atque ita quotidie observatur, ut declarant formulæ vulgares sententiarum: *nous l'avons condamné et condamnons à rendre lesdits biens qui sont en nature, ou à l'estimation et valeur d'iceux, en laquelle ledit demandeur sera creu à son serment, taxation prealablement faite.* Sic igitur solet judex jurijurando modum præfinire, taxationem sequitur jusjurandum, jusjurandum sequitur condemnatio: sed etiamsi judex non præfinierit certum modum, et pro animi sui arbitrio et libidine actor juraverit in immensum, sine ulla taxatione judicis, jusjurandum valet: sed postquam juratum est licebit judici jusjurandum moderari, *d. l. in actionibus*, quia hoc jusjurandum judex defert: cujus est deferre jusjurandum, ejus est moderari. Nam etsi valeat jusjurandum, licet rem actor æstimaverit immodico pretio, non ideo tamen vetamur ei modum adjicere: duo primum huic jurijurando modum injiciunt: primum religio ipsa præsumitur satis modum injicere, qua de causa non æstimat rem suam sine jurejurando: denique religio actoris modum præsumitur injicere, vel si modum non servarit, eum injicit religio judicis. Sed tamen hac via plerumque æstimantur res pretio immodico aut iniquo: varia sunt pretiorum genera: alia sunt quibus res communiter æstimantur, quæ sunt pretia vera et justa: alia sunt quæ quisque statuit et indicat pro sua animi affectione: quod communiter est tanti, privatim mihi est pluris forsitan: hujus pretii ratio habetur propter dolum, aut contumaciam adversarii, ita ut liceat petitori jurato rem æstimare, iniquo pretio, id est, non vero: et ut hoc ei liceat æquum est: nam cum cogatur rem suam vendere propter dolum aut contumaciam rei qui non restituit rem, æquum est ut non cogatur eam vendere æquo et justo pretio, sed si quo possit majori, *l. non enim, inf. rer. amot. non est æquum*, inquit, *invitum rem suam suo pretio vendere*, id est, justo et æquo: postquam cogor vendere, vendam meo pretio, non vero, non justo: et hoc est quod dicitur in *l.* 70. cum docuissent auctores, tripliciter puniri dolum possessoris: sed unum tantum genus pœnæ exposuimus, (id est, ut reus damnetur quantum actor in litem juraverit, alia genera non explicabimus) cum ergo dolum tripliciter puniri docuisset, subjicit in *l.* 70. Pomponius, *ne in potestate cujusque sit per rapinam ab invito domino rem justo pretio comparare.* Florent. habent *justo*, vulgo omnes, *injusto*, quod vexavit Accurs. et est ratio eorum quæ dicta sunt supra, maxime in *l. qui restituere.* Cur enim damnatur possessor quanti actor rem æstimaverit? juratus æstimat plerunque injusto pretio, quia æquum est, ne per rapinam, per dolum et contumaciam possessoris cogatur dominus invitus rem suam vendere, et contentus esse vero et justo pretio, sed liceat ei facere injustum pretium, cum invitus vendat. Sed si culpa actor desierit rem possidere, tunc ex posteriori clausula cum non possit obsequi priori possessione amissa, non damnabitur quanti actor in litem juraverit, sed in verum pretium, id est, quanti res fuerit revera: mitius punitur et damnatur qui culpa amisit rei possessionem, quam qui dolo, sicut et dolus ejus qui amisit possessionem præter jusjurandum in litem ita coercetur, ut non cogatur ei actor cedere actionem suam, id est, rei vindicationem directam rei persequendæ gratia, cujus possessionem amisit, et tertio, ut non habeat etiam is qui dolo desiit possidere, et ob id sustulit litis æstimationem, id est, passus est litis æstimationem, ut ipse etiam non possit actione Publiciana rem persequi, quibus generibus non plectitur culpa, ut significat *l.* 69. *et* 70. et exposui etiam in *l.* 19. *l.* 21. 36. *et* 62. *sup.* ergo dolus tantum punitur illis tribus modis, ut æstimetur res jurejurando actoris, ut damnetur, non cedatur directa vindicatio, ut non detur Publiciana: sed *l.*

71. excipit unum casum, nisi actor contentus sit vero pretio: dolus possessoris coercetur et punitur quanti actor in litem juraverit: sed si nolit jurare, si contentus est vero pretio, mos ei gerendus est: nam sunt plerique qui nolunt se devovere, et jurare metu divini numinis, *l. 8. de condit. Instit.* Si igitur ipse actor nolit pretium rei facere, judex damnabit possessorem, etiam si dolo fecerit, in verum pretium; qui culpa autem desiit possidere, semper damnatur in verum pretium, et cedenda est ei actio, vel etiam sine cessione danda Publiciana rei et possessionis amissæ recuperandæ causa.

Ad L. LXIII.

Si a Titio fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio hæres extiterit, et eundem alii vendiderit, et tradiderit: æquius est, ut tu potior sis: nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres. Sed et si ipse possideret, et tu peteres, adversus exceptionem, dominii replicatione utereris.

Habuimus unum casum in *l. 62. sup.* quo agenti Publiciana adversus possessorem eundemque dominum rei non obstat exceptio justi dominii: alius casus proponitur in *l. 73.* qui est talis: Titius rem meam tibi vendidit et tradidit, deinde Titius hæres mihi extitit, et adivit hæreditatem meam, et ita aditione factus est dominus ejus rei; et post aditionem rursus eam rem alii vendidit et tradidit: quæritur quis sit potior in ea re obtinenda, prior emptor, an posterior cui tradita est res: et constat eum esse potiorem cui priori tradita res est, l. *quoties, de rei vindic.* licet ei tradita sit eo tempore, quo venditor non erat dominus ejus rei, quia scilicet unus idemque est homo qui tradidit et tibi et alii: secus esset si tu emisses a Titio non domino, alius a me domino: nam hic qui a me emit, licet posterior sit, potior erit, quia a domino accepit, tu a non domino accepisti, *l. si ea res, §. ult. inf. de action. empt.* at si unus idemque homo, cum non esset dominus, tibi eam rem vendiderit et tradiderit, et deinde cum esset dominus eandem rem alii vendiderit, tu omnimodo eris posteriori anteponendus: quia etiamsi venditor hic qui nunc factus est rei dominus aditione hæreditatis quasi ex nova causa dominii, velit eam rem a te vindicare, tu poteris eum repellere exceptione doli, vel in factum, vel exceptione rei venditæ et traditæ, *l. pen. de except. rei jud. l. apud, §. si a Tit. inf. de doli exc.* quibus locis proponitur eadem species, quæ in hac l. quia his omnibus tribus locis ex Juliani libris sumpta est hæc species, item quia si tu cui priori res tradita est amiseris possessionem rei, et forte ea possessio pervenerit ad venditorem, recte ages adversus eum actione Publiciana, et si is opponat exceptionem justi dominii, quod scilicet postea acquisivit aditione hæreditatis, tu repelles eum replicatione doli, vel in factum, vel etiam exceptione rei venditæ et traditæ, atque ita elides exceptionem dominii: hoc igitur casu Publicianæ actioni non officit exceptio dominii: et hoc ita verum est, si modo tu pretium solveris venditori, aut ei satisfeceris pretii nomine; nam satisfactio pro solutione est: alioquin venditori, cui non est solutum pretium, est retentio rei veluti pignoris loco, *l. Julianus, §. offerri, inf. de action. empt. l. 6. inf. de do. præl.* et ideo ut possis exceptionem dominii eludere replicatione rei venditæ et traditæ, et ita infirmare intentionem et exceptionem venditoris, et auctoris tui, necesse est ut ei pretium adnumeraveris, et ob id etiam in hac l. ponitur pretium fuisse solutum, ob id inquam tantum, non etiam ut competat Publiciana necessarium fuit solutum fuisse pretium, *l. de pretio, l. seq.* ergo in hac specie, posteriori emptori tradita intelligitur res, quæ jam fuerat priori abalienata, quanquam revera priori traditione non fuit alienata, quia tum non erat dominus rei, cum tradidit priori: et certe non fuit dominus prior emptor, nisi usuceperit: ei necessaria est usucapio: sed tamen sive agat rei vindicatione prior emptor adversus emptorem, qui eam rem possideat, sive inter se agant prior emptor et posterior, semper prioris conditio melior erit, licet re vera non sit dominus ipse, sed posterior, quia cum tradidit posteriori, erat dominus rei. Ceterum æquitas exigit ut non verum dominum habeamus pro domino, et ut eum qui non est dominus verus, tueamur quasi dominum.

Ad L. LXXIV. et LXXV.

L. LXXIV. In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte ejus sit: hoc enim petitoris munus est, non possessoris: quod et in Publiciana observatur.

L. LXXV. Superficiario, id est, qui in alieno solo superficiem ita habet, ut certam pensionem præstet.

Ait, speciali actione in rem, et in Publiciana, quæ est etiam specialis, possessorem non cogi dicere pro qua parte ejus sit: non cogi igitur dicere pro qua parte contendat rem suam esse, non cogi dicere titulum suæ possessionis: et recte ait, *in speciali actione*: nam aliud est in universali, idest, in petitione hæreditatis, *l. cogi, C. de pet. hæred.* ut explicavi supra in *l. officium, et l. qui*

petitorio: hoc non est munus possessoris in speciali actione, ut doceat titulum suæ possessionis, sed hæ partes sunt petitoris, ut dicat doceatque sui dominii et juris titulum et causam, eo non docente, possessor absolvitur, excepto uno casu, qui proponitur in *l. ult. hoc t.* quo quidem etiamsi petitor non probaverit rem suam esse, possessio rei in eum transfertur, si modo probaverit adversarium possidere rem, quam mentitus fuerat se non possidere: hæc est pœna mendacii, ut possessio transferatur in actorem, licet non impleverit probationes dominii, modo convicerit mendacium rei: et ita et am plerisque aliis casibus pœnæ causa tantum possessio transfertur in adversarium, *l. de bonis*, §. *ult. de Carb. ed. l.* 11. §. *ult. de collat. bonor. l postquam* . §. *Imperator*, *ut legat. nom. cau. l.* 1. *C. uti pos. et Nov.* 18 §. *ult.* Sequitur in hac eadem *l. superficiario*: nam verbum illud est hujus l. dare Prætorem actionem in rem causa cognita ex edicto de superficiebus, quod proponitur in titulo *de superficiebus*: directa et civili vindicatione vindicamus ea, quæ nostri patrimonii, sive dominii sunt, utili et prætoria vindicatione vindicamus superficiaria, vectigalia, id est, prædia vectigalia, sive emphyteuticaria, et ea quæ bona fide possidemus. Ad summam, duplex est vindicatio, civilis et Prætoria, vel quod idem est, directa et utilis: prætoria est triplex: superficiaria, vectigalis, et Publiciana, et inseritur hoc loco ex Paulo definitio superficiarii, ut superficiarius sit, qui in alieno superficiem ita habet, ut pensionem præstet quotannis, certam scilicet, quæ pensio appellatur solarium in libris nostris, quod præstetur pro solo ut apud Justinum 18. *statuto annuo vectigali pro solo urbis.* Si quis igitur quæsierit quid sit superficiarius, non dixeris eum, qui in alieno solo ædificavit: hoc enim non est satis: quid enim si ædificavit invito aut ignorante domino soli? hic non est superficiarius: hic nullum jus habet in superficie, nullam habet adversus dominum rem vindicantem exceptionem, nisi ratione sumptuum, cum dominus non patitur eum tollere ædificium, ut in *l. in fundo, sup. hoc tit.* igitur dominus rei vindicat ædificium, quia ædificium cedit solo semper, hoc est naturale, ut superficies cedat solo, *l. qui domum*, *inf. ad l. Aquil. l. ult. inf. de superfic.* et ideo dominus ei rem auferet sine metu exceptionis, et eum expellet tam solo quam superficie; et ita apud Livium 39. cum Galli Alpes transgressi loca inculta per solitudines Italiæ, et ita sine ullius injuria occupassent, et oppidum ædificare cœpissent: Senatus respondit, non recte eos fecisse, qui in alieno solo ædificare conati essent sine permissu Romani magistratus, et exire eos atque reverti in patriam solum jussit, quod quidem jussisset inique, si sola ædificii impositione facti essent superficiarii. Superficiarium igitur ita definiamus, *superficiarius est, qui in alieno solo ædificavit, quod quidem a domino conduxerit*: ergo a volente, ea lege ut ædificaret et haberet ædificium in perpetuum, vel ad tempus non modicum, sub certa pensione annua: quo genere contractus hodie utimur frequenter. Hic est plusquam conductor, quia conductio jus nullum tribuit in re: hæc conventio jus tribuit in superficie, jus quod dicitur superficiarium et ἐμβατευτικὸν, seu ἐμβατικὸν, *l.* 3. §. *si is*, *inf. de reb. eor. qui sub tut. vel cu. sunt, si decr.* quod ἐμβατεύειν sit frui ædificio alieno, et ob id etiam dominum vindicare superficiem: potest enim vindicare superficiem jure civili et naturali, cum cesserit solo, nec soli dominium mutatum sit: sed adversus dominum vindicantem superficiarius defendet se exceptione in factum, *l.* 1. §. *plane*, *inf. de superfic.* et ideo sicut proprio quodam jure a conductore separato, sive propria quadam lege conductionis, ut superficiarius censetur: ita etiam proprio nomine censetur et vocatur superficiarius, non conductor, et datur ei non actio ex conducto, quia conductio egreditur fines conductionis vulgaris, sed datur ei actio superficiaria, quæ est utilis in rem, et interdictum de superficiebus, sicut etiam emphyteuticario: hæc enim est ejus definitio certa, id est, ei qui conduxit solum a domino ea lege ut eum excolat, aret, conserat, implantet, *qui le mette en nature,* cum sit forte solum squallidum et incultum, ei, inquam, qui conduxit solum a domino ea lege ut habeat in perpetuum, vel in tempus non modicum, sub certa pensione annua: sic etiam est plusquam conductor, quia habet jus in re, jus vectigale, quia pensio, quæ solvitur quotannis, dicitur vectigal, ideo proprio nomine censetur. Est ergo emphyteuticarius non conductor, et datur ei propria actio, quæ dicitur vectigalis actio, et est utilis in rem, sicut superficiaria et prætoria, et omnino persimiles sunt superficiarius et emphyteuticarius: superficiarius accipit solum ut superædificet. Emphyteuticarius ut aret, colat, ferat, plantet: superficiarius habet jus in superficie, emphyteuticarius in solo: et ideo superficiarius potest imponere servitutem in superficie tantum, emphyteuticarius in solo; sed quo ad cetera attinet sunt persimiles, et utrique datur propria actio utilis in rem, huic superficiaria, illi vectigalis, et utrique causa cognita: nam prius debet agnoscere Prætor quid actum sit inter contrahentes: potest conductio contrahi in perpetuum absque eo quod inferatur ullum jus in re conductori. Igitur videndum est quid actum sit, an ut esset conductio nuda, an ut etiam jus daretur in re conducta, conductori: nam si sit conductio nuda, non dabitur vindicatio neque

directa neque utilis. Item videndum est, an conduxerit tantum ad tempus modicum: nam qui conduxit ad tempus modicum is habetur pro nudo conductore, non prosuperficiario, aut emphyteuticario.

Ad L. LXXVI.

Quæ de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda sunt, officioque judicis continetur, pro modo partis ea quoque restitui jubere, quæ simul cum ipsa parte restitui debent.

Est ex libris ad edictum: edictum de rei vindicatione fuit de tota re quæ vindicatur; ideo monet Cajus ad edictum in *h. l.* ea, quæ de tota re dicta sunt, pertinere etiam ad partem, si pars rei vindicetur: edictum quod est de tota re, coangustari etiam ad partem, partem toto adæquari: et ideo quod in totius rei vindicatione officio judicis continetur, id etiam continetur in vindicatione partis, ut pro modo partis jubeat judex restitui, non partem tantem, sed etiam pro modo partis fructus et omnem causam: et ut observet duas clausulas quas dixi in *l. qui restituere*, observari in totius rei vindicatione, id est, ut primum jubeat restitui, deinde condemnet et cogat: *cogere*, ait *l. a quo*, *sup. hoc. t.* qui condemnat cogit, qui jubet, arbitratur, rogat: jubeo est verbum precarium non directum, non etiam cogit: plus est cogere, quam jubere, ut est in Comœdia: *Jubeo*, *imo cogo*, apud Terent. primum jubet restitui, deinde cogit restitui, vel litem æstimat. Subjicitur in h. l. incertæ partis vindicationem dari causa cognita: causa cognita datur vindicatio superficiaria et vectigalis: datur etiam civilis vindicatio causa cognita de parte incerta, et hæc verba sunt edicti: incertæ partis vindicatio datur, si justa causa intervenerit: et ideo ponit mox exemplum justæ causæ, ut si res legata petatur per vindicationem, quam minuat interveniens lex Falcidia, et incertum sit pro qua parte minuat, interim donec judex sive arbiter legis Falcidiæ inierit rationem bonorum, et æris alieni, et legatorum, et explicaverit quatenus sit Falcidiæ locus melius erit legatario dari vindicationem incertæ partis hoc modo: *quantum paret in ea re meum esse jure legati*: melius, inquam, quam legatarium deduci atque in periculum plus petendi: ita causa cognita dabitur vindicatio incertæ partis, *l. 3. §. ult. et l. 6. sup.* alioquin ut certa debet esse sententia, sic et certa actio id est, de re certa, aut summa certa, et ait, *vix apud judicem æstimari an sit, aut quatenus sit locus Falcid.* vix, id est, cum difficultate summa et tractu temporis aliquo: et ideo non prohibetur inter moras legatarius incertam partem rei legatæ vindicare, et apud judicem, id est, apud arbitrum Falcidiæ, qui datur ad ineundam quantitatem bonorum, et æris alieni, et legatorum, ut liqueat de modo Falcidiæ.

Ad L. LXXVII.

Quædam mulier fundum ita non marito donavit per epistolam, et eundem fundum ab eo conduxit: posse defendi, in rem ei competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem, veluti per colonam. Proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, cum epistola mitteretur: quæ res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conducto non intervenisset.

Species est: mulier quædam extraneo per epistolam donavit fundum, quem is cui donabat, possidebat, et præterea eum fundum ab eo conduxit: certe perfecta est donatio, et dominium translatum est in eum, cui donatum voluit: quia scilicet traditio intervenisse intelligitur. Duo autem sunt argumenta traditionis, primum quia is cui donabat, jam eum fundum possidebat, §. *interdum*, *Instit. de rer. divis.* cum ego tibi dono quod possides, jam et tradere videor: atque ita mea voluntas facit te dominum licet factum nullum, id est, nulla traditio corporalis intervenerit: fingitur enim intervenisse, et fictiones in jure pro veritate recipi rerum expediendarum utilitas desiderat. Est et aliud argumentum traditionis, conductio scilicet, quia illa quæ donavit tibi fundum, mox conduxit a te sub certa mercede; conductio est species traditionis, sicut retentio ususfructus, ut si quis donet, nec tradat, sed retineat usumfructum rei, et constituat se fructuarium, qui ante erat proprietarius, videtur tradidisse, quia retinendo usumfructum, sicut conducendo, alium possessorem facit, et non ipse possidet jam, sed alius per ipsum, *l. ult. quisquis*, *C. de donat.* primum quidem ex constitutione Honorii et Theodosii retentio ususfructus non habebatur pro traditione in donationibus, quæ strictius accipiebantur, sed erat necessaria corporalis traditio, ut videretur perfecta donatio: ægre jura probant donationes, quia et dissolutorum videntur esse hominum, et ideo exigunt multas solemnitates: insinuationem, quam non exigit in aliis contractibus, rerum quæ donabantur olim singularum recensionem: nam donatio omnium bonorum non valebat, nisi quis explicasset et recensuisset singulas res, puta hanc et illam rem: alio qui non valebat: exigebant mancipationem, vel cessionem in jure, vel traditionem naturalem, nec retentio ususfructus erat pro traditione, sed Impp. hoc mutarunt. *l. pen. et ult. C. Th. de donat.* ut etiam in donationibus et dotibus esset retentio

ususfructus pro traditione, quo jure utimur vulgo, cum juris solemnitates æquius et tutius sit contrahi, quam propagari: itaque in venditionibus ut adjectum est in *l. quisquis*, nam in venditionibus retentio ususfructus est pro traditione, sed non semper pro dominii translatione, quia nec traditio est pro dominii traslatione in venditionibus nisi pretio soluto: et ita accipienda est *l. quod vendidi*, quam citat. Accurs. *inf. de cont. empt.* nec præterea dicendum ut Accurs. aliud esse dicendum in donatione, aliud in venditione, quia in utraque retentio ususfructus et conductio species est traditionis.

Ad L. LXXVIII.

Si ejus fundi quem alienum possideres, fructum non coegisti: nihil ejus fundi fructuum nomine te dare oportet. Paulus: immo quæritur, hujus fructus idcirco factus est, quod is eum suo nomine perceperit. Perceptionem fructuum accipere debemus, non si perfecti collecti, sed etiam cœpti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint: veluti si olivæ, uvæ lectæ: nondum autem vinum, oleum ab aliquo factum sit: statim enim ipse accepisse fructum existimandus est.

Restat hæc l. 78. quæ vulgo pessime explicatur, et delenda sunt omnia quæ in eam scripsit Accurs. Proponit primum sententiam Labeonis, deinde reprehensionem Pauli: sed quænam est hæc reprehensio? res ita explicanda: loquitur uterque de bonæ fidei possessore, quia agitur de eo qui fructus suos facit, *si ejus fundi*, inquit etc. Bonæf. possessor post litem contest. tenetur de perceptis et percipiendis, sed ante litem, de perceptis tantum, et extantibus, de non perceptis non tenetur etiamsi percepturus fuisset petitor. Labeo non ita dicit, sed de non coactis non tenetur: fructus quos non coegit, non restituit: male loquitur: quia restituit fructus quos non coegit, si modo eos perceperit: plus est cogere quam percipere: nam percipere quid est? percipitur frumentum, spica cæsa nondum lecta, percipitur vindemia, uva lecta percipitur olivitas olea excussa, percipitur fœnum, fœno cæso, nec necesse est fieri frumentum, aut vinum, aut oleum, ut videatur perceptus fructus. Denique percipere est terra separare fructus, at cogere aliud est longe amplius: cogere vindemiam in *l. ususfructus, inf. quib. mod. ususfr. amitt.* quæ l. ad rem valde pertinet, cogere vindemiam non est colligere uvas et ad mere, sed premere et colare uvas, *fouler la vendenge.* Nonio Marcello cogere oves est premere ubera ovium et mulgere. Labeo ait: est eum vindemiam non restituere quam non coegit, quod falsum: immo restituet si perceperit, et ainsi non coegerit. L. pen. exposuimus in *l. Julian. et l. fructus sup. h. t. L. ult.* explicavi in *l.* 72.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Titulum II. De Publiciana in rem actione 8. *Julii* 1566.

Post tit. de rei vindicatione datur tit. de Publiciana in rem actione, quæ prætoria est actio: illa de qua agitur super. tit. est civilis, cui tamen juncta etiam est actio superficiaria, *l.* 73. et duab. sequ. quod quidem aliud est genus prætoriæ vindicationis: at debuit ei specialis tit. dari, sicut Publicianæ hic tit. datur, et vectigali, quæ est alia vindicatio Prætoria, sequens tit. Sed cum eodem edicto Prætor proposuisset simul et interdictum de superficiebus quod est de possessione superficiei comparatum exemplo interdicti uti possidetis, et actionem superficiariam, quæ est quasi de proprietate superficiei, atque ita cum edictum illud posset poni vel inter interdicta, vel inter vindicationes, maluit Tribon. id referre inter interdicta lib. 43. Dig. quam hoc lib. inter vindicationes: satis esse ratus actionis superficiariæ mentionem injectam tit superiore *l.* 73. restat tamen et specialis tit. de actione superficiaria, qui est rejectus in lib. 43. Civilis vindicatio datur ei qui dominium habet jure civili, aut jure gentium: superficiaria et vectigalis datur ei qui dominium non habet; superficiarius enim non est dominus, nec emphyteuticarius, cui datur vectigalis, sed Prætor utrumque tuetur quasi dominum datis utilib. in rem actionib. exceptionib. replicationib. et postquam feuda in usum venerunt, hodie eadem est conditio feudatarii: nam licet hic etiam dominium rei non habeat, tamen ei accomodat Prætor quasi domino utilem vindicationem: et ita hodie superficiariæ et vectigali vindicationi adjungenda est feudataria, *lib.* 2. *feudor. tit.* 9. quæ tres vindicationes dantur eis qui dominium non habent: sed quos tamen Prætor habet dominorum, loco, et vice. Publiciana item ei datur qui dominium non habet, *l. si ab eo. inf. de p gn.* Sed quem Prætor tuatur quasi dominum ut superiores superficiarium, empytêuticarium, feudatarium. Et ut rem ipsam statim definiamus, Publiciana actio est utilis vindicatio, quæ amissa possessione datur ei qui a non domino rem traditam ex justa causa acquirendi dominii bona fide accepit, necdum usucepit. Hæc definitio brevis edicti hujus comprehensio est. Dicit primum hæc definitio, Publicianam esse utilem vindicationem, quia datur ad exemplum di-

rectæ et civilis vindicationis, *l. in honorariis, inf. de obl. et act.* et ut ait eleganter *l. 7. §. Publiciana, inf. h. t.* satis obscure tamen, Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit, id est, Publiciana actio non avocat nudam possessionem, sicut actio hypothec. quæ est actio in rem Prætoria avocat nudam possessionem *l. si cum venditor, inf. de evict.* et recte in Basilicis, ad §. Publ. additur verbum nudæ: Publicianam nimirum, *μίμησιν ἔχειν δεσποτείας καὶ οὐ ψιλῆς νομῆς*, id est, *Publicianam habere instar proprietatis non nudæ possessionis*: id est, non nudam possessionem avocare, sicut hypothecariam, sed et quasi proprietatem petere, perinde atque si actor rem usu suam fecisset, quia quantum jus civile tribuit veritati, id est, dominio, tantum Prætor tribuit bonæ fidei, *l. bona fides tantum præstat, inf. de reg. jur.* atque ideo Prætor eum, qui bona fide rem traditam accepit, loco domini habet, tuetùrque cum actionib. tum exceptionib. quasi dominum: et eadem ratione in libris nostris dominus sæpe accipitur pro bonæ fidei possessore, licet non sit dominus, *l. si quis, in princ. inf. de usurp. et usuc. l. servi, §. ult. inf. de furt. l. 1. de fund. dot. l. si finita, §. Julianus, inf. de dam. inf.* Est igitur hæc actio, cui nomen fecit Publicius Prætor, fictitia actio: nam fingitur usucepisse qui nondum usucepit, dominus esse qui nondum est factus dominus: et hac fictione posita, hocque veluti colore inducto, datur hæc actio, quæ sine colore isto et sine fictione ista daretur inique, quod utilitas exigit admitti, etiamsi id jus civile non ferat, Prætor admittit et adumbrat imagine quadam juris: atque ita sicut bonæ fidei possessori, cui datur bonorum possessio ex successorio edicto, qui quidem non est hæres, sed prætorio jure est vice hæredis, sicut inquam, ei Prætor accommodat fictitias actiones, quæ et possessoriæ actiones dicuntur et sicut vindicationes sive petitiones, in quibus hæredes esse finguntur, et fictitias actiones eas appellat Ulp. in *frag. tit. de posses. dand.* ita etiam bonæ fidei possessori, qui rem certam sibi a non domino traditam bona fide accepit, amissa possessione Prætor accommodat fictitiam actionem, in qua fingitur esse dominus qui non usucepit: hæc est sententia §. *namque, Instit. de action.* in quo recte Theophilus utitur verbo *πλάττεται*: quod qui agit Publiciana fingat se esse dominum. Est igitur actio *πλαστική*, seu, fictitia instar proprietatis, non proprietas: bonam autem fidem sufficit intervenisse initio contractus et traditionis, quod sufficit ut competat Publiciana; si contraxerit bona fide cum non domino de re aliena, et si eam acceperit bona fide, *l. 7. §. ult. inf. h. t.* nam etiam si post traditionem resciverit rem esse alienam, ut se etiam et mala fides quæ supervenit, non interrumpit usucapionem, *l. bona fides, sup. de acquir. rer. dom.* ita etiam actionem Publicianam non tollit, *l. 7. §. Publiciana 2. inf. hoc t.* Igitur actio Publiciana datur etiam ei qui scit rem esse alienam, et inde qui victus est vindicatione directa, atque ita rescivit rem esse alienam, non prohibetur postea experiri Publiciana, victo directa vindicatione superest Publiciana. *l. minor, §. si servus, inf. de evict.* et in incerto, id est, si dubitet, rem acceperit a domino an non a domino, licebit ei disjunctim instituere et directam et Publicianam, ut nostri interpretes existimant, *arg. l. 1. §. 1. inf. quod leg. et l. 1. inf. de eo qui pro tut. aut cur. neg. gest.* recte, *disjunctim*, et sub alternatione, cum constet conjunctim utramque actionem institui posse, ut in specie *l. 5. in princ. tit. prox. sup.* si gregem ovium demortuis quibusdam capitib. supplevero, emptis ovibus partim a domino, partim a non domino, licebit mihi vindicare gregem, et cumulare tam directam quam Publicianam vindicationem, qui locus est singularis, ut ibi diximus. Adjecimus in definitione actionis Publicianæ: *necdum usucepit*, quod explicat hoc modo *l. 1. in princ.* quia si usucepit factus est dominus usucapione ex 12. tab. habet igitur directam et civilem vindicationem, nec desiderat Prætoriam: melior est actio civilis prætoria, *l. si creditori, §. ult. inf. de leg. 1.* quia qui jure civili munitus est, et jure prætorio munitus est, quia Prætor subsequitur jus civile, *l. scio, inf. de testib.* Prætor est viva vox juris civilis, *l. 8. de just. et jur.* jus civile quodammodo mutus Prætor, Prætor vivum jus civile: hujus igitur qui habet actionem civilem, jus est pinguius et certius: quamobrem si habeo actionem civilem, frustra desidero prætoriam si legionem, frustra auxilium: hoc edicto Prætor dicitur auxilium ferre, *l. si culpa, sup. tit. prox.* quod est inane et inutile, si sit actio civilis. Illa etiam differentia non est omittenda inter actionem Publicianam et ceteras vindicationes prætorias, quod actio superficiaria; actio vectigalis, actio feudataria dantur etiam adversus dominum, *l. 1. §. plane, inf. de super. l. 1. tit. seq.* nec mirum cum et actio hypothecaria, quæ est etiam vindicatio prætoria, et quæ non quasi proprietatem, ut illæ, sed nudam tantum possessionem avocat, sicut diximus sup. detur etiam contra dominum: nam creditor actione hypothecaria persequitur pignus adversus quemlibet possessorem, etiam adversus dominum, et constat hypothecariam in rem esse, *l. pignoris, C. de pig.* et ut hoc exaudiamus magis, *l. ult. C. si unus ex plur. hæredib. credit. vel deb. par. sup. deb. solv.* hoc dicitur, actionem hypothecariam non obligare personam, sed rem sequi etiam si

possideatur a domino, qui eam pignori posuit. Sunt vindicationum quatuor species proprietatis, ut directa vindicatio: est etiam vindicatio quasi proprietatis, ut Publiciana, superficiaria, vectigalis, feudataria, est et vindicatio servitutis, vel realis, vel personalis, ut actio confessoria, est vindicatio pignoris, ut actio hypothecaria est vindicatio possessionis, sed hæc non exercetur actionis genere, sed per interdictum uti possidetis, vel utrubi, aut per interdictum de superficiebus, id est possessio vindicatur interdicto, non actione: hypotecaria dicitur, licet avocet possessionem nudam, non possessionem vindicare, sed jus pignoris, quod jus neque est proprietas, neque quasi proprietas, neque possessio sed aliud quiddam: ergo ut ad initium inst tutæ differentiæ redeamus, superficiaria, vectigalis, feudataria dantur adversus dominum rem possidentem Publiciana non datur adversus dominum rem possidentem, aut datur inutiliter, quia agenti obstat exceptio justi dominii, hac formula scilicet, *si non ea res possessoris sit*: Publiciana actio non est comparata ut res domino auferatur, sed ut is qui ex justa causa acquirendi dominii bona fide possessionem nactus est rem habeat potius, quam extraneus, qui sine causa eam rem possidet, *l. pen. et ult. inf. h. t.* Certis tamen casibus actio Publiciana datur etiam adversus dominum: unum casum habuimus in *l. si culpa, tit. præc.* quem male rejicit Accurs. alterum in *l. si a Tit. tit. sup.* addit Accurs. tertium in *l. ult. inf. hoc t.* ex *l. si quis rem, inf. de exc. rei jud.* Finge: rem emi a non domino, dominus eam vindicat: absolvor per errorem, aut injuriam judicis, sententia judicis non mutat dominium, licet pariat actionem, aut exceptionem judicati: nam qui victus est, nihilominus dominus rei manet. Pone igitur, victo domino, qui adversus me egerat recte rei vindicatione, et qui victus fuit, me ejus rei possessionem amisisse, et eam pervenisse ad dominum, et me nondum eam rem usucepisse: judicatum me non fecit dominum, quia judicis sententia non potest mutare dominium: egeo igitur usucapione, ut sim dominus, quia nondum rem usucepi, agam Publiciana adversus dominum ad quem res pervenit, et si dominus opponat exceptionem dominii, replicabo de re adversus eum judicata, atque ita reddam utilem Publicianam, licet fuerit instituta adversus dominum, quod necesse est ita statui, ne subvertatur res judicata, nam utilitas publica exigit, ut stetur judicatis etiam perperam. Adjicit Accurs. quartum ex, *l. et qualiter, inf. de nox. act.* recte. Finge: possideo alienum servum bona fide, is servus tibi noxam fecit, puta furtum, vel injuriam: tu egisti mecum noxali actione, recte: nam actione noxali tenetur non tantum dominus, sed etiam bonæ fidei possessor: ego conventus noxali actione, eum servum tibi dedi in noxam, deinde tu ejus servi possessionem amisisti, et pervenit possessio ad verum dominum servi, quem quidem tu nondum usuceperas, et necesse habebas usucapere, quia deditio in noxam facta a non domino te non fecerat dominum: tu ages Publiciana adversus dominum, qui eum servum possidet, et si opponat exceptionem dominii, actionem tuam confirmabit replicatio doli mali, nisi dominus offerat litis æstimationem, id est, æstimationem noxæ, quam servus fecit tibi, æquum est, ut cum servus sit ejus, noxam ab eo factam sarciat, si velit eum retinere jure dominii. Itaque utiliter experietur adversus illum Publiciana, nisi offerat æstimationem noxæ sive damni. Adjicit etiam damni quintum casum *ex l. damni, §. pen. inf. dam. inf.* Finge: cum ædes tuæ essent ruinosæ, quæ erant junctæ et affines meis, ego postulavi abs te rationem damni infecti, ut mihi caveres de damno futuro, si quid mihi labes, aut casus ædium tuarum ruinosarum daret: te non cavente quid fiet? Prætor primo decreto me mittet in possessionem ædium tuarum, et si perseveres non cavere damni infecti, secundo decreto Prætor me jubebit possidere ædes tuas: primo decreto te non ejiciet de ædibus tuis sed me immittet in eas, ut in eis sim una tecum et verser, secundo decreto te ejiciet: primo decreto me custodem apponit, secundo me possessorem facit, et constituit, dominum non facit, nam Prætor nunquam facit dominum, nunquam hæredem, sed possessorem me constituendo, præbet mihi causam usucapiendi ædes tuas tempore legitimo, *l. prætores, l. si qui, inf. de dam. inf.* ego vero cum secundo decreto possiderem ædes tuas, nec dum eas usucepissem, forte amisi possessionem, et ea pervenit ad te dominum ædium: agam Publiciana adversus te, et si opponas exceptionem dominii, replicabo de dolo, vel in factum, quod non sit æquum te ædes retinere, quarum nomine noluisti cavere damni infecti, quasque possidere me Prætor jussit, et ita usucapere permisit. Addit etiam Accurs. sextum casum in *§. namque, Instit. de action. ex l. Papinian. h. t.* cujus species hæc est: ego mandavi tibi ut procuratori ut rem meam venderes: tu ex voluntate mea eam vendidisti et pretium accepisti: hoc enim necesse est poni pretium solutum propter *l. 1. §. inf. de except. rei jud.* ut Accurs. recte notat ad *l. 1.* tu ergo vendidisti rem, et accepisti pretium, sed non tradidisti, cum esses traditurus emptori, ego prohibui ne traderes et nihilominus tu tradidisti eam rem fide. explicandæ causa, emptor ea traditione non est factus dominus rei, quia facta est invito domino rei. Finge: idem etiam emptor eam rem non usucepit, et

amisit possessionem forte, quæ pervenit ad dominum, recte adversus illum experietur Publiciana, et si opponat exceptionem dominii, ita replicabit, si non auctor meus, id est, qui vendidit eam rem ex tua voluntate mihi vendidit, hoc sensu, non est æquum ut mihi auferas quod is qui mihi vendidit ex tuo mandatu, licet non tradiderit ex tua voluntate, sed qui vendiderat et tradere debebat. Sed si emptor non amiserit possessionem domino rem vindicante, emptor defendet se similiter exceptione: *si non auctor meus eam rem mihi ex tuo mandato vendidit* : et si forte, ut ait *Papin.* omittat eam exceptionem per ignorantiam condemnabitur, nam exceptiones sunt facti, nisi opponantur, non supplentur a judice, nisi in judiciis bonæ fidei, quibus insunt natura et per se, id est, etiam non oppositæ, nec allegatæ, id est ipso jure. Ergo si omittat, res ei auferetur a domino, sed eo casu habebit regressum adversus venditorem eundemque procuratorem domini actione ex empto evictionis nomine, et quod is procurator mandatarius præstiterit emptori, mox consequentur id a domino rei contraria actione mandati, quia non potuit dominus efficere quin traderetur quod erat venditum ejus voluntate, atque ita semper ut tutius res agatur agitur in caput domini, cujus mandato perfecta venditio est. His casibus addatur septimus ex *l. mand. inf. mand.* quo actio Publiciana utiliter datur adversus dominum : agit ibi de venalitiario : venalitiarius est mango, ne laboremus in eo nomine, cujus ignoratio decepit Accurs. est mango, id est, mercator mancipiorum, qui emit mancipia ut vendat : Finge venalitiarius quidam qui solebat Romæ mancipia vendere et mercari, profectus est in provinciam coemendorum mancipiorum causa, et abiens in provinciam mandavit Titio, ut mancipia quædam sua quæ Romæ habebat, venderet, quo absente Titius mortuus est re integra, id est, nondum venditis mancipiis : mandatum finitum est morte mandatarii, sed hæredes mandatarii per errorem nescientes Tit. decessisse re integra, aut finitum esse mandatum, per imperitiam juris ea mancipia vendiderunt bonæ fidei emptori, exequendi mandati causa, quod defunctus susceperat, quodque morte ejus extinctum esse non putabant, non furandi animo, alioquin non possent mancipia usucapi, quæ postea dicemus usucapta esse, ea ergo mancipia vendiderunt hæredes emptori bonæ fidei, emptor usucepit, venalitiarius ex provincia reversus qui ea mancipia etiam emerat bona fide a non domino, quæritur an possit agere Publiciana adversus emptorem mancipiorum, qui ea usucepit, et ita est dominus, et respondet, eum non inutiliter acturum Publiciana adversus dominum, et non obstare exceptionem dominii : nam hæc exceptio opponitur et elidit Publicianam non temere, id est, non facile, non passim : sed tantum causa cognita : heic vero æquum est ut exceptio dominii non elidat Publicianam, ne imperitia hæredum mandatarii damno afficiat venalitiarium, et ita hoc casu datur Publiciana adversus dominum. In definitione Publicianæ actionis et in edicto, facta est tantum mentio traditionis et usucapionis, hæ sunt duæ species acquirendi dominii, et ut proprie sit locus actioni Publicianæ, exigimus ut neque per hanc, neque per illam speciem juris dominium possessor acquisierit, id est, ut non dominus tradiderit, quæ traditio dominium non transfert, et ut ipse nondum usuceperit, sed sunt multæ etiam aliæ partes juris, ut ait *l.* 1. quibus dominium nanciscimur ultra traditionem et usucapionem : multæ aliæ sunt species alienationis et acquirendi dominii: nec sunt illæ duæ tantum, traditio et usucapio : nam et his adjungere debemus legatum, quia rei legatæ dominium recta via et ipso jure transit in legatarium sine traditione, si sit legatum per vindicationem, *l. legatum, inf. de leg.* 2. legatum vindicationis acquiritur ipso jure sine traditione. Itemque donatio causa mortis exemplo rei legatæ acquiritur donatario ipso jure post mortem donatoris, etiamsi non sit tradita a donatore, et in hanc rem est valde singularis l. 2. quæ hoc omnino exprimit, legatam et mortis causa donationem acquiri ipso jure, citra traditionem scilicet, nec alia ratio, quam quod per omnia fere donatio causa mortis legati vicem obtineat, et hinc sumpta occasione verissime defendi potest, quod prima specie falsum posset videri, in causa interdicti *quod legatorum*, nihil a legatis distare donationes causa mortis : primo quidem nihil distant in lege Falcidia: nam ex constitutione Severi non tantum ex legatis deducitur Falcidia, sed etiam ex donationibus causa mortis, et Falcidiam recte servat sibi hæres per retentionem rei legatæ, aut rei donatæ mortis causa, non per vindicationem secundum jus antiquum, quod erat ante Justinianum, id est, ante *l. pen. C. ad leg. Falc.* hæres igitur servat sibi Falcid. et ex legatis et ex donationibus causa mortis per retentionem rei legatæ, et rei donatæ causa mortis, non per vindicationem si neque vivus testator rem legatam legatario, neque vivus donator rem donatam donatario mortis causa tradiderit: quare si post mortem testatoris vel donatoris legatarius vel donatarius rem legatam vel donatam sine hæredis voluntate occupaverit, quam non acceperat a vivo testatore vel donatore, tenetur interdicto *quod legatorum* possessionis restituendæ causa ut eam recipiat hæres et sibi servet Falcidiam, quæ intervenit : alioqui cessat interdictum *quod legatorum* per retentionem rei legatæ, aut donatæ, quam servare alia ratione non potest, *l.* 1. *C. quod leg.*

sed si vivus testator rem legatam, ut fit nonnunquam, ipse tradiderit legatario, vel si donatario causa mortis tradiderit donator, licet legatarius vel donatarius ejus rei possessionem non habeat ab hærede, vel hæredis voluntate, tamen non potest ei avocari interdicto, *quod legatorum*, cum eam acceperit, a defuncto, et hoc casu necessario ne hæres fraudetur Falcid. quod locum habet etiam secundum jus vetus, hæredi dabitur vindicatio legis Falcid *l. lineam, ad l. Falc. l. cum et pater* §. *mater, et* §. *Mævio, de leg.* 2. Igitur quæ in causa interdicti, quorum legatorum notatur differentia in *l.* 1. §. *si quis ex mortis, inf. quod leg.* respicit ad ea quæ plerunque fiunt: nam plerunque legata ab hærede petuntur quasi propria legatarii, sive legatario acquisita ipso jure, et ab hærede præstantur: donata autem mortis causa plerunque ab ipso donatore traduntur, atque tum legati quod occupaverit legatarius sine voluntate hæredis nomine, hæredi competet interdictum *quod legatorum*, non etiam nomine rei mortis causa donatæ donatario, quam occupavit voluntate defuncti, tradente defuncto. Sed ubi omnia sunt paria, id est, cum et legata et donata mortis causa ponimus fuisse tradita ab ipso testatore et donatore, et cum ponimus neutra tradita ab ipso testatore vel donatore, nihil inter se distant legata et donationes causa mortis, quantum attinet ad interdictum *quod legatorum*, etsi sunt tradita a testatore vel donatore, hæredi non competit interdictum, *quod legatorum*: si non sunt tradita hæredi, competit: atque ita in utroque, si paria feceris nihil distabit legatum a donatione causa mortis: denique sicut legatum, per vindicationem scilicet, ipso jure acquiritur legatario sine traditione vel defuncti vel hæredis: ita et donationes causa mortis; possunt ipso jure acquiri sine traditione, quia ut ait *l.* 2. donationes causa mortis ad exemplum legatorum capiuntur, id est, acquiruntur: capere est acquirere, ut usucapere, id est, usu acquirere, legatum capitur, id est, acquiritur ipso jure citra traditionem: ergo et donatio causa mortis. Donatio autem inter vivos non acquiritur sine traditione, sicut res empta non acquiritur sine traditione: at sicut rei alienæ mihi inter vivos donatæ a non domino et traditæ, amissa possessione ante impletam usucapionem uti possum Publ. in *l.* 7. §. *sed etsi quis, inf.* ita etiam rei alienæ legatæ vel donatæ mortis causa a non domino nec traditæ: quia hæ species juris non exigunt traditionem, possessione amissa ante impletam usucapionem mihi competit actio Publiciana. Hæc igitur actio locum habet non tantum in specie traditionis, sed etiam in specie legati et donationis causa mortis, quæ etiam sunt species alienationis, id est, acquirendi dominii. Cum ergo Publiciana pertineat ad has omnes species, debuit Prætor in edicto non dicere tantum, *si id quod traditur*, sed dicere debuit, si id quod traditur, vel legatur, vel mortis causa donatur. Sunt et multæ aliæ species, et ut loquitur, partes alienationis, vel acquirendi dominii sine traditione, ut hæreditas, quæ acquiritur sine apprehensione rerum, *l. si ager, tit. præc.* debuit itaque etiam in edicto addere, *vel hæreditate relinquitur.* Item mancipatio, et cessio in jure est species alienationis, quæ constat etiam sine traditione: ergo debuit et has species addere, *vel mancipatur, vel in jure ceditur.* Itemque restitutio hæreditatis fideicommissariæ ex SC. Trebell. videtur his speciebus alienationum quodammodo adnumerari posse, quæ fiunt sine traditione scilicet, si ea restitutio fiat verbo sine traditione: recte enim fit verbo, et verbum res omnes facit in bonis fideicommissarii, eumque hæredis loco constituit ex SC. Trebell. *l. facta, in princ. ad Trebell.* quapropter si restitutio facta sit verbo, non re, et ita fideicommiss. bonor. nactus sit possessionem non per hæredem, sed alia quavis ratione, ea amissa fideicommiss. competit Publ. cum is qui verbo restituit, non fuit hæres, *l. cum sponsus*, §. 1. *inf. h. t.* et pari ratione hæredi competit Publiciana amissa possessione rei alienæ inventæ in hæreditate: competit et ei cui res mancipata est, et in jure cessa: et generaliter ut est proditum in *l. quæcunque, inf. h. t. sunt justæ causæ acquirendi rerum, etc.* Debuit igitur Prætor non tantum traditionis mentionem facere, quia una tantum est species alienationis, sed debuit alias species alienationum commemorare, quæ fiunt sine traditione, cum et ad eas hoc edictum pertineat. Debuimus et nos in definitione actionis Publicianæ, non tantum mentionem facere traditionis, sed etiam ceterarum specierum juris quibus sine traditione dominium nanciscimur, quæ alienationem continent. Sed voluimus definitionem ad edictum accomodare: in quo ex una specie traditionis debemus et ceteras species alienationis intelligere, quæ sine traditione constant: ut Ulpian. cum hæc quærit, cur non et ceterarum specierum juris meminerit Prætor, nec respondet, tacite demonstrat defectum edicti, et suppleri vult ceteras species alienationis. Traditio est species alienationis frequentior et plenior, cum et res omnes complectatur, sive admittat tam mancipi quam nec mancipi, et causas innumeras. Ceteræ species alienationum angustiores sunt et strictiores. A pleniori igitur specie ceteræ omnes intelliguntur, et ita passim in libris nostris traditionis nomine subintelligitur semper omnis species alienationis præter usucapionem: a nuda traditione solet separari usucapio, *l. statulib. C. de testam. manum.* quæ causa est separationis? an quia traditio est juris gentium,

usucapio juris civilis? minime: an quia alienatio traditio est, si fiat a domino, usucapio necessaria cum traditio facta est a non domino? minime: sed præcipua separationis ratio hæc est, quia omnes aliæ species alienationis præter usucapionem proficiscuntur ab alio, ut legatum et hereditas a defuncto, donatio causa mortis a donatore, mancipatio, cessio in jure, traditio, ab eo qui mancipavit, cessit, qui tradidit: usucapio non est ab alio, sed a lege sola, et a nobis ipsis qui usu rem nostram facimus. Cicero pro Cæcinna: *usucapio non a patre relinquitur, sed a legib.* Ideoque falsum est quod vulgo dicitur, non dominum tradendo non transferre quidem dominium, sed transferre conditionem usucapionis; prius est verum non transferri dominium, posterius, transferri conditionem usucapionis, est falsum: et ex *l.* 1. *C. de acq. poss.* ex qua hoc eruunt, quæ tamen non ita loquitur, sed ait, per liberum hominem nobis acquiri possessionem, et inde usucapionem inchoari: inchoari autem per se ipso jure, non causam dante libero homine, non principio usucapionis existente libero homine. Igitur utendum est alia ratione, et castigandus vulgaris sermo, et dicendum, non dominum tradendo bona fide accipienti præbere occasionem usucapiendi, et ita loquitur *l. qui alienat. inf. de donat. cau. mort.* occasio autem neque est causa, neque principium agens: ergo qui occasionem præbet usucapionis, non transfert usucapionis conditionem, quia occasio nec est causa, nec principium, sed occasio circumstat causam, est περίστασις, est accessio causæ, id enim est occasio quod Græci σύμπτωμα, accessio, causæ, quod accessiones dicantur occasiones: ut si quis in segetem alienam ignem immittat sua manu, is causa est incendii: at si ignem non immittat sua manu, sed ventoso forte die comburat suam stipulam, vel spicam, et ignis longius evagatus comburat segetem vicini, occasio est incendii, non causa, non principium: sed in l. Aquil. nihil interest fuerit quis causa damni, an occasio, ut hic: et hoc est quod ait lex *qui occid l* §. *pen. inf. ad leg. Aquil. qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur*: occasio damni habetur pro causa, pro principio, pro damno in lege Aquil. Sed ad rem redeamus: traditio est genus alienationis: multæ sunt species, inter eas est traditio: cum autem docuisset Ulp. multas esse species alienationis, et ex sententia Prætoris tacita demonstrasset ad omnes species alienationis hoc edictum pertinere, resumit specialiter idem Ulp. in l. 3. speciem traditionis, et docet traditionum multas esse causas justas: neque causa per se alienatio est, nec traditio per se sola, traditio nuda, id est, sine causa, alienatio non est, *l. nunquam inf. de acq. rer. dom.* neque etiam traditio ex omni justa causa alienatio est: ut traditio ex causa pignoris, est ex justa: causa: traditio precaria justa causa est, et tamen alienatio non est. Certæ tamen sunt causæ juris ex quibus si fiat traditio, dominium alienatur, et ad has omnes justas causas traditionis hoc edictum pertinet: denique ut hoc edictum pertinet ad omnes species alienationis; ita ad ejus alienationis speciem quæ dicitur traditio: ad omnes justas causas acquirendi dominii hoc edictum et actio Publiciana pertinet: ergo huic edicto locus est non tantum si res tradatur ex causa venditionis, sed etiam si tradatur ex causa permutationis, *l.* 7. §. *sed etsi*, vel si tradatur ex causa dotis, et nihil interest, ut ait *l.* 3. æstimata fuerit res quæ traditur dotis causa, an inæstimata: quia utroque casu et modo dominium rei traditæ in dotem transfertur in accipientem, domino dominave tradente: æstimatæ quidem rei omnimodo, quia ea æstimatio est vera venditio, *l. plerumque, inf. de jur. dot.* inæstimatæ autem constante matrimonio etiam dominus factus est maritus domino dominave tradente: non domino autem tradente dotem æstimatam vel inæstimatam, est usucapiendi occasio, et agendi Publiciana ante impletam usucapionem: eodemque modo erit huic edicto locus, si res tradatur ex judicati causa a non domino, ut si quis rem alienam, quam possidebat, damnatus sit tradere alteri, l. 3. itemque si res tradatur ex solutionis causa, vel si res tradatur ex causa adjudicationis in judiciis famil. erciscund. vel com. divid. vel finium regundorum, *l. si per errorem, inf. de usurp. et usucap.* vel etiam si res retineatur ex causa litis æstimatæ, cum ageretur de re aliena, l. 7. §. 1. vel si res tradatur ex causa noxæ a bonæ fidei possessore, qui noxium servum alienum bona fide possidet: si servus dedatur noxæ, deditio traditio est, et in hac specie locus est Publicianæ, *l. et generaliter, inf. de nox. act.* Item si servus noxius non dedatur ex causa noxali, sed cum nemo est qui eum defendat, si ex causa noxali ducatur jussu Prætoris, ut in l. 6. vel etiam si quis possidere jubeatur ædes alienas ex causa damni infecti, hæc possessio est justa: ideo si amittatur ante usucapionem, possessori competit Publiciana actio, id est ei qui amisit possessionem, *l. damni* §. *pen. inf. damni infect. l.* 7. §. *sed etsi de usufr. inf. comm. divid.* et hoc est quod dicitur in *l. juste, de acq. poss.* quod ita explicandum est: *juste possidet, qui auctore Prætore possidet*, ut qui duxit servum ex causa noxali cum non defenderetur, Prætoris jussu, vel quem Prætor possidere jussit ex causa damni infecti: hæc possessio est justa, et præbet occasionem usucapionis: ergo ea amissa dabitur Publiciana, quæ quidem actio semper exigit possessionem justam, Jussus judicis non facit dominum, sed loco domini, et occasio-

nem usucapionis praestat. Nec obstat quod dicitur in *l. 2. in fi. sup. si ex nox. causa*, eum servum qui ductus est, esse in bonis ejus qui duxit Praetoris jussu: nam illud etiam dicitur de eo cui restituitur haereditas verbo tantum: in *d. l. facta ad Trebell.* res esse in ejus bonis, et ubique significatur non justum, id est, civile dominium, sed quasi dominium, sive quasi possessionem: nam ut justi fiant domini, non sufficit jussus Praetoris, sed necessaria est usucapio: et ad has quidem justas causas traditionis, quae alioquin tradente domino rem alienam, generaliter definiendum est, hoc edictum pertinere ex l. 5. usque ad l. 7. ad ceteras autem justas causas traditionis, quibus dominium non alienatur domino tradente, et non domino tradente, hoc edictum non pertinere: ut si dominus tradat ex causa precarii, vel pignoris, justa est causa traditionis nec dominium mutatur: et similiter, si non dominus tradat ex causa pignoris vel precarii, est justa causa traditionis, sed neque est occasio usucapiendi, nec actio Publiciana ante usucapionem, *l. quaecunque* §. 1. *inf.* Ad summam ita concludamus: quae sunt justae causae statim acquirendi dominii domino tradente, eaedem etiam sunt justae causae acquirendi dominii per usucapionem, domino non tradente, simul ac agendi Publiciana ante usucapionem completam: et justi tituli sive causae eae sunt: pro emptore, qui titulus complectitur non venditionem tantum veram, sed etiam dotis aestimationem, litis aestimationem adjudicationem, permutationem: nam haec omnia venditionem, et emptionem imitantur: non afferam locos qui sunt notissimi. Item pro donato, et pro soluto, pro noxae dedito, pro dote aestimata, vel inestimata, pro judicato, et nihil interest, ut eleganter ait l. 5. veri sint hi tituli an falsi, vera sit causa an falsa: nam idem est effectus traditionis, eademque vis; nam definitio juris certa haec est satis exagitata in *l. Celsus, de usurp. et usuc.* errorem falsae causae non parere usucapionem: ut si errans putem mihi legatum quod non est legatum, non usucapiam pro legato, *l. 1. et 2. inf. pro leg.* error falsae causae non parit usucapionem: ergo nec Publicianam: non error falsae causae solus cum non intervenit etiam traditio rei, sed traditio interveniens ex falsa causa parit usucapionem: ut si haeres mihi tradat rem quasi legatam, quae non est legata, eam usucapiam pro legato, si accepero bona fide; et ita traditio interveniens ex falsa causa facit ut falsa pro vera habeatur, nisi in contractu emptionis venditionis, *l. 2. §. cum Stichum, inf. pro emptore*, quia si quis rem tradat ex falsa venditione, non usucapiam pro emptore: nam in hoc contractu exigitur bona fides duobus temporibus, tempore traditionis, et tempore contractus, *l. 7. §. ult. inf.* non potest esse bona fides tempore contractus, si non fuit tempore venditionis: detracta igitur hac exceptione, in hac quaestione certissima juris definitio haec est: errorem falsae causae assumptum ex traditione parere usucapionem et Publicianam ante usucapionem, errorem falsae causae assumptum sine traditione non parere usucapionem: et hoc est quod ait in l. 5. nihil interesse fuerit vera causa, an falsa.

Ad L. VII.

Sed et si res adjudicata sit, Publiciana actio competit.

§. 1. *Si lis fuerit aestimata, similis est venditioni, et ait Julianus libro vigesimo secondo Digestorum, si obtulit reus aestimationem litis, Publicianam competere.*

§. 2. *Marcellus libro septimodecimo Digestorum scribit: Eum, qui a furioso ignorans eum furere, emit, posse usucapere: ergo et Publicianam habebit.*

§. 3. *Sed et si quis ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam, quae etiam adversus donatorem competit: est enim justus possessor, et petitor, qui liberalitatem accepit.*

§. 4. *Si a minore quis emerit, ignorans eum minorem esse, habet Publicianam.*

§. 5. *Sed et si permutatio facta sit eadem actio competit.*

§. 6. *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit.*

Cum Ulp. proposuisset varias causas justae traditionis, et ad eas omnes docuisset hoc edictum pertinere, resumit in hac *l. 7. § Marcellus*, causam emptionis et venditionis, et quaerit an is qui a furioso bona fide emit, existimans eum esse sanae mentis: puta cum esset inumbratae quietis, ut ait *l. quod meo §. si furioso, inf. de acqu. poss.* In quiete inumbrata, non vera quiete animi, in specie esset sanus, fureret intus, si ab eodem ex ea causa rem sibi traditam bona fide acceperit sine curatoris auctoritate, rem, inquam, non propriam furiosi, sed alienam, quam is furiosus possidebat, an emptori competat actio Publiciana, amissa possessione rei emptae et traditae: et refertur ex Marcello, ei competere Publicianam; *quia*, inquit, *et usucapere eam rem emptor potest titulo pro emptore*: quod etiam probat *l pignori §. 1. de usurp. et usuc. et l. 2. §. si a furioso, inf. pro empt.* quicunque potest usucapere, habet etiam Publicianam, et ea agere potest, si modo non usucepit, in qua fingitur usucepisse: qui capax est rei ipsius, et fictionis est capax: qui potest usucapere, et fingi potest usucepisse, id est, dari ei potest fictitia actio

nempe Publiciana. Dices: atqui traditionis causa nulla est, quia ea venditio jure non valet: furiosus enim rerum suarum alienationem non habet, nec propriarum, nec alienarum, quas possidet bona fide: venditio igitur nulla est: et tamen in contractu emptionis et venditionis, ut emptio fuerit vera, id exigimus semper: hic non fuit emptio vera: nec enim est vera emptio quæ initio nulla est: quomodo igitur potest ex ea parari vel usucapio, vel actio Publiciana? Respond. ex *d. l.* 2. §. *si a furioso*, utilitatis ratione receptum esse ut usucapio procedat, ut qui emit a furioso bona fide, possit usucapere pro emptore, etsi nulla ipso jure sit emptio venditio: quæ est utilitatis ratio? ne qui bona fide accedit ad emptionem, ob obscuram et inumbratam quietem venditoris damno adficiatur: quem enim non decipiat falsa species sanitatis? et ita sunt plerique, quibus languet animus nec tamen languere, videtur, et in hoc proposito nihil aliud est furor, quam languor animi, *l. justo* §. *pen. inf. de usurpat. et usucap.* In hoc proposito, furor non est ille furor inquies eorum qui adversa ratione feruntur vehementius more ferino, qui dicitur a Medicis θηριώδης: et qui eo tenentur in libris nostris dicuntur furiosi; illi qui sunt quietis et sanitatis inumbratæ, dicuntur plerunque mente capti, vel dementes. Igitur non loquimur de his qui dicuntur furiosi proprie, sed de mente captis, qui per abusionem dicuntur furiosi: nec de eorum furore ferino loquimur, sed de languore animi. Igitur utilitatis causa receptum est, ne hæc res officiat emptori, ut nihilominus possit usucapere, et ut plus valeat opinio emptoris, qui putat se contrahere cum homine sano, quam veritas: nam et eadem ratione si quis emerit a pupillo vel minore viginti quinque annis, quem putabat puberem, vel majorem vigintiquinque annis, atque ideo si emerit sine tutoris aut curatoris auctoritate, plus valet quod est in ejus opinione, quam quod est in re, et usucapio procedit, §. *si a minore*, *inf. et l.* 2. §. *si a pupillo*, *inf. pro empt.* videlicet si emerit rem alienam quam pupillus possidebat, non si emerit rem propriam pupilli, quæ non potest usucapi, *l. bonæ fidei*, *inf. de acquir. rer. dom.* eadem ratio furiosi, *l. qui neque* §. 1. *inf. de reb. eor. qui sub tut.* res pupilli propria non potest usucapi, sed res aliena quam pupillus possidet, potest usucapi: et ita accipiendi sunt omnes loci quibus in jure nostro agetur de rebus pupilli usucapiendis, alienis puta, quas possidebat pupillus: nam res propriæ pupilli nullo modo usucapi possunt: possunt usucapi res alienæ quas pupillus bona fide possidet, licet non possint a tutore alienari sine decreto, *l. magis*, §. 1. *de reb. eor.* ut tutor non potest rem pupilli propriam alienare sine decreto Prætoris: ita nec potest rem pupilli alienam, quam pupillus bona fide possidet, sine Prætore sed usucapi potest ab alio: et si culpa tutoris forte vel negligentia sit usucapta, eo nomine tenetur tutor, vel etiam tutore non existente solvendo, restauratur possessio pupilli rescissa usucapione, *l.* 5. §. *pen. de reb. eor.* usucapio tamen procedit rei alienæ, quam pupillus possidebat. Eadem igitur in hoc proposito est ratio furiosi, et pupilli sive minoris. Igitur in furioso, exemplo pupilli, receptum est utilitatis causa, ut quod is vendiderit bona fide emptori, alienum scilicet quod possidebat bona fide, emptor possit usucapere: ergo eadem utilitatis ratione recipi illud debet, ut qui bona fide emit a furioso, agat Publiciana amissa possessione ante usucapionem completam, quæ est sententia §. *Marcellus*. Sed huic sententiæ omnino adversatur *d. l.* 2. §. *si a furioso*, ubi proponitur eadem species. Quidam emit a furioso bona fide, cum eum putaret esse sui compotem: ait: *constare*, *emptorem posse usucapere*, et hoc congruit cum hoc §. sed quod sequitur pugnat omnino: nam ait: *quamvis emptio nulla sit*, *constat posse usucapere: et ideo nec de evictione actio nascitur*, *nec Publiciana competit*, *nec accessio possessionis*: propositio hæc est: nulla est venditio quam fecit furiosus: ex eo sequitur, emptori re evicta non competere adversus venditorem actionem de evictione, quia ipso jure nulla fuit venditio. Item ex ea colligit, emptori non esse accessionem possessionis, id est, conjungi et continuari non posse tempora possessionis inter venditorem et emptorem: conjunguntur et continuantur tempora §. *inter venditorem*, *Instit. de usucap.* id est, tempus quo possedit venditor; usucapiendi causa conjungitur cum eo tempore quo possedit emptor, et utroque tempore conjuncto usucapio completur. Sed hic non erit accessio possessionis, quia nulla est venditio. Postremo ex eo colligit, etiam non competere actionem Publicianam, quia scilicet deest causa possessionis justa, et ubi non est justa causa, nec actio Publiciana, quod manifeste pugnat cum hoc §. *Marcellus*, et puto ea ratione Harmenopulum ea verba rejecisse, *nec Publiciana competit*, ab hoc §. *si a furioso*, quæ cum non rejiciant Basilica *lib.* 50. *tit.* 4. videndum est, an sit aliqua ratio ineundæ concordiæ et sedandæ pugnæ. Primum quidem mihi non sit verisimile, ut idem §. huic §. *Marcellus* consentiat et adversetur: consentit, quia dicit eum qui emit a furioso usucapturum: distat, quia negat eum acturum Publiciana, quæ etiam videntur esse dissentanea inter se, ut possit usucapere, et non possit agere Publiciana. Igitur, videntur verba hujus §. *ut hæc utilitatis causa*, ad hæc omnia pertineat quæ continentur in hoc §. id est, ad usuca-

pionem, ad actionem de evictione, ad Publicianam, ad accessionem possessionis: ait, eum qui emit a furioso usucapturum, idque receptum esse utilitatis causa: utilitatis causa fit quod fit jure singulari, exigente rerum gerendarum usu communi et promiscuo, contra strictam rationem juris ex benignitate quadam, §. *recte*, *Instit. mand. l. servitutes* §. *si sublatum*, *inf. de serv. urb. pr.* Jure igitur stricto non procedet usucapio si quis emerit a furioso bona fide, etiamsi bona fide emerit: utilitatis ratione procedit: et sic etiam dicimus, jure emptori non competere actionem ex empto evictionis nomine, nec actionem Publicianam, nec jure eum posse uti accessione possessionis ex persona venditoris: utilitatis tamen causa hæc omnia admittenda sunt, perinde ac si justa et legitima esset emptio venditio: denique emptionem quæ jure nulla est, utilitatis ratione non esse habendam pro nulla. Ad summam, ea verba, ut dixi initio, *utilitatis causa*, referemus ad ea quæ referuntur in hoc §. et ita nihil pugnabit: exigimus etiam ab eo qui emit a furioso bonam fidem: quia si emerit sciens a furioso, cessabit utilitatis ratio, habebitur pro prædone, nec usucapiet, vel aget Publiciana, *l. nec ullam* §. 1. *sup. de pet. hæred.*

Ad §. 7. *Si petenti.*

§. 7. *Si petenti mihi rem, jusjurandum detuleris, egoque juravero rem meam esse: competit Publiciana mihi, sed adversus te dumtaxat: ei enim soli nocere debet jusjurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum erit jusjurandum, et juraverit rem petitoris non esse: adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut habeat actionem.*

Post hæc Ulp. in hac *l.* 7. §. *si petenti*, incipit tractare de causa jurisjurandi, quam non supra numeraverat inter ceteras traditionis causas, et quærit an jusjurandum justa sit possessionis causa, ut in hac specie: si reus petenti mihi rem alienam, quam is possidebat detulerit jusjurandum, et juravero rem meam esse, et mox reus ex causa jurisjurandi eam rem mihi tradiderit, an ex hac possessione competit mihi Publiciana actio? et videtur competere prima fronte, quia competit Publiciana, si res tradita sit ex causa judicati, *l.* 3. *sup.* ergo competet multo magis, si res tradita sit ex causa jurisjurandi: quia jusjurandum majorem auctoritatem habet quam judicatum, ut ait *l.* 2. *de jurejur.* Contrarium tamen proponitur in hoc §. et negatur ei qui ex causa jurisjurandi rem accepit, dari Publicianam adversus alium, quam eum, qui detulit jusjurandum: ergo dabitur quidem adversus eum qui detulit jusjurandum, et secuto jurejurando rem tradidit, amissa possessione scilicet, sed adversus alium non dabitur actio Public. cum ut posui, possessor petitori detulit jusjurandum: sed similiter si petitor possessori detulerit jusjurandum, et juraverit possessor rem suam esse, amissa possessione non dabitur ei Publiciana, nisi adversus petitorem qui detulit jusjurandum: et hoc ita, ut diximus, si juraverit rem suam esse: quæ omnia proponuntur in hoc §. Sed si juraverit rem petitoris non esse, hoc casu nec adversus eum quidem qui detulit jusjurandum, ei dabitur Publiciana, sed exceptio tantum dabitur adversus vindicantem, quia juravit non rem suam esse, sed rem petitoris non esse: et quod non est petitoris, non ideo est possessoris: potest enim esse neutrius, *l. si inter me et te, inf. de except. rei judic.* at quia in pari causa melior est conditio possessoris, et par est causa, si neque hic, neque ille sit dominus, si adhuc possideat qui juraverit rem actoris non esse, ei dabitur exceptio sive retentio rei, non petitio, *l. et non tantum* §. *veniunt*, *sup. de pet. hær.* idemque proponitur de actione in factum ex jurejurando, quod diximus de Public. in *l.* 9. §. *ult. et l.* 11. *inf. de jurejur.* actio in factum ex jurejurando datur ante traditionem rei: actio Public. datur post traditionem rei, sed adversus eum tantum qui detulit jusjurandum: utroque et illo et superiore casu retento tantum, non actio in factum vel Public. Idem videtur omnino esse observandum in actione judicati, vel etiam in actione Publiciana, ex causa judicati, inter quas eadem subest differentia, quod actio judicati sint ante judicatum, ante traditionem: actio Public. post judicatum solutum, post traditionem: in utraque autem idem videtur statuendum, ut scilicet detur utraque adversus quem judicatum est, non etiam adversus alium qui contendat rem suam esse, *l.* 12. *inf. de jurejur.* quia res inter alios acta sive decisa sit jurejurando, sive judicato aliis non nocet ullo modo, *l.* 10. *eod.* Itaque causa jurisjurandi nihil videtur differre a causa judicati: sed tamen est differentia: hoc plus in judicato quam in jurejurando, quod actio Public. ex causa judicati soluti amissa possessione detur adversus alium qui non contendit rem suam esse, quia is secundum quem judicatum est, pro domino habetur: res judicata pro veritate habetur: at actio Public. ex causa jurisjurandi non datur adversus alium etiamsi non contendat rem suam esse, quia qui juravit pro domino non habetur, *l. si juravero*, *inf. de ju. patron.* res judicata patronum facit quodammodo, aut vice patroni facit ut habeatur qui non est patronus, quia pro veritate habetur, jusjurandum patronum non facit: eadem est ratio patronatus et dominii: plus igitur est virium in judicato, quam in jurejurando, et quod dicitur in *l.* 2. *inf. de jurejur.* ma-

jorem esse auctoritatem jurisjurandi quam rei judicatæ, hoc utique verum est, qua in re valet jusjurandum. Jusjurandum propter religionem plus auctoritatis habet quam res judicata: judicato inest etiam religio judicis, qui jurat in leges priusquam disceptet causam. Sed nescio quo modo major est auctoritas in religione adversarii, qui sibi ipsi judex constituitur, deferente jusjur. adversario, quam in religione judicis, ad quem invitus litigator perducitur: ergo qua in re valet jusjurandum, certe plus habet auctoritatis, quam res judicata, sed qua in re valet res judicata, non utique semper valet jusjurandum, *d. l. si juravero.* Ex his igitur restat quod ad hunc tit. attinet, jurisjurandi causam, quia dominum non facit, etiam non facere ut quis habeatur pro domino, et ut ei accommodetur actio Publiciana, vel ut is usucapiat: nullus est titulus pro jurato nisi scilicet adversus eum tantum, qui detulit jusjurandum: ergo ea jurisjurandi causa in hoc titulo non habetur pro justa, nisi adversus eum qui detulit jusjurandum, quæ est sententia §. *si petenti*: cetera sunt faciliora et pene explicata a nobis in prima recitatione ad hunc titulum. Ait deinde Ulp. in *Publiciana actione omnia eadem erunt quæ in rei vindicat.* recte Accur. quæ dicta sunt in rei vindic. de dolo, culpa, mora, fructibus, sumptibus, eadem omnia esse transferenda ad Public. in rem actionem Concurrit cum Public. interdictum Publicianum, cujus quidem nullo loco sit mentio, sed eadem utilitas exigit ut introducatur: nam cum sit vindicatio utilis Publiciana: quæ est quasi de proprietate, debet etiam de possessione dari interdictum, hoc est, ei cui datur Publiciana, quæ est quasi de proprietate, debet etiam de possessione dari interdictum: si quasi proprietatem possum vindicare, cur non vindicabo possessionem, quod fit per interdictum. Similiter cui datur actio superficiaria, quæ est utilis vindicatio, datur interdictum de superficiebus in *tit. de superfic.* et consequenter cui datur vectigalis actio, datur etiam interdictum de emphyteusi. Similiter et feudatario datur utilis vindicatio et interdictum de feudo: et quod dicitur in *l.* 1. §. *omnia, inf. de superf.* omnia quæ servantur in interdicto uti possidetis, quod quidem datur domino de possessione, non de proprietate, servari etiam in interdicto de superficie: et quæ dici possunt etiam de interdicto Publiciano, quod exemplo superficiarii introducitur, et interdicto vectigalis, et feudatario: sicut inquam ea quæ dicuntur de interdicto uti possidetis, sunt transferenda ad eadem interdicta quæ comparata sunt exemplo interdicti uti possidetis: sic etiam ea quæ dicta sunt de rei vindicat. tit. superiori de officio judicis, sunt transferenda ad actionem Publicianam superficiariam, vectigalem, feudatariam, quæ ad exemplum directæ vindicationis comparatæ sunt, et inde sequitur hanc actionem competere hæredibus et honorariis successoribus: hoc in tit. superiore non docuit, rei scilicet vindicationem dari hæredib. et honorariis successoribus, quia scilicet hæres non habet vindicationem ut hæres, sed ut dominus, hoc est agit rei vindicatione non jure hæreditario, sed jure suo et nomine suo, ut in *l. de eo* §. *ult. inf. ad exhib.* sed ut de eo moneamus, in hoc tit. subest ratio: quia hæc actio non datur nisi cum et usucapio intervenit, et dubitari poterat an cœpta usucapio a defuncto interrumpatur morte, an descendat in hæredem: nam si non descendit usucapio in hæredem, nec descendet actio Public. sed quia usucapio quasi conjunctim descendit in hæredem, nec morte interrumpitur, etiamsi aliquo tempore jaceat hæreditas sine possessore, *l. cum miles, inf. ex quib. cau. maj. l. cum hæres, inf. de diver. et temp. præs.* consequenter monet, hæredi etiam et ceteris omnibus successoribus prætoriis dari actionem Public. descendere et in eos usucapionem et Public. et spectandam non esse opinionem hæredis: quia si defunctus bona fide emerit rem et acceperit, hoc nihil nocet hæredi, licet scierit rem esse alienam: bona fides defuncti prodest hæredi etiamsi scierit rem esse alienam, sicut et mala fides defuncti nocet hæredi, licet bona fide eam rem post aditam hæreditatem apprehenderit: succedit enim in vitia et virtutes, in fidem bonam et in fidem malam defuncti in §. *in Public. actione, hac l. et d. l. cum hæres.*

Ad §. 8. *Si ego.*

§. 8. ***Si ego non emero, sed servus meus, habebo Publicianam. Idem est et si procurator meus. vel tutor, vel curator, vel quis alius negotium meum gerens emerit.***

Ulpianus in *l.* 7. §. *si ego* resumit causam emptionis et venditionis, et deinceps toto titulo idem Ulp. ceterique auctores de ea tantum causa fere disputant: cur de hac præcipue? quia etiamsi hujus edicti sententia pertineat ad omnes justas causas acquirendarum rerum, proprie tamen est de causa emptionis et venditionis: edicitur enim hoc edicto nominatim de re tradita ex causa emptionis et venditionis, ut indicat §. *Prætor ait, qui bona fide emit*: idem etiam indicat *l.* 3. *sup.* quia cum porrigit vim hujus edicti ad omnes justas causas acquirendarum rerum, dum auget edictum interpretatione, ait Public. actionem competere non tantum bonæ fidei emptori, licet de eo tantum loquatur edictum, sed etiam aliis justis possessoribus. idem etiam indicat l. 8. quæ ostendit in actione Public. quæ scilicet datur bonæ fidei emptori verbis

edicti, sententia omnibus justis possessoribus, sed secundum verba edicti dari etiam actionem Public. bonæ fidei emptori, cui res tradita fuerit, nec requiri ut is pretium solverit, quod non ita fit in rei vindicatione directa; nam ut sit et competat directa vindicatio emptori, necesse est, ut emptor solverit pretium, vel ut de eo satisfecerit, puta pignore, vel expromissore dato, vel alia ratione, quia dominium rei emptæ non acquiritur traditione nisi et pretium solutum fuerit. Igitur in directa vindicatione exigimus ut acceperit rem emptor; et vicissim ipsi venditori solverit pretium. In Public. exigimus tantum traditionem: nam in edicto, de traditione rei tantum exprimitur, de pretio soluto nihil exprimitur: unde conjicitur, ut competat Public. non esse necessarium, ut emptor qui rem accepit, et vicissim solverit pretium venditori: et causa differentiæ justa est, quia dominium, quod quidem parit directam vindicationem, non acquiritur nisi soluto pretio, *l. quod vendendi, inf. de con. empt.* possessio justa, sive bonæ fidei, quæ parit Public. actionem, acquiritur etiam non soluto pretio: traditio facit te possessorem etiamsi non solveris pretium, sed traditio non facit te dominum, nisi solveris pretium. Demonstravi tria argumenta, unum ex §. *Prætor hac l.* alterum ex l. 3. tertium ex l. 8. quibus intelligitur hoc edicto fuisse tantum expressam causam emptionis et venditionis: et ideo de ea auctores potissimum tractare, sed tamen quidquid de ea dicitur, idem esse statuendum in omnibus justis causis acquirendarum rerum, quia ad has omnes edictum extenditur prudentum interpretatione: ait in §. *si ego non emero.* Ergo si servus meus emerit et acceperit, nam hoc exigitur in Public. et subaudiendum est semper, mihi competit Public. perinde ac si emissem et accepissem: et hoc est verum indistincte, sive servus emerit peculiari nomine, sive non, *l. 9. §. ult. et l. 10. inf.* ubi quod dicitur de municipibus, eadem ratione obtinet in omnibus privatis: si servus municipum, municipia sunt instar privatorum, emerit rem aliquam et acceperit, Public. competit municipibus, si emerit rem alienam bona fide: nam receptum est per servum municipes possidere, et usucapere posse, *l. tigni, §. item municipes, ad exhib. l. 1. §. ult. de acq. poss.* ergo et per servum possunt acquirere Public. actionem, quæ ubi intervenit possessio justa, et usucapio sequi potest, intervenit et ipsa semper, et hoc, ut ait l. 10. sive peculiari nomine emerit eam rem servus municipum, sive non, hoc est, sive eam emerit suo nomine, sive nomine domini: hæc duo opponuntur semper in libris nostris, *peculiari nomine, et nomine domini, l. cum municipium inf. de ædil. ed. l. 2. §. si servus tuus, inf. pro empt. nomine domini,* id est, ex jussu mandatoque domini, et *nomine peculiari*, id est, suo nomine, servi nomine, quia peculium servo est quasi patrimonium, *l. si decem 2. inf. de statulib.* quod ergo emit peculiari nomine, suo nomine videtur emisse, *l. in hujusmodi, inf. de contrah. empt. suo nomine,* id est peculiari nomine: et pari ratione, si servus meus sit in fuga, et emerit rem alienam, et acceperit, ego habebo Publ. *l. si servus, inf. hoc t. licet,* inquit, *possessionem rei per eum nactus non sim,* id est, sic enim id est accipiendum, licet corpore meo ejus rei possessionem non apprehenderim servo existente in fuga: quia scilicet secundum Sabinianorum sententiam; est autem ea *l. si servus* ad Sabinum, possessio servi qui est in fuga, et possessio rerum quas ille accepit, mea est secundum Sabinianos: jure civili possideo rem corpore servi, etiam ejus qui est in fuga, licet nondum possideam corpore meo, *l. 1. §. per servum qui in fuga. et l. per eum qui, in fin. inf. de acq. poss.* ergo indistincte etiam per eum servum, qui est in fuga, mihi parabitur possessio, et usucapionis occasio, et actio Public. Idem est statuendum de servo hæreditario ex *l. 9. §. pen. inf. hoc t.* Servus hæreditarius semper in libris nostris, licet plerique adversentur, dicitur, quamdiu jacet hæreditas, quamdiu non aditur hæreditas: post aditionem hæreditatis servus est hæredis, non hæreditarius: jacente tantum hæreditate dicitur hæreditarius, nec unquam fallet hæc definitio. Finge: servus hæreditarius, id est, jacente hæreditate, necdum adita, emit rem alienam, et accepit bona fide; nam hoc semper est intelligendum in Public. actione: quæritur an Public. competat heredi postea facto? et placet competere: nam vel emit peculiari nomine, vel non: si emit peculiari nomine etiam jacente hæreditate, videbitur acquisisse possessionem ejus rei, et procedet usucapio interim *l. 1. §. item acquirimus inf. de acq. poss. l. qui a servo in fin. inf. de oblig. et act. l. pen. de capt. et post l. justo §. nondum, de usurp. et usuc. inf.* ergo interim videbitur ejus rei acquisiisse possessionem hæreditati, et procedet usucapio interim, et descendet in hæredem postea factum atque etiam actio in eum descendet Public. Quod si rem emerit, non ex causa peculiari, hæreditate jacente, ejus rei sane interim usucapio non procedit, nec possessio, sed usucapionis initium erit tempus aditæ hæreditatis, id est, ubi desierit esse servus hæreditarius, et factus fuerit hæres per aditionem, tum incipit ejus rei interim emptæ et acceptæ possessio esse hæredis, et usucapio, et Public. actio. Igitur etiam indistincte per hæreditarium servum, vel interim paratur Publiciana, vel usucapio hæredi futuro, vel ab eo tempore demum quo hæres extiterit, et adierit. Neque his quæ diximus obstat *l. præscriptio §.*

ult. inf. de usurp. et usucap. quæ negat procedere usucapionem jacente hæreditate, etsi servus hæreditarius emerit peculiari nomine: nam hoc est ibi scriptum secundum strictam rationem juris, et hoc verum secundum strictam rationem juris, *d. l. justo* §. *non solum*, ait, jure singulari hoc esse receptum, ut interim procedat usucapio, cum peculiari nomine emit servus hæreditarius: secus est igitur jure civili, ut in *d. l. præscriptio* §. *ult.* Summa est hæc, per servum qui emit et accepit rem, nobis parari Public. sive emerit peculiari nomine, sive nostro. Addamus, aliud esse dicendum si acceperit rem alieno nomine puta Titii: nam possessio acquiritur Titio, *l.* 1. §. *hæc quæ de servis, inf. de acq. poss.* non potest igitur domino competere Public. cum possessio ejus non sit, sed Titii, cujus nomine rem accepit servus: nam servus alienus non prohibetur rem accipere nomine alieno, non prohibetur servus alii rem gerere, operam suam alteri accommodare quam domino: recte igitur accepit nomine Titii, et Titio acquiret possessionem: non ergo domino: ob id non dabitur domino Public. nam ut sit Public. exigimus ut ipse emerim, vel ut emerit aliquis nostro nomine, et ut acceperimus, vel ut acceperit quis nostro nomine: ubi hæc duo non concurrunt, non est Public. Quod autem diximus de servo, idem alieno, puta omnino statuendum est de procuratore nostro, in tutore, in curatore, in gestore negotiorum, ut ait in §. *si ego*, scilicet si nostro nomine emerit, et rem acceperit, non si suo nomine, non si alieno nomine, *l.* 1. §. *per procuratorem, inf. de acq. poss.* Servus suo nomine non potest sibi rem gerere, vel sibi acquirere possessionem, quin eam confestim acquirat domino jure potestatis: igitur servus etiamsi suo nomine rem acceperit, possessio confestim fit domini: at si liber homo, puta procurator, tutor, curator, gestor rem acceperit suo nomine, possessio non fit domini: igitur idem tantum statuemus in his personis, si nostro nomine rem apprehenderint, non si suo, aut alieno: at quia in Pub. non satis est rem emisse, et traditam accepisse, sed necesse est etiam bona fide emisse, et bona fide accepisse, videndum est cum servus noster emit et accepit, vel procurator, cujus fides sit spectanda, an ejus qui emit, an ejus cui acquiritur, cujus opinio sit spectanda, an ejus qui emit, an ejus cui acquiritur: quod satis difficile est ostendere, et tamen in §. *in hac*, illo versu, *sed enim*, ait generaliter, quod si servus meus emerit, dolus ejus spectandus est, id est, mala fides, non meus, vel contra, ejus bona fides spectanda est, non mea: sed necesse est, ut hoc explicetur distinctius hoc modo: aut servus meus emit peculiari nomine, aut meo: si emit peculiari nomine, procul dubio ejus opinio spectanda est: si mala fide emerit, non erit domino etiam ignoranti Public. si bona fide emerit, erit domino Public. etiam si dominus scierit rem alienam esse: atque ita spectabitur opinio servi qui emit suo, et peculiari nomine, non opinio ejus cui acquiritur, sed ejus opinio qui contrahit suo nomine; et excipiendus est tantum unus casus, si eo ipso tempore quo emit servus, dominus scierit rem alienam esse: hoc enim casu bona fides servi non proderit domino qui adfuit venditioni sciens vendi rem alienam, *l.* 2. §. *si servus meus, inf. pro empt.* est similis eademque exceptio *l. imo, inf. de liber. cau.* si emente servo præsens fuerit dominus, et potuerit prohibere servum emere, et scierit servum emere rem alienam, hoc casu domino non procedit usucapio, nec datur Public. licet servus bona fide emerit: excepto hoc casu, cum servus emit peculiari nomine, servi tantum opinio spectatur non domini: ignorantia servi prodest domino etiam scienti rem esse alienam, scientia servi nocet domino etiam ignoranti rem esse alienam: sed si servus emerit rem nomine domini, puta jubente vel mandante domino, hoc etiam casu idem statuemus quod superiori, cum emit peculiari nomine, si emerit sciens, nam hoc etiam casu scientia, dolus, mala fides servi nocet domino etiam ignoranti rem esse alienam, sive certam rem emi mandaverit, puta certum hominem, sive incertam: sed cum servus hic emit nomine domini ignorans, bona fides servi non spectatur, bona fides ejus et ignorantia ejus non prodest domino scienti, *l.* 2. §. *si servus tuus et seq. duobus* §§. *inf. pro empt.* idem est in patre et filiof. *l. hæres* §. *ult. inf. de usurp. et usucap.* nam quod servus emit nomine domini, vel filiusfam. nomine patris, dominus vel pater non usucapiet propter suam scientiam, vel propter scientiam servi aut filii, id est, sive ipse scierit solus, sive filius aut servus solus, non procedit usucapio, et ita scientia domini ei nocebit, licet ignoraverit servus, et contra scientia quoque servi ei nocebit, licet ignoraverit dominus vel pater. Idem etiam omnino sequimur in actione redhibitoria *l. cum mancipium* §. *ult. inf. de ædil. ed.* quæ actio emptori datur ignoranti: id est, ei qui emit rem vitiosam: scienti non datur. Finge: servus alienus vel filiusfam. emit, cujus opinio spectatur? idem omnino sequimur, *d. l. cum mancipium*, et facimus eandem distinctionem, an emerit peculiari nomine, an nomine domini: eandem etiam facimus in procuratore, tutore, et ceteris qui nostro nomine emunt, ut scilicet scientia eorum noceat etiam ignorantibus, sive certam rem cui mandaverimus, sive incertam: itaque non poterimus usucapere, quod illi nostro nomine emerunt scientes rem esse alienam, quamvis nos putemus non esse alienam, sed ipsi tenentur no-

bis actione mandati, vel negotiorum gestorum, vel tutelæ, quod temere nobis emerint rem, quam sciebant esse alienam: ignorantia autem eorum nobis etiam non prodest scientibus rem esse alienam *d. l. cum mancipium*, quæ est de actione redhibitoria, ut dixi, sed idem jus sequimur in quæstione usucapionis, et in quæstione actionis redhibitoriæ, quia non facile datur redhibitoria actio si vel servus scierit alienam, vel dominus: facile etiam non procedit usucapio, si vel hic, vel ille scierit. In aliis tamen causis ceteri auctores non omnino idem admittunt, cum quis emit nomine domini, id est, cum quis emit mandatu domini: nam in causa actionis redhibitoriæ et usucapionis, cum quis emit nomine domini, id est, mandatu domini, non distinguimus emi mandaverit certam rem an incertam: *l. cum mancipium* tollit hanc distinctionem nominatim, quam tamen retinent ceteri auctores in aliis causis, ut in quæstione emptæ rei litigiosæ, quæ res nocet emptori scienti, non ignoranti, et in emptione liberi hominis: nam si servus, vel procurator vel tutor emerit nomine domini rem certam, id est, mandante domino, scientia ejus qui emit rem certam ex mandato domini, non nocet domino ignoranti: sed si emerit rem incertam ex ejus mandato, scientia ejus nocet domino etiam ignoranti, et ita est accipienda *l. 2. inf. de litig. l. imo, et l. seq. et l. non solum §. pen. inf. de lib. cau.* Post hæc in *hac l.* proponitur, bonam fidem, ut sit actio Public. exigi duobus temporibus tantum, tempore emptionis, et tempore traditionis: nam etiam ut procedat, usucapio, non satis est bona fide accepisse, sed etiam oportet bona fide emisse: cum tamen in aliis causis acquirendarum rerum sufficiat bona fide accepisse: sed emptionis negotium bonam fidem exigit duobus temporibus, contractus scilicet et traditionis: atque hoc modo fit, ut sciens rem alienam recte agat Public. sicut sciens rem alienam recte usucapit, rem, inquam, bona fide cœptam usucapi: nam incidens scientia, sive mala fides non interrumpit usucapionem, nec tollit Public. actionem nec enim exigimus ut ignoraverit rem esse alienam ante emptionem, nec ut ignoraverit rem esse alienam, post traditionem: satis est si emerit bona fide, et acceperit bona fide: cetera tempora non nocent ei: exigimus tantum bonam fidem emptoris, bona fides venditoris non exigitur: nam etiam quod venditor non potuit usucapere propter malam fidem, quia sciebat rem alienam: emptor potest usucapere si acceperit bona fide, . . *quod autem. Instit. de usucap.* quia usucapio non descendit a venditore in emptorem, sed sumit eam emptor a lege, ipseque incipit usucapere, quod nec ceperat, nec poterat usucapere venditor. Sicut ergo mala fides venditoris non nocet bonæ fidei emptori in usucapione, si nec in Public. actione: et longe alia est ratio hæredis, et defuncti: mala fides venditoris non nocet bonæ fidei emptori: bona fides venditoris non prodest malæ fidei emptori ad usucapionem, vel Public. actionem: defuncti tamen mala fides nocet bonæ fidei hæredi, et retro defuncti bona fides prodest malæ fidei hæredi, si vel defunctus bona fide emerit et acceperit.

Ad L. IX.

Sive autem emptori res traditæ, sive hæredi emptoris, Publiciana competit actio.

Ait quidem Publicianam competere si emerit quis bona fide: nihil interest tradatur ei, an hæredi ejus: sed si emerit quis bona fide, et tradatur hæredi ejus scienti rem esse alienam, bona fides defuncti nihil ei prodest, *l. hæres in princ. de usurp. et usuc.* rursus dico, si emit defunctus bona fide, sed non accepit, et traditum accipiat hæres ejus mala fide, non usucapiet: bona fides defuncti ei non proderit: necesse est, ut sicut defunctus emit bona fide, sic et traditum accipiat bona fide: ita accipiendum initium hujus *l. 9.* Sed si defunctus emit et accepit bona fide, usucapiet, et aget Public. hæres ejus, etiamsi possideat mala fide, quia hæres est universi juris successor, tam active quam passive succedit in bonam et malam fidem defuncti, et videtur eadem persona, idem homo, hæres et defunctus: longe secus quam si quis succedat in rem, succedit hæres in universam qualitatem defuncti: emptor non succedit in universam qualitatem auctoris sui, sed in rem tantum. Tunc igitur mala fides defuncti hæredi nocet, et bona fides prodest: nisi cum defunctus emit tantum rem bona fide, et hæres accipit rem traditam tantum mala fide: quia in traditione nullius intervenit bona fides, et exigitur bona fides illis duobus temporibus: non potest procedere usucapio: alias cum mala fide defunctus emit et accepit, dicemus nocere malam fidem hæredi, et adjiciemus etiam hæredem non usucapturum eam rem pro hærede: qua de re addubitat Accurs. quod emit defunctus mala fide, et accepit, non usucapiet hæres pro emptore, sed nec usucapiet etiam pro hærede, licet sit bonæ fidei possessor, et putet rem esse hæreditariam: nam rem possessam a defuncto mala fide, nullo titulo hæres usucapere potest, sicut nec defunctus potuit, in cujus vitia succedit hæres: sed rem non possessam a defuncto si inveniat in hæreditate et existimet esse hæreditariam, eam usucapiet pro hærede, *l. pen. inf. pro hær.* ita etiam retro si emit mala fide defunctus, et non accepit, et deinde hæres ejus accepit bona

fide: rem igitur non possessam a defuncto hæres usucapiet, nec ei officiet mala fides in qua fuit defunctus emendo.

Ad §. 1. Si quis rem.

Si quis rem apud se depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam, pro tradita erit accipienda, si post emptionem apud eum remansit.

Ulpian. ait Public. actionem competere, sive emptori res tradita sit, sive emptoris hæredi: eadem est persona propemodum hæres et defunctus, nec ullus est qui proprius accedat ad vicem defuncti quam hæres, et ideo dum traditur hæredi, et ei, qui emerit tradi videtur: qua de causa etiam ut procedat usucapio, et competat Public. non satis est defunctum emisse bona fide, nisi et hæres ejus rem traditam sibi acceperit bona fide, *l. hæres, inf. de usurp. et usucap.* et vice versa, ut non procedat usucapio, et non sit Public. non satis est defunctum mala fide emisse, nisi etiam hæres ejus rem traditam acceperit mala fide: nam si eam acceperit hæres bona fide quasi hæreditariam, cum sibi traderetur, etiamsi non pro emptore, poterit tamen usucapere pro herede, et pro suo, quam nunquam defunctus possedit, et consequenter ante usucapionem impletam, poterit agere Public. quæ est sententia eorum quæ diximus supra ad initium hujus *l.* Sequitur in hac l. in Public. exigi, ut jam dictum est, causam justam traditionis, et traditionem et non utique exigi semper traditionem corporalem, sed fictitiam traditionem nonnunquam sufficere, ut in multis juris partibus tantum potest fictio, quantum veritas: fictitia est traditio, si vendam tibi rem, quam tu jam habes ex alia causa, puta quia commodavi, vel deposui apud te, vel pignori dedi: res itaque habetur pro tradita quæ venditur ei qui eam jam habet, et possidet ex alia causa, §. *interdum, Instit. de rer. divis l. quædam, tit. præc. l. si servus, in fi. de acq. rer. dom* et ubique Accurs. præfracte defendit rei præsentiam esse necessariam hoc casu, ut res tradita videatur ex causa venditionis ei, qui eam possidebat ex alia causa, perperam et frustra: nam satis est præsens res, quam emptor ipse jam habet, nec præterea necesse est convenire in rem præsentem: in re præsenti contrahere, id est insidere rei dum contrahitur emptio venditio: nam satis præsens est quam habet emptor, cui insidet emptor, et ita etiam in *l. ejus, tit. præc. sup.* si is cum quo agitur rei vindic. sustulerit litis æstimationem, eo genere statim rei dominium ei acquiritur, quasi ex causa emptionis, quia emptoris loco habetur, si modo eam rem penes se habuerit, nec exigitur ut in rem præsentem veniatur, ut in re præsenti contineatur æstimatio litis. Post hæc sequitur, *sed et si præcessit traditio, etc.* quod male Accur. interpretatur de emptione conditionali, atque ita prava interpretatione obscurat præclaram sententententiam hujus loci, quæ est talis: rem venditam pro tradita haberi, non tantum si vendatur ei qui eam habet jam ex alia causa justa, puta pignoris, depositi, commodati, aut precarii, sed etiam si vendatur ei qui eam jam habet sine causa; traditio hic significat traditionem nudam. Species hæc est: tradita est res Titio sine causa, est traditio nuda, deinde eidem Titio rem habenti vendita est eadem res: atque ita traditionem nudam secuta est causa, emptio, causa sequens corroborat et confirmat traditionem nudam, et ideo inefficacem, traditio erat inefficax, sed redditur efficax subsequente emptione, atque ita desinit esse nuda, unde quod dicitur in *l. nunquam, de acq. rer. dom.* nudam traditionem non transferre dominium, sed ita demum si justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur, id est, ita supplendum interpretatione, ut idem sit si justa causa sequatur traditionem nudam, nam et hoc modo traditio nuda, id est, quæ initio fuit nuda, transferet dominium, vel præstabit usucapiendi occasionem, et actionem Public. Ergo sententia hujus loci hæc est: rem quam habebas, venditam tibi, et traditam videri ex causa venditionis, sive eam habueris ex alia causa justa, sive sine causa, id est, ex traditione nuda. Tum deinde Ulp. docet, huic edicto sive actioni locum esse, non tantum si venierint res singulæ, et traditæ fuerint, sed etiam si venierit hæreditas, et res quædam, quæ sunt hæreditariæ, emptori traditæ fuerint, quod utique necesse est venditorem hæreditatis exequi, id est venditor hæreditatis res hæreditarias tradere debet, *l. qui filiusfamilias, inf. de hær. vend.* ergo earum rerum nomine quas tradidit venditor hæreditatis bonæ fidei emptori, dabitur actio Publiciana, et hoc ait placere Neratio, qui scilicet fuit Proculejanus: videntur dissensisse Sabiniani hac ratione, quia cum venditur hæreditas, jus venditur, quod est incorporale, corpora singula, vel res non venduntur, hæreditas est nomen juris, et inde fit etiam ut evictis rebus hæreditariis, non teneatur venditor hæreditatis actione de evictione, *l. 1. C. de evict. l. ult. inf. eod. tit. l. 2. in princ. inf. de hær. vend.* si evictis rebus hæreditariis non est actio de evictione, videtur etiam non esse Public. *arg. l. 2. §. si a furioso, inf. pro empt.* Sed Neratio aliud judicium est hac ratione, quasi vendita hæreditate, et res hæreditariæ quæ traditæ sunt emptori pro emptis habendæ sint: nam quod eis evictis non sit emptori actio de evictione, hoc non ideo est, quod non videantur res traditæ emptori emptæ, sed quod

id agatur inter venditorem hæreditatis et emptorem, ut neque plus, neque minus habeat emptor hæreditatis quam venditor habiturus foret, *d. l. 2. et l. 5.* unde si res quæ evincitur, non sit hæreditaria, ideo non agit de evictione emptor, quia id non est actum, ut res non hæreditaria veniret: et si res sit hæreditaria revera evincitur injuria judicis, injuria autem judicis non onerat venditorem: nam ut teneatur de evictione venditor, jure rem evinci oportet, non injuria, *d. l. 5.* hac ratione ob res singulas non est actio de evictione, non quod et ipsæ si sint traditæ, non habeantur pro venditis; sed cum sequantur venditionem hæreditatis, ob ipsam hæreditatem evictam ab alio qui se hæredem dixerat, constat esse actionem de evictione.

Ad §. 2. Si duobus.

Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus: videamus, quis magis Publiciana uti possit: utrum is, cui priori res tradita est, an is, qui tantum emit. Et Julianus libro septimo Digestorum scripsit, ut, si quidem ab eodem non domino emerint, petitor sit, cui priori res tradita est, quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis: quæ sententia vera est.

Proponitur elegans quæstio, utri competat actio Public. si quis duobus eandem rem vendiderit, et tradiderit separatim, id est, diversis temporibus in solidum, quod hic Azo distinctius perduxit per omnes casus qui possent in hanc quæstionem incidere, et summa quæstionis distinctius excussa diligenter hæc est: aut unus vendit duobus eandem rem in solidum diversis temporibus; aut duo vendunt duobus separatim quisque: si unus vendat duobus, aut est dominus, aut non: si unus dominus vendat et tradat duobus, præfertur is cui priori tradiderit in vindicando dominio, in vindicatione directa, *l. quoties, C. de rei vind. l. 3. C. Gregor. eod. tit.* sed exigimus ut is cui priori tradiderit solverit pretium, alioqui traditio non fecit dominum, non dedit directam vindicationem, atque ita *l. quoties* exigit, ut pretium solverit, cui priori res tradita est, et ait, *quoties duobus prædium jure distrahitur*, ubi hærent interpretes propter illud vocabulum, *jure*; dicunt enim fieri non posse, ut duobus eadem res jure distrahatur, cum constet eum qui duobus vendit, teneri crimine falsi, sed remissius punitur quam lege Cornelia: nam bona ei non auferuntur, et relegatur tantum ad tempus, bonis non ablatis, *l. qui duobus, ad leg. Cor. de fals.* ideo etiam impostor coercetur legibus Longobardorum *tit. de his qui rem alienam post denunciationem, id est, post traditionem fraudulenter alienant*, et constat etiam eundem civiliter posteriori emptori teneri ex empto, in id quod interest, *l. qui tibi, C. de hær. vend.* Sed ex his male colligitur rem non jure distrahi duobus. Cur non jure distraho uni, ac deinde alteri, cum et rei alienæ emptio sit? valet igitur venditio, etiamsi teneatur falsi: quod teneatur falsi, non ideo sequitur venditionem esse nullam, et quod ait *d. l. quoties, quoties jure distrahitur*, id est, lege non prohibente: sunt enim quædam res quæ non possunt alienari neque uni, neque duobus, ut fundus dotalis: ergo quoties est talis res quæ possit, distrahi, et distrahitur duobus, hæc est sententia legis, præfertur is cui priori res tradita est: idem etiam dicendum est, si unus non dominus rem vendiderit et tradiderit duobus: nam et sic præfertur is cui priori tradiderit, nec exigimus hoc casu ut ei suppetat Public. utque in ea præferatur alteri, ut is pretium solverit, quia possessio rei traditæ transit in emptorem etiam pretio non soluto, licet dominium non transeat, et possessionem transisse satis est, ut sit Public. quia et Public. species ad eos tantum casus pertinet, quibus dominium non transfertur in emptorem, id est ad venditionem rei alienæ, *l. de pretio* 8. Et nihil obstat *l. si a Titio, tit. præc.* quæ exigit in quæstione Public. ut pretium solutum sit, sed non propter Public. sed alia ratione, alioque intuitu. Idem etiam dicendum est, si unus et idem cum non esset dominus, vendiderit Titio primum, deinde cum esset dominus, vendiderit Cajo. Nam et hoc casu Titius qui prior est, cuique priori res tradita est, licet ab eo acceperit qui nondum erat dominus, præferetur ei qui ab eodem accepit, cum esset tum rei dominus, quæ est sententia *d. l. si a Titio*: et idem erit e contrario, si cum esset dominus, uni vendiderit, et deinde cum non esset dominus, alteri vendiderit: nam semper præferetur is cui priori tradiderit: quid si duo vendiderint diversis? non possunt duo diversi domini in solidum diversis vendere, quia non possunt esse duo domini ejusdem rei in solidum, et ita distinguitur: aut ex illis qui vendiderunt, unus est dominus, alter non dominus, et hoc casu is qui a domino emerit, et acceperit, præferetur, licet sit posterior, *l. si ea re §. ult. inf. de action. emp.* præferetur directa vindicatio Publicianæ, id est, qui emit a domino, licet posterius emerit, ei qui emit a non domino, et agenti Public. obstabit exceptio dominii justi, *l. pen. inf. h. t.* quod si duo non domini duobus, singuli singulis in solidum eandem rem vendiderint, quis præferetur in actione Publiciana? et ait hoc loco Ulp. ex Juliano præferri possessorem, non cum cui priori res tradita est. In pari causa

melior est conditio possidentis, utriusque emptoris potior est causa, quia uterque a non domino emit: hic igitur non est quaerendum quis prior emerit, et acceperit, sed quis possideat nunc, is melior est et potior qui nunc possidet, cum agitur Public. nam si alter emptor agat Public. quia forsitan prior rem emerat, et acceperat, is qui possidet excipiet hoc modo: *si non mihi quoque res vendita et tradita est a non domino*, et erit sententia hæc exceptionis: et mihi et tibi res vendita est a non domino: par ergo utriusque causa, et consequenter te vincere debeo, quia possideo. Idemque obtinet in donationibus, si duo non domini donaverint duobus. Idem in pignoribus, idem in dotibus, *l. quoties, infra, de pignorib. et l. si dominus, qui pot. in pig. hab.* unus est, aut duo, unus non dominus rem eandem pignori obligat duobus: quis erit potior in pignore? prior: sed si duo non domini separatim rem pignori obligaverint duobus, potior erit, non prior, sed possessor: atque ita etiam id ex Juliano definitur. Sed obstat lex *si ea res* §. *ult. inf. de act. emp.* quæ dicit rem a duobus non dominis venditam duobus, et tamen ait eum præferri cui priori res tradita fuerit; potior est igitur is qui prior rem accepit, non qui nunc possidet: et circa unam rem multos ambitus facerem si quæ de earum legum pugna variarunt interpretes omnia referre vellem. Illa sententia est receptior, ut si inter ipsos agatur qui eandem rem emerunt a duobus non dominis, melior sit causa possessoris, *arg. l. si debitor, inf. de pignor. et leg. 1. inf. de Salv. interd.* Sed si agatur adversus tertium, adversus personam tertiam, et extraneum, ut præferatur is cui priori res tradita fuerit, et ita intelligitur *l. si ea res* §. *ult.* denique secundum hanc sententiam cum ipsi inter se agunt qui a duobus non dominis emerint, ex sententia hujus §. *si duobus*, præferetur possessor, non prior emptor: si agam adversus extraneum, ex sententia *l. si ea res*, præfertur prior emptor. At profecto vel cavillamur, vel necesse est fateri in *l. si ea res*, §. *ult.* proponi quæstionem motam inter ipsos emptores, et quæri uter utri præferatur in Public. et ait tuendum esse priorem emptorem adversus posteriorem, scilicet non adversus extraneum, ut adversus extraneum agi in *d. l. si ea res*, §. *ult.* non magis possis dicere quam in hoc §. *si duobus*: animadvertendum hoc potius est, *l. si ea res* esse Neratii ex lib. 5. Membranarum, quo libro tractavit de actione Public. ut constat ex *l. ult. h. t.* hic Neratius Proculejanus fuit: Julianus Sabinianus, ex cujus sententia Ulp. refert in §. *si duobus*, possessorem præferri priori emptori, id est, possessorem posteriorem præferri priori possessori, is, inquam, Julianus Sabinianus fuit et in hac specie etiam divisas fuisse sectas nostrorum Jurisconsultorum indicio est affirmatio ad Ulp. posita in hoc §. *quæ sententia*, inquit, *vera est*, id est, Juliani, verior scilicet quam sectæ alterius. In priori specie, cum hæreditas venditur, et res hæreditariæ traduntur, Ulp. probavit sententiam Neratii, in hac sequenti specie, cum duo non domini vendunt duobus, non probat sententiam Neratii, sed Juliani: et ad extremum dicit Ulp. in hac l. actionem Public. non competere de rebus quæ usucapi non possunt in §. *hæc actio*, cujusmodi sunt res furtivæ, quæ non possunt usucapi ex 12. tab. et servus fugitivus, quia quod attinet ad usucapionem quodammodo est furtivus, id est, ipse sibi furtum fecisse intelligitur, *l. 1. C. de serv. fugit. l. ancilla, inf. de furt.* in his ergo rebus quæ non possunt usucapi, non habet locum Public. amissa possessione, quia scilicet Public. fingit rem usucaptam, non finguntur impossibilia nisi stulte, non fingit hæc actio res usucaptas nisi eas, quæ possunt usucapi, quæ non est capax usucapionis veræ, nec est capax fictæ. Sed huic sententiæ opponitur lex *cum sponsus* §. *in vectigalibus, inf.* quæ docet Public. locum habere in agris vectigalibus, qui non possunt usucapi, inquit, atque etiam in aliis agris, et in superficiariis videlicet, qui etiam non possunt usucapi: vectigales agri sunt empyteuticarii in jure nostro: eadem fere est conditio ut dicitur, in *l. speciali, tit. præced.* agri empyteuticarii, et superficiarii, ut demonstrabitur *tit. seq.* agrum emphyteuticarium si possideam ut emphyteuticarium, ita in suo habitu possessum non possum usucapere, quia scio eum esse emphyteuticarium, scio esse alienum: eadem ratione superficiarias ædes non possum usucapere, quia cum scio superficiarias, et scio superficiem cessisse solo, et eas esse alienas, et ideo vectigalia, et superficiaria prædia non possunt usucapi, sed jus illud emphyteuticarium et superficiarium quod dicitur ἐμβατευτικὸν, potest longo tempore acquiri diuturna possessio ejus prædii non faciet me prædii dominum, quia eum alienum esse non ignoro, sed pariet mihi jus illud ἐμβατευτικὸν *l. si finita* §. *si de vectigalibus, inf. de dam. inf.* idem erit etiam in aliis prædiis ut ait §. *d. l. cum sponsus*, id est, in provincialibus prædiis, puta in tributariis, stipendiariis. Nam hæc etiam prædia non poterant usucapi, quia erant res nec mancipi, et usucapione quidem res mobiles acquiruntur sive mancipi sint, sive nec mancipi, et ita est intelligendum quod ait Ulp. in fragm. *usucapione acquiri dominium tam rerum mancipi, quam nec mancipi*, mobilium scilicet, non etiam idem in immobilibus, mobilium scilicet non etiam immobilium: usucapione acquiritur tantum dominium rerum mancipi id est, quæ mancipari possunt, sive mancipationis jure alienari possunt, qualia erant tantum

Italica prædia: provincialia, quæ erant tributaria, vel stipendiaria, quæ erant nec mancipi non poterant mancipari, nec usucapione acquiri, quia et possessores eorum prædiorum non censentur esse domini, sed Resp. Rom. potius, cui tributum aut stipendium pendebatur: et ita recte Aggenus Urbicus 2. *de limit. agror. constit. Stipendiarii*, inquit, *agri quales erant provinciales, nexui non habentur, id est, mancipio: sed neque mancipatio eorum, neque nexus legitimus eorum esse potest: possidere enim privatis fructus tollendi causa et tributi solvendi conditio concessa est*: sed adjicit, eos tamen possessores agrorum stipendiariorum, eorum agrorum vindicationem habere, quod etiam significari dixi in §. *in vectigalibus*, dum ait in aliis prædiis, puta in stipendiariis, vel tributariis, Publ. locum habere quia scilicet eadem ratione qua usi sumus in vectigalibus et superficiariis, licet non possint usucapi, longo tempore acquiri possunt: usucapio parabat dominium, longi temporis possessio possessionem perpetuam, et firmam præscriptionem, id est, exceptionem tantum, et in actione Public. nihil interest res possit usucapi, an longo tempore acquiri: ergo quod dicitur in hoc §. *in his, quæ usucapi non possunt cessare Public.* subaudiendum est, si et longo tempore acquiri non possunt, nam si possint hoc modo acquiri, hoc sufficit ad Public. actionem, *d.* §. *in vectigalibus*: eodem modo in servitutibus urbanis locum habet Public. *l. si ego*, §. 1. *sup. h. t.* quæ tamen non semper usucapiuntur; sed quia longo tempore acquiruntur, ideo in his locum habet Public. ante impletam possessionem: longi temporis 10. aut 20. annorum usucapio erat anni, aut biennii, quod postea transformavit Justinianus.

Ad L. XI.

Si ego emi, et mea voluntate alii res sit tradita: Imperator Severus rescripsit, Publicianam illi dandam.

§. 1. *Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum prædiorum per traditionem constitutis, vel per patientiam: forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci: item rusticorum: nam et hic traditionem, et patientiam tuendam constat.*

§. 2. *Partus ancillæ furtivæ, qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo, qui emit, possessus non est. Sed hæres furis hanc actionem non habet: quia vitiorum defuncti successor est.* (1)

§. 3. *Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit, et pepererit: competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait: si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.* (2)

§. 4. *Idem Julianus generaliter dicit, ex qua causa matrem usucapere possem, si furtiva non esset, ex ea causa partum me usucapere, si furtivam esse matrem ignorabam. Ex omnibus igitur casibus Publicianam habeo.*

§. 5. *Idem est et si ex partu partus est, et si non natus, sed post mortem matris, ex secto ventre ejus extractus est; ut et Pomponius libro quadragesimo scripsit.*

§. 6. *Idem ait, ædibus emptis, si fuerint dirutæ, ea quæ ædificio accesserunt hujusmodi actione petenda.*

§. 7. *Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit, et ideo, si ipse fundus Publiciana peti non potest, non hoc petetur, si autem potest, et ad partem, quæ per alluvionem accessit, et ita Pomponius scribit.*

§. 8. *Idem adserit, et si statuæ emptæ partes rescissæ petantur, similem actionem proficere.*

§. 9. *Idem scribit, si aream emero, et insulam in ea ædificavero, recte me Publiciana usurum.*

§. 10. *Item, inquit, si insulam emi, et ad aream ea pervenit, æque potero uti Publiciana.*

Si ego, inquit, *emi*, *et mea voluntate alii res sit tradita*, ut Flor. scriptum est, *Publ. dandam.* quod in §. *ex his*, *Inst. per quas pers. nob. acq.* proponitur ex constitutione Severi, id existimo junctum fuisse cum eo quod hic refertur ex eodem Severo: ita scilicet ut primum constituerit Severus procuratorem constitutum in rem meam, qui rem mihi venditam meo nomine accepit, mihi acquirere possessionem, et per hanc dominium, et actionem Public. *d.* §. *ex his*: deinde procuratorem in rem suam, cui scilicet ego cessi actionem ex empto donandi animo, si rem mihi venditam mea voluntate suo nomine acceperit, et sibi habeat, eum sibi acquisiisse possessionem, et per hanc dominium, vel usucapiendi conditionem, et actionem Public. et hoc est quod ait hoc loco, Severum rescripsisse, ut si alii res empta a me tradita esset mea voluntate, cum scilicet ei donatum volo, illi, ut et Florent. recte competere Public. non mihi. Denique procurator aut constituitur in rem meam, aut in rem suam, rei ex causa emptionis accipiendæ: si in rem meam et meo nomine accipiat, mihi acquirit possessionem ex rescripto Severi et Publ. actionem parat ex eodem rescripto: si sit procura-

(1) (2) *In his* §§. *vide Merill. variant. ex Cuj. lib.* 3. *cap.* 27.

tor in rem suam, atque ita rem emptam a me accipiat sibi et suo nomine, sibi acquirit possessionem, et actionem Public. proinde sicut alius recte tradit rem venditam voluntate venditoris. §. *venditæ. Inst. de rer. divis.* ita etiam alii recte traditur voluntate emptoris, sive accipienti nomine emptoris, quo casu emptori paratur Publiciana, sive accipienti suo nomine, quo casu illi paratur Publiciana, non emptori: ut cum emptor jussit venditorem ei tradere, cum scilicet ei donatum vellet: habebit ergo Publicianam, licet rem non emerit, quasi scilicet ego videar illi emisse non mihi, cui mox jussi tradi rem emptam donandi animo. Sed adnotandum hac in re traditionem rerum singularum multum distare a restitutione hæreditatis fideicommissariæ, et quod hic dicitur ex rescripto Severi de traditione rei emptæ facta alteri voluntate emptoris, qui alteri donare voluit, non esse producendum ad restitutionem hæreditatis fideicommissariæ, factam alteri voluntate fideicommissarii. Nam si hæres scriptus rogatus sit restituere hæreditatem Titio, et hæres restituerit alii voluntate Titii, accipienti nomine Titii, ex SC. Trebelliano actiones transeunt in Titium, cujus nomine restituta et accepta est hæreditas; actiones, inquam, quas hæres habuit, qui restituit et quibus fuit obstrictus: quod ostenditur in *l. restituta inf. ad Trebell.* et possunt omnia quæ continentur in ea *l. restituta* accommodari ad Publicianam ex *l. cum sponsus §. ult. et l. quicunque §. ult. inf.* Sed si hæres rogatus restituere hæreditatem Titio, eam alii restituerit accipienti suo nomine, cum hoc vellet Titius, ut suo nomine acciperet, et sibi cum vellet haberet, in accipientem non transeunt actiones ex SC. Trebell. quas hæres habuit, et quibus fuit obstrictus, *l. si mulier §. ex asse, inf. de jur. dot.* quia ex eo SC. non transeunt actiones Trebellianæ, sic enim appellantur, nisi in eum cui debetur fideicommissum: huic non fuerat relictum fideicommissum: ergo non possunt in eum transire actiones, si rem quam mihi vendidisti, tradas Titio accipienti mea voluntate suo nomine, transit in eum vindicatio sive directa, sive utilis, sed si rogatus restituere mihi hæreditatem, eam restituas Titio accipienti suo nomine, mea voluntate, cum id transisse dicatur, transit in eum vindicatio sive directa sive utilis, sed si rogatus restituere mihi hæreditatem, eam restituas Titio accipienti suo nomine, mea voluntate, cum ei fideicommissum donatum vellem, in eam non transeunt actiones Trebellianæ. Quia hæc restitutio est successio quædam, et defunctus noluit sibi esse successorem, sed Titium, et ad summam, sicut hæreditas directa non potest cedi in jure alteri, antequam adita sit, ut Ulp. docet in *Frag. tit. de dominiis*, ita etiam hæreditas fiduciaria non potest cedi alteri, antequam restituta sit, puta ut alteri restituatur, et in alterum transeant actiones: hoc fieri non potest: post aditionem hæreditas directa vendi potest, atque etiam cedi alteri; post restitutionem, hæreditas fideicommissaria vendi potest, atque etiam cedi alteri, sed utroque genere sive post traditionem, sive post restitutionem vendatur sive cedatur hæreditas directa aut fiduciaria, idem hæres manet qui fuit ante, et ei atque in eum competunt actiones directæ. Sed receptum est, ut etiam in emptore hæreditatis directæ vel fideicommissariæ atque emptori competant utiles actiones *l. emptor, C. de hæred. vend.* quod non ita fit omninodo cum quis post aditionem cessit hæreditatem alteri: nam hoc genere cum hæres maneat, ut diximus, non liberat se a creditoribus hæreditariis, neque enim se suo facto liberat sine voluntate creditoris, quibus semel obligavit se, et hic obligavit se creditoribus, deinde post aditionem cedendo non liberat se sine voluntate creditorum, sed liberat a se debitores hæreditarios, cum abdicet se omni jure hæredis: cessio hæreditatis est abdicatio omnis juris, quæ potest nobis esse fraudi, non aliis non assentientibus, quod ita docet Ulp. in *Frag.* ex veteri jure. Nam in his libris de hac cessione hæreditatis nihil est proditum, de venditione, multa; quamquam olim erat frequens cedere hæreditatem, vel ante, vel post aditionem: ut et quidam alii meminerunt. Servius in hunc Virgilii locum: *Et patrio Andromachen iterum cessisse marito, cessisse de jure est, cedi enim hæreditas dicitur.* Igitur cessione hæreditatis post aditionem non liberabant se hæredes. Itaque in eum creditoribus erant actiones directæ in hæredem cessicum forte utiles exemplo emptoris, sed debitores hæreditarii liberantur ipsa universi juris cessione justa et abdicatione. Verum quod attinet *ad d. §. ex asse*, quod in eo est proditum de hæreditate fideicommissaria, ut non possit alii restitui, ne voluntate quidem fideicommissarii ex SC. Trebelliano, id est, ut transeant actiones, adnotandum in eo §. Ulp. idem esse in hæreditate directa, ut etiam inutiliter cedatur alteri, antequam adita sit, sicut fideicommissaria, antequam restituta sit: at res singulæ recte traduntur alteri voluntate nostra, ita ut etiam transeat in eum vindicatio rei directa, vel utilis: nam hæc traditio non est successionis species sicut restitutio. In successione exigitur non tantum voluntas ejus cui competit hæreditas, sed etiam concurrere debet cum ejus voluntate voluntas defuncti, alioqui successio justa non est. Denique sequitur: *si de usufructu, etc.* in hoc §. 1. ostenditur hanc actionem Public. non tantum pertinere ad res corporales, sed etiam ad res incorporales: puta servitutes, vel personarum,

ut usumfructum, vel prædiorum, emptas scilicet et traditas: nam hoc exigit edictum ut res sint emptæ et traditæ, priusquam agi possit Publ c. Atqui hæ res tradi non possunt: fateor: nam traditio est corporalis, servitus incorporalis, non potest rei incorporalis corporalis esse traditio: non potest igitur servitutum esse traditio: sed pleraque habentur pro traditione, et ut servitus ipsa intellectu solo percipitur, ita intellectu solo tradi potest. Ac primum quidem pro traditione est cautio, ut si is, qui mihi vendidit actum, ita caveat, per eum non fieri, quo minus ire agere liceat: hæc cautio pro traditione servitutis habetur, *l. quoties, de servit. inf. l. 3. si iter, de action. emp.* pro traditione item est cessio servitutis, id est, si in jure dicat, se iter cedere, vel viam: nam et servitutes in jure cedi possunt, ut docuit Ulp. in Frag. cessio, inquam, et est inductio, admissio in prædium serviens *l. 3. inf. de usufr. ult. inf. comm. præd. l. si unus inf. de servit. rust.* ubi dare servitutem, est cedere in jure, quod fit verbo tantum: igitur cessio, datio sive traditio est transdatio, ut loquebantur veteres Jurisconsulti: item pro traditione servitutis est patientia, ut demonstratur hoc loco et apertius in *l. 1. in fi. D. de ser. rust. et l. si a te, inf. si servit. vindic.* quo tractatur de actione Public. A te emi ut mihi liceret ex meis ædibus in ædes tuas tignum immissum habere, nec cessisti mihi eam servitutem tigni immittendi, sed ego te patiente ex causa emptionis tignum immissum habeo: ait me tuendum esse hac exceptione, si possideo, et amissa possessione, Public. actione, quia patientia illa pro traditione est: hæc igitur tria, cautio, cessio, quæ fit verbo, vel inductio in fundum servientem, et patientia quasi possessionem constituunt, et ut ait *d. l. 1.* officium Prætoris inducit, id est, efficit, ut Prætor eam possessionem quasi veram tueatur interdictis, et actionibus, et exceptionibus, *d. l. si a te, et d. l. quoties.* Ergo ut etiam eam possessionem tueatur actione Public. Proinde actio Public. locum habet, sive res sit tradita, sive quasi tradita, id est, non tantum in possessione, sed in quasi possessione servitutum est quasi possessio, ut servitus intellectu tantum percipitur, ita et ejus possessio intellectu tantum percipitur, *l. ait Prætor §. item ei qui, sup. ex quib. caus major.* Præter hæc quæ continent præcipuam definitionem hujus §. notanda sunt duo ex *hoc* §. quod aquæductum numerat inter servitutes urbanas, ut si emero ut mihi liceret per domum tuam aquæductum transducere: frequentius aquæductus est servitus rustica: sed potest etiam esse urbana, sicut etiam iter, ut in *l. iter, inf. comm. præd.* et *l. servitutes §. 1. inf. de servit. urb.* Item quod Ulp. in hoc §. prius atque adeo, ut videtur, facilius admittit Public. actionem in servitutib. urb. præd. quam in servitutibus rusticorum, non absque ratione: nam servitutes urbanorum prædiorum olim poterant usucapi, hodie non possunt usucapi propter legem Scriboniam. per se scilicet, cum ædificiis possunt, *l. si aliena, §. 1. inf. de usurp. et usuc.* rusticarum usucapio nunquam fuit admissa: sed hodie, ut dixi, neutræ usucapiuntur; longo tamen tempore acquiruntur, *l. si quis diuturno, inf. si serv. vind.* et Public. habet locum etiam in his quæ non usucapiuntur, dummodo longo tempore acquirantur, *l. seq. §. in vectigalibus*, ergo habet locum etiam in servitutibus, ut hic proponitur, quia possunt acquiri longo tempore, et in *d. l. si aliena §. 1.* scripserat Ulp. usucapi non posse, sed mutavit contextum Tribonianus propter transformationem Justin. et scripsit longo tempore capi non posse: nam biennium, quo implebatur usucapio, Justinianus mutavit in longum tempus: tota autem ea *l. si aliena* pertinet ad hanc actionem Public. et est ex ejusdem Ulp. *lib. 16. ad edictum*: omnes ll. Ulp. quæ sumptæ sunt ex eod. lib. pertinent ad vindicationem directam, vel ad public. et possunt aptissime ad hanc vel illam accommodari, exceptis tribus quarum vitiata est inscriptio, *lex 1. et 3. sup. de fideicomm. hæred. pet.* ubi legendum 15. non 16. nam 15. tractavit de vindicationibus universalibus, 16. de specialibus tantum: et ob id in *l. 1. sup. tit. prox.* quæ est ex *lib. 16. post. actiones*: inquit, *de universitate*, id est, hæreditatis petitionem directam, vel possessoriam, vel fideicommissariam, de qua *d. l. 1. et 3.* tractemus, inquit, de actionibus singularibus: tertia est *lex 9. sup. de legib. non ambigitur Senatum jus facere possse*, quæ debet annotari ex 15. non 16. pertinet ad Senatusconsult. de petit. hæred. In cujus interpretatione admonuit Ulp. non ambigi Senatum jus facere posse: et quod attinet ad *d. l. si aliena*, jam quod in ea scriptum est de servitutibus, id accommodavi palam ad Public. actionem; quod etiam est scriptum de servitutibus initio hujus legis, id omnino pertinet ad actionem Public. nam cum emitur res aliena, quæritur quo tempore bona fides exigatur, ut usucapio currat, an emptionis, an traditionis tempore: et ait Sabinianorum sententiam obtinuisse, ut traditionis initio bonam fidem exigamus: ex quo male colliges, traditionis initio sufficere bonam fidem, quoniam, exigitur omnino duobus temporibus, emptionis tempore, et præterea traditionis tempore: sed ad initium leg. *si aliena*, addendum est quod additur in *l. 7. §. ult. sup.* quod dicat emptionis tempore bonam fidem desiderari, non ideo debere nos existimare sufficere hoc, si bona fides intervenerit traditionis tempore, sed exigit etiam ut intervenerit contractus tempore. Postremo

quod proponitur in *d. l. si aliena* §. *ult.* de partu ancillæ furtivæ an possit usucapi, hoc pertinere ad actionem Public. § *partus* qui sequitur, aperte demonstrat, ut sit ea l. conjungenda cum hoc §. et cum *l. partum, inf. de verb. sign.* omnes sunt ex lib. Ulp. 16. *ad edictum.* Constat quidem ancillam furtivam non posse usucapi, non posse acquiri longo tempore, ergo ad eam Public. non pertinere, *l.* 9. §. *hæc actio*, *sup.* sed quæstio est de partu ancillæ furtivæ an possit usucapi, et an in eo locum habeat Public. quæ dirimitur hac distinctione: aut ancilla furtiva concepit apud furem, aut apud bonæ fidei emptorem: si concepit et peperit apud furem, vel apud furis hæredem: nam in hac re eadem est causa defuncti et hæredis: vel si pariat tantum apud hunc vel illum, ut si prædonibus subrepta sit, vel si concipiat apud furem, pariat apud furis hæredem, vel si concipiat tantum apud furem, vel furis hæredem, et pariat aqud bonæ fidei emptorem, constat a fure non posse partum usucapi, quia in malo versatur, etiamsi existimaverit partum non esse furtivum: non usucapietur etiam ab hærede furis licet ancillam ignoret esse ailenam sive furtivam, et licet apud eum ignorantem conceperit et pepererit, *l.* 4. §. *hæres inf. de usurp. et usuc.* quia hæres succedit in malam fidem defuncti, et quod non potuit defunctus, nec potest ipse usucapere. Hoc ergo certum est nec a fure, nec a furis hærede partum usucapi posse: sed secundum sententiam Scævolæ, posse usucapi a bonæ fidei emptore, si apud eum edatur partus, quia partus non sit pars rei furtivæ, *d. l. partum d. l. si aliena*, §. *ult.* sed Scævolam reprehendit Marcellus, ut explicat *d. l. si aliena:* nam Marcellus existimat hac in re partum esse habendum pro parte matris furtivæ: et ideo partum a nemine usucapi posse, ac si esset furtum, quæ sententia obtinuit, *l. qui vas* §. *ancilla*, *inf. de furt. l. pen. sup. de stat. hom.* atque ita, si ancilla concipiat et pariat apud furem, vel furis hæredem, procul dubio partus est furtivus, et a nemine potest usucapi: si pariat tamen apud furem vel ejus hæredem, etiam est furtivus partus, nec potest usucapi: si concipiat tantum apud furem vel ejus hæredem, et pariat apud bonæ fidei emptorem, etiam ex sententia Marcelli, quæ obtinuit, partus habetur pro furtivo, et a nemine potest usucapi? longe secus est, si ancilla furtiva concipiat et pariat apud bonæ fidei emptorem, partus potest usucapi. Quo titulo? non pro emptore, quia partum non emit, emit vacuam ancillam, sed usucapiet partum titulo pro suo, quasi suum sit quod ex re sua natum est, aut rem suam esse putat. Quod ex ancilla mea nascitur, possideo pro meo, et si erro in dominio ancillæ usucapiam pro meo, *d.* §. *ancillæ l. si matrem*, *pro empt. l. non solum in pr. inf. de usurpat. et usucap.* Ergo partus conceptus apud bonæ fidei emptorem et editus, ab eo usucapietur, sed non a fure aut furis hærede propter fidem malam. Idem erit si partus concipiatur apud bonæ fidei emptorem, non edatur, sed alibi poterit usucapi a bonæ fidei emptore, vel ab alio quolibet bonæ fidei possessore: et hoc est quod ait in §. *partus*, bonæ fidei emptorem usucapere partum ancillæ furtivæ apud se conceptum, licet ab eo possessus non sit, id est, licet alibi editus sit: satis est si apud eum conceperit. Idemque esse adiicit, si conceperit ancilla apud bonæ fidei donatarium, id est, apud eum cui ancilla furtiva donata est, ex causa donationis tradita est bona fide accipienti: quia hoc edictum pertinet ad omnes causas justas acquirendarum rerum, licet sit de emptione nominatim, porrigitur tamen ad omnes causas acquirendarum rerum: sed hoc casu sive ancilla furtiva concipiat apud emptorem, sive apud donatarium bonæ fidei, exigimus partus tempore bonam fidem, id est, ut partus tempore nesciverit ancillam esse furtivam, et alienam: ergo exigi bonam fidem editionis tempore demonstrat *d. l. non solum*, *inf. de usurp. et usucap. l.* 4. §. *si antequam eod. tit.* quod habet summam rationem. Sed ei obstat §. *partus*, qui exigit bonam fidem utroque tempore, id est, eo tempore quo agit Public. de partu apud se concepto, et citat in eam rem Julianum bis, quomodo, aut ex quo libro, non potest intelligi: verba legantur: *ait*, *partus ancillæ furtivæ*, *etc.* quia videtur eum possedisse cum prius donator possederit, consentit nunc, idem esse et in partu donato, quia vitiorum est successor: hæc Julianus scripsit *lib.* 7. *Digest.* quo tractat de Public. actionis tempore. Idem Julianus 54. *Digestorum in d. l. non solum*, cujus verba hic referuntur, ait sufficere bonam fidem partus tempore, et ex *d. l.* 4. §. *si antequam*, ex eadem, inquam, *l.* quam hic recitat Ulp. non est dubitandum, quia superius sit legendum, *eo tempore quo et pariat*, id est, non tantum conceptus tempore, sed et editionis necesse est ut emptor ignoret ancillam esse furtivam, ut partus possit usucapi: nam ut exigatur etiam actionis tempore, natura actionis Publicianæ non patitur, quæ bonam fidem duobus exigit temporibus: nam Public. agit is qui scit rem esse alienam, *l.* 7. §. *Public. et* §. *ult. sup.* nec potest defendi actionis tempore ut procedat usucapio partus concepti apud bonæ fidei emptorem, exigi bonam fidem, sed defendi ex *l.* 4. *inf. pro suo*, quæ non tantum exigit bonam fidem actionis tempore, sed etiam toto tempore usucapionis partus: ergo si possit defendi ex illo loco, non tantum debuisse

dicere eo tempore quo experior, sed toto tempore usucapionis: et observanda tamen est hac in re distinctio *l. 4. inf. pro suo*: nam si ancilla furtiva concipiat apud bonæ fidei emptorem, partum usucapiet, etiamsi post editionem sciverit alienam esse ancillam, dummodo certiorem fecerit dominum ancillæ enixam esse ancillam, vel certiorem facere non potuerit, usucapiet eum pro suo quasi ex re sua editum: sed si cum posset dominum certiorem facere, non fecerit qui rescierat ancillam esse furtivam, hic non poterit usucapere pro suo, quia videtur jam clam possidere: jam non potest possidere titulo pro suo et clam: nam titulus pro suo, justus est titulus, quæ est definitio hujus rei: et quod est de partu ancillæ furtivæ idem servatur in partu partus, etiamsi non sit editus partus, sed extractus cæso utero matris: ait *etsi non natus*: quibus verbis significat hoc edictum fuisse nominatim de mancipio vendito et tradito. *Si*, inquit, in edicto, *id quod traditur*, mancipium scilicet. Sed trahitur ad res omnes, sicut ad omnes causas acquirendarum rerum justas et ob id in edicto facta erat mentio partus, quæ solet circumscribi his verbis: quod ex ancilla natum erit, ut in edicto Salviano ubi loquitur de ancilla, l. 1. de Salv. interdicto, cum et in edicto scriptum esset, *quod natum est*, quia qui extrahitur ex utero matris, non nascitur: et ideo opus fuit addi eorum interpretationem. Idem juris est in cæso sive extracto ex utero matris mortuæ, quod in nato, licet edictum loqueretur tantum de partu edito et nato.

Ad §. Idem ait.

Lex 11. §. *idem ait* vulgo perperam explicatur. Hujus hæc sunt verba: *Idem ait ædibus emptis*. Idem, non est Pomponius, quem proxime adduxit sup. ad finem §. *partus*, sed est Julianus cujus auctoritate usus est paulo ante ex *lib. 7. Digestorum*, quo tractavit de actione in rem directa, et de Public. Idque indicat *lex Idem est trigesimaquarta sup. tit. prox.* ex eodem libro, qui pars est eorum quæ hoc loco referuntur ex Juliano. Sententia autem hæc est: sicut bona fide empta ancilla furtiva, partus qui conceptus est apud bonæ fidei emptorem usucapi potest, et peti per actionem Public. licet ancilla ipsa furtiva usucapi et peti hac actione non potuerit, quod est quod præcedenti §. demonstravimus, ita licet ædes emptæ mala fide non possint usucapi et peti hac actione, tamen tigna quæ iis ædibus adjiciuntur, dirutis ædibus usucapi possunt, et peti hac actione: quia scilicet sicut partus non intelligitur esse furtivus, ut mater, ita etiam tigna quæ ædibus adjiciuntur non suscipiunt naturam et conditionem ædium: et licet interim cedant ædibus quandiu connexa sunt ædibus, tamen jus retinent proprium, propriamque causam: atque ideo detracta continuo redeunt ad jus pristinum, *l. in rem §. ult. l. habitator*, *sup. tit. prox.* igitur tigna non fiunt similia ædibus, quibus junguntur: et ideo licet ædes non possint peti hac actione, poterunt tamen tigna quæ detracta inde fuerint: nam connexa vetat solvi lex 12. tab. Sed diversum esse ait statim si quid fundo empto per alluvionem accesserit: tigni junctio non mutat dominium tigni, licet cedat ædibus, nec possit solvi: alluvio mutat dominium: quæ ædibus adjiciuntur et imponuntur, non coalescunt ædibus: quæ flumen paulatim lambendo fundo alluunt, ea coalescunt et confunduntur fundo. Quapropter tigna quæ non coalescunt proprie ædibus, non confunduntur, non fiunt propria ædibus, id est, non sunt ejusdem juris conditionisque, sed id quod amnis alluit fundo, id quod per alluvionem accedit, simile fit ei cui accedit: et ideo si fundus non possit peti actione Public. puta, quod sit vi possessus, ex lege Plautia vi possessa non usucapiuntur: et ideo non possunt peti Public. nec pars peti poterit quæ per alluvionem accessit, et si potest peti fundus actione Public. potest peti ea pars quæ per alluvionem accessit, *d. l. si pars*, *sup. tit. prox. l. puto*, *inf. famil. ercisc.* Sequitur in hoc §. *item adjicit etsi*, *etc.* Idem ait esse in statua, cui pars aliqua adiicitur, quod in fundo dixit esse cui pars aliquia per alluvionem accedit, nam et pars puta brachium quod statuæ cohæsit ferrumine, simile fit statuæ: et ideo si statua, utpote furtiva, peti hac actione non potest, non poterit etiam brachium abruptum inde hac actione peti: si statua potest peti hac actione, brachium peti poterit, si ferrumine coierit, ut Azo annotavit recte, ut vis verbi rescissæ exigit, rescinduntur enim ferruminata, non adplumbata, et præterea adplumbata suam causam, suumque jus retinent, nec fiunt similia his quibus adplumbantur: ferruminatio per eandem materiæ confusionem, commixtionem perfectam facit, et juncta ferrumine in eorum quibus junguntur causam, conditionemque commutat: proinde adplumbata non transeunt in naturam jusque eorum quibus adplumbantur, nec enim excedunt dominio pristino: at ferruminata transeunt in jus conditionemque eorum quibus agglutinantur ferrumine, et excedunt dominio pristino, et fiunt similia his quibus agglutinantur, *l. in rem §. item quæcunque*, *sup. tit. prox.* et hujus loci hanc esse sententiam indicant illa verba, *similem actionem*, similem scilicet et quæ de statua competit: vel si de statua non competat, nullam: quo verbo etiam usus est sup. agens de alluvione, et id quod alluvio aufert uni et adjicit

alteri fundo, simile ei fieri cui adjicitur. Quod sequitur in hac l. eandem rationem habet. Si emero aream bona fide, et in ea domum ædificavero, vindicabo actione Publ. ædificium, quia superficies cedet areæ, ἐπικείμενα τοῖς ὑποκειμένοις, quia superficies sequetur jus soli, sicut quod per alluvionem accedit, sequitur jus fundi: sicut quod accedit statuæ, sequitur jus statuæ, sed non ita tigna sequuntur jus ædium: proinde etiam in area, si area peti possit hac actione, poterit et ædificium, quod constat ex superficie et solo. Idem dicendum, si emero bona fide, et diruta sit domus atque in aream redacta: nam ut domus erat Public. ita erit areæ quæ superest, Public. actio, quia est area maxima pars emptarum ædium, *l. qui res, §. ult. inf. de solut.*

Ad L. XII.

Cum sponsus sponsæ servum donasset, eumque in dotem accepisset ante usucapionem, rescriptum est a Divo Pio, divortio facto, restituendum esse servum: nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam: dabitur ergo et possidenti exceptio et amissa possessione, Publiciana: sive extraneus, sive donator possideat.

§. 1. Is cui ex Trebelliano hæreditas restituta est, etiamsi non fuerit nactus possessionem, uti potest Publiciana.

§. 2. In vectigalibus, et in aliis prædiis, quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt.

§. 3. Idem est et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.

§. 4. Si res talis sit, ut eam lex, aut constitutio alienari prohibeat: eo casu Publiciana non competit: quia his casibus neminem Prætor tuetur, ne contra leges faciat.

§. 5. Publiciana actione etiam de infante servo nondum anniculo uti possumus.

§. 6. Si pro parte quis rem petere vult, Publiciana actione uti potest.

§. 7. Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experietur.

Quæ sola l. restat ex hoc tit. pertinet ad causam vindicationis: donatio inter virum et uxorem non est justa causa acquirendarum rerum quia improbata est jure civili, et ideo hæc causa non pertinet ad hoc edictum, quia donatio valet, et est justa causa acquirendi ante matrimonium: et ideo si sponsus sponsæ donaverit rem alienam bona fide accipienti, et mox eandem rem sponsa sponso dederit in dotem ante usucapionem, et antequam nam rem sponsa suam fecisset, Paulus ait ex constitutione Divi Pii soluto matrimonio mulierem posse repetere eam rem actione de dote, id est, rei uxoriæ actione, vel hodie actione ex stipulatu de dote, *l. 1. et l. si consentiente, C. de donat. an nupt.* quia scilicet quasi suam rem dedit in dotem licet re vera non fuerit sua, cum nondum eam rem usuceperit, dedit quasi suam rem, quia eam acceperat ex justa donationis causa: et ideo soluto matrimonio eam repetit quasi suam actione de dote: non etiam actione Public. ut dixit Accur. quia actio Public. datur ei qui amisit possessionem casu alioquo, non qui eam amisit suo facto ut transferret in alium: ut si ego rem quam possidebam tibi tradidero, an agam adversus te Publiciana? minime: hic porro mulier possessionem non amisit, sed ipsa eam transtulit in maritum: ergo non aget in maritum Public. sed soluto matrimonio aget de dote: quia quasi rem suam dedit, cum donatio valeret, licet eam nondum usucepisset. Ergo eadem ratione, ut subjicit Paulus, si ejus rei possessionem maritus nactus sit, non ex causa dotis, sed forte fortuna possessio ejus rei ad eum redierit, vel etiam si possessio ejus rei pervenerit ad extraneum, mulieri adversus extraneum dabitur actio Public. atque etiam adversus maritum eundemque donatorem, *l. 7. §. sed etsi quis, sup.* quia scilicet eam rem acquisiit mulier ex justa causa donationis, scilicet contractæ sponsaliorum tempore, non nuptiarum: et multo magis mulieri possidenti eam rem dabitur exceptio adversus quemlibet etiam adversus donatorem: nam cui damus actionem, multo magis ei damus exceptionem, et ita in *l. si a te, inf. si serv. vin.* ait, eum cui per patientiam tradita est servitus, et actione et exceptione esse tuendum: patientia pro traditione servitutis est, ut heri diximus. Sed omisimus, etiam in rebus corporalibus patientiam esse pro traditione: ut si emero fundum, et te sciente eum ingressus fuero, eoque me continuero, *l. 2. C. de acq. poss.* nam res corporales recipere possunt etiam intellectualem, ut ita dicam traditionem, fictam traditionem: at res incorporales non possunt recipere corporalem traditionem; sed ut intelliguntur, non sunt: ita earum traditio intelligitur animo et abstrahitur, non est: denique traditio rei corporalis etiam intelligentia concipi et perfici potest: traditio rei incorporalis, corpore adimpleri non potest.

Ad §. 1. Is cui.

Sequitur in hac l. §. *is cui ex Trebelliano, etc.* quod exposuimus in *l. 3. sup.* sed ne impediant quenquam salebræ Accurs. ita molli limite explicanda sunt verba, et nihil erit apertius: *Is, cui ex Trebell. restituta est, etc.* verbo solo, non re ipsa, ut recte Accursius, etiam si non fuerit na-

ejus possessionem, per hæredem scilicet, qui rogatus fuerat restituere, qui debuit esse auctor hujus causæ. Sed si alio quo modo nactus sit possessionem, ea amissa, uti potest Public. in qua is qui verbo restituit, fingetur et tradidisse: et ita actor fingetur habere justam causam possessionis, licet eam non acceperit ab hærede revera, sed fingitur accepisse, cum verbo restituerit.

Ad §. 2. *In vectigalibus.*

Quod sequitur in §. *in vectigalibus*, id exposuimus in *l.* 9. §. *hæc actio.* Sed adnotemus paucula, quibus comprehendentur ea quæ diximus. *In vectigalibus* id est, in emphyteuticariis et in vectigalibus, id est, tributariis et stipendiariis, qualia erant prædia provincialia, Public. competit: licet enim usucapi non possint, quia aliena sunt, id est, Pop. R. tamen longo tempore acquiri possunt, et hoc sufficit ut sit Public. licet edictum loquatur de usucapione tantum: sed longi temporis præscriptio est proxima et finitima usucapioni: nam sicut emphyteuticarium prædium, ita superficiarium non potest usucapi cum sit qui possidet quasi superficiarius, et consequenter sciat esse alienum: sed potest longo tempore acquiri, jus scilicet ipsum superficiarium, jus ἐμβατευτικόν. Sequitur in hac l. Public. locum non habet in iis quæ usucapi non possunt, nam in edicto fit mentio usucapionis, id est, rei quæ usucapi potest. Immo generaliter Public. locum non habet in iis rebus, quas lex vel constitutio alienari vetat: nam edictum exigit justam causam alienationis. Igitur si maritus fundum sibi datum in dotem vendiderit, quæ alienatio prohibetur lege Julia, vel etiam si post contractum perduellionis crimen aliquis rem suam vendiderit, quæ alienatio prohibetur constitutione Severi et Antonini, *l. ex judiciorum*, *inf. de accusat.* post contractum crimen perduellionis non valet alienatio, sive reus superstes condemnatus sit, sive post mortem suam: nam hoc crimen non finitur morte: idem est in omni crimine capitali ex eadem constitutione, ut post contractum capitale crimen facta alienatio non valeat, si modo reus superstes damnatus sit: mortuus non potest damnari alio crimine, quam perduellionis, *l. post contractum*, *inf. de donat. l. qui pœnæ*, *inf. de manumiss.* Igitur his casibus, id est, ex his causis, ut in *l. præc.* §. *ex omnibus casibus* sicut Florent. scriptum est, ex omnibus casibus Public. habeo, id est, ex omnibus causis justis alienationum: et ex his igitur causis injustis, quia vel lex prohibuit alienationem vel constitutio, non est actio Public. ne inquit Prætor, est enim hæc actio prætoria, faciat contra leges, et qui est tutor, comes, adjutor juris civilis, qui subsequitur jus civile, *l. scio*, *inf. de testib.* qui viva vox est juris civilis, seu ἔμψυχον δίκαιον, ut ait Aristoteles, et etiam quia mala fide emit qui contra leges mercatur, quas non potest ignorare: juris ignorantia neminem excusat, qui contra leges mercatur, *l. quemadmodum*, *C. de cens. lib.* 11. interdum tamen Prætor deflectit a jure civili, et facit quodammodo contra leges, ubi scilicet hoc suadet æquitas et utilitas, et ubi videtur etiam defecisse sententia juris civilis: et ideo dat nonnunquam actionem contra jus civile, ut puta contra eum qui usucepit, et rescindit usucapionem in edicto ex quib. cau. major. *l. in honorariis*, *inf. de oblig. et act.* et ita licet ubicumque lex vel constitutio prohibet hæreditatem aliquam capere Prætor etiam non dat bonorum possessionem, *l. non est*, *in fi. de bonor. possess.* tamen utilitatis et humanitatis ratione dat etiam bonorum possessionem contra tabulas liberis, puta emancipatis, quos jus civile non novit, atque ita quodammodo impugnat jus civile, ne minus habeant emancipati quam sui, cum omnes natura noverit, et sint omnes liberi, §. 1. *in verbo impugnandi*, *Instit. de bonor. possess.* quin et in alienationibus quæ lege aut constitutione in *tit. de his qui sub tut. vel cur. sunt*, prohibentur: Prætor utilitatis ratione dabit etiam Publicianam nonnunquam: ut si quis bona fide emerit a pupillo sine tutoris auctoritate, quem puberem esse existimabat ex habitu corporis, etiam prudentissimos quosque fallit habitus pupillorum, vel etiam si quis a minore 25. ann. emerit sine curatoris auctoritate, fallente habitu corporis, cum putaret eum esse majorem 25. annis, vel etiam si a furioso emerit, quem putabat esse mentis sanæ, quiete et sapientia inumbrata fallente, alienatio jure interdicta est sine tutoris, et sine curatoris auctoritate: et tamen utilitatis ratione procedit usucapio, et dabitur Public. *l.* 2. §. *si a pupillo*, *et* §. *si a furioso*, *inf. pro empt.* Idemque erit si emerit a pupillo tutoris auctoritate, quem existimabat esse tutorem, cum esset tutor falsus: nam huic etiam succurritur data Public. *l. quæcunque* §. *ult.* alioquin si scierit esse falsum tutorem eum qui interponebat suam auctoritatem, non est bonæ fidei emptor, *l. qui a quolibet*, *inf. de cont. empt.* Sed si emerit a pupillo quem esse pupillum sciebat, sine tutoris auctoritate, rem alienam, quam tamen ignorabat esse alienam: atque ita si ex hac parte fuerit bonæ fidei emptor, non ideo habebit Public. quia errat cum fingit se errare in jure, et erranti in jure non procedit usucapio, *l. si jur.* §. 1. *inf. de usurp. et usucap.* ergo nec Public. Et ad hæc addit in hac lege Paulus Public. actionem competere de infante servo nondum anniculo. Diximus hoc edictum videri fuisse nominatim

scriptum de servis qui venderentur et traderentur, et quorum possessio amitteretur, nondum completa usucapione ex *l.* 11. §. *partus*, in illo loco, *non solum natus*, quæ verba notant de partu venditi hominis fuisse aliquod adscriptum edictum his verbis, *ut similiter quod natum est, vel erit*, quæ verba contra proprietatem sermonis propter eandem rationem et utilitatem trahuntur etiam ad eum qui cæso matris utero extrahitur, *l. quod dicitur*, *inf. de lib. et post.* regula, *natus rumpit testamentum*, pertinet etiam ad eum qui cæso utero extrahitur, ex hoc edicto: et ita hoc edicto mentio videtur facta hominis: et ideo quæritur an pertineat etiam hoc edictum ad infantem, sicut in lege Cornelia de sicariis, qui hominem occiderat, ambigitur an leg. Cornelia teneatur qui infantem occiderit, quia is non videtur esse homo, et trahitur etiam ea lex ad infantem, *l. pen. ad leg. Corn. de sicar.* ità hoc edictum trahitur etiam ad infantem, atque ideo Public. agere possumus, non de homine tantum vendito et tradito nondum usucapto, sed etiam de infante nondum anniculo, id est nondum usucapto: nam servorum usucapio erat annua, ut ceterarum rerum mobilium et moventium hodie ex constitutione Justiniani est triennalis: sed dum ait, nondum anniculo, vestigium est juris antiqui quo rerum mobilium usucapio erat annua: et hæc actio exigit ut nondum sit impleta usucapio. Igitur hæc actio dabitur de infante nondum anniculo, id est nondum usucapto: et ad extremum addit hanc actionem dari etiam de partu, de qua re admonuit in actione directa, *l. quæ de tota sup. tit. præced. l. in ratione* §. *diligenter*, *ad leg. Falcid.* Itemque ut sit hæc actio, sufficit, si quis vel momento possederit rem sibi traditam ex justa causa: vel si intelligatur possedisse; nam tantum prodest in jure fictio scite et perite suscepta, quantum veritas. Addendum est ad §. *si res talis*, eum etiam qui emit ab eo quem Prætor alienare prohibuit, cuive interdixit bonis, non posse usucapere: ergo nec agere Public. *l.* 12. *de usurpat. et usuc.* ait in eo §. *si res talis sit ut eam lex vel constitutio alienare prohibeat*: addatur ergo ut alienare eam possit etiam si res talis est ut Prætor vetuerit: tantum potest Prætoris prohibitio, quantum legis vel constitutionis. Addatur ad ejusdem legis §. *ult.* vulgo legi: *Et si pro parte quis repetere velit*, Florentin. recte, *petere*, non *repetere*, quod est verbum condictionum, non vindicationum, et inde adfirmo in *l. quæ religiosis sup. de rei vind.* etiam esse legendum *petere*, non *repetere*, ad ejusdem leg. *cum sponsus* §. *ult.* ubi ait *sed etiam is qui momento possedit* valde pertinet lex *cum Prætor*, *de reg. jur.* et lex *videamus*, *sup. quod met causa.*

JACOBI CUJACII. J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. III. Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur.

Verba sunt edicti: *Si ager vectigalis, ut si ususfructus petatur, si certum petatur, inf.* et adjiciebatur, *causa cognita, judicium dabo*, ut in edicto de superf. *l.* 1. *de superf. inf.* et hic additur interpretatio, id est, emphyteuticarius, ne quis accipiat agrum vectigalem pro stipendiario, vel tributario, sicut accipi solet in aliis auctoribus. Sed hic et ubique in jure nostro, ager vectigalis nihil aliud est quam ager emphyteuticarius, et stulti sunt qui inter hæc differentiam constituunt, quive legunt in *hoc t. et in l. pen.* §. 1. *sup. qui satisd. cog. vel jur. prom.* id est, utroque loco Florent. recte, *si ager vectigalis*, *id est emphyteuticarius*, et semper ita dicitur ager vectigalis in his libris pro emphyteuticario. Hoc igitur titulo, sive edicto, proponitur in rem actio emphyteuticaria sive vectigalis, quæ de fundo vectigali proponitur: sic appellatur in *l. si finita*, §. *si de vectigalib. inf. de dam. infec. l. si cum venditor, inf. de evict.* vindicatio est prætoria, et utilis, sicut superficiaria actio, et Public. de quibus superioribus titulis tractavit, et superficiariæ est magis affinis: nam utraque, id est, superficiaria et emphyteuticaria, datur amissa possessione ei qui amisit possessionem etiam adversus dominum, *l.* 1. §. *plane*, *inf. de superfic. et l.* 1. *in fi. hoc tit.* Public. regulariter non datur adversus dominum, *l. pen. tit. præc.* superficiaria, et emphyteuticaria datur ei qui conduxit agrum a domino: Public. datur ei qui emit, vel alio genere justæ alienationis accepit rem alienam a non domino: superficiaria et emphyteuticaria est de rebus immobilibus tantum, et quæ instar immobilium habentur, de servitutibus prædiis cohærentibus: nam superficiario et emphyteuticario non tantum datur utilis vindicatio prædii, sed etiam servitutis utilis vindicatio debita prædio, *l. ei qui pignori, inf. de servit.* Public. actio est non tantum de rebus immobilibus, sed etiam de mobilibus, et de incorporalibus per se, ut si ususfructus vel alia servitus empta et tradita sit bona fide accipienti, *l. si ego* §. 1. *tit. præc.* præterea utraque actio, id est, emphyteuticaria et

superficiaria datur ei, qui conduxit in perpetuum, ut ipse et successores sui in infinitum agro fruerentur, sub pensione vel canone certo, vel ei qui conduxit non ad modicum tempus, *l.* 1. §. *quod ait*, *inf. de superfic.* et recte Accursius ad *leg. ult. hujus t.* dum ait, *idem est ac si ad tempus habuerit conductum*, addit, non modicum Sententia leg. 1. est, emphyteuticariis dari utilem actionem sive conduxerint in perpetuum, sive ad tempus: nam intra illud tempus dabitur illis vindicatio utilis, post finitum tempus non dabitur, quia jus finitum est quod eis competebat: recte autem supplet Accurs. ad illa verba, *ad tempus non modicum*, scilicet exemplo superficiarii: qua de causa utraque actio dabitur causa cognita, ut etiam de superficiaria est proditum *d. l.* 1. *de superf.* et *l. in speciali*, *sup. de rei vind.* quia prætor debet examinare utrum is qui locavit agrum fruendum, voluerit nudam et simplicem locationem et conductionem contrahere, an pleniorem conductionem, in re ipsa jure aliquo concesso, constitutoque: alia est conductio simplex et vulgaris, quæ nullum jus tribuit conductori in rem ipsam, obligationem tantum parit conductori in personam: alia est conductio plenior, quæ jus tribuit in rem ipsam, et dicitur vel ἐμφύτευσις, vel ἐμβάτευσις, id est jus emphyteuticum, vel superficiarium constituit. Sic igitur causa cognita danda est actio hæc: nec enim dabitur ex locatione nuda et simplici, sed ex causa tantum quæ jus conductori tribuit et constituit, et si quidem locatio fuit modicum tempus, puta in quinquennium, videtur fuisse locatio et conductio nuda ac simplex, sive vulgaris. Solebant enim locationes fieri in quinquennium, quod multi loci demonstrant, *l. si quis domum* §. *hic subjungit*, *l. item quæritur* §. *quod autem*, *l. si in lege*, §. *si dominus*, *inf. loc. l. qui per collusionem inf. de action. emp. l.* 4. § *pen. inf. de rebus cred.* Nam et privata et publica quoque vectigalia, puta portoria, et agri publici locari solebant in lustrum, id est, quinquennium, *l. qui concubinam*, §. *qui hortos*, *de legat.* 3. *l.* 3. §. *cum quinquennium*, *inf. de jur. fisc. l.* 7. *C. de loc. et cond.* poterat hæc conductio simplex fieri in longum tempus, sed solemne tempus erat lustrum, sive quinquennium: atque ita in *l. si in lege* §. *ult. l. qui fundum. l. cum in plures, inf. loc.* locare in plures annos, id est in plures quam quinque: quod Siculus Flaccus demonstrat *libro de limitibus constit.* dum ait: *alios colonos per singula lustra locare, et per mancipes, id est conductores, reditus percipere, alios in plures annos*, et Hygenus *de limitibus agrorum*, *civitatum subjici vectigalibus alios per annos quinque*, sic legendum, *alios mancipibus conducentibus in* *annos centenos.* Quemadmodum igitur in supradictis legibus in plures annos, id est, in plures quam quinque, ita in *l.* 1. *de superfic.* non modicum tempus interpretamur longius tempus, quam annorum quinque quod et Novell. Justiniani cxx. demonstrat, quæ Ecclesiæ Constantinopolitanæ permittit rerum suarum locationes facere in longius tempus quam quinque annorum, ceteris Ecclesiis in singula lustra tantum, ut solent privati, vel etiam Censores cum locant vectigalia publica, vel agros publicos: at locationes quibus conceditur conductori et constituitur jus emphyteuticum, vel jus superficiarium, quod et ἐμβατευτικὸν dicitur, *l.* 5. §. *si jus*, *inf. de reb. eorum*: vel ut rectius est in Basilicis jus ἐμβατικὸν: ut quemadmodum emphyteusis dicitur contractus quo jus illud ἐμφυτευτικὸν constituitur, ita et contractus quo jus superficiarium constituitur dici potest ἔμβασις: nam ἐμβατεύειν est proprie superficiem habere in solo alieno, quæ habetur jure ex causa conductionis, constituta mercede annua, quæ dicitur solarium, quod solvatur pro solo, cui inædificata est superficies: eæ, inquam, locationes quibus jus constituitur conductori vel ἐμβατευτικὸν vel ἐμφυτευτικὸν, fiunt in longius tempus quam quinque annorum: alioquin non est ἐμφύτευσιν, vel ἔμβασις, et hac nota discernitur a ceteris conductionibus, potissimum, nisi aliud actum sit, quæ nullum jus tribuunt conductori: locatio et conductio vulgaris nullum jus tribuit conductori in rem ipsam parit tantum conductori actionem in personam, id est ex conducto: jus superfic. vel emphyteut. parit conductori actionem in rem utilem, ut hoc edicto sive titulo demonstratur, et titulo de superfic. et ideo emphyteusis est alienatio: qui dat agrum in emphyteusim alienat, *l. ult. C. de rebus alien. non alien.* locatio conductio simplex non est alienatio: et eodem modo quo diximus emphyteuticario vel superfic. dari actionem in rem utilem, dicemus etiam dominis, licet non sint domini, quasi dominis dari et ceteras actiones quæ solent dominis competere, veluti actionem arborum furtim cæsarum, et actionem aquæ pluviæ arcendæ, *l. cedere*, §. *ult. inf. arbor. fur. cæs. l. quod principis*, §. 1. *inf. de acq. plu. arc.* et si sint plures ejusdem rei emphyteuticarii vel superficiarii, dabimus etiam inter eos actionem com. divid. vel fam. ercisc. et inter vicinos fin. regund. *l.* 4. §. *pen. inf. fin. reg. l. item prædia*, *inf. famil. ercisc. l.* 7. *in princ. inf. com. divid.* quæ tamen actiones non dantur ceteris conductoribus: ut si sint plures conductores, qui in lustrum conduxerint, non habent inter se actionem commun. divid. *d. l.* 7. §. *neque*: et eadem ratione jus superficiarium, jus emphyteuticarium, ædes superficia-

riæ, agri vectigales possunt ab emphyteuticario, vel superficiario vendi, donari, legari jure translato in alterum, *l.* 1. §. *pen. inf. de superfic. l. si domus* §. *ult. inf. de legat.* 1. ceteri conductores non donant, non legant, non vendunt, quia nihil habent quod vendere possint, id est, nullum jus, sed relocare possunt alteri, ut qui cœnaculariam exercent, id est, qui conducunt ædes a domino, et deinde locant cœnacula diversis, vel etiam totas ædes relocant. Jus igitur emphyteuticarium vel ἐμβατικὸν parit actionem in rem conductori, et ceteras actiones quæ solent dominis competere; quia alienationis species est emphyteusis, sive ἔμβασις. Ne dixeris parere utile dominium: nam utile dominium nullum est, ut interpes Feudorum docuit recte, ut et videtur quodammodo hic Accur. probare: non est duplex dominium, aliud directum, aliud utile: unum est tantum dominium, quod nihil aliud est quam jus proprietatis, vel plenius: dominium est potestas et jus quo quis rem suam esse propriam asserit, vel defendit jure civili, vel jure gentium: plerosque tuetur Prætor quasi dominos, sed hos nulla dominii appellatione insignire possis, nec directi, nec utilis. Et præterea agri qui locatione simplici dantur colendi, non dicuntur vectigales agri, licet annuam mercedem domino pensitent: agri tamen, qui jure emphyteuticario locantur, dicuntur vectigales, ut declarat *l.* 1. at contra agri qui superficiario jure locantur non dicuntur vectigales, licet et hi annuam mercedem domino pensitent, sicut emphyteut. ut nihil pene distent ab emphyteuticariis, nisi quod superficiario jus est in superficie tantum, et emphyteuticario in universo prædio. Cur autem hoc tam varie, ut superficiarii non dicantur vectigales, emphyteuticarii dicantur vectigales, et ut etiam qui locantur in quinquennium, non dicantur vectigales, cum pensitent omnes domino canonem annuum, mercedem annuam? ratio differentiæ hæc est, quia locatio vulgaris, nuda et simplex, et ἔμβασις; sic vocamus eam quæ jus superficiarium constituit, contrahitur etiam inter privatos, quorum reditus in jure non appellantur vectigalia: nec ergo agri ex quibus reditum ferunt, sunt vectigales: at emphyteusis contrahitur tantum de agris publicis pop. Rom. vel de publicis coloniarum, municipiorum, ea lege, ut quis eos colat, simul ac eis fruatur in perpetuum, vel ad tempus non modicum sub certa pensione annua, quæ quidem pensio proprie dicitur vectigal: in jure vectigalia cum dicimus, ea tantum sunt quæ inferuntur Reip. contrahitur enim emphyteusis tantum de agris Reip. ut ait *l.* 1. quæ de municipibus loquitur, *d. l. si domus* §. *ult. de leg.* 1. et *d. l. si finita* §. *si de vectigalib. inf. de dam. inf.* sed deinde cœpit etiam emphyteusis contrahi de agris sacerdotum, virginum vestalium ut Hygenus scribit his verbis: *Solent hi agri sacerdotum et virginum, per singula lustra mancipem accipere: solent et annua conductione*, id est, *in plures annos*, sive in emphyteusim *locari*: quod deinde retinuerunt Christiani, ut jure emphyteut. darentur tantum vel agri Reip. vel sacerdotum, et templorum: deinde moribus obtinuit, ut etiam privatorum agri eodem jure concederentur: morem igitur hodiernum si spectes, qui dicuntur vectigales hoc titulo, hodie non possunt dici vectigales, cum promiscue omnes eo genere contrahunt conductionem, etiam qui vectigalium percipiendorum jus non habent, ut privati. Verum quæres, quid distent agri vectigales, sive emphyteuticarii, qui sunt Reip. ab agris stipendiariis, et tributariis: omnes dicuntur publici, vel populi Rom. vel civitatum, ut stipendiarii, et tributarii, et vectigales: at hæc est differentia, quod agri stipendiarii, et tributarii non locantur possessoribus, sed proprio quodam jure ad possessores pertinent in provinciis: et verius sunt privati quam publici, publici tamen dicuntur, quod tributum solvant vel stipendium: tributum populo, stipendium Principi: antequam Principes occupassent Rempublic. agri pendebant tantum annua vectigalia, id est, emphyteumata, aut ultro tributa, sic loquitur Livius et Varro: nam accipiebat pop. Roman. tributa quasi ab offerentibus ultro, non ab invitis, et ob id nomine notiore dicebantur ultro tributa; sed ubi Principes rerum potiti sunt, cœperunt exigi ab agris vectigalia, cum erant emphyteuticarii vel stipendia a principe in provinciis principi deputatis, vel tributa a populo in provinciis populo relictis secundum divisionem provinciarum, quam inter populum et principem factam Strabo narrat et Theophilus in §. *per traditionem, de rer. div.* Igitur agri stipendiarii, et tributarii dicuntur tantum publici, quod stipendium et tributum pendant: et ideo Aggenus Urbicus: *privatus*, inquit, *dum in proprio laborat, et tributum populo, et sibi alimoniam, arva excolendo procurat*, et eadem ratione fieri dicit, ut eadem arva dicantur et privata et publica: vectigales autem agri locantur possessoribus, et sunt vere publici, modo in singula lustra, quæ locatio præbet actionem ex conducto, non actionem in rem, modo in plures annos contracta emphyteusi, quæ locatio parit actionem in rem, etiam adversus dominum: et ita Siculus Flaccus subcessiva, id est, loca ea quæ, ut idem loquitur, centuriæ modum explere non potuerunt. Quærunt plerique, quid sit quod ait Livius 37. *Cum candidati*, inquit, *qui petebant, consulatum centuriæ modum explere non potuissent, cum centurias non explessent, non est consul. creatus*, id ex Siculo intelligitur et ceteris auctoribus limitum: eum scilicet, qui petit

consulatum non explere centurias, cui desunt centuriæ quædam, cui non suffragantur tot centuriæ, quot sunt necessariæ ad creandum consulem, sicut subcessiva loca dicuntur in agris dividundis, et adsignandis, qui non explent modum centuriæ, quibus deest aliquid ad implendam centuriam: centuriæ assignabantur militibus integræ: quod non explebat centuriæ modum id quasi rejectitium et subsecatum ab integro, dicebatur subcessivum: et ea loca subcessiva non assignabant, sed plerunque municipiis et colonis suis concedebant: *et coloni*, inquit, *ea loca vel locabant per singula lustra*, *vel in annos plures*, vel contracta locatione communi et simplici, vel contracta emphyteusi: interim id agebatur inter contrahentes, ut emphyteuticarius quod vellet haberet prædium nullo certo constituto tempore, quo genere contrahebatur emphyteusis, ut Livii 31. *Cum Respubl. non esset solvendo æri alieno. Senatus decrevit ut creditoribus darentur agri publici, in jugera impositis vectigalibus testandi causa agrum publicum esse ea lege ut si*, *etc.* Illud est maxime notandum quod dixi, hanc actionem dari adversus dominum sicut superficiario: sed addendus est modus *l.* 2. ita demum si vectigal solvat emphyteuticarius: ergo habet actionem in rem etiam adversus dominum amissa possessione, dummodo solvat vectigal: alioqui licet domino rem retinere quasi sibi commissam; quod cessarit emphyteuticarius in solvendo vectigali, et agentem in rem repellet exceptione doli mali, vel in factum: et si forte emphyteuticarius cum possidebat fundum, eum interim pignori obligaverit: vel si interim servitutem imposuerit, quod potest facere jure suo emphyteuticarius et superficiarius, *l. tutor* §. *ult. de pign. act. l.* 1. *de superfic. l.* 1. *inf. quibus mod. ususfr. amitt.* finietur ea pignoris obligatio, finietur servitus fundo domino commisso, ob cessationem præstandæ pensionis. *l. lex, inf. de pign. l. etiam, inf. qui pot. in pign. hab.* ergo municipes quibus non solvitur vectigal, id est, emphyteuma, sic vocatur, retinebunt rem quasi sibi commissam, et emphyteuticarium agentem vindicatione repellet, et ex constitutione quidem Justiniani, hoc jure retentionis ut dominus uti possit adversus emphyteuticarium, necesse est ut cessaverit per triennium in solvendo canone, alioqui fundus non committitur domino. *l.* 2. *C. de jur. emphyt.* et hoc tantum constituit in emphyteuta pagano, id est inter paganos, non in emphyteuticario Ecclesiastico, id est qui accepit ab Eccles. nam putat sufficere cessationem biennii, ut Ecclesiæ committatur prædium emphyteuticarium, in *Nov.* 7. quod obtinet in quolibet conductore, et obtinuit ante Justinianum in quolibet emphyteuticario, ut sufficeret cessatio biennii, post biennium expelli posset conductor vel superficiarius, vel emphyteuticarius, et si agat vindicatione, repelli per exceptionem doli, *l. quæro* §. *inter, l. cum domino, inf. loc.* et exigitur etiam eadem cessatio biennii, ut dominus possit exequi jus pignoris: nam invecta et illata in prædium conductum, pro pensione sunt obligata tacite in prædium urbanum, in rusticum non item, sed fructus sunt tacite obligati: hoc jus pignoris non exequitur locator, nisi post biennium, *d. l. quæro.* Et inde Martialis lib. 12. *vidi, Vacerra, sarcinas tuas, vidi: quas non retentas pensione pro bima* etc. quia exigitur cessatio biennii: post biennium licet domino retinere vasa, atque mancipia, frivola omnia, et potest concludere ædes, *l. pen. inf. in quibus casibus pig. vel hyp. cont.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Lib. VIII. Ad Tit. I. De servitutibus.

Ad L. I.

Servitutes, aut personarum sunt, ut usus et ususfructus; aut rerum, ut servitutes rusticorum prædiorum ac urbanorum.

Servitutes aut sunt personarum, aut rerum: sunt hominum, aut prædiorum, ut in *l. quoties* 15. *h. t.* Possunt et ita dividi: servitutes aut in rem constituuntur, aut in personam, *l. Gajus* 12. *de annu. leg.* Servitutes personarum sunt jura, per quæ res alienæ hominibus serviunt, *l. quod nostrum* 65. *de usufr.* Hinc notandum est, res alienas hominibus servire per usum. Quid est usus? Est jus utendi. Et multa in jure nostro, ut hæreditas, dos, æque jura dicuntur. Item res alienæ hominibus serviunt per usumfructum, id est, jus utendi fruendi. Serviunt et res alienæ per fructum, sine usu in specie, *l. per servum* 14. §. *ult. de usu et habit. et l. hac stipulatione, sup. ususfruct. quemdam. cav.* Hoc summe notandum, quia ut plurimum in libris nostris fructus est ususfructus. Item res alienæ nobis serviunt per habitationem, id est, jus habitandi. Item, per operas servorum, id est, jus utendi operis alienorum servorum. Item res alienæ nobis serviunt, per alia quædam jura personarum, de quibus libro superiori dictum est. Cur hæc dicantur jura personarum, videamus. Id fit, quia hominibus competunt propter seipsos, non propter prædia, quæ possident. Notandum vero est, hæc jura hominum hominibus competere, non tantum in rebus immobilibus, sed etiam in mobilibus, et moventibus se, id est, in omnibus re-

bus, §. *constituitur*, *Institut. de usufr.* Hæc autem jura hominum distant a servitutibus rerum, quæ hominibus debentur propter prædia: quia nemo sine prædio habet servitutem, et verius servitus debetur prædio, quam homini, *l.* 1. *de servit. rust. præd.* Item servitutes non nisi rebus soli imponuntur, et adhærent, *l pen. C. de servit. et aqua.* Servitutes rerum ita definiuntur: *sunt jura per quæ prædia prædiis serviunt.* Notandum autem est has servitutes, proprie servitutes appellari §. ult. *Instit. de rebus corp. et incorp.* Hic ergo titulus est de servitutibus rerum, non personarum. Hic enim servitutis nomen proprie accipimus. In Codice hic titulus ita conceptus est: *de servitutibus et aqua.* Aqua ibi significat servitutem aquæ. ibi autem separatur ab aliis servitutibus, quia de aqua in eo titulo præcipue tractatur. Quoniam vero prædia alia sunt urbana, alia rustica, ideo servitutum aliæ sunt urbanæ, aliæ rusticæ. Videtur autem Neratius dissentire a ceteris, qui urbana a rusticis ex loco distinguit: urbana vocat, quæ sunt in urbe, rustica, quæ ruri ædificata sunt. Quamobrem putat prætoria ruri exstructa esse rustica prædia, *l. rusticorum, de serv. rust. præd.* Idem putat stabula, quæ non sunt in continentibus ædificiis et ruri ædificata, esse rustica prædia *l. eo jure* 4. *in quibus caus. pig. vel hypoth. tac. contr.* Ceteri Jurisconsulti a sententia ejus discedunt, qui distinguunt servitutes non loco, sed materia, qualitate et genere prædiorum: ideo prætoria existimant urbana prædia, *l.* 1. *commun. præd. l. urbana* 198. *de verbor. signif.* Notandum est, eorum sententiam etiam servari in familia, id est, in servis. Urbanos enim servos a rusticis distinguunt non loco, sed genere, operis et ministeriis, *l. urbana familia* 166. *de verbor. signific.* quæ a me explicabitur primum. Hæc sententia in ea ponitur: urbanam familiam a rustica distingui non loco sed genere usus: Institor etiam si ruri habitet, numeratur inter urbana mancipia. Hujus regulæ ponitur tale exemplum: dispensator plerunque numeratur inter urbanos servos sed qui dispensat rationes rerum rusticarum numeratur inter rusticos servos. Verba legis quæ sequuntur: quod ait: *ibique habitet* pugnare videtur cum superioribus. Quia ex loco rusticum mancipium non definimus. Ceterum puto legendum: *ubique habitat.* Sæpe enim reperitur ubique, pro ubicunque, ut in *l.* 77. *de contrah. emp. l. quod nisi fiat* 20. *de oper. libert.* secundum Florentinam scripturam. Postremo lex ait, *videndum esse quo quemque servum loco dominus habuerit.* Ait vero hæc lex: *id vero apparebit ex numero familiæ*, id est, *ex libellis familiæ*, *l. servis urbanis* 27. *de leg.* 3. Ait lex: *id etiam apparet ex vicariis*, quod obscurum est. Vicarius est ordinarii servi peculiaris servus. Unde: *esse sat est servum, jam nolo vicarius esse.* Ut hic locus emendetur, sciendum est, multa in Pandectis esse scripta inversis literis, ut, *modus*, pro *domus*: *jurnæ*, pro *ruinæ*: *suspecta*, pro *suscepta*: *superbus*, pro *subreptus.* Item sciendum est, hunc scriptorem uti promiscue literis, *V.* pro *B.* et contra, ut *d. l. servis urbanis, de leg.* 3. ubi *Civariis*, legitur, pro *cibariis*, unde apparet legendum *civariis in d. l. urbana fam.* id est, cibariis. Illud ad extremum notandum est, multum interesse inter servitutes et jura prædiorum. Quia non omnia jura prædiorum sunt servitutes. Jura prædiorum sunt conditiones, et qualitates prædiorum, Cicero in 3. *Agrar.* Appellantur etiam servitutes aliquando conditiones, *l. via* 23. §. *si fundus, de servit. rusticor. præd. l. cum fundus* 12. *commun. præd.* Dico autem non omnia jura prædiorum esse servitutes: nam inter jura servitutum prædiorum hæc numerantur, *bonitas*, *salubritas*, *amplitudo*, *l. quid aliud* 86. *de verbor. signif.* Hæc verba a nobis sunt explicanda breviter. Hæc tria sunt jura prædiorum, id est, conditiones, qualitates, causæ: *Bonitas* respicit solum: *Salubritas* cœlum: quæ duo in agris præcipue spectantur: *Amplitudo*, agri modum. Sed quid est, quod ait: *Servitutes nihil aliud esse, quam prædia qualiter se habentia*, id est, *qualitate aliqua affecta*, Græco more. Et definiuntur ibi servitutes ex subjecto et adjuncto. Ea est lex Celsi. Simili loquendi forma usus est in *l. qui fundum* 12. *quemadmod. servit. amit.* Sententia legis hæc est: servitutem retineri per bonæ fidei, aut malæ fidei possessorem, si modo usi sunt his servitutibus. Retinentur, id est, usurpantur, quod contrarium est usucapioni, *l. usurpatio* 2. *de usucap.* Sequitur in lege: *Fundus enim qualiter se habens, etc.* Adjicit servitutem retineri, si aqua sua sponte fluxerit. Hæc est sententia *l. qui fundum, quemad. servit. amitt.*

Ad L. II.

Unus ex dominis communium ædium servitutem imponere non potest.

In l. 2. de hac quæstione tractatur: *quis servitutem imponere possit vel acquirere.* De hac quæstione hæc sunt præcipua: *Eum posse servitutem acquirere, qui pleno jure est dominus:* Item, *acquisitam servitutem prædio suo remittere posse.* Item, *imposita servitute prædium liberari posse.* Contra, *qui non est dominus, hoc facere non*

potest. Et hæc quidem sunt notiora. Hinc tamen multæ existunt quæstiones. Primum enim quæritur, *an usufructuarius servitutem imponere possit*, quia in plerisque causis est loco domini, *l. ususfructus, 4. de usufr.* et traditum est, non posse, *l. sed etsi quid* 15. §. *ult. de usuf.* Secunda quæstio est, *de eo, qui nudæ proprietatis est dominus*, an is servitutem acquirere, vel imponere prædio possit. Et illud quidem in primis constat, eum servitutem acquirere posse. Nam et res fructuario fraudi non est, imo vero ususfructus fit melior, *d. l. sed et si quid* §. *ult.* An autem potest servitutem imponere? Et constat posse eam imponere, ex qua deterior non fit ususfructus causa. An autem eam possit imponere qua fit deterior conditio fructuarii? Et traditum est, non posse, etiamsi consentiat fructuarius, *d. l. sed etsi quid* §. *ult. et l. prox.* Quæ sit hujus sententiæ ratio videamus. Et hæc est, cum usufructuarii maxime intersit, eam servitutem non imponi: non potest hoc dari proprietario, quin et fructuario dari videatur: quod tamen jus non patitur. Fructuarii enim interest eam servitutem non constitui: igitur fructuarius et proprietarius invicem sibi obstant, quia neque ipsi per se, neque si consentiant, servitutem possunt imponere: nam hæc res pertinet ad dominum. Tertia quæstio hæc est, *An superficiarius insulæ superficiariæ servitutem imponere, vel acquirere possit.* Videndum primum quid sit *superficies.* Superficies est, et solum: solum est planum, æquum, area. Superficies est, quod supra aream et solum est: ut ædificium dicimus, ita et superficium, ut *l. si ex lapidicinis* 32. *de jur. dot.* Item *l.* 1. §. 1. *de superfic.* Eadem vox restituenda apud Cajum, *lib. 2. Instit. tit.* 1. Aliud est autem superficium, aliud ædificium. Nam ædificium comprehendit et superficium et solum, *l. eum qui* 23 *de usuc. l. solum* 49. *de rei vindic.* Illud etiam notandum, superficium non tantum esse, quod supra solum ædificatum est, sed etiam id, quod est implantatum aut satum, ut seges est superficies campi frumentarii, et vinea soli, *l. certo generi* 13. *de servit. rust. præd.* Genera agrorum distinguuntur superficie, id est, illis rebus, quæ in iis nascuntur: ait lex, certo generi agrorum servitutem imponi posse, ut vineis. Nunc videamus, quis dicatur *superficiarius.* Est is, qui in alieno solo superficiem emit vel conduxit in perpetuum, aut non modicum tempus, constituta mercede certa domino, *l. ult. de superfic. l. habitator* 59. *de rei vindic.* Constituto jure superficiario fit, ut unus videatur dominus soli, alter dominus superficiei. Merces autem quæ a superficiario præstatur domino soli, dicitur *solarium*, quod penditur pro solo. Hoc jus plerunque constituimus, cum quis in nostro solo ex sua materia ædificat, *l. Prætor ait* §. *si quis nemine, ne quid in loco pub.* ubi ostenditur, hoc vectigal solarium appellari, *l. etiam superficies* 15. *qui pot. in pig. l. cum servus* 39. §. *hæres, de legat.* 1. item *l. usufructu* 7. §. 1. *de usufr.* ubi male legitur, *salarium*, pro *solarium.* Intelligimus, quid sit superficies, videamus nunc an possit superficiarius superficio servitutem imponere. Ipso jure non potest: quia non est dominus, propter regulam juris: *superficies solo cedit*, *l. ult. de superfic.* Est tanquam inquilinus, *l. in provinciali* §. *ult. de novi oper. nuntiat.* Non potest igitur servitutem imponere. Notandum tamen est, prætorio jure recte a superficiario servitutes imponi. Prætor enim tuebitur has servitutes, *l.* 1. §. *ult. de superfic.* Et generaliter notandum, superficiarium in superficie apud Prætorem esse domini loco. Ideo Prætor superficiario dat actionem in rem, qua superficiem vindicet, *l.* 1. *de superf.* dat etiam Publicianam in rem, *l. cum sponsus* 12. §. *in vectigalibus, de Public. in rem act.* Præterea Prætor dat ei interdictum uti possidetis, quo vim fieri vetat superficiario, quominus utatur superficie. Denique Prætor eum tuetur contra dominum: nam si dominus agat actione in rem, Prætor superficiarium tuebitur, *l. si duo* §. *Ceterum, uti possid. et l.* 1. *de superfic.* Præterea superficiario datur vindicatio servitutum superficiei debitarum, *l. in provinciali*, §. *ult. de novi oper. nunt.* Postremo, ut initio dictum est, jure prætorio potest servitutes imponere, non tantum reales, sed et personales. Hæc de superficie. Quarta quæstio est, quid juris sit in Emphyteuticario, *an servitutem imponere possit, vel acquirere?* Constat idem fere jus esse superficiarii, et emphyteuticarii *l. cum sponsus* 12. *D. de Public. in rem act.* ubi dicitur ei dari rei vindicationem, ut superficiario. Hac tamen in re differunt, quod superficiarius superficiem tantum habeat: emphyteuta autem habet solum et totum agrum. Sed definiamus emphyteutam. Emphyteuta est is, qui alienum agrum excolendum accepit in perpetuum tempus, vel non modicum, ea lege, ut pro eo, statis temporibus pendatur vectigal, et eum fundum auferre ei non liceat tamdiu, quandiu vectigal pendatur, *l.* 1. *si ager vectig.* ubi legendum est, *id est, emphyteuticus*, ut in *l. sciendum* 15. §. 1. *qui satis. cog.* Qui vero agri dantur in emphyteusim? Dari solent agri civitatum, Fiscales, Ecclesiarum. Neque vero omnes dantur, sed hi tantum, qui sunt inculti et deserti, et steriles, ut emphyteutæ cura excolantur, oblato domino vectigali. Inde etiam nomen habet emphyteusis. Ea enim significat sationem, implantationem, et omnem rationem agri colendi. Idem significatur ἐμβάσεως nomine, quo etiam nostri utuntur, ut in *l. sed si* §. *jus, de rebus eor. qui*

sub tut. Est tamen quoddam aliud jus ab eis diversum, quod dicitur παροικικὸν, nostri vocant Colonarium jus. Differentia talis est inter hæc jura, quæ colligitur ex *Nov.* 7. *et* 120. Prima differentia hæc est, quod emphyteuta non est dominus, sed quasi dominus. At παροικὸς est dominus, quia is fundum emit, quanti est, vel pluris, vel minoris, et deinde certis temporibus et pensionibus præstat mercedem certam: itaque est dominus, qui emit, Præterea empyteuta nonnunquam est temporarius *l. ult. si ager vectig.* Πάροικος, est perpetuarius, nec res ei auferri possunt jure emphyteutico, non παροικικῷ. Postremo est quoddam jus, quod dicitur *Libellarium.* Jus illud παροικικὸν, videtur appellari jus Patrimoniale *lib.* 11. *C.* Hoc vero jus libellarium, videtur vocari jus perpetuarium, *tit. de locat. præd. civilium, vel fiscalium lib.* 11. Est autem jus libellarium, cum agri etiam fertiles et culti in perpetuum locantur. Appellatur autem jus libellarium, *in consuetud. Feudorum lib.* 1. *tit.* 5. *lib.* 2. *tit.* 9. et apud Cassiodor. *lib.* 5. *variar.* Et hoc quidem jus perpetuarium dicitur. Isti enim non sunt quasi domini, sed conductores perpetuarii. Ceterum neque domini sunt, neque quasi domini. Hinc apparet corruptam esse legem 1. *C. de offic. comit. sacri palat.* in qua vulgo ita legitur. *Jus perpetuarii, id est, emphyteuticarii*, legendum: *juris perpetuarii*, vel *emphyteuticarii*, ut docent libri manuscripti. Summa est hi qui hæc jura habent, servitutes imponere possunt et acquirere: quia aut sunt domini, aut quasi domini, aut in perpetuum rebus fruuntur. Restat tantum hæc quæstio, *an provinciales* potuerint imponere servitutem prædiis suis ante Justinianum. Nam ante eum non erant prædiorum domini ex jure Quiritium, sed erant domini in bonis, id est, ex jure naturali, ideo *Bonitarii* domini appellantur a Theophilo in §. *ult. de libert.* Alii ab eodem vocantur Quiritarii, in tit. eod. Provinciales igitur non erant domini jure Quiritium, nec eorum prædia erant res mancipi, sed erant nec mancipi. Res mancipi alienabantur mancipatione. Nec mancipi, traditione. Ulp. in *Fragmen. tit. de dominiis.* Hodie sublata est differentia a Justiniano, et omnes res nunc sunt mancipi. Sublata est differentia locorum, eodemque jure omnia prædia nunc sunt. *l.* 1. *de usucap. transform.* At videamus, an ante Justinianum provinciales potuerint servitutem imponere: et constat potuisse. Ex quo apparet, eum recte servitutem imponere, qui rem habet in bonis, licet dominus non sit jure Quiritium, *l. et in provinciali* 3. *C. de servitut. et aq.* Et certe in provinciali solo servitutes imponi possunt. Huic simile est quod traditur in *l. provinciali, de novi op. nuntiat.* Ubi dicitur, *in provinciali solo recte novum opus nuntiari.* Nunc quæro, *an pater possit imponere servitutem prædio castrensi filiifamilias?* Cur de hac re dubitamus? quia ipso jure pater est dominus peculii castrensis, omnia patri acquiruntur jure patrio, etiam castrensia. Privilegium tamen habet in castrensi peculio filiusfamilias, ut in eo habeatur pro patrefam. Sed hoc privilegium non omnino abrogat jus patrium in peculio filii. Hinc tria consequuntur. I. Mortuo filio intestato, patri non acquiri castrense peculium, sed non adimi: non dicitur ei obvenire jure hæreditario, sed jure peculii, *l. proponebatur* 9. *de castr. pecul. l.* 1. §. *si is qui bona, de collat. bon.* II. Ex eo sequitur filiofam. deportato, patri non auferri castrense peculium a fisco, *l. si filius* 3. *C. de bonis proscript.* III. Ex eo sequitur, patrem posse acquirere servitutem castrensi prædio, quia ipso jure peculii castrensis est dominus, *l. ex castrensi* 18. *de castr. pecul.* Lex aperte ait, patrem posse prædio castrensi servitutem acquirere. Quæro, an etiam possit imponere? Minime. Ne scilicet faciat contra privilegium, quod militantibus datum est, *d. l. ex castrensi* §. 1. Et omnino notandum est, patrem in castrensi peculio similem esse ei, cui bonis interdictum est, quia is servitutem acquirere potest, qua melior fit ejus conditio: imponere non potest. Hæc est explicatio *l. ex castrensi.* Ex his constat eum, qui potest acquirere servitutem, non posse eam semper imponere. Addendum est aliud exemplum de proprietario, qui servitutem acquirere potest, non tamen imponere, quia deterior fit ususfructus causa, *l. sed etsi quid* 15. §. *ult. de usufruct.* Et id adeo verum est, ut nec consentiente fructuario possit. Ratio ut intelligatur, notandum est: fructuarius si velit, potest cedere jus suum fructuario: ergo retinente hoc jus, non potest servitutem imponere, quia non est dominus. Quando autem videtur servitutem imponere? Non tantum cum ipse imponit solus, sed etiam si proprietario ejus rei auctor existat: et facilius, quod facit proprietarius ex consensu fructuarii, id propemodum fructuarius facit, quod jus non patitur. Et his casibus fit, ut, qui potest acquirere non possit imponere. Ultima quæstio, *An is, qui pro parte dominus est, prædio communi possit servitutem imponere.* Hæc est quæstio *l. unus hoc tit.* Ait autem, *unus ex dominis communium ædium servitutem imponere non potest.* Quod sic accipiendum est: unus ex sociis, qui rem tenent pro indiviso, id enim proprie commune dicitur: nam divisio tollit communionem, et eam solvit: quinimo communia dicuntur etiam pro indiviso. Aggenus Urbicus, *lib. de limit. ag.* ubi ait, *in quibusdam provinciis prædia esse indivisa*: id, quod est divisum, non est pars, sed totum, *l. recte* 25. *de verbor. signif. l. Mævius* 68. §. *du-*

orum, *de legat.* 2. Deinde ait lex, *communium ædium.* Sed notandum, idem esse in fundo. Ergo unus ex sociis neque urbanas servitutes, neque rusticas imponere potest. Deinde ait lex: *imponere.* Quæro, *an acquirere possit?* Et constat etiam acquirere non posse, *l. unus ex sociis* 34. *de servitut. rust. præd. l. proprium* 5. *commun. præd.* Sed quæ sit ejus ratio, videamus. Id fit, primum, quia socio acquiri non potest, quia liber homo libero homini non acquirit: non potest etiam sibi acquirere, quin acquirat socio, quod jus non patitur. Ejus ratio hæc est: quia res ita est communis, ut in ea partes habeant magis intellectu, quam corpore, *l. servus, de stipul. serv.* Præterea sunt domini pro individuis partibus. Deinde ut imponere non potest, ita nec acquirere; non potest etiam acquisitam servitutem remittere. Item non potest libertatem prædio communi acquirere. Denique a socio nihil fieri potest in hac servitutum quæstione: id indicant *ll. sup. dictæ.* Rursus ait lex, *imponere non potest. Imponere* servitutem, est constituere servitutem. Quomodo autem constituitur ea? *Cessione*, *datione*, et *traditione.* His autem tribus vocabulis Jurisconsulti utuntur, et hæc tria idem significant. Ergo aliud est, servitutem promittere, aliud constituere, quia servitus promitti potest sub conditione, *l. existimo* 98. *de verbor. oblig.* sed non potest constitui sub conditione, *l. servitutes* 4. *hoc tit.* Id etiam sic demonstro: stipulatio servitutis corrumpitur communicato prædio, nam cum prædium sit communicatum, non potest cedi uni ex dominis, *l. pro parte* 11. *hoc tit.* Constitutio autem servitutis non vitiatur communicato prædio, *l. ut pomum* 7. §. 1. *hoc tit.* Postremo servitus servitutis constitui non potest, ut si habeo jus aquæ, non possum in eodem jure jus tibi constituere: at servitus servitutis promitti potest, *l. cum essent* 33. §. *ult. de servitut. rust. præd.* Quæro igitur nunc, an unus *ex sociis possit promittere servitutem*, *aut stipulari?* Hoc definitum est in *l. si unus* 19. *de servit. rust. præd.* ut non possit. Summa igitur est hujus quæstionis, unus ex sociis non potest servitutem imponere, acquirere, promittere, stipulari, impositam remittere; denique libertatem prædio communi acquirere non potest.

Ad L. III.

Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.

In hac lege ponitur una divisio servitutum. Quidam sic eam legem interpretantur; aliæ imponuntur a domino soli, aliæ a superficiario. Superficiarius enim jure prætorio recte imponit servitutes. Sed hæc opinio falsa est, quia hæc verba, *in superficie consistunt:* latius patent. Sic igitur interpretanda est: In solo consistunt servitutes rusticæ, in superficie servitutes urbanæ, *l. servitut.* 29. *de servit. urb. præd. l. certo generi* 13. *de servit. rustic. præd.* (*) Ergo alia servitus superficiaria, alia solaria, a Græcis δουλεία vocatur. Constantinus in *tit.* περὶ δουλείας, *lib.* 9. *Epitom. tit.* 4.

Ad L. IV.

Servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia, quandiu volam) *constitui possunt. Sed tamen si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse, Cassius retulit, et sibi placere.*

§. 1. *Modum adjici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur, vel non agatur: veluti ut equo dumtaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.*

§. 2. *Intervalla dierum et horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis.*

In hac lege 4. tractatur de illis, quæ servitutibus possunt aut non possunt adjici. Tria sunt, quæ adjiciuntur, Dies, Conditio, Modus. De his generaliter hoc traditur: ipso jure diem vel conditionem frustra adjici, modum recte adjici. Dicendum in primis de die et conditione. Servitutes ipso jure, id est, civili et mero jure, non recipiunt diem vel conditionem: nam jure prætorio recte servitutibus adjicitur dies: quod non potest fieri jure civili, fit per Prætorem æquitatis magistrum. Colligimus igitur, ipso jure nec a die vel conditione incipere, neque die vel conditione finiri servitutes posse, jure prætorio posse. Ait lex, *servitutes*, scilicet prædiorum, et recte dixit, servitutes, quia diversum est in usu, et ususfructu. Nam hæ servitutes recte constituuntur ex die et conditione, ad diem et conditionem, *l. ususfructus* 4. *de usufr.* Si ususfructus sit constitutus ad diem, finietur eo ipso die, *l. et puto* 16. §. *ult. quando dies ususfr. leg. ced.* Et Paul. libro quarto *Sentent. tit. de usufruct. Ususfructus*, inquit, *finitur tempore, si ad certum tempus constitutus sit.* Quæ sit ratio differentiæ, videamus. Et hæc est: quia usus et ususfructus sunt jura hominum. Nihil autem vetat homini dari hæc jura ex tempore, vel ad tempus. Servitutes autem sunt qualitates rerum; qualitates autem re-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cuj. lib.* 1. *cap.* 12.

bus imprimi non possunt, quin subito existant et appareant. Rursus impressæ qualitates, vix avelli queunt, nisi certis præscriptisque modis. Igitur, si ex die sint constitutæ servitutes, ipso jure statim existunt, nec expectatur dies vel conditio. Quod si sint constitutæ ad diem vel conditionem, ipso jure, tempore, vel conditione non finiuntur, quia inhærent prædiis, nec temere avelli possunt. Videamus quid sit ex die, vel ad diem, ex conditione, ad conditionem. *Ex die*: Cedo tibi iter ex Calendis Februar. *Ad tempus* ita constituitur: Cedo tibi iter usque ad Calendas Febr. Ex die, ut ab eo die incipiant: ad diem, ut ad eum diem exstinguantur. Utrumque vero dicitur fieri in diem. Nam in diem non tantum significat ad diem, sed etiam ex die, *l. quoties* 6 §. *ult. de hæred. in tit. Ex conditione*, hoc modo: cedo tibi iter, si navis ex Africa venerit. *Ad conditionem*: Cedo tibi iter quoad vivam. Ex conditione, ut ab ea incipiat: Ad conditionem, ut ad eam finiatur. Utrumque fieri dicitur sub conditione. Sub conditione fit, quod fit et a conditione, et ad conditionem, *l. pater* 101. §. *ult. de condit. et demonst.* In hac autem lege proponitur tale exemplum servitutis constitutæ, *quamdiu volam*. Hoc exemplum est servitutis constitutæ ad certam conditionem. Nihil interest autem, dixerit, *quandiu volam*, an, *quandiu nolim*, eodem verbo utrumque tempus significatur, quod Gellius notat *lib.* 2. *cap.* 21. Recepta autem hæc conditio, *quamdiu volam*, et in hac servitutum quæstione jure prætorio. Sed hæc: *si volam*: nusquam recepta est, quia inane est, quod fit sub hac conditione, *si volam*, *l. sub hac conditione* 8. *de obligat. et action.* Nunc ait lex: *Constitui possunt. Constitui*, id est, imponi, et acquiri. Id autem fit cessione, id est, si cedatur, si detur, si tradatur. An vero potest promitti? Nam aliud est promittere, aliud constituere servitutem. Et notandum, constitutam servitutem vindicari posse: promissam non posse, sed competit actio in personam, ut cedatur, *l. obligationum* 3. *de obligat. et action.* Quæro, an promitti possit ex die vel conditione? Et constat posse. Ergo recte dixit, constitui. Hoc intelligitur ex *l. existimo* 98. *de verb. obligat.* Quæ autem est vis promissionis? Ut ante diem vel conditionem non agatur de tradenda servitute. Quæro, an etiam promitti possit servitus ad diem vel conditionem? Constat ipso jure non posse: quia nulla obligatio ipso jure constitui potest ad diem vel conditionem. Sensus hic est, semel nata obligatio, tempore vel conditione ipso jure non tollitur. Hoc ostenditur in *l. obligationum fere* 44. §. *placet*, *et* §. *conditio*, *de obligat. et act.* Idem ostenditur in *l. eum qui ita* 56. §. *qui ita stipulatur*, *de verbor. obligat.* Et *Instit. eod. tit.* §. *et si ita.* Sed quæ sit hujus rei ratio, videndum est. Hæc ratio traditur in *d.* §. *placet*, quoniam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, non tempore et conditione. Sed hæc ratio latius explicanda est. Sciendum est, naturam primum, quam ars imitatur, rebus compositis certos modos constituisse, quibus essent, aut non essent. Nam eodem modo non omnia creantur, aut intereunt. Sic in his, quæ arte fiunt, sunt certi modi, quibus ea inducantur aut tollantur, non sunt infiniti modi, sed certi et præscripti. Certi sunt modi inducendæ obligationis, id est quædam conventiones juris gentium. Solvendæ autem obligationis modi hi sunt, qui exprimuntur *Instit. quibus modis toll. oblig.* In his autem causis pactum non est modus tollendæ obligationis. Item, tempus aut conditio non potest tollere obligationem, aut inducere. Ex his efficitur, post pactum diem, vel conditionem, ipso jure actionem competere, quia dies aut conditio non potest tollere obligationem. Ceterum notandum est, hanc actionem excludi exceptione pacti, vel doli, per prætorem. Hoc pacto fit, ut quæ jure civili non tollitur obligatio jure prætorio, id est, per exceptionem tollatur. In summa notandum est, tollendæ obligationis modos ex jure civili esse certos et definitos, ex jure prætorio incertos et indefinitos modos. Et addendum est, in his exigi factum, id est, exceptionem. In illis non exigitur exceptio, ut ostendit lex *si unus* 27. §. *pactus*, *de pact.* Idem prorsus est in servitutibus ut traditur in hac lege. Servitutes enim constituuntur ex die, jure civili, *sed per exceptionem occuretur contra placita vindicanti.* Recte dixit, *placita*, quia non vindicat contra jus, quia jure ipso statim existit servitus. Quæro, cur exceptio doli? Exceptio doli subsidiaria est exceptioni pacti, id est, ubi non competit exceptio pacti, competit exceptio doli, *l. rescriptum* §. *ult. de pact.* Item, quia exceptio doli est generalis, *l. palam* §. *generaliter*, *de doli except.* Sequitur in lege: *Idque et Sabinum respondisse, etc.* Ex quo apparet, hanc fuisse sententiam Sabinianorum. Videntur in alia sententia fuisse Proculiani, at obtinuit sententia Sabinianorum. Quod ad modum tamen attinet, nulla erat inter eos controversia. Et hoc est, quod sequitur: *Modum adjici, etc.* Ponatur igitur hæc regula: *Ipso jure modus adjici servituti non potest.* Ratio hæc est, quia modus respicit non servitutem, sed usum servitutis, id est, præscribit usum servitutis, at dies aut conditio perimit: ponatur exemplum de actu, ut hæc regula intelligatur. Actus est servitus rustica. Modus ita adjici potest, si definiatur vehiculi genus, quo agatur, veluti ut equo dumtaxat, id est, vehiculo, cui equus solus sit junctus. Hujus etiam

exemplum est in *l. si cui via* 11. *quemad. servit. amit.* Vel, ut certum pondus vehatur, hoc est etiam modum adjicere, in *d. l.* 11. ait, *certum onus, vel grex ille transducatur*, hoc etiam modus est. Sequitur: *vel carbo portetur*, hoc etiam est modum adjicere. Duci dicuntur animalia, ferri quæ quis secum sumendo ducit, *l. ferri* 235. *de verb. sign.* Intervalla quoque dierum et horarum, certum est, per modum recte servitutibus adjici. Et notandum est recte modum adjici, si usus servitutum temporibus secernatur, verbi gratia, si convenerit, ut utatur alternis mensibus vel annis, vel si utatur ab hora tertia in horam decimam. Item si convenerit, ut noctu utatur, non interdiu, ut in specie *l. si prius*, 17. *de aq. plu. arc.* Ergo modus adjicitur, cum usus servitutum distinguitur temporibus. Notandum est etiam, cum hæc intervalla adjiciuntur, non videri servitutes constitutas ex tempore vel ad tempus: quia ita modus servitutis adjicitur ex intervallo et divisione temporum. Hoc est, quod ait hic §. *Intervalla dierum vel horarum*, quibus scilicet intermittitur servitutum usus, *non pertinent ad temporis causam*, id est, ut non videantur a tempore, vel ad tempus constitutæ. Hoc est etiam quod traditur §. *ult. leg. proximæ: usus servitutum temporibus secerni potest, ipsa quidem servitus non potest.* Nunc notandum est, unam et perpetuam esse servitutem et continuam, licet intermissione temporis divisa sit, ut quotidiana est aqua, licet intermissionem habeat, *l.* 1. §. 1. *de aqua quotid. et æst.* Servitus, aut usus servitutis habet intermissionem dupliciter: ex conventione, et ex sui natura, ut servitutes rusticorum prædiorum, ut iter. Nec enim quis semper ire potest. Idem dicendum de similibus, *l. servitutes* 14. *h. tit. l. usufructus* 15. *de usufr. leg.* Quocunque autem modo servitus habeat intermissionem, perpetua est. Ex eo intelligimus, eo tempore, quo non licet uti servitute, prædium non desinere servire, nec esse liberum. Diversum est in usufructu, qui si divisus sit pluribus temporibus, ususfructus non unus est sed plures sunt. Et ideo eo tempore, quo non licet uti frui, proprietas plena pertinet ad dominum, ut in *l.* 2. *quib. mod. ususf. amit.* et in *l.* 1. *quan. dies ususfr. leg. ced. l. cum usuf.* 13. *de usufr. leg.* Videamus quæ sit ratio differentiæ. Hæc est. Servitutes inhærent prædiis, etiamsi eis uti non possumus per quædam intervalla: nam hæ sunt insitæ et impressæ prædiis, sunt enim prædiorum qualitates: ususfructus autem cohæret personæ. Denique non potest esse sine persona, quæ uti et frui possit, etiamsi non utatur. Ex hoc apparet servum hæreditarium non posse acquirere usumfructum ante aditam hæreditatem, quia ipse servus frui non potest. Ipsa autem hæreditas in hac causa non sustinet causam et personam defuncti, *l. hæreditas* 61. *de acquir. rer. dom. l. ususfructus* 26. *de stipul. serv.* Quid dicemus, si ususfructus alternis diebus legatus sit? tunc eo die, quo usufructuarius frui non potest, videtur desinere, rursus postero die videtur renasci. Atque ita plura sunt legata, et plura jura hominis. Ergo quamdiu persona uti potest, tamdiu ususfructus manet: cum uti non potest, cessat ususfructus, quia tunc nec est, nec intelligitur esse. Secus est in servitute: nam servitus semper cohæret prædio, etiamsi is, cui propter prædium concessa est, ea uti non possit: quia servitus sine persona esse potest, non sine prædio: ergo divisio temporis non dividit servitutem: nam una est et perpetua, licet habeat intermissionem. At divisio temporis usumfructum dividit, et plures ususfructus facit.

Ad L. V.

Via, iter, actus, ductus aquæ, iisdem fere modis constituuntur, quibus et usumfructum constitui diximus.

§. 1. *Usus servitutum temporibus secerni potest: forte ut quis post horam tertiam usque in horam decimam eo jure utatur, vel ut alternis diebus utatur.*

Jam ante dixi, *sola cessione servitutem constitui proprie.* Ergo uno tantum modo constituitur. At notandum plures esse modos, quibus consequimur, ut tradatur et cedatur. Et hi explicantur in hac lege. Ait autem: *Via iter, etc.* (hæ sunt servitutes rusticorum prædiorum) *iisdem fere modis constituuntur, quibus ususfructus.* Idem dicit *l. ususfructus* 6. *de usufr.* Lex est jusdem auctoris, et ex eodem libro, et merito cum hac conjungenda. Videndum est igitur, quibus modis ususfructus constituatur. Primum constat, usumfructum constitui stipulationibus: quo nomine omnes contractus intelligimus, quemadmodum cum dicimus traditionem, omnem intelligimus modum transferendi dominium. Id traditur in *l. omnium, de usufr.* Constituitur etiam pactionibus, id est, pactis conventis, quæ ex continenti contractibus adjiciuntur, id est, nullo interjecto intervallo: nam non omnibus pactionibus constituitur ususfructus, sed his solum, quæ sunt utiles ad agendum, quales sunt quæ contractibus ex continenti adjiciuntur, ut pacto venditionis, permutationis, divisionis, donationis, *l. quisquis* 28. *C. de donat. l. Seja* 42. *de donat. caus. mort.* Eæ autem pactiones dicuntur leges, sed eæ solum, quæ adjiciuntur contractibus, quia legem dant contractibus et formam, ut ait *l. jurisgentium* 7. *de pact.* Præterea constituitur jure legati ususfructus in testamentis. Tunc vero aut ipso jure constituitur, aut per factum hæredis, ipso ju-

re, si legatus sit per vindicationem, per factum hæredis, si sit legatus per damnationem. Hoc addit Paulus 3. *Sent. tit. de usufr. in princ.* Sed a Justiniano confusa est hæc differentia legatorum et ex omnibus legatis hodie vindicatio competit, ideoque constituitur ususfructus hodie ipso jure.

Constituitur et alio modo, si proprietas legata sit deducto usufructu, *l. ususfructus* 6. *de usufr.* Jure etiam legati constituitur, si ejusdem fundi proprietatem alteri legaveris, alteri usumfructum, *d. l. ususfructus.* Quæro, an jure fideicommissi ususfructus constituatur? et quidem ipso jure non constituitur: quoniam fideicommissa non sunt juris, nec dominium transferunt, sed possessionem tantum, *l. qui usumfructum* 3. *si ususfr. pet.* sed per prætorem jure fideicommissi constituitur ususfructus, *dict. l. qui usumfructum*, *et l.* 1. §. 1. *et l. si ususfructus mihi* 9. *usufruct. quemad. cav.* Adde *l. si quis usumfructum* 29. *de usufr. leg.* Videamus, quomodo constitui possit per fideicommissum. Id fiet hoc modo, si hæres rogatus fuerit alteri usumfructum tradere. Constituitur etiam si is, cui legatus est ususfructus, idem rogetur eum alteri cedere. Interpretes existimant, ei legatam videri proprietatem cui legatus est ususfructus, addito onere fideicommissi: idque probant ex *l. ult. de usufru. ear. rer. quæ usu consum. l. species, de aur. et arg. leg. l. filius,* 39. *de usuf. leg.* Species earum legum hæc est: Quidam rem legavit Titio, et rogavit, ut eam rem alteri restitueret, et adjecit: nam ususfructus ejus rei, quoad vivet, sufficit. Quæstio est an ususfructus legatus videatur, an proprietas? Distinguendum est: aut rem legavit, aut usumfructum, addito onere fideicomissi. Si usumfructum, absurdum est dicere proprietatem legatam, et ideo tunc cavendum est hæredi de usufructu restituendo. At cum res legatur, licet fiat ususfructus mentio, videtur tamen proprietas legata, et hoc casu non cavetur hæredi de re restituenda. Et sic accipiendæ sunt hæ leges. Præterea notandum est, usumfructum constitui, mortis causa donatione: nam hæc donatio instar legati obtinet, *l.* 1. §. 1. *usuf. quemad. cav.*

Postremo, ususfructus constituitur adjudicatione quam facit judex in judiciis familiæ erciscundæ, et communi dividundo: poterit enim uni adjudicare proprietatem, alteri usumfructum, et adjudicatione dominium transfertur, §. *ult. Inst. de offic. judic. d. l. ususfr. de usufr.* iis fere modis constituitur servitus stipulatione, §. *ult. Instit. de servitut.* Constituitur etiam pactionibus, contractibus adjectis, *l. duorum* 3. *et l. proprium* 5. *commun. præd. l. fundus* 32. *de servit. rustic. præd.* addatur etiam *l. via* 23. §. *ult. eod.* quo loco legendum est: *divisionis jure*, pro, *diviso jure.* Nam hæc est species: fundus qui debebatur, divisus est certis portionibus. Servitus præterea constituitur per legatum, ut cum testamento fundo suo servitutem testator jure legati imponit. Item per fideicommissum, auxilio Prætoris. Item adjudicatione, sed non omni modo, sed eo loco, qui explicatur in *l. item Labeo* 22. §. *sed etiam, famil. ercisc. et l. item* 10. §. 1. *et l. ult. fundus* 18. *comm. divid.* Cur ait, fere? quia non omnino iisdem modis constituitur servitus, quibus ususfruct. quia potest proprietas legari deducto usufructu, non tamen potest legari fundus deducta servitute ei fundo debita: quia a fundo separari non potest. Item non potest legari servitus sine fundo. Præterea non potest adjudicari servitus sine fundo: cum adjudicatur fundus, et servitus ei debita adjudicatur.

Ad L. VI.

Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest.

Sententia hujus legis hæc est: servitutem imponi non tantum fundo, sed etiam loco, id est, certæ portioni fundi. Item, remitti posse non tantum fundo, sed et loco. Certum dicitur a cernendo: ideo certa pars est, quæ cerni et demonstrari potest, hujusmodi est pars quæ distincta est certis finibus et regionibus, *l. placet* 25. *quib. mod. ususfruct. amit.* Pars indivisa non est certa, sed intelligitur certa, ideo merito a parte certa separatur in *d. l. placet.* Ergo parti indivisæ imponi aut remitti servitus non potest, divisæ potest.

Ad L. VII.

Jus cloacæ mittendæ servitus est.

Ait hæc lex, *jus cloacæ mittendæ servitus est.* Hoc obscurum videtur. Cloaca quid sit explicatur in *l.* 1. *de cloacis.* Est locus cavus, per quem colluviones quædam fluunt, et dicitur a *colluendo*, ut Victorinus in lib. de orthographia. Sententia hujus legis hæc est. Jus cloacæ ducendæ vel immittendæ ex ædificio in vicini aream, ædes, agrum, jus est prædii, non personæ. Cur autem est jus prædii potius quam hominis? Quia ea res prædiis nostris est salubris et necessaria: nam pertinet ad salubritatem prædii, et tutelam, ut ait *l.* 1. *de cloac.* Ostendit etiam ea lex, eum, qui habet hanc servitutem, posse introire in ædes vicini, et aperire pavimenta, cloacæ purgandæ et reficiendæ gratia. Et hac de re datur interdictum prohibitorium. Est autem servitus urbani prædii. Hoc jure enim plerumque indigent urbana prædia, Gajus 2. *Institut.* Ceterum notandum est ex sententia Neratii, hanc ser-

vitutem esse etiam rustici prædii, ut apparet etiam ex his, quæ supra dixi, et traditur in *l. rusticorum, de servit. rust. præd.*

Ad L. VIII.

Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi prædio non potest.

§. 1. *Si prædium tuum mihi serviat, sive ego partis prædii tui dominus esse cœpero, sive tu mei, per partes servitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non potuerit.*

Per servitutes prædia prædiis serviunt, et res rebus, et ideo non potest ultra constitui servitus, quam quatenus ad prædia est opus et prædio est usui. Denique constitui no potest nisi quæ prædii meliorem causam facit, *l. ergo* 5. *et l. veluti, de servit. rusticor. præd.* Sciendum tamen est, servitutes prædiis imponi posse, non tantum ob utilitatem, sed etiam ob amœnitatem, *l. hoc jure* 3. *princ. de aqu. quotid. et æst.* Et ideo jus hoc, *ne prospectui officiatur,* est servitus, quod tamen pertinet magis ad amœnitatem, quam utilitatem prædii, *l. luminum* 3. *tit. prox. seq.* Quæ neque utilitatem adferunt, neque amœnitatem, imponi non possunt: ut puta, ut pomum decerpere liceat, vel spatiari in tuo agro, quia hæc jura non pertinent ad amœnitatem et utilitatem prædiorum: ut enim liceat mihi pomum decerpere ex tuo prædio, quid prædio meo prodest? Est quidem jus hominis, non prædii. Præterea, ut liceat mihi spatiari, hoc nihil affert prædio meo amœnitatis. Multum interest inter iter et spatium: ut mihi liceat ire per tuum agrum in meum, est servitus prædio meo necessaria: ut liceat mihi spatiari in tuo agro, non est servitus prædio meo necessaria. Iter igitur servitus est, non spatium. Ire est progredi ulterius in meum fundum spatiari, non est pergere ulterius, sed subinde in flexum recedere, et spatia quædam facere, aut sanitatis, aut voluptatis causa: *se promener.* Præterea iter mihi concessum, iter mei prædii est: ambulatio est mea non prædii mei. Ad summam notandum est hæc jura, de quibus tractatur hac lege personis cedi posse: prædiis tamen imponi non posse, ut his inhæreant: quia ea jura non pertinent ad prædia. Ergo hæc jura morte personæ finiuntur.

Sententia §. 1. hæc est. Prædio communi non potest ab uno ex sociis pro parte indivisa imponi vel acquiri servitus, *l. unus* 2. *hoc t.* Hinc quæritur quid fiat, si ego prædio meo servitutem imposuero, vel acquisiero, et id postea alteri communicavero, an retinebitur servitus pro parte indivisa? Nam videtur recidisse in eam causam, a qua incipere non poterat, pro parte videlicet indivisa constitui non poterat. Receptum tamen est hoc casu, servitutem retineri pro parte indivisa, *l. pluribus* 140 *in fin. de verbor. obligat.* Ergo constituta servitus communicato prædio non vitiatur. Diversum est in stipulatione servitutis, ut docebimus in *l. pro parte* 11. *inf.* Summa est: pro parte indivisa servitus imponi, vel acquiri non potest, retineri tamen potest.

Mihi serviat) Addendum est, propter prædium medium. *Prædii tui,* id est, servientis. Est prædium serviens, et prædium dominans. Serviens est, quod servit: dominans, cui servitus debetur.

Ad L. IX.

Si cui simpliciter via per fundum cujuspiam cedatur, vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet ejus partem) ire agere licebit: civiliter modo. Nam quædam in sermone tacite excipiuntur: non enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id æque commode per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento: verum constitit, ut qua primum viam direxisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandæ ejus potestatem haberet (*)*: sicuti Sabino quoque videbatur: qui argumento rivi utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset: posteaquam ductus esset, transferre non liceret. Quod et in via servandum esse verum est.*

In hac lege tractatur, per quam partem ire agere liceat cum servitus simpliciter concessa est, aut relicta, ut, si quis mihi viam cesserit sine distinctione loci, per quam partem via erit constituenda, quæ indistincte promissa est? Explicanda sunt singula verba. Initio ostendit, ipso jure tunc licere hac et illac circumquaque ire. Ita ait Paulus in *l. certo* 13. §. 1. *et l. si mihi concesseris* 21. *et l. prox. de servit. rust. præd.* Hoc videtur esse ex legibus XII. tabularum: idque indicat Tullius pro Cæcinna: *Si via sit immunita, lex jubet, qua velis agere jumentum.* Nunc ait lex nostra, *si cui simpliciter*, ut in *l. et hæc distinctio* 35. *loc.* (*Cedatur vel relinquatur.*) Cedere, est viventium actus, *l. ult. in fin. commun. præd.* Relinquere, est morientium in testamento vel ultima voluntate, *l.* 1. §. 1. *de tab. exhib.* (*Licebit*) lege *XII. tabularum.* (*Modo civiliter*) Quia non omne, quod licet, honestum est, *l. non omne* 108. *de reg. jur.* Eundum igitur est civiliter. Eundum, loquitur de fundo. Quare ait, *villam*: quia villa est accessio

(*) *Vide Merillium variantium ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 13.

fundi, *l. fundi* 8. *l. quid tamen* 10. *inf. quib. mod. ususfruct. amitt. l. uxori* 24. *de usu et usufr. leg.* Plinius lib. 18. *Sic uti Sabino quoque.* Notandum, id non tantum probari Proculo, sed etiam Sabino. Movebatur argumento rivi Sabinus. (*Ducere*) id est, facere. Ducere cloacam dicimus, *l.* 1. §. *hoc amplius*, *de cloac.* Ducere maceriam, *l. si precario* 17. *commun. præd.* Via simpliciter concessa, ei electio datur, cui concessa est, per quam partem velit ire agere: id aperte lex indicat. Huic sententiæ opponitur *l. si via* 26. *de servitut. rustic. præd.* quæ ait, electionem esse hæredis a quo via legata est, per quam partem servitutem velit constituere, si modo ea res non sit damno legatario. Lex ista pertinet etiam ad ultimas voluntates ut apparet ex verbo, relinquatur. In quæstione de jure electionis semper distinguuntur ultimæ voluntates a contractibus. Exemplo id demonstremus. Si legatum generaliter relinquatur, electio est legatarii, cui debetur, *l. legata* 37. *de leg.* 1. Si autem aliquid generaliter promittatur, electio est ejus, qui debet, §. *huic autem*, *Instit. de act.* Sic etiam in stipulationibus disjunctivis electio est ejus, qui debet *l. plerumque*, 10. *de jure dotium*. In legatis disjunctivis electio est ejus, cui debetur, id est, legatarii, *d. l. legato.* Sic igitur definiendum in legatis si simpliciter via legata sit, electio est hæredis: quia hoc est consentaneum voluntati testatoris, ut *l. si via* 26. *de servit. rust. præd.* Huic simile est, quod traditur in *l. si quis plures*, *l. legato* 37. §. *si de certo*, *de leg.* 1. Diversum est in contractibus, in quibus electio est ejus, cui concessa est servitus: quia in contractibus solet fieri interpretatio adversus eum, qui potuit legem apertius dicere, neque dixit, *l. veteribus* 39. *de pact.* Atque ita lex ista obtinebit in contractibus, lex *si via*, in legatis: suspectaque videntur hæc verba, *vel relinquatur:* et probabile est esse cujusdam interpretis, non Celsi, ut ex variis locis apparet (*).

Ad L. X.

Si iter legatum sit, qua nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo, substruendo, iter facere, Proculus ait.

Quæstio hujus legis hæc est, an is, cui iter cessum est vel legatum, possit opus facere itineris instituendi causa? Verbi gratia, iter legatum est, qua iri non potest, an poterit legatarius opere facto iter sibi facere? Et lex ait, posse, (*Opere facto*) id est, subfodiendo, e substruendo. Substructiones sunt fabricæ, quæ fiunt in locis, quib. iter munitur. (*Proculus ait*) Ex cujus schola prodiit Celsus. Addendum est, eum qui iter habet, pontem facere posse, si aliter ire non possit, ut si locus sit palustris, vel uliginosus, *l. inde etiam* 3. §. *ult. de itin. actuque priv.* Ad hæc pertinet etiam *l. servitutes* 20. §. 1. *tit. prox. seq.* Species istius §. hæc est. Mihi concessisti iter per aream tuam in domum meam: in hac specie iter est urbana servitus, ut in *l. iter* 14. *comm. præd.* Area autem tua domo mea est altior, et per eam ex plano non est aditus in domum meam, ideo iter mihi cessisti, qua iri non potest. Lex ait, me, ut sit aditus, posse prope januam domus meæ gradus vel clivos facere, eundi causa. Scalæ fiunt gradibus vel clivis, quibus recta ascenditur vel in gyrum. Nunc videndum, an et usufructuarius possit opus facere fruendi causa. Hac in re quoque distinguetur ususfructus ab rerum aliis servitutibus. Fructuarius tueri debet, quod accepit, et reficere, nisi qua vetustate sint collapsa, *l. ususfruct.* 7. §. *ult. de usufr.* Ubi id traditur ex eodem libro Celsi, ex quo sumpta est hæc lex: aliquid novi facere potest, construere non potest casam nisi fructuum recondendorum causa. Hoc ostenditur in *l. si cujus* 13. §. *fructuarius*, et §. *prox. et l. si areæ*, 73. *de usufruct.* Ergo nihil novi facere potest. Sed ædes fructuarias exornare, vel tectorium inducere non poterit, *l. usufructuarius* 44. *de usufr.* ubi ait, eum non posse tectorium inducere. Nam quamvis fiat melior conditio domini, fructuarius tamen id suo jure facere non potest. Et ita accipiendum quod traditur in *d. l. si cujus* 13. §. *sed si ædium.* Si pictas eas acceperit, pingere potest, alioqui non potest: non potest denique aliquid novi facere, quia tunc mutat qualitatem rei, et mutata qualitate, extinguitur ususfructus, *l. ususfructus* 5. *de usufr.* Id etiam intelligitur ex definitione ususfructus tit. de usufr. in Inst. Est autem ea lex Neratii. Unde quæro, quid sit quod idem Neratius in *l. usufructuarius* 61. iisdem prope verbis, dicit? Hic locus emendandus est, nec legendum, rivum imponere. Non enim ita loquimur. Denique rivi non ducuntur per parietes, sed solum per canales, aut fistulas. Præterea etiamsi ducantur per parietes, fructuarius non minus potest ducere per parietes, ac per solum. Ergo absurde hoc lex dicit, cum id facere non possit per terram. Legendum igitur est ibi: *novum tectorium* non *rivum*, ut *l. Titius* 50. *de usufr.* Restat hæc quæstio, an ædificium inchoatum, cujus relictus est ususfructus, fructuarius perficere possit? Et constat non posse, quia nihil novi a fructuario institui potest, *d. l. usufructuarius.* Ideo in hac specie inutile erit legatum ususfructus, quia inchoati ædificii nullus est usus. Cur non poterit consummare? Quia mutaret rei speciem, ex non ædi-

(*) *Vide Merillium ibid.*

ficio ædificium faceret: at mutata re, consumitur ususfructus: consummatio ædificii, est consumptio ususfructus.

Ad L. XI.

Pro parte dominii servitutem acquiri non posse vulgo traditur. Et ideo si quis fundum habens, viam stipuletur, et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit. Pro parte quoque neque legari neque adimi via potest. Et si id factum est, neque legatum, neque ademptio valet.

In libris quibusdam legitur: *Pro parte domini*, ut in *l. pluribus* 140. *de verbor. obligat. Pars*, hoc in loco significat rem indivisam, pars enim divisa totum est, *l. recte* 25. §. *ult. de verb. signif.* Sententia legis hæc est: a domino pro parte fundi divisa servitus acquiri non potest, pro certa potest, *l. ad certam* 6. *hoc t.* Nunc proponenda species legis, quæ hæc est. Stipulatus sum viam ad fundum meum, nondum tamen acquisivi, quia mihi adhuc cessa non est: deinde fundum totum vendidi, quæstio est, an stipulatio transeat in emptorem? Minime: nam emptor est successor rei, non juris, si mandetur tamen ei, transit in eum, et dabitur ei actio, *l. si sub una* 136. *in fin. l. existimo* 98. *de verbor. oblig.* Addatur et *l. sed etsi quid* 25. §. *si operas de usufr.* Quæritur deinde quid juris sit si partem fundi vendidero pro indiviso, communicato fundo, an dabitur emptori actio? Minime. Hoc est in parte, quod in toto. Sed summa quæstio est, an hoc casu venditori competat actio ex stipulatu pro sua parte? Minime: quia servitus acquiri non potest pro parte indivisa. Inutilis igitur est hæc stipulatio. Et hoc est, quod dicitur his verbis. *Et ideo, etc. Acquisita servitus pro parte retineri potest, l. ut pomum* 7. *hoc t.* Quia jam hæsit prædio, facilius hæret prædio, quam imponitur. Promissa autem servitus communicato prædio, pro parte indivisa acquiri non potest. Diversum est, si stipulator decesserit, pluribus relictis hæredibus: nam stipulatio tum transit in hæredes, in emptorem transire non potest. Ergo illi hæredes agent singuli non pro parte indivisa, sed agent in solidum ex stipulatu, et singuli solidam viam petent. Huc pertinet *l. pluribus* 140. *in fin. et l. stipulationes non dividuntur* 72. *de verbor. oblig. l. si unus* 16. *de servit. rust. præd. et l. hæredes* 25. §. *an ea, famil. ercisc.* Ceterum his omnino conjungenda est *l. via* 17. *hoc t.* Ait ea lex non potest quis stipulari servitutem pro parte indivisa, quia usus earum indivisus est, id est, his uti pro parte non possumus. Quod sic rursum explicandum est. Usus servitutis potest distingui et secerni temporibus, *l. servitutes* 4. *hoc t.* At usus servitutis non potest dividi, id est, dum utor, pro solido utor, neque possum pro parte ire, pro parte non ire. Cum vero plures utuntur, singuli utuntur in solidum: neque tamen minus uteris pro solido itinere, quam ego utor. Ergo usus potest esse apud plures pro solido, non pro parte indivisa. Rem autem plures non possunt pro solido tenere, id est, possidere, at si tecum utor, uterque pro solido utitur, *l. si ut certo* 5. §. *ult. commod.* Inde colligitur: servitutem usus esse individuam, *l. usus* 19. *de usu et hab.* Diversum est in usufructu: nam ususfructus est dividuus, et in hac re distat ab usu et servitutib. Ratio est, quod fructus dividi possunt, *d. l. usus, l. ususfructus* 5. *de usufr. l.* 1. §. *si ususfructus, ad leg. Falcid.* Ceterarum autem servitutum individuus est usus. Hunc usum qui partitur, naturam ejus corrumpit, atque ob eam rem fit, ut in specie proposita, singuli hæredes partem petant pro solido, non pro parte indivisa. Addenda est *l. ult. de servit. leg.* Et quod additur in fine legis nostræ, *pro parte*: quæ non possunt pro parte legari, certe non adimi, *l. legata inutiliter* 14. *de adim. legat.*

Ad L. XII.

Non dubito quin fundo municipum per servum recte servitus acquiratur.

Quæsitum fuit a Jaboleno, an fundo municipum per servum acquiri servitus possit? Respondit, non dubitare se quin recte sic constituatur. Fuit hic Jabolenus ad respondendum ardens, et fuit dubiæ sanitatis, ut ait Plinius libro sexto Epistolarum, ad Romanum scribens. Ea res faciebat, ut esset ad respondendum promptissimus. Dubitari tamen potest hac ratione: municipes per se nihil acquirere possunt, quia universi consentire non possunt, *l.* 1. §. *ult. de acquir. poss.* quod autem quis non potest per se acquirere, neque id per servum potest, *l. Labeo* 8. *de usurpat.* Ergo hac ratione tentari potest, servum publicum municipio publico servitutem acquirere non posse. Responsum tamen est, posse. Et hoc receptum est, ut Respub. per servum publicum usucapere et possidere possit. Possunt etiam possidere et usucapere municipia per liberam personam, videlicet per actorem et administratorem, *l. sed hoc* 2. *de acquir. poss. l. tigni* 7. §. *item municipes, ad exhib.* quæ ajunt: municipia possidere per administratores licet per se possidere non possint. Hac etiam via fit ut recte legetur municipiis, vel fideicommissum relinquatur. Item ut restituatur hæreditas fideicom-

missaria. Item, per actorem petunt bonorum possessionem. Hæc omnia Senatusconsulto introducta sunt, *l. cum senatus* 20. *de rebus dub.* Initio hoc fuit introductum ad Imperatore Nerva, Ulpianus in Frament. tit. de legat. Postea id senatus confirmavit temporibus divi Marci, quod factum fuit Apronio et Paulo Coss. *l. omnibus* 26. *ad Senatuscons. Trebell. l.* 1. *de libert. univers.* Olim municipiis legari non poterat, quia incertum est corpus: hoc etiam trahimus ad omnia corpora et universitates, nempe ad collegia licita, ad sodalitia, ad vicos. Olim etiam non licebat civitatem instituere. Legimus quidem Attalum populum Romanum hæredem fecisse, sed id nullo jure fecisse videtur. Quia universi cives adire non possunt. Ulpianus *tit. qui hæred. instit. poss.* Et Plinius libro 5. Epistolarum. Sed postea Senatusconsulto Aproniano permissum fuit, ut municipes a libertis suis institui possent, quod ad omnes postea tractum est. Ergo hodie ab omnibus hæres institui civitas potest, *l.* 1. §. *si autem collegium*, *et l. recusare* 6. §. *Item si municipes, ad Senatuscon. Trebell. et l. hæreditatis* 12. *C. de hæred. instit.* fuit hoc etiam receptum in procuratore Cæsaris, quia per eum recte acquiritur Cæsari hæreditas: ceterum per procuratorem acquiri hæreditas non potest, *l. per procuratorem* 90. *de acq. hæred.* Id ita non servatur in jure prætorio: nam bonorum possessio per procuratorem peti, et acquiri potest, *l. si maritus* 5. *mand. l. si quis alicui* 48. *de acquir. hæred.* Et hæc est differentia una inter hæreditatem et bonorum possessionem: hujus differentiæ hæc est ratio: quia jus prætorium jure civili est benignius. In *d. l. per procuratorem* in Digestis Florent. legitur, *per curatorem*: tamen idem est in procuratore quod in curatore: nam per tutorem quoque non potest acquiri hæreditas, nisi pupillus sit infans, *l. potuit, C. de jure delib.* quæ ait, operam pupilli exigi et voluntatem, *l. servo invito* 65. §. *pupillo, ad Senatuscons. Trebell.* Illud autem vulgare est, recte eam acquiri tutore auctore et non agente solemnia, sed pupillo: neque tamen adiri potest a pupillo, curatore auctore, quia ad eam rem necessaria est auctoritas tutoris, *l. impuberi* 9. *de tut. et curat. dat. l. cum in una* 17. §. *tutor*, *de appellat.* Ulpianus in *tit. de tutel.*

Ad L. XIII.

Si tam angusti loci, demonstratione facta, via concessa fuerit, ut neque vehiculum, neque jumentum ea inire possit, iter magis, quam via, aut actus acquisitus videbitur. Sed si jumentum ea duci poterit, non etiam vehiculum, actus videbitur acquisitus.

Explicandum in hac lege, *quid sit iter, actus, via*, quæ sunt servitutes rusticorum prædiorum: iter est jus eundi, ambulandi hominis *l.* 1. *et l. inter* 12. *de servitut. rustic. præd.* Sententia hæc est: qui habet iter, potest per alienum fundum in suum ire, nam prædii gratia iter conceditur, non hominis. Potest autem ire non tantum pedibus, sed etiam equo, *d. l.* 12. Potest etiam ire lectica et sella gestatoria. Potest etiam ambulare, et spatia facere valetudinis causa. Et hoc est quod dicitur, iter esse jus ambulandi hominis. Actus est jus agendi jumentum, vel ducendi vehiculum, *d. l.* 1. Hæc apertius distingui possunt. Iter quo homines transeunt, actus, quo pecora. Hoc recte exposuit interpres Sententiarum Pauli *libro primo Sentent. de servit. Actus est*, inquit, *qua pecora minare consueverunt.* Minare, est agere, et ante se pellere, quo verbo usi sunt veteres. De hoc verbo fit mentio in legibus Burgundorum et Alemannorum. Et apud Festum Pompejum sæpius hoc legitur. Inde Galli dicunt, *mener.* Is qui actum habet, etiam iter habet: nam is potest ire solus, etiamsi non agat jumentum, vel ducat vehiculum: qui tamen iter habet, actum non habet. Qui habet iter, jumento vehi potest, at jumenta agere non potest, *l.* 1. *de servit. rust. præd.* Ex eo duo sequuntur: Primum, eum qui actum petiit, nec obtinuit, deinde si iter petat, nihil agere: nam obstabit exceptio rei judicatæ: quia qui a toto est repulsus nec admittitur ad petitionem partis. Diversum est, si quis petierit iter, nec obtinuerit. Nam licebit ei deinde actum petere, quia aliud iter, aliud actus, nec videtur actum in judicium deduxisse, qui iter deduxit, *l. si quis cum totum* 7. *in princ. l. si mater* 11. §. *si quis iter*, *de except. rei jud.* Item, ex eo colligimus, eum, qui stipulatus est actum, deinde stipulando iter, nihil agere, nisi id faciat novandi animo. Contra qui iter est stipulatus, recte stipulatur actum, *l. si pupillus* 9. §. *ult. de novat. l. qui usumfructum* 58. *de verbor. oblig.* Via continet in se, suo ambitu iter et actum, et est jus eundi, agendi, et ambulandi, *l.* 1. *de servitut. rust. præd.* Dices, nihil igitur interest inter actum et viam. Imo differunt. Qui habet actum, actum vindicat, non recte autem vindicat iter et actum: diversum in via, nam is, qui viam habet, potest vindicare et iter et actum, Summa hæc est: his verbis iter et actus, significatur via, non actus, *l. qui iter* 2. *inf. quemad. servit. amit. l. si eo loco* 9. §. 1. *si servit. vindic. l. et per jusjurandum* 15. §. 1. *de accept.* Qui acceptο tulit iter et actum, viam videtur accepto tulisse: alia differentia hæc est: la-

titudo actus non est lege definita, sed ab arbitris aut contrahentibus definienda est: at viæ latitudo definita est lege duodecim tabularum, *l. viæ latitudo 8. de servit. rustic. præd.* Ea est octo pedum in directum, in reflexum vero sedecim, ut videlicet currus, vel vehicula circumflectere liceat. Alia differentia est, quia via est, qua jumentum ire, et vehiculum duci potest: non est via, nisi ea possit vehiculum duci, idque etiam nomen indicat: *via enim dicitur, quasi veha*, a vehendo: actus est, qua jumentum agi potest, etiamsi non possit vehiculum duci, ut in hac l. Est etiam alia differentia in *l. qui sella 7. de servit. rust. præd.*

Ad L. XIV.

Servitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur: vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.

Quæstio legis hæc est: *an servitutes usucapi possint?* Sed primum videndum est, an servitutes non utendo admittantur, id est, an is, cui debetur servitus, eam amittat non utendo: distingue. Servitutes sunt aut rusticorum prædiorum, aut urbanorum: servitutes rusticorum prædiorum non utendo amittuntur, ut iter, actus, via, aquæd. *l. sequitur 4. §. si viam, de usucap. l. hæc autem 6. tit. prox.* Amittebantur autem non utendo biennio, quia cohærent rebus immobilibus, quæ biennio amittebantur jure antiquo. Diversum est in usufructu: nam ususfructus, quia consistere poterat in rebus mobilibus, modo anno interibat, modo biennio. Hodie autem ex constitutione Justiniani, servitutes rusticorum prædiorum amittuntur decennio inter præsentes, vicennio inter absentes, *l. pen. C. de serv. et aq.* Ergo per hoc tempus amittuntur: harum servitutum libertas non usucapitur, id est, qui servitutem talem debet, non potest id usu acquirere, ut prædium liberet. Ea enim proprie non utendo amittuntur, quorum libertas non usucapitur. Hoc sentit Paul. *lib. 1. Sentent. tit. de serv.* Viam inquam, vel aquæductum, qui biennio usus non est, amisisse intelligitur: amitto enim iter, si non utor itinere. Diversum est in servitutib. urban. præd. nam hæ non omnino amittuntur non utendo, sed ita demum, si vicinus simul libertatem usucapiat, non satis est, non uti ut amittantur, nisi etiam libertatem suarum ædium vicinus usucapiat, *d. l. hæc autem.* Hujus l. duo exempla proponuntur: unum de servitute altius tollendi, alterum de servitute tigni immittendi: nam inquit l. servitus tigni immissi non amittitur, si tignum exemero, nisi etiam vicinus foramen obturaverit, unde tignum extractum est, alioqui si nihil novi fecit, integrum jus mihi manet. Summa hæc est: servitutes rusticorum prædiorum non utendo amittuntur: servitutes urbanorum prædiorum amittuntur usucapione libertatis, quod etiam ostendit *l. si quis alia 18. §. ult. quemadm. servit. amitt.* In urbanis servitutibus facto opus est ejus, qui servit: nam necesse est aliquid faciat: in rusticis sufficit cessatio ejus, cui servitur, neque factum ejus, qui servit exigitur. Alia est differentia, inter usucapionem libertatis et amissionem quæ fit non utendo. Tempus quo venditor non usus est servitute rustica, emptori computatur: nam tempora conjunguntur in amittenda servitute, *l. si quis alia 18. §. pen. quemadm. servit. amitt.* Tempus, quo præcedens dominus usus non est, non imputatur ei, qui successit. Contra tempus, quo ædes possedit venditor, non imputatur emptori in usucapienda libertate, *l. si ædes 32. §. libertas, tit. prox.* nam usucapio interpellatur mutatione domini. Ergo mutato domino denuo inchoanda est usucapio, ut ostendit *§. libertas.* Hoc tamen non observatur in possessione longi temporis: nam in possessione longi temporis ea tempora continuantur inter emptorem et venditorem. *§. inter vend. Instit. de usuc.* ut evidentur expressum est a Constant. Harmenop. *lib. 2. tit. 1.* Videamus nunc, *an servitutes usucapi possint?* Distinguendum est: servitutes sunt aut rusticorum prædiorum aut urbanorum. Servitutes rusticorum prædiorum non usucapiuntur, quia non possidentur, et sine possessione non contingit usucapio: vel quia sua natura intermissionem recipiunt, etiamsi possideri intelligantur: nec enim quis potest perpetuo ire, aut agere, *l. cum usufruct. 13. de usufr. leg. Etiamsi corporibus*, id est, prædiis. Hoc locum obtinent in servitutibus rusticorum prædiorum. Servitutes urbanorum præd. olim usucapi poterant, quia tales sunt, ut habeant continuam possess. id est, continuum usum. Possessio enim hic accipitur pro usu et patientia, ut in *l. servitutes 20. tit. prox.* Sed sublata fuit earum servitutum usucapio lege Scribonia, *l. seq. 4. §. ult. de usuc.* Videtur ea lex plebiscitum esse: meminit. Tull. Scribonii cujusdam tribuni plebis. Et hic §. ult. pertinet tantum ad urbanas servitutes: quia primum exemplum in eo §. est propositum de servitute altius non tollendi, quæ est urbana. Deinde hic §. loquitur de usucapione libertatis, quæ tantum locum obtinet in urbanis servitutibus. Hæc lex Scribonia fuit moribus recepta populi Romani, ut indicat *l. si aliena 10. §. 1. de usucap. Hoc jure*, inquit, *utimur*, scilicet,

post legem Scriboniam, *ut nusquam possint servitutes per se longo tempore usucapi.* Et legendum: *nusquam*, pro *nunquam*, ut quidam legunt. Hoc etiam ostend tur in hac l. Nam cu n tractasset de servitutib rusticis, subjicit: *Idem observatur in servitutib. urbanis* ex lege Scribonia: totum ergo hoc sic concludi potest: *Nec rusticorum, nec urbanorum prædiorum servitutes usucapi posse.* Rusticorum usuc pioni obstat ratio juris, id est, naturalis earum interm ssio: usucapioni urbanorum obstat lex Scribonia. Huic definitioni tria potissimum obstant. Primum, sententia Pauli lib. 1. Sentent. tit. de servit. qua traditur, biennio recuperari traditam servitutem fundi, et usurpari biennio: ergo usucapitur: quia usucapere, est tempore biennii usucapere. Respondeo: Paulum dicere, servitutem biennio usurpari, non usucapi. Aliud est autem usucapere, aliud usurpare. *Usucapere*, est usu acquirere. *Usurpare*, est usu retinere, ne usu capiatur res, vel ne amittatur non utendo. Ita usurpandi verbum accipitur in *l. usurpatio* 2. *et l. naturaliter* 5. *de usucap.* ubi etiam dicitur usurpationem interrumpere usucapionem. Ita etiam accipitur in *l. nam satis* 6. §. 1. *et l. si stillicidii* 8. *l. si in partem, et l. aquam* 16. *quemad. servit. amit.* utrumque verbum est ex duodecim tab. *l. necessarium* 2. *de orig. juris*: ubi dicitur Appium Claudium auctorem duodecim tab. scripsisse de usurpationibus. Id etiam indicat A. Gellius *lib.* 3. *cap.* 20. Non est vero omittendum quod traditur in *l. usurpatio* 2. *de usucap.* aliter nos accipere verbum usurpandi, ac Oratores. Illis enim usurpare, est frequenter uti: Jurisconsultis est usu retinere; quod fit etiam si non utamur frequenter, ut ait Tullius *lib.* 3. *de Oratore.* Sententia autem Pauli hæc est, aquam amitti non utendo, si is cui debetur, biennio nullo modo utatur. Deinde Paulus hoc quoque ostendit, si quis utatur aqua biennio, id est, si eam usurpaverit, cujus usu se abstinuerat aliquo tempore, non jam amitti aquam, sed recipi quodammodo, et quasi exstinctam retineri, et recipi. Atque ita Paulus recte verbo usurpandi usus est. Secundo obstat id, quod Aggenus Urbicus in *lib. de limit. agr.* scribit, cum tractat de controversia finium. Verba ejus h c sunt: *Iter, non quo ad culturas pervenitur, capitur usu, sed id, quod in usu biennio fuit.* Sententia hæc est. Fines agrorum habent latitudinem quinque secundum XII. tab. et legem Maniliam, vel etiam sex pedum. Nam necesse est ut habeant latitudinem gradus Geometrici, qui olim quinque pedes habuit, nunc sex habet. Id spatium ideo definitum est, ut eo itinere perveniatur ad culturas, et ut circumagi aratrum possit. Id spatium occupat circumactus aratri, vel iter, qua pervenitur ad culturas, ideo id spatium non usucapitur: item non acquiritur longo tempore, *l. quinque pedum* 5. *C. fin. reg.* Ubi præscriptio accipitur pro longi temporis possessione, ut in *l. qui alienam* 54. *de evict. et l. ei a quo* 21. *de usucap. et* §. *ex his*, *Instit. per quas pers. nob. acq.* Iter quinque pedum non potest usucapi; sed iter, quod in usu biennio fuit, usucapitur. Hoc quomodo accipiendum sit, videamus. Respondeo: falsum esse, quod ille scribit, si per se iter biennio usucapi intelligamus. Nam per se iter biennio non usucapitur: cum tamen prædium usucapitur cui debetur iter, tunc biennio iter etiam usucapitur: nam prædium usucapitur cum sua qualitate, *l. si aliena* 10. §. 1. *de usucap.* Per se autem non usucapiuntur, quia res sunt incorporales. Multum ergo distat servitus a prædio servo vel dominanti, ut multum differre scribit Aristotel. ποιότητα καὶ τὸ ποιόν. Summa igitur est, qualitates prædiorum non usucapiuntur. Tertio obstat *l. si quis diuturno* 10. *si servit. vind.* Lex ait, servitutes acquiri longo tempore, sive diuturno usu, vel longa aut diuturna consuetudine. Idque colligitur ex *l. foramen* 28. *de servit. urb. præd.* Idem ostendit *l.* 1. §. *ult. et l.* 2. *de aqua et aq. pl. arc.* Idem lex *apparet*, *de itin. actuque priv.* Addatur etiam *l.* 1. *et* 2. *C. de servit. et aqua.* In quibus locis id aperte proponitur, servitutes longo tempore acquiri. Ex eo DD. nostri efficiunt, ut dicant, servitutes posse usucapi. Id tamen illis negandum est, quia vitiosa est hæc collectio: longe enim aliud est, *longo tempore acquirere*, longe aliud usucapere. Vectigalia prædia, item tributaria et stipendiaria usucapi non possunt: longo tamen tempore acquiri possunt *l. cum sponsus* 12. §. *in vectigalibus, de Pub. in rem act.* Addatur etiam *l. si finita* 15. §. *si de vectigalibus*, *de dam. infec.* Non possunt usucapi vectigalia prædia, longo tamen tempore acquiri possunt. Idem dicendum est de stipendiariis et tributariis prædiis. Ante Justinianum hujusmodi erant prædia provincialia, §. *per traditionem*, *Instit. de rerum divis.* Item usucapio exigit possessionem, et eam quidem civilem: longi temporis acquisitio quasi possessione contenta est; ut in servitutibus. Item usucapio parit directam actionem, et ea dominium acquiritur; ideo directas actiones habet: longi temporis acquisitio utilem actionem parit, *d. l. si quis diuturno.* Item usucapio sine titulo non procedit, titulus est possessionis causa. In longi temporis acquisitione non est necesse de titulo docere. Id quidem necesse est ut doceat se eo jure usum longo tempore, sed non necesse est, ut doceat, qua de causa usus sit: nam qui longo tempore possedit, hoc ipso satis justum titulum sibi acquisivit et idoneum, *d. l. si quis diut.*

Illud deinde notandum, id tamen exigi, ut is, qui sibi vindicat servitutem hac actione utili, per longum tempus ea servitute usus non sit, vi aut clam, aut precario. Nam is, qui ita usus est, nihil acquirit: quia his tribus modis mala fide possidet. At in hac acquisitione bona fides exigitur, ut indicat *l. Pomponius* 13. §. 1. *de acquir. possess.* Legis sententia hæc est: emptorem uti accessione venditoris, si venditor nec vi, nec clam, nec precario possederit: nam si venditor his tribus modis possederit, emptor non utitur accessione venditoris. Ex quo apparet, his tribus modis rem mala fide possideri. Oportere interpretes existimant, ut is, qui servitute utitur, utatur etiam sciente domino, id est, videnle et patiente. Hoc tamen non est eis concedendum: nam pugnat cum *l. ult. C. de præscript. long. temp.* quæ ait, servitutes acquiri longo tempore, etiam inter absentes, atque adeo inter ignorantes. A Doctoribus tamen facit *l. 2. C. de serv. et aq.* quæ ait, aquam acquiri, si is qui duxit eam, duxerit sciente domino. Hinc dicunt, scientiam exigi. Sed respondendum ad *d. l.* 2. non id dici quod semper est necessarium, sed hoc adjectum fuisse, ut intelligatur ex eo, eum clam non duxisse: nam qui sciente domino aquam ducit, clam fecisse non videtur, *l. aut qui aliter* 5. §. *sed et Servius quod vi aut clam.* Etiam ignorante domino, aquam ducere quis potest, dummodo is qui ducit, celandi animum non habuerit; nam si habuerit, est indicium clam acquisitæ possessionis. Ergo hæc tria si absunt, servitus longo tempore acquiritur, *d. l. si quis diut.* Illud tamen observandum est, ita servitutes non acquiri ipso jure, sed per tuitionem Prætoris, non directa actione sed utili. Longum tempus est decem aut viginti annorum: decem inter præsentes viginti inter absentes. Ergo acquiruntur servitutes decennio vel vicennio, *l. 2. C. de serv. et aq.* quæ pertinet ad prædia provincialia non Italica: quia tunc Italica prædia acquirebantur biennio, nec requirebantur longum tempus. Ita longum tempus definitur a Paulo *l. 5. Sent. tit. de usuc. et tit. de effectu sent.* Huic tamen sententiæ multa opponuntur. Quidam enim contendunt exigi tempus infinitum, idest, tempus memoria hominum antiquius. Id colligunt ex *l. hoc jure* 3. §. *ductus, de aq. quotid. et æst. Ductus*, inquit, *aquæ cujus origo memoriam hominum excesserit, jure constituti loco habetur.* Id etiam colligunt ex *l.* 1. §. *ult. et l.* 2. Item *l. ult. de aq. et aq. plu. arcen.* Ita ajunt non sufficere decem aut viginti annos, sed tempus desiderari, quod memoriam hominum excedat. Sed in his legibus tractatur tantum de aquæ ductu et usu. Sic autem statuendum est: aquæ ductui auctoritatem dat longa consuetudo, id est, si quis contendat, se usum decem aut 20. annis bona fide. Quod si id non contendat, aquæ ductui vetustas auctoritatem dabit, id est, infinita memoria: nam vetustas ita fere accipitur in libris nostris Idem etiam servatur in ductu aquæ publicæ *l. usum aquæ* 4. *C. de aquæ duct. lib.* 11. *l. si manifeste, C. de servit. et aq.* quæ lex est accipienda de aqua publica, quia loquitur de procuratore Cæsaris. Ait, eam recte duci ex veteri more. Huc etiam pertinet *l. diligenter* 9. *C. de aq. duct. l. usus aq. C. de fund. priv. lib.* 11. Sic ergo concludendum est: et longi temporis usus et vetustas vicem jure constitutæ servitutis obtinent. Hoc amplius vetustas vim legis obtinet, *l.* 2. *de aq. et aq. plu. arc.* Sed quærat aliquis: quomodo distinguitur servitus a lege? Servitus imponitur a domino. Servitus omnis est impositilia, *l. de pupillo* 5. §. *sextus, de op. nov. nunt.* Lex autem prædio dicitur ab his, qui prædia constituunt. Lex prædiis dicta est ab iis, qui primi prædia constituerunt. Ab his igitur lex lata est, *l. quod principis* 23. *de aq. et aq. plu. arc.* Hoc etiam scribit Hygenus in lib. de limit. constitut. Sequitur alia differentia inter servitutem et legem: per servitutem prædium prædio servit civili modo: at constitutione, per vetustatem, vel legem naturaliter. Et in summa tria sunt, per quæ prædium prædio servit naturaliter: lex initio dicta prædio, vetustas quæ vim legis habet, et locorum natura *l.* 1. §. *ult. cum l. seq. de aq. et aq. plu. arcen.* Et hanc locorum naturam certum est vocari supercilium a Frontino, et Siculo Flac. Supercilium est locus devexus. Naturaliter autem inferius prædium supercilio servit. Quia naturaliter aqua influit ad prædium inferius. Nam ut pinguedo ad prædium inferius defluit, sic et aqua. Qua ratione fit, ut omnis devexus locus cedat superiori possessori, ne sc. inferior invadat terras possessoris. Sed totius quæstionis summa hæc est: Primum hoc pono: servitutes rusticorum prædiorum non utendo admittuntur: servitutes urbanorum prædiorum non utendo non amittuntur, servitutum urbanorum prædiorum libertas usucapitur: servitutum rusticorum prædiorum libertas non usucapitur: servitutes rusticorum prædiorum nunquam potuerunt, nec possunt usucapi: servitutes urbanorum prædiorum olim usucapi poterant, nunc ex lege Scribonia non possunt usucapi. Inde etiam generaliter constituendum est, servitutem usucapione legitima non acquiri, quæ est biennii, vel anni in mobilibus. Servitutes quasi acquirimus longo tempore. Postremo, servitutes usucapione Justinianea omnino acquiri, ita ut competat directa actio. Usucapio Justinianea est 10. aut 20. annorum.

Ad §. 1. *Servitus.*

§. 1. *Servitus itineris ad sepulchrum privati ju-*

ris manet, et ideo remitti domino fundi servientis potest, et acquiri etiam post religionem sepulchri hæc servitus potest.

Locus religiosus in commercio hominum non est: est enim divini juris, non humani: fit autem religiosus locus mortui illatione, id est, si in meum locum mortuum intulero, is locus desinit esse meus, quia fit religiosus, *l. quamquam 4. de aqua plu. arcen. l. in tantum 6. de rer. divis.* Quæstionis est, quatenus hæc religio se extendat, an occupet totum locum, qui sepulturæ destinatus est. Sepulturæ olim certi fines destinabantur, idque adscribi solebat in lapidibus et monumentis, ut puta decem pedes in frontem, et viginti in agrum, id est, in longitudinem. Ita definitur locus sepulturæ destinatus. Inde Horat. Flaccus in sermon. lib. 1. Satyra 8.

Mille pedes in fronte, trecentos cippus in agrum
Hic dabat, hæredes monumentum ne sequeretur.

Item Cic. in Philipp. hujus rei mentionem facit. An igitur religio se eatenus extendebat? Minime. Sed quatenus corpus humatum erat, eatenus extendebatur religio, *l. locum 2. §. sepulchrum, de relig. et sum. fun.* Nunc illud notandum est, servitutem sepulchro imponi non posse: est enim religiosum: propterea mortui sacri vocantur, ut ait Plutarchus in Numa. Non potest sepulchro imponi servitus ulla, *l. caveri 4. inf. commun. præd.* At quæstionis est, an iter ad sepulchrum acquiri et concedi possit? Videtur non posse. Quia domini soli acquirunt servitutes: at sepulchri nemo est dominus, ideoque sepulchro iter acquiri non potest. Sed tamen receptum est favore religionis, ut recte iter acquiratur ad sepulchrum, *l. si venditor 10. et l. si quis 12. de relig. et sump. fun. l. utimur 5. de sepul. viol. l. iter. 4. quemad. servit. amit.* Valde est notanda sent. hujus l. quæ ait: *Iter sepul. debitum non utendo non amitti:* id fit propter religionem, quia etiam non possum semper ire inhumandi causa. Hæc confirmantur *l. 1. si servit. vindic.* Potest autem hæc juris constitutio hoc jure defendi: sepulchrum quidem non est nostri dominii: est enim religioni dedicatum: at jus inferendi nostrum est licet domini non simus sepulchrorum: et ob eam rem datur etiam nobis actio in factum subsidiaria vindicationis, id est, datur, cum vindicatio non competit, *l. quæ religiosis 43. de rei vindic.* Datur etiam actio in factum pœnalis, si quis volet mortuum inferre, quo illi jus non est, *d. l. 2. §. præt. l. is qui 7. de relig. et sump. fun.* Datur etiam interdictum de mortuo inferendo, si quis eum, qui jus inferendi habet prohibeat inferre, *toto tit. de mort. infer.* Ex his apparet, sepulchra esse religiosa, non jura sepulchrorum, ut acquiri iter potest sepulchro, ita et remitti potest, quia iter est privati et humani juris, hoc est, quod ait hic §. *post religionem sepulchri*, id est, postquam mortuus illatus est, quia locus non fit religiosus, nisi injecta sit humus et gleba. Concrematio locum religiosum non faciebat, sed illatio.

Ad §. 2. Publico loco.

§. 1. *Publico loco interveniente, vel via publica haustus servitus imponi potest, aquæductus non potest. A principe autem peti solet, ut per viam publicam aquam ducere sine incommodo publico liceat. Sacri et religiosi loci interventus etiam itineris servitutem impedit, cum servitus per ea loca nulli deberi potest.*

Locus publicus hoc §. est, qui in usu est populi, id est, qui usui publico destinatus est, ut fuit Campus Martius, *l. prætor ait 2. §. publici, ne quid in loco publ.* Area publica dicitur solum publicum, *l. ult. hoc t. l. qui tabernas 32. de contrah. empt.* Quæstio hujus §. hæc est, an publico loco interveniente inter prædium tuum et meum, servitutis impediatur constitutio? Et quidem, non impediri constat servitutem viæ, itineris, actus, aquæ haustus: nam in his medius locus non impedit hæc jura, quia locus medius est publicus, et per eum quisque ire potest, propterea per tuum fundum ibo jure servitutis, per locum publicum jure publico, per fundum meum jure meo. Hinc apparet, interventu publici loci hæc jura non impediri. Atqui publico loco interveniente aquæductus impeditur. Cur ita? quia aqua duci non potest, nisi aliquid fiat in via publica, aut facta substructione, aut cavata via publica. Nihil autem nobis facere licet in via publica: ire quidem licet, sed non aliquid moliri: non possumus ædificare in via publica aut sepulchrum ædificare, aut super eam aream facere: nam nec licet facere supra iter privatum, *l. supra iter 11. de aqu. et aqu. plu. arcen.* Non licet etiam in viam publicam cloacam immittere, *l. 2. §. si quis cloacam, ne quid in loco publ.* Denique nihil novi facere licet in via publica. Itaque dicemus et inutiliter cedi aquæductum interveniente loco publico. Sic etiam interveniente loco publico, non recte cedi servitutem protegendi, projiciendi, immittendi, aut servitutem stillicidiorum, *l. si opus 21. §. in opere, et l. ult. §. pen. quod vi aut clam, l. ult. de flum.* Cur non possunt imponi hæ servitutes? quia necesse est, ut his cœlum, sicut solum, liberum sit: quod etiam ostenditur hoc §. sane, ut aquam per viam publicam ducere liceat peti et concedi solet a principe,

l. si in publico 18. *in fine*, *de aq. et aq. plu. arcen.* Ceterum hac in re loca publica distant a sacris vel religiosis. Nam loca publica non impediunt viam, iter, actum, aut aquæductum: at loca sacra aut religiosa, si interveniant, hæc jura omnia impediunt, ut heic in fine, et quia non licet uti locis sacris vel religiosis, *l. si prius* 17. §. *sed loco*, *de aq. et aq. pluv. arcen.* Item qui ædificavit in loco publico, non semper id ædificium deponere compellitur, sed pro ædificio præstat solarium, et efficitur superficiarius. At qui ædificavit in loco sacro et religioso, semper opus tollere compellitur, propter loci religionem, *l.* 2. §. *si quis nemine*, *ne quid in loco publ.*

Ad L. XV.

Quotiens nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet. Veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas: et ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur. Aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ gratia.

Legis sent. hæc est, si quis mihi cesserit *jus sibi non esse in suo fundo consistere*, inutilis est cessio. Ratio hæc est, quia omne id quod ceditur, est jus personale, aut reale. Servitus omnis est rerum aut personarum: hoc autem neque personale est, neque reale, quia nihil vicini interest, propter se vel propter suum prædium, ne vicinus in suo prædio consistat: hinc efficitur, hac cessione nihil agi. Idem est, si quis mihi cesserit, *jus sibi non esse suo fundo uti frui*: nam mea nihil interest si utatur vel non utatur. Idem si quis mihi cesserit *sibi per fundum suum ire non licere*: mea enim non interest, ne eat. Eæ igitur cessiones nullæ sunt, nec his aliquid agitur. Ceterum Accursius hæc recte interpretatur: *nec hominum*, id est, personarum, ut in *l. et an eadem* 14. §. *qui cum partem*, *de except. rei judic. l. si mihi* 20. §. *ult. de servit. rusticor. prædior. l. et si forte* 6. §. *Labeo, si servit. vindic.* Huic legi opponitur *l. ei fundo* 19. *h. t.* qua in re interpretes valde laborant: in ea lege agitur de aqua. Aqua autem est servitus prædii: jus aquæ constitui et acquiri potest, etiamsi aqua nobis non sit utilis, nec mihi aquam ducere expediat. Videamus verba legis: *Servitutem imponi*, lege venditionis sc. *etsi non utilis sit, posse existimo, veluti, si aquam alicui debere ducere non expediret*, ubi legendum est, *deducere*. Summa legis hæc est: si quis mihi cesserit aquam, ea cessio valet, etiamsi aqua mihi utilis non sit. Ratio hujus sententiæ hæc est: quia licet aqua mihi inutilis sit, tamen ita fit ut aquam in fundo meo habeam: quamvis autem per se sit inutilis ipsa aqua, tamen juvat habere: non enim quæritur, an quæ tu habeas, sint utilia, quia juvat habere, et *habere verbum est optimum*, ut ait Plautus, *non habere autem pessimum*. Manet ergo hæc constitutio aquæ, quia ita fit, ut in fundo nostro habeamus aliquid. Diversum est in specie legis *quotiens*: nam ea, quæ ibi ceduntur, sunt inutilia, nec ea cessione fit ut habeamus aliquid; quid enim habeo, si tu per fundum tuum non eas? In specie *d. l.* 19. valet cessio aquæ mihi facta, quia etsi aqua sit inutilis, habeo tamen in fundo meo aquam. At in specie hujus *l. quotiens*, cessio non valet, quia quæ ceduntur, sunt inutilia, et quia rem nostram non augent, nec per ea fit ut aliquid habeamus. Nunc quæro, an sit utilis hæc cessio, si quis mihi cesserit, ne sibi liceat in suo fundo aquam quærere? Constat vero hanc cessionem valere, quia est mihi utilis, ne scilicet minuatur aqua mei fundi, nec præcidantur venæ aquariæ mei fundi aut putei: alioqui sic statuendum est, vicinum posse aquam quærere, et mihi eam amovere præcisis venis: hæc enim facere potest suo jure, *l. fluminum* 24. §. *ult. et l. Proculus* 26. *de dam. infect.* Si tamen hæc cessio facta sit, non licebit vicino aquam quærere. Et hoc est, quod sequitur in §. *aliter*. Hoc etiam confirmat *l.* 1. §. *si quis hoc cesserit* 28. *de aqua quotid. et æst.* Item quæritur, an hæc cessio valeat, si vicinus mihi cesserit, *jus sibi non esse*, *suum fundum alienare*, vel etiam, *nec liceat suum fundum sacrum vel religiosum facere?* Olim quidem videbatur nulla esse hujusmodi cessio, quia prima specie nihil videtur interesse ejus, cui fit cessio, *l. pen. de pact.* Notandum tamen est, animadvertisse Justinianum, fieri posse ut intersit paciscentis, docente scilicet id usu rerum: et ideo Justinianus constituit hanc cessionem valere. Ratio Justiniani hæc est, quia interest propter vicinum: nam ut aliquid boni est propter vicinum, sic et aliquid mali. Hoc tradit Justinianus in *l. ult. C. de pact. inter empt. et vend.* quæ corrigit *d. l. pen.* quod sit ex quinquaginta Decisionibus, quæ abrogant jus Pandectarum: hanc esse ex quinquaginta Decisionibus apparet ex subscriptione, quæ hæc est: *Datum* 15. *Calend. Novemb. Costantinopoli, post consulatum Lampadii et Orestis.* Ea non reperitur in Codicibus impressis.

Ad §. 1. *Servitutum.*

§. 1. *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis: veluti viridia tollat, aut amæniorem*

prospectum præstet, *aut in hoc*, *ut in suo pingat: sed ut aliquid patiatur*, *aut non faciat.*

Ut intelligatur hic §. sciendum est, eum, qui servitutem debet, nihil unquam facere. Is cui debetur servitus, facit. Hoc est contra naturam servitutis ut is, qui eam debet, faciat aliquid: nam predium servit verius, quam homo, *l. sicuti* 8. *si serv. vind.* Sic ergo concludamus: servitus ita constitui non potest, ut *aliquid faciat vicinus*, id est, hæc constitutio, non est servitus, nec hæc pactio servitutem constituit: parit tamen actionem personalem: nam si quis paciscatur, ut vicinus aliquid faciat, aget ex stipulatione adhibita pacto, atque ita constituet jus hominis, non prædii Denique ita servitus constitui non potest, ut *aliquid vicinus faciat*, quia hoc est constituere jus homini, non prædio, ut in hoc §. Veluti *viridia.* Hic legitur, *viridia*, ut in *l. ædificia*, 12. *tit. prox. et l. impensæ* 79. *de verb. signific.* Dicuntur etiam in Pandectis Florentinis viridiaria, *l. si cujus rei* 13. §. *fructuarius, de usufr. l. in instrumento* 8. *in fine*, *de instruc. vel instrum. leg.* Veteres viridaria conserere solebant supra ædificia, id quod etiam hodie fit in Italia, *d. l. ædificia.* Cujus legis sententia hæc est: si ædificia debent servitutem altius non tollendi, supra eam altitudinem viridaria habere licet: nam ponere supra eam altitudinem viridaria, non est altius tollere ædes. Contra ait lex, si ædificia debent servitutem, ne prospectui officiatur, non licet supra ædificia ponere viridaria: nam ea officiunt prospectui. Ex eo apparet viridaria officere prospectui, atque ex eo etiam apparet, hunc §. emendandum esse, ut legatur: *ut amœniorem*, non, *aut. In suo pingat*, is scilicet, cui hoc jus ceditur: nam pictori lumen est necessarium. Ponebant etiam veteres viridaria in fenestris. Hoc explicat Plinius lib. 19. *cap.* 4. *Jam*, inquit, *in fenestris suis*, etc. et Martial. libro 11.

Donasti, *Lupe*, *rus sub urbe nobis*:
Sed rus est mihi majus in fenestra.

Conclusio autem hujus §. hæc est: servitutes ita constitui non posse, ut aliquid vicinus faciat: ideo ex hac non competit vindicatio, sed actio in personam. Hinc quæritur quid sit dicendum de servitute *oneris ferendi*: nam qui debet onus ferre, necesse est ut faciat aliquid. Respondeo, eum qui debet hanc servitutem, non facere, sed onus sustinere, id est, pati. Jure tamen singulari receptum est, ut is, qui hanc servitutem debet, cogatur parietem caducum oneri ferendo destinatum reficere, et restituere. Fuit quidem hoc controversum, sed vicit hæc sententia, *l. eum debere* 33. *de servitut. urban. præd.* Rursus quæritur, quid juris sit in servitute *jus altius tollendi?* Respondeo, jus altius tollendi non esse tale, ut is qui debet, faciat et tollat ædes suas puta, ut venti arceantur, vel ut æstus solis excludatur: nam ita non constituetur servitus, sed jus personale: sed jus altius tollendi tale est, ut is, cui debebatur servitus non tollendi, hoc jure remisso, vicinum patiatur altius tollere atque ita, qui hoc jus debet, non facit, sed patitur, *d. l. ædificia* 12. Restat hoc tantum, quomodo servitus constituatur. Ita constituitur, ut patiatur, vel non faciat aliquid vicinus. Ita non constituitur, ut faciat aliquid. Pati, et non facere differunt. Patitur is, qui iter debet, actum, vel viam, vel aquæductum. Non facit autem is, qui non potest ædes suas altius tollere. Prædium suum nihil patitur, quia nemo eo utitur. Est etiam hæc differentia: ubi is, qui servitutem debet, patitur: is, cui debetur, facit, ut in itinere. Contra vero ubi is qui debet servitutem, non facit, is cui debetur, etiam nihil facit. Summa disputationis hæc est: *Servitutes consistunt in patiendo, vel in non faciendo.* Servitutes non consistunt in faciendo. Denique addendum est: hæc pactio, ut *vicinus aliquid faciat*, jus personæ acquirit, non prædio.

Ad L. XVI.

Ei, *qui pignori fundum accepit*, *non est iniquum utilem petitionem servitutis dari: sicut ipsius fundi utilis petitio dabitur. Idem servari convenit et in eo, ad quem vectigalis fundus pertinet.*

Ista lex est Juliani ex libro 49. Digest. Duæ vero sunt leges ex eodem lib. sumptæ, quæ simul explicabuntur, *l. si autem* 2. *et l. qui viam* 14. *de novi oper. nunt.* Hic autem videndum est, quibus servitutum vindicatio competat. Est hæc quæstio utilis et obscura. Vindicatio servitutum dicitur actio confessoria, §. *æque*, *instit. de act.* quoniam is qui vindicat servitutem, eam suam esse affirmat, et profitetur. Est autem duplex hæc vindicatio, directa et utilis. Directa datur domino fundi, cui servitus debetur, *l.* 2. §. *hæc autem*, *si servit. vindic.* Utilis autem datur creditori, cui prædium dominans pignori obligatum est, *l. creditori* 9. *de novi oper. nuntiat.* Ratio hæc est: quia creditori datur etiam utilis vindicatio fundi: hæc autem vindicatio appellatur hypothecaria, sive creditor vindicet fundum, sive servitutem fundi sibi obligati: quia utroque modo creditor defendit jus hypothecæ, hoc est, quod ait hæc lex, *in prin. utilem petitionem*, id est, *vindicationem.* Notandum est citari Julianum in hanc sentent. et hæc verba adferri in *l.* 1. §. *ult. de remission.* ubi ait, *eum*, *qui pignori rem accepit*, *non esse ini-*

quum detentionem servitutis habere. Sed emendandus ille locus ex hoc loco, et legendum, *servitutis petitionem*, non *detentionem*, quia servitutes non detinentur: nam detinere significat factum et naturalem possessionem. Notandum est etiam, utilem vindicationem servitutis dari emphyteuticario: nam et is fundum vindicare potest utili actione, *l.* 1. §. *ult. si ager vectig. pet.* Lex ait, *emphyteuticario utilem actionem in rem dari fundi nomine.* Et hoc est, quod ait hic lex *in fine.* Hæc autem vindicatio, quæ datur emphyteuticario, vocatur vectigalis actio, quia datur ob prædium vectigale, *l. si finita* 15. §. *si de vectigalibus*, *de damno infect. l. si cum venditor* 66. *de evict.* Ergo summa legis est, vindicationem servitutis dari creditori, et emphyteuticario. Item datur vindicatio superficiario, *l. in provinciali* 3. §. *pen. de novi oper. nuntiat.* Addenda est etiam eadem ratio, quia etiam is utilem vindicationem fundi habet, *l. id est* 74. *et l. seq. de rei vindic.* His etiam omnibus datur nuntiatio novi operis *d. l. in provinciali* §. *pen. et l. creditori* 9. *de novi oper. nuntiat.* Nuntiatio novi operis fit, cum vicinus aliquid novi operis instituit, quo res nostra fit deterior, aut contra servitutem ab ipso expresse nobis debitam. Nuntiare novum opus, est jubere, ut desistat ab opere novo. Duæ sunt causæ nuntiationis novi operis, dominium, et servitus: una est causa naturalis, altera imposititia, id est, ei licet nuntiare novum opus, qui aut rei, aut servitutis rei debitæ vindicationem habet, *l. de pupillo* 5. §. *Sextus*, *de novi oper. nuntiat.* Hi autem vindicationem habent non servitutis tantum, sed etiam rei: nuntiare ergo vicino possunt novum opus. Restat tantum hæc quæstio, *an fructuario detur nuntiatio novis operis?* Item, *an vindicatio servitutum?* Hac in re contendo inter se dissentire prudentes. Julianus ait, fructuario dari vindicationem servitutum, *l. un.* §. *item Juliano*, *de remiss. Item Juliano placet*, inquit, *fructuario, jus esse servitutum vindicandarum.* Id autem Julianus scripsit in eo libro ex quo lex ea sumpta est, nempe libro 49. Id apparet ex *l. si autem* 2. *de novi oper. nuntiat.* quæ est ex hoc libro, et ejus legis integra verba referuntur in *d. l. un.* §. *item Juliano.* Huic Juliani sententiæ obstat. *l.* 1. *in prin. si ususfruct. petat.* Explicanda est earum legum sententia. Hæc igitur est: fructuarium non posse servitutem debitam prædio vindicare, usumfructum tamen vindicare posse, id est, servitutem sibi debitam: et non tantum adversus dominum, sed etiam adversus quemlibet possessorem. Vindicare autem poterit, si prohibeatur uti frui, aut ire agere, utendi, fruendi causa. Servitutem autem itineris non vindicabit: ut tamen ei pateat iter ad utendum fruendum, vindicabit. Dicendum igitur est, Julianum ab aliis reprehensum fuisse, a Marcello præcipue, *l.* 1. *si ususfruct. petat.* Ibi probatur Labeonis sententia a Marcello ad Julianum, id est, in notis ad Julianum. Et merito non obtinuit Juliani sententia: quia fructuarius etiam non habet vindicationem fundi. Absurdum autem est vindicationem servitutis ei dari, cui non datur vindicatio fundi. Cur tamen dabat Julianus? quia fructuarius potest uti servitutibus fundo fructuario debitis. Ceteri non dant, et existimant sufficere vindicationem ususfructus. Ex his apparet in *d.* §. *item Juliano* sententiam Juliani referri, non probari: id sæpe faciunt Paulus et Ulpian. et hujus rei varia reperiuntur exempla in libris nostris. Nunc quæramus, *an fructuario detur nunt atio operis novi?* Pendet hujus quæstionis definitio ex superiori: ex Juliani sententia fructuarius novum opus nuntiare potest, *d. l. un.* §. *item Juliano* Et certe hoc generaliter statuendum est, eum qui servitutem vindicare potest, et jus nuntiandi habere, *l. inter servitutes* 14. *de servitut. urban. præd. l. in judicio*, *comm. divid l. non solum* 8. *in princ. de novi oper. nuntiat.* Ex Juliani sententia id licet fructuario. Ergo et nuntiare potest novum opus vicino, non ipsi domino aliquid facienti in fundo fructuario, nam ut habet vindicationem servitutis adversus vicinum, habet et nuntiationem. Sed si ex opere domini deterior fiat ususfructus causa, poterit vindicare usumfructum, et consequi quod sua interest, *l. si autem* 2. *de novi oper. nuntiat.* Eodem etiam modo explicanda est lex *quia viam* 14. *de novi oper. nuntiat.* Species et quæstio ejus legis hæc est, an is, qui viam habet, ædificanti in via possit nuntiare novum opus? Ex supradictis sequitur posse; quia qui servitutem habet, nuntiare potest novum opus. At lex ait, non posse: hoc intelligendum est de domino fundi: nam quis ædificaturus est in via, nisi dominus? Sed poterit servitutem vindicare si via impediatur. Huic simile est, quod traditur in *l. si eo loco*, *inf. si servitut. vindic.* Hæc sunt ex Juliani sent. Aliorum sententia quæ obtinuit, hæc est, fructuario, nuntiationem non dari, *l.* 1. §. *ult. de novi oper. nuntiat.* Ponuntur tres regulæ in eo §. Prima hæc est, suo nomine fructuarius vicino nuntiare non potest novum opus. II. procuratorio nomine, id est, quasi procurator proprietarii, potest. III. vicino aliquid novi faciente, fructuarius quamvis non potest nuntiare potest usumfructum vindicare a vicino, et id, quod sua interest, consequi: nam vindicatio præstabit id, quod interest: quod etiam confirmat *l. stipulatio* §. *ult. eod.* Postremo restat hæc quæstio, *an remissio valeat, si forte fructuarius nuntiaverit vicino novum opus.* Remissio est contraria nuntiationi: eam enim excludit et extinguit: nam remis-

sio est remissio nuntiationis, et fit auctoritate magistratus in hoc, ut vicinus, cui nuntiatum est novum opus, hanc nuntiationem missam faciat et ædificet. Nam vis nuntiationis est, ut non possit vicinus ædificare, donec remissionem impetraverit a magistratu. Quando autem danda sit remissio, dicendum est. Remissio utilis est, si nuntiatio non tenet, id est, si is, qui nuntiavit, non habet jus nuntiandi et prohibendi, *l.* 1. *in pr. de remissionib. l.* 1. *et l. de pupillo* 5. §. *si is qui renuntiatum, et* §. *qui procuratorio, de novi operis nuntiat. l. Prætor*, 10. et *l. non solum* 8. §. *sciendum eod. tit.* Summa hujus rei hæc est, ubi utilis nuntiatio est, inutilis est remissio. Contra vero, ubi nuntiatio non valet, utilis est remissio. Si fructuarius novum opus nuntiaverit: ex Juliani sententia remissio est inutilis, quia potuit nuntiare, *d. l. un.* §. *item Juliano.* Sed corrigendus hic §. duobus locis. Illo loco: *et remissio utilis erit*, legendum est: *inutilis erit.* Denique ubi ait: *remissio inutilis*, legendum est, *utilis*, quia non potuit nuntiare domino. Hæc ex Juliani sententia. Ex aliorum sententia, quæ obtinuit, omnimodo remissio valet, quia nuntiatio valet. Hæc de quæstione illa omnium difficillima.

Ad L. XVII.

Viæ, itineris, actus, aquæductus pars in obligationem deduci non potest, quia usus eorum indivisus est. Et ideo, si stipulator decesserit, pluribus hæredibus relictis, singuli in solidum viam petunt, et si promissor decesserit pluribus hæredibus relictis, a singulis hæredibus solida petitio est.

Hæc lex a nobis explicata est ad legem *pro parte*, sup. hoc tit.

Ad L. XVIII.

Papinianus notat: in omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est: doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi (*).

Paulus lib. 51. Quæstionum Papiniani notat, etc. (scripsit notas Paul. ad Papinianum, sed improbatæ sunt a Theodosio, propter excellentiam Papiniani, *l.* 1. *de respons. prud. Cod. Theod.* Sed postea a Justiniano probatæ sunt. Ideo multa reperiuntur ex his notis desumpta, *l.* 1. §. *sed neque, C. de vet. jure enucl.*) Nunc ut intelligatur quæstio hujus legis, notandum est, *servitutes extingui confusione*, id est, si dominus fundi servientis acquirat fundum dominantem, aut e contrario: utroque enim modo tollitur servitus: quia nemo sibi ipsi servitutem debere potest, nec prædium meum, prædio meo, *l.* 1. *quemadm. servit amitt. l. si quis ædes* 29. *de servitut. urbanor. præd. l. quidquid.* 10. *commun. præd.* Ex eo colligitur confundi servitutem, si dominus fundi dominantis hæres extiterit domino fundi servientis, et adierit: nam hæres adeundo acquirit fundum servientem. Ergo confunditur servitus et tollitur. Hinc quæritur, si testator, hærede instituto domino fundi dominantis, ab eo fundum servientem alteri legaverit, an hic fundus liber præstandus sit legatario, necne? et constat, liberum non esse præstandum. Nam si legatarius petat fundum liberum, hæres opponet ei exceptionem doli mali, per quam consequetur, ut patiatur legatarius servitutem reintegrari, quæ confusione sublata fuerat: nec carere videtur dolo legatarius, qui fundum liberum petit, cum servus relictus sit. Summa legis hæc est: si fundus legatus serviat fundo hæredis, licet aditione confundatur servitus, non tamen aliter præstandus est, quam si legatarius iterum patiatur imponi servitutem: ita fit, ut amissa servitus restituatur nova impositione: quia fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Hoc etiam ostenditur in *l. servus* 70. *et l. legatum* 116. §. *ult. de leg.* 1. *et l. cum filius* 76. §. *dominus, de leg.* 2. Ait, *in omnibus servitutibus*, prædiorum scilicet. In ususfr. idem: nam etiam amittitur confusione, sicut et servitus, sed in hoc differt a servitute, quod si proprietarius hæredem instituat fructuarium, et ab eo leget fundum fructuarium alteri, ille legatarius non cogitur hæredi rursus cedere usumfructum. Cogitur tamen rursus cedere servitutem, *l. is cujus* 25. *et l. cum filius* 76. §. *dominus, de leg.* 2. differentiæ ratio colligitur ex *d.* §. *dominus:* hæc autem est: qui legat fundum, plenum jus legat, neque vult quidquam detrahi: et ideo is fundus non est præstandus, deducto usufructu: nam ususfructus est veluti pars fundi, *l. qui usumfructum* 58. *de verbor. obligat. l. si alii fundum* 19. *de usufr. leg.* At cum lagatur fundus, non hoc testator intelligit, ut liber præstetur, sed qualis est, *l. legatum* 116. §. *ult. de legat.* 1. Erit igitur in hac specie ususfruct. sublatus confusione, nec restituetur. Deinde lex ait: *Doli exceptionem nocituram legatario.* Hinc colligimus, hæredi non dari petitionem servitutis, sed retentionem tantum fundi legati: retentio autem fit per exceptionem doli mali. Est ergo hæc retentio facti. Hinc quæritur, quid fiat, si hæres hac retentione non utatur, id est, si non excipiat, sed fundum tradat, an ei aliqua actio tunc dabitur? Nam retentione sibi am-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 1, *cap.* 14.

plius consulere non potest: hoc casu hæredi dabitur condictio indebiti, quia legatario dedit indebitam possessionem. Erit autem hæc condictio incerti condictio. Omnis condictio est certi vel incerti. Condictio certi est condictio datæ indebitæ pecuniæ. Conditio incerti est condictio datæ indebitæ possessionis, quam retinere scilicet poteram. Possessio est quid incertum, quia non videtur, *l. si tibi* 8. *de act. empt vend. l. si binarum* 35. *de serv. urban. præd. l. sed etsi* 22. §. *ult. et l. qui exceptionem* 40. §. *si pars, de condict. indeb. l. hæres* 21. *ad Treb.* Summa hæc est: hæres aut utetur retentione, aut condictione possessionis, servitutis confusæ recipiendæ gratia. His duobus modis hæredi prospicietur. Obstat huic sententiæ *l. ex quibus* 51. *de condict. indeb.* Ubi ponitur regula generalis, ex quibus causis retentionem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, condictionem non habemus. In hac vero l. 18. contrarium dicitur. Sed ea lex accipienda est de condictione certi, non de condictione incerti, ut hæc sententia sit legis: ubi petitionem non habemus, si solverimus, nec repetitionem habemus, id est, condictionem certi: at condictionem possessionis habemus. Vel, ut apertius dicamus; ubi retentionem habemus, si solverimus, et condictionem retentionis habemus hoc est, condictionem possessionis. Sic accipienda est lex *ex quibus*. Nunc quærendum est ad hanc *l. in omnib.* quid dicendum sit in conversa specie, si legatus sit fundus dominans, id est, fundus cui hæredis fundus serviebat; an erit rursus imponenda servitus ab hærede in legatarii gratiam? Eadem ratio etiam in hoc casu jus idem desiderat Ergo ab hærede jus pristinum legatario restituendum est. Debet igitur legatario tradere fundum dominantem, et ei pristinam servitutem cedere, *l. hujusmodi* 84. §. *ædes*, *et l. legatum* 116. §. *ult. de legat.* 1. Postremo colligitur ex hac lege, hæredem acquirere aditione dominium rerum legatarum, fundorum legatorum, alioqui non confunderetur. Non observanda distinctio Accursii inter legata pura, et conditionalia, quia lex non distinguit: quia quoquo modo res sint legatæ, dominium transit in hæredem. Huc etiam pertinet *l. si hæredis, de leg.* 1. Quid ergo dicet aliquis statim legatario acquiritur dominium ab adita hæreditate? Hoc non est concedendum, sed ita demum legatario acquiretur, si ipse agnoverit. Celerum posteaquam agnovit, retro videtur fuisse dominus, *l. proinde* 8. *de reb. cred.* (*) Ubi tollendum mendum est Vulgo enim legitur: *appositum*. sed legendum: *acquisitum*.

(*) *Vide Merillium variantium ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 14

Ad L. XIX.

Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi; et si non utilis sit, posse existimo. Veluti si aquam alicui dedere, ducere non expediret: nihilominus constitui ea servitus possit. Quædam enim debere habere possumus, quamvis nobis utilia non sunt.

Hæc lex explicata est supra ad *l. quotiens* 15.

Ad L. XX.

Quotiens via, aut aliquid jus fundi emeretur cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possit: quia nulla ejusdem juris vacua traditio esset: ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta vel uti possessoria constituta sunt.

Ut intelligatur hæc lex, sciendum est, eum qui vendidit rem aliquam, teneri vacuam tradere possessionem rei venditæ, dominium vero transferre non cogitur: Vacua possessio, est minime ab alio occupata: hoc si non faciat, tenetur ex empto, *l.* 1. *de rer. permut. Et l. si emptione* 2. §. *vacua, de act. empt.* Quæro quid fiat, si quis iter vendiderit, aut jus aliquod prædii? Hoc enim jus tradi non potest, quia tradere est de manu in manum transferre, atque ita jura tradi non possunt quod sint incorporalia. Lex ait, hoc cautionib. explicari, id est venditorem cavere debere, *per se non fieri, quo minus emptor eo jure utatur.* Hæc cautio pro traditione habetur: hoc etiam confirmat *l. ratio* 3. §. *si iter, de act. empt. vend.* Et hinc notandum est, cautionem esse summum juris remedium, quo quæ natura fieri non possunt, fieri tamen videntur, ut heic. Detur aliud exemplum: Ususfructus non est in abusu, per cautionem tamen constituitur earum rerum quæ in abusu sunt quasi ususfructus, §. *constit. Instit. de usuf.* Simile exemplum habemus in *l. usufructu* 57. *sol. matrim.* Ergo hoc casu cautio erit traditionis loco. Javoleno auctori hujus legis aliter videtur. Sententia Javoleni hæc est: cautionem quidem esse modum satis idoneum tradendæ servitutis, sed tamen verius patientiam et usum pro traditione accipi, id est si venditor patiatur emptorem uti, tradidisse videtur. Id quod confirmat *l. omnium* 3. §. *dare*, *de usufr.* Ait deinde, *de servitutibus esse constituta interdicta veluti possessoria.* Non sunt vero hæc interdicta proposita, si non possiderentur: sed proposita sunt, quia usus servitutum pro possessione habetur: patientia pro traditione est: et ideo interdicit Prætor, si quis in ea interturbetur, *l.* 1. §. *ult. de superfic.* Interdicta hæc sunt *de itinere actuque privato, de rivis, de fonte, de cloacis*, *et aqua quo-*

tidiana et æstiva. Hoc etiam confirmatur *l.* 1. §. *ult. de servitut. rustic. præd.* Ait ille §. *traditio et patientia servitutum inducet officium prætoris*, id est, traditio et patientia servitutum, quæ facit, ut possideantur servitutes, efficit, ut datis interdictis eam possessionem Prætor tueatur. Id confirmat *l. si ego* 11. §. 1. *de Publ. in rem act.* Atque ita apparet, quemadmodum servitutes possideantur.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Titulum II. De Servitutibus urbanorum prædiorum.

Ad L. I.

Si intercedat solum publicum, vel via publica, neque itineris actusve, neque altius tollendi servitutes impedit, sed immittendi, protegendi, prohibendi : item fluminum et stillicidiorum servitutem impedit, quia cœlum, quod supra id solum intercedit, liberum esse debet.

In hac l. 1. ostenditur, quæ servitutes imponi possint intervenientibus locis publicis : sunt enim quædam quæ imponi possunt, quædam quæ non possunt, *l. non solum* 8. *in prin. de no. op. nunt.* Hæ sunt quæ imponi possunt : iter, actus, via, aquæ haustus : hæ non impediuntur interventu loci publici. Item servitus altius non tollendi, vel tollendi : nam hæc servitus neque solum publicum attingit neque cœlum. Servitutes autem, quæ non possunt imponi, hæ sunt : aquæductus, *l. servitutes* 14. §. *publico, sup. tit. prox.* servitus immittendi, projiciendi, protegendi, fluminum, stillicidiorum : hæ imponi non possunt, quia sicut solum publicum est publicum et pervium, ita necesse est cœlum, id est, quod est supra solum, liberum esse : quo jure est cœlum eodem jure esse debet solum, et contra. At si quid immittitur, non erit liberum solum ideo nec cœlum. *Immissa* sunt ea, quæ ita protenduntur, ut aliquo loco requiescant : hujusmodi sunt tigna, quæ ex ædibus meis in vicini ædes immittuntur, *l. malum* 242. §. 1. *de verbor. signif.* Ergo servitus immittendi, est servitus tigni immittendi. *Projecta* sunt ea, quæ ita projiciuntur et protenduntur, ut nusquam requiescant, hæc occupant cœlum alienum : hujusmodi sunt meniana, id est, tabulata aut pergulæ, quæ ex ædibus nostris projiciuntur, ita ut nusquam quiescant, ex quibus in solum spectatur. Dicuntur *meniana* a quodam Menio Romano. Græci ea meniana vocant ἐξώστας ἀπὸ τοῦ ἐξωθεῖσθαι, quod est expellere : sunt enim meniana expulsiones, et ea vox restituenda in *l. meniana* 11. *C. de ædific. privat.* Id apparet ex libris scriptis, et ex Constantino : vide obs. 1. c. 30. *Protecta* autem sunt partes tecti prominentiores : et hæc protecta *grundia* vocant sive suggrunda, et inventa sunt, ut arceantur stillicidia. Vocantur etiam suggrundia *tit. de dam. inf. et suggrundiis vel projectionibus.* Item in *l.* 5. *si vero* §. *prætor, de his qui dejec. vel effud.* A Græcis dicuntur γεῖσα sive ὑπογεῖσα. Nunc videamus, quid distent flumina a stillicidiis. *Stillicidium* cadit in aream aut tectum guttatim. *Flumen* fluit continuo, canalibus adhibitis aut fistulis. Item stillicidium cadit ex superiore loco : flumen ex inferiore loco fluit. Præterea stillicidium cadit leviore casu, flumen gravior est servitus, quia graviore cursu decurrit, quia est collectio aquarum, *l. foramen* 28. *l. servitutes* 20. §. *si antea, hoc tit.* Valde notandum est, quod ait in *d.* §. *si antea. Casitare*, est proprie stillicidii, et aquæ stillatim cadentis: *Fluere* est proprium fluminis. Atque hinc apparet quid inter hæc duo intersit.

Ad §. 1. *Si ususfructus.*

§. 1. *Si ususfructus tuus sit, ædium proprietas mea, quæ onera vicini sustinere debeant, mecum in solidum agi potest, tecum nullo modo.*

Vulgo creditur hic §. pertinere ad omnes servitutes. Secus tamen est, quia pertinet ad servitutem tantum oneris ferendi. Hæc servitus est specialis, non generalis, ut quidam putant. In eo errore est Theophilus in §. *prædiorum, Instit. de servitut.* hæc servitus imponitur, aut dicitur in legibus ædium vendendarum, *l. eum debere* 33. *hoc tit.* has leges et hæc jura dicere et definere solebant architecti, Vitruvius lib. 1. c. 1. aut præfectus urbi, adhibitis architectis, quorum ars est, ædificia instituere et definere, *l. in sacris* 12. §. *modum, de proxim. sacr. scrin. lib.* 12. *Cod.* Sciendum autem est, singularia quædam recepta esse in servitute oneris ferendi : ideo distat hæc servitus ab aliis. Prima differentia hæc est : qui alias servitutes debet, nihil facere cogitur, sed pati, aut non facere, *l. quoties* 15. §. *servitutum, tit. prox. sup.* At qui onus ferre debet, cogitur id, quod oneri ferendo, et sustinendo destinatum est, reficere et restituere, *l. et si forte* 6. §. *etiam, si servit. vind.* *l. eum debere* 33. *hoc tit.* Non tantum columnæ destinabantur oneri ferundo, sed etiam simulachra et imagines. Vitruvius *lib.* 1. Secunda differentia est : aliarum servitutum vindicatio datur non tantum adversus dominum, sed adversus quemlibet impedientem servitutes, *l.* 1. §. *competit, de aqu. quotid. et æst. l. si quis diuturno* 10. *si servit.*

vind. l. uti. frui 5. §. *utrum, si ususfr. pet.* At hujus servitutis vindicatio non datur nisi adversus dominum, videlicet, quoties de pariete reficiendo agitur, aut generaliter, quoties de onere ferendo agitur: nam stultum est refectionem exigere ab eo, qui non est dominus. Ideo de hac servitute non agitur cum fructuario ædium, sed cum domino, seu proprietario. Nam fructuarius non cogitur reficere ea quæ lapsa sunt propter onus servitutis: non cogitur etiam reficere quæ vetustate collapsa sunt, *l. usufructu* 7. §. *quoniam, de usufruct.* Denique non cogitur fructuarius onus ferre, nec idoneum parietem præstare. Et hæc est sententia hujus §. *Tecum nullo modo.* Hæc verba notanda sunt: cum fructuario de onere ferendo nullo modo agi potest, id est, neque directa neque civili, neque in solidum, neque in partem. Denique ita concludamus. Hoc commune est omnium servitutum, ut directa vindicatio non detur alii, quam domino. Hoc autem proprium est servitutis oneris ferendi, ut ejus vindicatio non detur, nisi adversus dominum. Ita accipienda *l. et si forte* 6. §. *ult si servit. vind.* Ultima differentia hæc est: in aliis servitutibus, si pluribus debeantur, singuli agunt in solidum quia non possunt dividi. Item si plures debent, singuli in solidum tenentur eadem ratione, *l. via* 17. *sup. l. prox. l. loci* 4. §. *si fundus, si servit. vind.* At servitus hæc, si pluribus debeatur, singuli eam petunt in solidum. At si plures debeant, singuli pro parte tenentur *d. l. et si forte* §. *si ædes.* Ratio hæc est, quia æstimatio refectionis dividi potest, et pro parte præstari. Est et alia differentia: qui alias servitutes habent, domino non possunt nuntiare novum opus, *l. si autem* 2. *et l. qui viam* 14. *de nov. op. nun.* At qui hanc servitutem habet, domino facienti deteriorem parietem, potest nuntiare novum opus, *d. l. et si forte* §. *ult. et l. seq.* Ratio hæc est: quia in hac servitute dominus, qui eam debet, facere, id est, reficere, cogitur id quod facere debet: si recte non faciat inhiberi potest novi operis nuntiatione. In aliis servitutibus, qui eas debet, nihil facere debet. Non est igitur cur prohibeatur, quasi non recte fecerit.

Ad L. II. et III.

L. II. *Urbanorum prædiorum jura sunt, altius tollendi, et officiendi lumini us vicini, aut non extollendi: item stillicidium avertendi in tectum vel aream vicini, aut non avertendi, item immittendi tigna in parietem vicini: et denique projiciendi, protegendive, ceteraque illis similia.*

L. III. *Et hæc servitus, ne prospectui officiatur.*

Proponuntur hic varia genera servitutum urbanarum. Primum genus est, servitus altius tollendi, et officiendi luminib. vicini. De ea magna quæstio est inter interpretes: nam hoc jus, ut inquit Joannes, est libertatis, non servitutis, *l. altius* 8. *et l. si in ædib.* 9. *C. de servit. et aq. et l. cum eo* 9. *hoc tit.* Ergo jus altius tollendi unicuique, suo jure, competit, etiamsi id a vicino non concedatur. Nam eodem jure potest etiam quis in suo fundo aquam quærere, et minuere aquam vicini, *l. fluminum* 24. §. *ult. de dam. infec.* sed lex ista ait, jus altius tollendi esse servitutem urbani prædii, quod perinde est, ac si diceret, neminem posse altius tollere ædes, nisi jus a vicino impetraverit, et vicinus altius ædes tollens, libertate non utitur, sed servitute sibi a vicino constituta. Itaque distinguendum est, aut suo jure ædes tollit quis, aut servitutis jure, id est, hoc jure a vicino constituto. Suo jure, id est, proprio jure, nec ab alio postulato et impetrato. Jure suo ædes altius tollit qui vicino non cessit, id est, qui hanc servitutem non imposuit suis ædibus: jus sibi non esse ædes altius tollere: qui hanc servitutem non imposuit, jure suo ædes suas altius tollere potest. Jure autem servitutis ædes suas altius tollit qui vicino concessit jus sibi non esse ædes suas altius tollere, et postea impetravit ab eodem sibi licere ædes suas altius tollere. Jure servitutis ædes tollit, qui depressas ædes habere cogitur, et vicinum rogat, ut sibi liceat ædes sublatas habere, neque vero aliter hæc servitus constituitur. Et ita hanc servitutem imponi ostendit *l. si domus* 21. *hoc tit. et l. si mihi* 20. *de servit. rust. præd.* Hoc etiam aliis propositis differentiis demonstrandum est: qui jure suo ædes altius tollit, eas potest in immensum extollere, usque ad cœlum, ut ait Accurs. At qui jure servitutis ædes altius tollit, non potest, nisi ad certam altitudinem, de qua convenit, extollere, *l. egi tecum* 26. *de except. rei judic.* Quid tamen fiet, si non convenerit de altitudine? An tunc poterit ædes in infinitum extollere? Poterit, dummodo non graviore servitute oneret inferiorem vicinum, quam ipse pati debeat, *l. cujus* 24. *hoc tit.* Ubi notandum est, quid ea verba significent: *Cujus ædificium superius est*, id est, altius sublatum: *jure*, id est, jure servitutis: *graviore servitute*, hæc verba ostendunt, hoc ædificium sublatum fuisse servitutis jure. Est et alia differentia inter eum qui suo jure utitur, et eum qui jure servitutis: nam qui suo jure ædes altius sublatas habet, in earum refectione mutare potest formam ædificii. Is autem, qui jure servitutis ædes altius sublatas habet, in earum refectione pristinam ædificii formam servare et retinere debet. Ergo iisdem fundamentis reficere debebit, nec murum poterit crassiorem facere, *l. qui lumi-*

nibus 11. *hoc tit. l. servitutes* 20. §. *si sublatum, hoc tit.* Secunda servitus, quæ in hac l. proponitur, est *servitus altius non tollendi.* Et hanc esse servitutem nemo dubitat. Huic servituti additur plerunque causa, ne luminibus officiatur, et plerumque ita vocatur, ut in *l. hæc autem* 6. *hoc tit. et* §. *prædiorum, Instit. de servit.* Tertia servitus est *stillicidii avertendi*, hoc est, ut liceat aquarum stillicidia avertere, aut deducere in vicini tectum, aut impluvium, id est aream. Hoc loco *aream* accipi puto pro impluvio, in quam scilicet collecta ex omni tecto pluvia descendit. Festus in verbo *atrium.* Alibi area est locus in urbe sine ædificio, *l. fundi* 211. *de verb. signif.* Alibi etiam area est locus in agro, in quo frumentum exprimitur, et cetera legumina, *l. Mela* 14. *in fi. et l. a filio* 15. §. *testator, de alimen. leg. l. ult.* §. *ult. C. de servit. et aq.* Quarta servitus hæc est, *stillicidii non avertendi*. Hæc dicitur servitus stillicidii non recipiendi aut avertendi: *Avertere* dicitur is, ex cujus fundo aqua fluit in fundum vicini. De hoc etiam est magna quæstio inter Doctores: hæc enim etiam est illis libertas, non servitus. Utendum est eadem distinctione: aut suo jure non recipit stillicidia, aut servitutis jure. Suo jure non recipit, qui vicino non cessit jus stillicidii immittendi. Jure autem servitutis stillicidia non recipit is, qui vicino cessit jus stillicidii immittendi, et deinde illum rogavit, ne stillicidia immitteret: ex postrema rogatione ei jus acquiritur, ne scilicet stillicida recipere cogatur. Hæc recte explicat Theoph. in §. *prædiorum, Instit. de servit.* Sequitur: *tigni immittendi, projiciendi et protegendi.* Proponuntur heic tres servitutes, de quibus satis supra dictum. Sequitur in l. 3. alia, *ne prospectui officiatur.* Videndum est, quid intersit inter has servitutes, ne luminibus officiatur, et ne prospectui officiatur. Primum dicemus de servitute *ne prospectui officiatur*. Imposita hac servitute id agitur, ut vicino sit gratus et liber prospectus, *l. inter servitutes* 14. *h. t.* Liber prospectus, qui nulla re coercetur: gratus, qui coercetur arboribus, montibus, aut mari. Quæro, an non imposito hoc jure, possit quis suo jure officere prospectui vicini? Et cum necesse sit hanc servitutem acquirere, apparet licere. Ceterum notandum est, intermittendum esse aliquod spatium inter suam domum et vicini. Item, si quis velit vicino prospectum eripere intra centum pedes non posse novo opere officere prospectui maris, ex *Novel Justin. de generali forma prospectus in mare.* Intermisso autem centum pedum spatio, licet auferre vicino prospectum maris, licet sit constituta hæc servitus. Hoc ostenditur in *Nov. de no. oper. contr. prosp. in mare* 59. vel ut alii vertunt *de novi oper. nuntiat.* idemque spatium observatur, si quis velit vicino auferre prospectum montium: hoc scripsit Papinian. 3. *quæst.* auctore Constan. Harmenop. 2. *Epit.* Hæc de servitute ne prospectui officiatur. In servitute, *ne luminib. officiatur.* hoc agitur, ne fenestræ et ædes obscuriores sint, et ne cœli aspectus intercipiatur, *d. l.* 15. *h. t.* Ubi videntur lumina accipi pro fenestris, ut apud Ciceron. *lib.* 2. *ad Atticum.* Hinc apparet, quæ sit differentia inter has servitutes: alia est servitus luminum, alia prospectus, ab ea, quæ proposita est, diversa. Videamus, quid inter ea jura intersit. Servitus *prospectus* hæc est, ut liceat maria prospicere, aut montes, aut nemora, aut ædifica publica, aut scripturam publicam, aperto pariete. Servitus luminum est ut liceat cœlum aspicere. Hoc etiam sic explicari potest: lumen est ex superiori loco, prospectus etiam ex inferiore, *l. lumen* 15. *hoc tit.* Item prospectus est, ut liceat aperire parietem et longius prospicere. Servitus luminum est, ut liceat aperire parietem, et fenestras immittere in ædes vicini. Hic obiter notandum est, non imposita hac servitute luminum, non posse fenestras immitti in ædes vicini, *l. pen. hoc t.* Eos, qui jus luminis immittendi non habent, non posse aperire parietem communem fenestræ causa. Quare ait, *communem?* Non ne idem etiam est in proprio? Nemo enim parietem proprium potest aperire, ut immittat fenestras suas in vicini ædes. Constant. 2. *Epit.* legisse videtur, *parietem cœcum.* Cœcus paries est is, qui fenestras non habet.

Ad L. IV.

Luminum in servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. Cum autem servitus imponitur, ne luminibus officiatur, hoc maxime adepti videmur, ne jus sit vicino, invitis nobis altius ædificare, atque ita minuere lumina nostrorum ædificiorum.

Nunc videndum est quæ sit differentia inter servitutem luminum, et ne luminibus officiatur, quæ proprie pertinet ad h. l. Servitus *luminum* est jus immittendæ fenestræ in ædes alienas, id est, ut liceat nobis immittere fenestras in vicini domum. Ideoque hæc servitus appellatur uno nomine fenestra a Gajo *lib.* 2. *Inst. tit.* 1. Idem est jus immittendi luminis, id est, jus excipiendi vel recipiendi luminis: nam fenestram, quam unus vicinus immittit, alter excipere dicitur. Sic etiam stillicidium est, quod unus avertit, alter recipit in suas ædes. Idem jus stillicidii avertendi, et recipiendi, is cui servitur, dicitur avertere stillicidium, is vero qui servit, recipere: item is, cui servitur, dicitur lumen immittere; qui servit, re-

cipere, vel excipere. Item is qui debet servitutem luminum, non prohibetur in suo ædificare, dummodo non intercludat fenestras vicini sui et inutiles faciat: *ne luminibus officiatur*. Qui servitutem debet, ne luminibus officiatur ædificare non potest, et obscurare ædes vicini. Is denique prohibetur ita ædificare, ut lumina tollat; et hoc ostenditur in l. 4. Huic legi interpretatio *l. Imperatores* 14. *h. t.* addenda est. Papyrius Justus collegit omnes constitutiones Divorum fratrum, id est, Antonini et Veri, easque redegit in 20. libros, et omnes hujus auctoris leges incipiunt, Imperatores. Circa hanc legem de duobus potissimum quæri et dubitari solet: quoniam lex ait, *intermissi spatio*, quantum spatii a vicina insula, is, qui ædificat in suo, intermittere debeat. Hoc ut intelligatur, sciendum est, *insulam* in libris nostris esse, quæ proprio ambitu constat, nec est coagmentata ædificiis: et insulæ quidem tutiores erant ab incendiis. Contra hanc definitionem insulæ facere videtur lex *si finita* 15. §. *ex hoc edicto*, *de dam. infec. inf.* ait lex, si insula domui adjacens vitium faciat: eo in loco dicitur insula domui adjacere. Videtur ergo adiecta esse cohærentibus domibus. Respondeo, quod ait lex, *insulam adjacere*, id non significat adjunctam esse insulam, sed proximam esse domui, et domui accedere. *Accedere* dicimus, non quæ adnexa sunt, sed quæ proxime posita. Præterea contra hanc definitionem facere videtur *l. quidam* 13. *hoc t.* Quæ lex ostendit, parietem ejus insulæ fuisse communem cum vicino: ergo non ambiri videtur proprio pariete: facile hoc explicari potest. Nihil vetat adjacentis insulæ communem esse parietem, etiamsi ea non sit conjuncta ædificio vicini. Ergo insula est ædificium, quod proprio ambitu constat. Videamus nunc, quantum ex lege spatii inter insulas esse debeat. Hac de re nullum alium habeo auctorem, quam Sextum Pompejum *lib.* 1. in *verbo ambitus*. Ait, *ambitum insulæ appellari locum duorum et semipedis ad circumeundi facultatem relictum*. Et ad hanc rem explicandam hoc satis esse arbitror. Hoc spatio intermisso recte quivis ædificat in suo solo. Sequitur alia quæstio. Quæritur quid in hac re opus fuerit rescripto? Nam sententia hujus rescripti hæc est: unusquisque in suo loco potest ædificare, modo id solum non serviat, et si intermittat legitimum spatium. Quis vero hac de re dubitat? Stultum videtur esse, hoc constitutione comprehendere? Fuit mihi aliquando hac de re quæstio cum viro acutissimo, qui dicebat, hanc legem mendosam esse, et legebat, *quæ servitutem luminum deberet*. Et ita hæc lex pertinebit ad leg. nostram. Id quidem satis mihi probatur. Et propterea huic l. 4. adjunxi hanc l.

Ad L. V.

Invitum autem in servitutibus accipere debemus, non eum, qui contradicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo, et infantem et furiosos invitos recte dici, ait. Non enim ad factum, sed ad jus servitutis hæc verba referuntur.

In hac lege explicatur, quis dicatur invitus in servitutibus. Valde quæritur, quorsum hoc quæratur, neque id Accursius interpretatur. Credo, hoc esse explicandum ex l. præcedenti, in qua hæc sunt verba: *ne jus sit vicino, invitis nobis ædificare*. Et ita constituitur servitus ne jus sit vicino, me invito, ædificare. Quæro, quando vicinus dicatur invitus? Duobus modis dicitur quis *invitus*. Primo is qui contradicit: deinde is, qui nescit, vel qui tacet, et patitur. Id Seneca indicat *libro* 3. *de benefic. cap.* 7. Quæstionis est, quemadmodum invitum accipiamus in hac servitute? Ut hoc intelligatur, notandum est, differentiam facere Jurisconsultum inter velle, non velle, nolle, et non nolle. *Velle*, est clara voce dicere, volo: *nolle*, ego nolo: *non velle*, est pati: et *non nolle*, est non dicere, ego nolo. Ergo multum interest inter velle et non nolle; quia non nolle est tacere, inter non velle et nolle. Propterea is, qui tacet et patitur, non dicitur velle, *l. qui tacet* 142. *de reg. jur.* Ex hac differentia verborum manarunt duæ juris regulæ. Prima est, *ejus est non nolle, qui potest velle*, id est, qui potest velle, potest pati, *l. ejus* 3. *de reg. jur. l.* 1. §. *scientiam*, *de tribut. act.* qui potest velle, potest et non nolle. In plerisque locis patientia domini sufficit, ut in tributoria actione. Altera regula hæc est. *Ejus est non velle, qui potest nolle*. Quæ regula proponitur in hac l. Summa harum regularum hæc est: is, qui potest velle aut nolle, pati etiam potest: e contrario etiam, qui non potest velle, aut nolle, pati etiam non intelligitur. Ponatur exemplum in pupillo, qui velle non creditur, propter infirmitatem ætatis, nec nolle quoque, *l. pupillus* 189. *de reg. jur.* Pupillus etiam pati non intelligitur, *l. in eo* 110. §. *pupillus*, *de reg. jur.* Quædam sunt negotia, in quibus exigimus velle, nec sufficit pati, id est, tacere. In his negotiis taciturnitas dissensum imitatur, id est, in istis qui tacet, dissentire videtur: quia in iis exigimus velle. Denique hoc totum sic concludi potest, in his negotiis: *invitus* is dicitur, non tantum qui propalam contradicit, sed etiam is, qui tacet. Horum negotiorum exempla sunt in *l. filiusf.* 8. §. *invitus*, *de procurat. l. in eo jure* 45. §. *deinde ait lex*, *de ritu nupt.* etiam exemplum ejus rei in hac *l.* quæ dicit, invitum accipi debere, non solum qui contradicit, id est, qui dicit, *ego nolo*, sed et

eum, qui non consentit. Inde colligitur in hac quaestione, infantes, ignorantes, furiosos, etc. invitos esse dicendos, quia hi dicere non possunt, ego volo. Non enim ad factum, sed ad jus servitutis hæc verba referuntur. Videamus nunc quæ et qualia hæc verba sint: Verba hæc sunt: *Ne jus sit vicino nobis invitis altius tollere, ut d. l. 4. Hæc verba*, inquit; *non referuntur ad factum*, id est, non hoc significant, ut jus sit altius tollere, non contradicente vicino: nam etiamsi non contradicat, jus non est altius tollere, *sed referuntur, ad jus servitutis*, hoc est, hæc verba hoc significant, jus non esse altius tollere, nisi vicinus cesserit vicino jus ædes suas altius tollendi. Summa hæc est, id exigimus, ut vicinus concedat jus tollendi altius nominatim. Quædam vero sunt negotia ab istis diversa, in quibus non exigimus velle, sed sufficit pati et tacere, id est, non nolle, et in his taciturnitas pro consensu habetur. In his negotiis invitus dicitur is, qui dicit, ego nolo: nam si hoc non dicat, velle creditur et consentire. Horum negotiorum exemplum est in *l.* 1. §. *scientiam, de tribut. act. et l. soluto* 2. §. *voluntatem*, *sol. matr.* In servitutibus vero taciturnitas accipitur pro dissensu: qui non consentit, videtur contradicere, ut in hac lege.

Ad L. VI.

Hæc autem jura similiter, ut rusticorum quoque prædiorum certo tempore non utendo pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est: quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat, veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus ædium mearum officiatur: et ego per statutum tempus fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero: ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris: alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent, et ego exemero tignum: ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemptum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris. Alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet.

Quæ pertinent ad hanc legem exposui in *l.* 14. *sup. tit. prox.* dicamus tamen breviter: differentiam esse inter servitutes urbanas et rusticas, quod rusticæ non utendo amittuntur, earum vero libertas non usucapitur, quæ enim non utendo pereunt, eorum libertas non usucapitur. Contra urbanæ servitutes non aliter amittuntur non utendo, quam si earum libertas usucapiatur. Non satis est, non uti, nisi dominus aliquid faciat contrarium, id quod etiam ostendit *l. si quis alia* 18. §. *ult. quemad. servit. amitt.* Quemadmodum autem libertas usucapiatur, duobus exemplis demonstratur. *Certo tempore* (id est biennio, nunc 10. et 20. annis juxta *l. pen. C. de serv. et aq. Veluti si ædes*). Sequuntur exempla: ait, *præfixas habuero*, sic Fl. in aliis legitur *præfixas*, quod verius est ex Plinio *lib.* 14. *c.* 4. Græci vocant πεφραγμένας, alii vero κλωμένας. *Item si tigni.* Sequitur aliud exemplum.

Ad L. VII.

Quod autem ædificio meo me posse consequi, ut libertatem usucaperem, dicitur: idem me non consecuturum, si arborem eodem loco sitam habuissem, Mutius ait. Et recte, quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris.

Sententia hujus l. hæc est: per parietem altius sublatum contra jus servitutis libertatem usucapi, quia parietis possessio est continua. Necesse autem est, ut libertatis usucapio sit continua, ne interpelletur, *l. si ædes* 32. §. *libertas*, *hoc t.* At per arborem non potest usucapi libertas, cum nempe arbor lumen aufert vicino, quoniam arbor non semper eodem loco et statu manet, quemadmodum paries, idque fit propter motum naturalem arboris. Hæc est sententia hujus l. 7.

Ad L. VIII.

Parietem, qui naturali ratione communis est, alterutri vicinorum demoliendi eum, et reficiendi jus non est, quia non solus dominus est.

Cum hac lege pugnare videtur *l. si ædes* 12. *comm. divid.* Ut vero intelligatur, quemadmodum hæc difficultas explicari possit, sciendum est, hanc esse regulam juris: *In re communi unum ex sociis quidquam facere non posse invito altero, l. Sabinus* 28. *commu. divid.* Hinc existit quæstio, an unus ex sociis parietem communem demoliri et reficere possit, videlicet si paries indigeat refectione? Dicendum est, non posse. Nam id suadet ea juris regula. Potest igitur prohiberi a socio, ne parietem communem reficiat, *l. an unus* 11. *si servit. vind.* Ex eo rursus colligendum est, eum socium, qui vult reficere communem parietem, si prohibeatur, non posse agere jus sibi esse reficiendi, recte enim prohibetur a socio. Hæc est sententia hujus legis. Paries est naturali ratione communis, cum ædificatus est communibus expensis. *Reficiendi jus non est*, id est, agere non potest, jus sibi esse reficiendi: quia, inquit, non solus dominus est, quia qui socium habet, non proprie est domi-

nus, *l. illud dubitationis* 46. *de ritu nuptiar.* Nunc quæro quid juris sit, si paries sit ruinosus et refectione indigeat, et me vicinus non patiatur reficere parietem communem, neque ipse velit ejus rei curam suscipere? Tunc locus est sententiæ *l. si ædes* 12. *comm. divid.* quam huic legi nostræ contrariam faciunt, quæ ait, tunc agi communi dividundo. Vel etiam, ut inquit lex, aget interdicto uti possidetis, quo agitur de possessione retinenda. Simile est quod traditur in *l. sunt personæ* 43. *de relig. et sumpt. fun.* ubi unus ex sociis, invito altero, non potest mortuum inferre in locum purum. *Locus purus* est, qui religione occupatus non est. Quid tamen fiet, si necesse habeat inferre aut corpus insepultum relinquere? tunc aget interdicto de mortuo inferendo: non aget, jus sibi esse inferendi, sed aget de possessione. Sic etiam in proposito, non aget socius jus sibi esse reficiendi. Sed quia diximus agi communi dividundo ad divisionem parietis, videamus quemadmodum fieri possit ut paries communis dividatur. Ipse paries commode dividi non potest, sed in judicio communi dividundo paries uni adjudicatur, et is vicissim alteri in æstimationem parietis, §. *si famil. ercisc. Instit. de offic. jud.* At rursus videndum, quanti æstimandus sit paries, an æstimabitur tanti quanti olim factus est, an tempus aliquid detrahit ex pretio parietis, aut vetustas? Hac in re distinguendum est: aut paries est firmioris structuræ, aut non. Si firmioris sit, ut puta lateritius, tanti æstimatur, quanti olim factus est: sic æstimatur, quasi perpetuo duraturus, nec ex pretio ejus tempus quidquam detrahit. At quid fiet, si paries non fit firmæ structuræ, sed speciosæ potius, utpote ex molli cæmento, qui non potest non esse ruinosus ad vetustatem, ut ait Vitruv. hic æstimabitur, quasi 80. annos duraturus sit. Et ideo in hoc judicio ex pretio parietis tot detrahentur octuagesimæ, quot anni erunt præteriti, et ex reliqua summa, pars reddetur: nam sic semper æstimatur is paries, quasi octoginta annos duraturus. Ita servasse populum Roman. scribit Vitruvius lib. 2. c. 8.

Ad L. IX.

Cum eo, qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non serviat, nulla competit actio.

Cum eo qui tollendo, id est, altius tollendo, unusquisque potest suo jure ædes altius tollere et obscurare ædes vicini: hoc si quis faciat, nulla cum eo actio est, *l. altius* 8. *C. de servit. et aq.* idque jam dictum est sup. ad *l.* 4. Excipiuntur ab hac regula duo casus, in quibus non licet nobis arbitratu nostro omnino ædes altius tollere. Primus casus ponitur in *l. ult.* §. *ult. de servit. et aq.* in quo §. tractatur de area, in qua frumentum excutitur. Fiebat autem area Romæ in loco aprico et sub dio, et non sub tectis, ut mos est vester. Hesiod. appellat locum perflabilem, χῶρον εὐαῆ. Constituit Justinianus, ne quis ædes tollendo, obstet vento, quo area perflatur, et ut Justiniani verbis utar, quo paleæ secernuntur a frugibus. Et ea servitus a Doctoribus nostris appellatur *servitus legitima* ex lege Justiniani. Id vero Justinianus constituit favore annonæ publicæ. Alius casus ponitur in *l. seq.* cujus sententia nunc exponenda est.

Ad L. X.

Gaurus Marcello: Binas ædes habeo, alteras tibi lego: hæres ædes alteras altius tollit, et luminibus tuis officit. Quid cum illo agere potes? et an interesse putes, suas ædes altius tollat, an hæreditarias: et de illo quæro, an per alienas ædes accessum hæres ad eam rem, quæ legatur præstare debeat: sicut solet quæri cum ususfructus loci legatus est, ad quem locum accedi, nisi per alienum, non potest. Qui binas ædes habebat, si alteras legavit, non dubium est quin hæres alias possit altius tollendo obscurare lumina legatarum ædium. Idem dicendum est, si alteri ædes, alteri aliarum usumfructum legaverit (*). *Non autem semper simile est itineris argumentum: quia sine accessu nullum est fructus legatum, habitare autem potest et ædibus obscuratis. Ceterum usufructu loci legato, et accessus dandus est, quia et haustu relicto, iter quoque ad hauriendum præstaretur. Sed ita officere luminibus et obscurare legatas ædes conceditur, ut non penitus lumen recludatur, sed tantum relinquatur, quantum sufficit habitantibus in usus diurni moderatione.*

Testator habebat binas ædes: alteras legavit, alteras hæres retinet jure hæreditario. Quæstio hujus l. est, an hæres possit eas ædes quas retinet, extollere, et obscurare ædes legatas? Lex ait, posse. Quinimo ait lex, hæres non tantum potest hæreditarias ædes altius tollere, sed etiam suas proprias. Idque multo magis dicere est in ædibus propriis, *l. cum eo, sup. h. t. l. altius* 8. *C. de serv. et aq.* Sed deinde additur in hac lege; modicum lumen legatario relinquendum esse, quod videlicet habitanti legatario sufficiat. Ex eo sequitur, hæredem non posse omne lumen legatario eripere. Ergo ædes suas suo arbitrio extollere non potest. Ratio hæc est: quia hoc exigit voluntas testatoris, quem verisimile est noluisse ut omne lumen legatario au-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cuj. lib.* 3. *cap.* 5.

ferretur. Præterea additur in hac l. idem esse, si testator legaverit usumfr. alterarum ædium: ergo potest hæres ædes fructuarias altius tollere et officere luminibus ædium legatarum. In hanc rem etiam hæc lex a Paulo citatur in *l. si is qui binas* 30. *de usufr.* At opponuntur quædam etiam ab ipso Jurisconsulto in hunc modum: hæres fructuario præstare debet aditum ad ædes legatas, alioquin ususfr. esset inutilis. Nunc sic argumentatur, ergo debet etiam præbere lumen. At respondet Marcellus, ideo debet accessum præstare, quia sine accessu nullus usus esse potest. At obscuratis ædibus, habitari ædes possunt. Sed tollenda nobis est ex hac lege macula quædam. Hæc lex sumpta est ex libris Digest. in quibus Jurisconsulti sua responsa inserebant. Cum res legata est, ad eam hæres non debet accessum præstare. At cum ususf. legatus est, debet præstare. Et recte hoc definit Acc. Marcellus respondet tantum ad priorem quæstionem. Legendum est, *Idem dicendum est, si alterarum ædium usumfr. legavit.* Hoc apparet ex *l. si is qui binas* 30. *de usuf.* qui etiam hæc verba Marcelli citat. Hoc etiam sequentia verba indicant: nam licet fructuario sit accessus præstandus, non tamen præstanda sunt lumina. In hoc casu magis dubitatur, propterea quod accessus non sit intercipiendus fructuario. *Sed ita.* Ostendit non omnino posse occludere ædes legatas, idque facit voluntas testatoris. Hoc tamen videtur esse contra omnem juris disciplinam, ut apparet ex *l. ususf.* 7. §. *hac ratione*, *et l. si cujus* 13. §. *Item si domus*, *de usufr.* Ex quibus apparet proprietarium nihil facere posse. Dico, non sic esse legendum (*). Sed ita legendum hoc in loco ut Paul. legit *d. l.* 30. legit autem sic. *Item dicendum est si altera*, *etc.* Hic vero erit sensus: si testator, cum binas ædes haberet, alterarum usumfructum legaverit, alteras in hæreditate reliquerit, hæres relictas in hæreditate altius extollere potest, et obscurare ædes fructuarias. Contra hanc sententiam potes sic argumentari: hæres fructuario debet præstare accessum ad ædes fructuarias, *l.* 1. §. *ult. si ususfr. pet.* Ergo etiam debet lumina præstare, sine quibus ut videtur, fructuarius ad ædes fructuarias accedere non potest? Respondet Marcellus, aliam esse causam accessus, aliam luminum: nam sine accessu nullus est ususfructus ædium, ideoque hæres præstare debet accessum ex voluntate defuncti: at sine luminibus ædium ususfructus esse potest: nam obscuratæ ædes possunt habitari, ideo hæres non debet præstare lumen, nisi modicum. Hæc fuit sententia Marcelli.

(*) *Vide Meriltium eodem loco.*

Ad L. XI.

Qui luminibus vicinorum officere, aliudve quid facere contra commodum eorum vellet, sciet se formam ac statum antiquorum ædificiorum custodire debere.

§. 1. *Si inter te et vicinum tuum non convenit, ad quam altitudinem extolli ædificia, quæ facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris.*

In hac lege agitur de jure altius tollendi concesso a vicino, remisso jure altius non tollendi. Lex ait, eum cui hoc jus concessum est, in refectione ædium pristinam formam debere sequi: debet igitur reficere iisdem fundamentis, non firmioribus, debet eadem observata crassitudine parietes reficere. Nam si jaciat firmiora fundamenta, aut firmioris structuræ parietem facere velit, tunc facilius poterit altius tollere. Ne igitur graviore servitute oneret vicinum, qui eam pati debet, necesse est, ut pristinam formam observet. Et ejus rei etiam argumentum est in *l. servitutes* 20. §. *si sublatum, inf. h. t. Antiquorum ædificiorum*, id est, antiqui ædificii, cujus tollendi jus a vicino concessum est. Sic enim hæc lex explicanda est, ut indicat §. *seq.* Cujus sententiam ut intelligamus, sciendum est vicinum, qui concedit servitutem altius tollendi, aut altitudinem dicere, aut non, ut puta, ut liceat tollere ædes usque ad decem pedes: si altitudinem dixerit, non poterit ultra eam ædes erigere et extollere vicinus, *l. egi tecum* 26. *de except. rei jud.* Si altitudinem non dixerit, poterit in immensum ædes extollere, dum tamen vicinum non premat graviore servitute, quam pati debet, *l. cujus ædificium* 24. *inf. h. t.* Quis vero definiet hoc, opprimeturne graviore servitute vicinus an non? in hac re adhibendus erit arbiter, qui definiet, quatenus æquum sit ædes extolli. *Vicinum tuum.* Cum tibi cederet jus altius tollendi.

Ad L. XII.

Ædificia, quæ servitutem patiantur, ne quid altius tollatur, viridaria supra eam altitudinem habere possunt. At si de prospectu est, eaque obstatura sunt, non possunt.

Cum hac lege explicabitur *l. si arborem* 17. *inf.* Sententia legis hæc est. Eum qui debet servitutem *altius non tollendi*, supra altitudinem ædium suarum viridaria ponere posse, aut conserere: nam viridaria ponere, non est altius tollere ædes. Ergo qui hoc facit, non facit contra servitutem altius non tollendi. Diversum est in servitute, ne prospectui officiatur: nam viridaria officiunt prospectui, *l. quoties* 15. *servitutem*, *sup. t. prox.* si legamus ut admonui. Idem dicendum est in servi-

tute ita simpliciter constituta, *ne luminibus officiatur.* Nam is, qui hanc servitutem debet, non potest viridaria ponere in summa parte ædium, alioqui facit contra servitutem. Nam viridaria etiam luminibus obstant. Ita accipienda lex *si arborem* 17. *in princ.* quæ loquitur de servitute ne luminibus officiatur, ut apparet ex contextu. Ergo hoc colligamus, contra servitutem hanc eum facere, qui arborem ponit, qui viridaria serit. Nunc quæritur in *d. l. si arborem*, an contra hanc servitutem faciat is qui solem aufert, id est, eripit quamvis nihil cœli eripiat, id est, luminis? Utitur Jurisconsultus hac distinctione: aut eo loco aufert solem, in quo sol erat necessarius: aut eo loco, in quo non erat necessarius et gratus, et tunc non facit contra servitutem. Quid autem fiet, si in eo loco sol sit necessarius, et loci natura solem requirat? Lex ait, tunc eum facere contra hanc servitutem. Cujusmodi sint hæc loca explicat, et ait, est necessarius in heliocamino vel solario. Ego puto utroque nomine idem significari. Est autem *solarium* locus ædificatus ad solem hyeme excipiendum. Solet autem ædificari in summa parte ædium, in quibus homines hyeme apricari solent: ita solarium accipit Plaut. in Milite act. 2. sc. 3. Itaque in hoc loco *solarium* non est horologium, sed ut in d. Plauti loco: hic est heliocaminus. Deinde quæritur, an contra hanc servitutem faciat is, qui suas ædes deponit aut deprimit? Et statim respondet, nihil eum facere contra servitutem: nam depositis ædibus copiam luminis majorem præbet. Quid tamen fiet, si lumen in ædes vicini deferebatur per repercussionem et refractionem? Ea tollitur depositis ædibus: sic igitur is, qui ædes suas deponit, contra hanc servitutem facit. Hæc repercussio, sive ἀντανάκλασις fit, cum in vallibus voces acceptæ reflectuntur. Sic interpretatur Suidas, qui ait, ἠχὼ nihil aliud est, quam vocis ἀντανάκλασις. Fit etiam repercussio, cum sol ab aqua reflectitur, ut quodam loco dixit Virgilius.

Ad L. XIII.

Quidam Hiberus nomine, qui habet post horrea mea insulam, balnearia fecit secundum parietem communem. Non licet autem tubulos habere admotos ad parietem communem, sicut ne parietem quidem suum per parietem communem. De tubulis eo amplius hoc juris est, quod per eos flamma torretur paries. Qua de re volo cum Hibero loquaris, ne rem illicitam faciat. Proculus respondit nec Hiberum pro ea re dubitare puto, quod rem non permissam facit, tubulos secundum parietem communem extruendo.

In hac l. agitur de pariete communi, et de his, quæ fieri possunt secundum parietem communem a socio: neque enim quidvis ei facere licet. An potest facere balnea secundum parietem communem? Hoc definitur in *l. fistulam* 19. *inf. h. t.* Quemadmodum quis in suo aquam ponere potest, sic et balnea ædificare: non potest tamen secundum parietem communem balnei tubulos admovere: nam per eos aduruntur vel exuruntur parietes. Tubuli sunt per quos in balneo vis flammæ et vaporis communi consensu exit, atque ita apparet per eos exuri parietem. Quidam eos vocant alveolos, ut Vitruvius. Socius etiam non potest habere furnum secundum parietem communem, *l. si servus* 27. §. *si furnum, ad legem Aquil.* Præterea ostenditur initio hujus legis socium non posse proprium parietem habere per communem parietem. Sic enim legitur in D. Flor. id est, vicinus non potest communi parieti parietem proprium inserere, et injungere: nam ita aliquid facit in re communi contra quam sibi liceat. Socius tamen potest communi parieti adjungere parietem directum, id est, qui sublato pariete communi stare possit: inserere quidem et immittere non potest, tamen directum habere potest, argumento *d. l. fistulam* §. *juxta.* Hoc etiam M. Tullius tradit in Top. in loco ab efficientibus causis: solido parieti contrarius est fornicatus paries. *Habet.* Id est, habitat, ut quodam in loco Plautus.

Ad. §. 1. Parietem.

§. 1. *Parietem communem incrustare licet secundum Capitonis sententiam, sicut licet mihi pretiosissimas picturas habere in pariete communi. Ceterum si demolitus sit vicinus, et ex stipulatu actione damni infecti agatur, non pluris, quam vulgaria tectoria, æstimari debent. Quod observari et in incrustatione oportet.*

Quæstio hujus §. hæc est: an possit vicinus parietem communem intrinsecus in suo incrustare et tentorio inducere, vel exornare picturis? Lex ait, posse. Hoc enim vicino non est invidendum, licet aliquid faciat in re communi. Sequitur locus difficilior, an si vicinus demoliatur parietem communem, reficiendi animo, debeat alteri vicino cavere damni infecti, id est, se damnum, quod ex ea demolitione contigerit, præstaturum? Et verius est, hanc cautionem ab eo præstari debere, *l. nam si* 37. *et l. in hanc stipulationem* 28. §. 1. *de damn. inf.* Id etiam ostendit Cic. in Top. in locis ab efficientibus. Finge: inter te et me paries est communis, tu ad parietem communem in tuo adjungis parietem fornicatum, id est, qui in arcum ædificatus et suspensus manet: et ea ædificia, quæ arcuatim ædificata sunt, suspendi dicuntur: vix autem suspenduntur

recte, nisi alteri parieti adjungantur. Ego vero cum vellem demoliri parietem communem et reficere, tibi promisi damni infecti cavere: deinde demolitus sum parietem communem, et fornix tuus decidit: an eo nomine teneor damni infecti ex stipulatione? Recte respondet, ex jure civili me non teneri: quia id non contigit ex demolitione parietis communis, sed ex vitio fornicis, qui non potuit probe suspendi juxta alium parietem. Quæstionis est, quando committatur in hac specie stipulatio damni infecti? Nempe si tollatur a vicino paries idoneus et restituatur paries sumptuosior, aut paries parum idoneus vel bonus: hoc explicatur in *d. l. nam si*. Hæc stipulatio etiam committitur propter incrustationes et picturas, quas vicinus amisit, demolito pariete communi. Nan habebitur ratio eorum, quæ vicinus impenderat in exornando vetere pariete. Rursus quæritur, quanti æstimentur picturæ: non æstimabuntur tanti, quanti factæ sint aut constent. Quid enim, si pretiosissimæ fuerint picturæ sive crustæ? Non pluris æstimabuntur, quam vulgaria tectoria, ut in hoc §. *Vulgaria tectoria* sunt ea quibus cives vulgo utuntur et frequentius, qualia sunt, quæ fiunt ex calce et arena, vel ex gypso.

Ad L. XIV.

Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt, in area, quæ nulli servitutem debet, posse dominum vel alium voluntate ejus ædificare, intermisso legitimo spatio a vicina insula.

Explicata est hæc lex, quæ sumpta est ex lib. 1. Constit. Papyrii Justi ad *l.* 4. *sup.*

Ad L. XV. et XVI.

L. XV. Inter servitutes ne luminibus officiatur, et ne prospectus offendatur, aliud et aliud observatur, quod in prospectu plus quis habet, ne quid ei officiatur ad gratiorem prospectum et liberum: in luminibus autem non officere ne lumina cujusquam obscuriora fiant. Quodcunque igitur faciat ad luminis impedimentum, prohiberi potest, si servitus debeatur. Opusque ei novum nuntiari potest, si modo sic faciat ut lumini noceat.

L. XVI. Lumen, id est, ut cælum videretur. Et interest inter lumen et prospectum: nam prospectus etiam ex inferioribus locis est: lumen ex inferiore loco esse non potest.

In hac *l.* 15. ostenditur, quæ sit different a inter servitutem, ne prospectui officiatur, et ne luminibus officiatur. Et eo etiam pertinet lex *seq.* quæ simul explicabitur. Hæc autem ostendit servitutem *ne prospectui officiatur*, eo pertinere, ut liceat prospicere vicino aut maria, aut nemora, aut montes aut publica ædificia. Servitus autem, *ne luminibus officiatur*, eo pertinet, ut liceat cœlum aspicere, lumina mutat is, qui cuicunque cœli particulæ officit, et luminibus officit: id ex Lucio Furio tradit Tullius *lib.* 1. *de Oratore*. Igitur contra servitutem ne luminibus officiatur facit is qui impedit aspectum cœli aliqua ex parte: et prohiberi potest ne quid faciat, quo cœlo officiatur. Hoc etiam additur, posse ei novum opus nuntiari. Et hoc est generale, ut novi operis nuntiatio ei competat, qui servitutem habet adversus vicinum aliquid facientem contra servitutem, ut dictum est in *l.* 2. *sup. l. lumen* 16. *h. t.* in *l. ei qui pignori* 16. *sup. t. prox.*

Ad §. Hæc lex L. XVII.

Si arborem ponat, ut lumini officiat, æque dicendum erit contra impositam servitutem eum facere, nam et arbor efficit quo minus cælum videri possit. Si tamen id quod ponitur, lumen quidem nihil impediat, solem autem auferat: si quidem eo loci, quo gratum erat, eum non esse, potest dici, nihil contra servitutem facere. Sin vero heliocamino vel solario, dicendum erit, quia umbram facit in eo loco, cui Sol fuit necessarius, contra servitutem impositam fieri.

§. 1. *Per contrarium si deponat ædificium vel arboris ramos, quo facto locus opacus quondam cæpit solis esse plenus, non facit contra servitutem. Hanc enim debuit, ne luminibus officiat. Nunc non luminibus officit, sed plus æquo lumen facit.*

§. 2. *Interdum dici potest, eum quoque, qui tollit ædificium vel deprimit, luminibus officere, si forte κατ' ἀντανάκλασιν, id est, per refractionem seu repercussionem, vel pressura quadam lumen in eas ædes devolvatur.*

§. 3. *Hæc lex traditionis*, stillicidia uti nunc sunt, ita sint, *hoc significat impositam vicinis necessitatem stillicidiorum excipiendorum; non illud, ut etiam emptor stillicidia suscipiat ædificiorum vicinorum. Hoc igitur pollicetur venditor, sibi quidem stillicidiorum servitutem deberi, se autem nulli debere.*

§. 4. *Quæ de stillicidio scripta sunt, etiam in servitutibus ceteris accipienda sunt, si in contrarium nihil nominatim actum est.*

Ut intelligatur hic §. sciendum est, hoc receptum esse, ut pactio obscura vel ambigua venditori noceat, vel locatori, in quorum fuit potestate, eam dicere apertius, et conscribere. Pacta semper venditor dicit, quamvis fiant ex utriusque consensu, *l. Labeo, inf. de contr. empt.* ubi ait Labeo obscurum pactum nocere venditori. Non nocet emptori aut

conductori hujusmodi ambiguitas, sed nocet ei, qui pacta dicit, qualis est venditor, qui semper legem rei suæ dicit, ea vero lex ab emptore approbatur. Si igitur pactum illud obscurum sit: fiet interpretatio adversus venditorem. Hæc fuit Labeonis sentent. *d. l. Labeo*, *l. in cotrahenda* 172. *de reg. jur. l. veteribus* 39. *de pact.* Ubi veteribus, id est, Labeoni, qui numeratur inter veteres Jurisconsult. ut et Brutus et Manilius, et similes. Sed hoc necesse est exemplis planum facere. Primum erit ex *l. si in emptio ne* 34. *de contrah. empt.* Alterum ex hoc §. Species *d. l.* 34. hæc est. Quidam vendidit fundum, in venditione fundi dixit, *fundo Stichum accessurum:* plures habet servos hujus nominis. Non intelligitur quem accedere voluerit, quis videbitur accessisse? Lex, priusquam respondeat, ait, fundi venditionem valere, quia non dissenserunt in fundo et re principali: si dissensissent, non valeret, *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verbor. oblig.* Ceterum quæritur, quis Stichus debeatur? Labeo ait, eum deberi, de quo venditor sensit. Imo Labeo hoc non dicit, sed ait contra venditorem faciendam esse interpretationem: ideo is debetur, qui placebit emptori, non venditori. Sed ibi pro *venditor* legendum est *emptor*. Ea nomina, quæ affinia sunt, sæpe commutantur, ut tutor, curator. Sic autem legendum esse, in eo loco apparet non tantum ex senten. Labeonis, sed etiam ex seqq. cum ait: *pleraque emimus propter accessionem*, non dicit vendimus. Præterea, eum præstandum, de quo emptor sensit, lex, quæ præcedit indicat, in qua fit interpretatio pro emptore. Secundum exemplum sumitur ex h. §. et ex *l. cum in lege*, *inf. de contrah. emp.* Species hæc est: quidam vendidit fundum, deinde in lege dixit, *stillicidia*, *uti nunc sunt*, *ita sint*: hæc autem oratio est ambigua et obscura; nam incertum est quid senserit, et duplicem sensum habet hæc oratio: et incertum est, an dixerit hoc, ædes servitutem debere stillicidiorum, an vero hoc dixerit, ædibus deberi servitutem stillicidiorum. In ambiguo fiet interpretatio contra venditorem. Sic igitur hanc orationem accipiemus. Stillicidiorum servitutem ædibus deberi, non eas debere. Ergo venditor eas liberas præstare debet, et eis præstare servitutem stillicidiorum, ut in hoc §. *hæc lex. Hæc lex traditionis*: quæ scil. dicta est in traditione ædium venditarum. Huic §. opponitur *l. quidquid* 10. *commun. præd.* Venditor in hac specie ita legem dixit: *quibus servitus debetur*, *utique est* (id est uti est,) *ut ita sit*. Idem in *l. qui libertatis* 69. §. *pen. de evict.* quæ sic etiam loquitur: *L. quidquid* ait, venditorem his verbis non excipere servitutem: quia res sua sibi non serviebat, sed servitutem ex parte vicinis. Ergo non præstabit ædes liberas. At hic §. ait, præstandas esse ædes liberas? Sed constituenda est differentia inter has duas formulas. Diversæ enim sunt, non contrariæ. Hæc formula. *Uti nunc sunt*, *ut ita sint*, est ambigua: ideo id accipimus, quod venditori nocet, nempe stillicidia deberi ædibus, et ædes esse liberas. At in alia formula: *Quibus servitus debetur*, *utique est*, *ut ita sit*, aperta est, nec est ambigua et obscura: nam aperte dicit, servitutem quibusdam deberi. Restat hoc tantum, quid dicendum sit de hac formula: *Vendo tibi fundum ita*, *uti optimus maximusque est.* Quid his verbis significatur? An ambigua est hæc oratio? Fuit de hac re aliquando dubitatum inter prudentes. Plerisque videbatur ambigua oratio. Ceterum obtinuit sententia Q. Mutii, qui sic hæc verba interpretatur: fundum esse liberum, et non servire: alioqui fieret interpretatio adversus emptorem, *l. cum venderes* 59. *de contr. empt. l. pen. de evict.* In quibus locis citatur Mutius. Quo etiam pertinet *l. non tantum* 69. *l. qui uti optimæ* 90. *de verb. signif.* Siculus Flaccus de constituendis limitibus agrorum, in contrarium scripsit, nempe his verbis: fundum servitutes debere. Id quidem auctor hic scripsit; quia jus erat controversum. Probant tamen Jurisconsulti Q. Mutii sententiam, quam etiam sequi debemus.

Ad L. XVIII.

Si fistulæ, per quas aquam ducas, ædibus meis applicatæ damnum mihi dent, in factum actio mihi competit: sed et damni infecti stipulari a te potero.

Hoc in loco proprie *fistulæ* applicari dicuntur, quoniam fistulæ sunt plumbeæ, et ideo applicari dicuntur. Moris autem erat, aquam ducere per fistulas plumbeas, non fictiles, *l. si prius* 17. §. 1. *de aq. et aq. plu. arc.* Nunc ut intelligatur quæstio hujus *l.* sciendum est, legibus proditas esse actiones, non tantum de damno facto, sed etiam infecto, id est, non tantum de præterito, sed etiam de futuro. De damno infecto, sive futuro est actio aquæ pluviæ arcendæ, qua agimus, ut arceatur aqua pluvia, quæ nocere potest, non quæ nocet. Hæc actio est ex 12. tabulis. Eam vero actionem esse de damno futuro, ostendit *l. Allejus ait* 14. §. *in hoc, de aq. et aq. plu. arc.* Est etiam de damno futuro proposita cautio damni infecti, quæ instar actionis obtinet, *l. prætor* 7. §. *hoc edictum*, *de dam. infec.* Hæc cautio habetur instar actionis, quinimo omnes stipulationes cautionales prætoriæ instar actionum obtinent, *l.* 1. §. *cautionales*, *de prætor. stipul. l. si ambo* 10. §. *ult. de compens. l. non solum* 20. *rem rat. hab.* Cur autem habent instar actionum? quia scilicet a Prætore postulan-

tur actionum loco: hoc indicat, *l. sed et hæ §. non solum, de procurat.* Et qui postulat has cautiones, agere dicitur. Plin. *lib.* 36. *cap.* 7. *Satisdari sibi damni infecti egit redemptor cloacarum*: ideo cautionem exigere, est agere. Est ergo hæc cautio sive actio de damno futuro. Ceteræ autem actiones pertinent ad damna præterita sarcienda, ut in actione l. Aquiliæ, et aliis, in quibus de damno quæritur. Et de hac nunc dicendum est, quia hæc pertinet ad legem nostram. Notandum est, directam esse actionem legis Aquiliæ, et utilem, quæ vocatur actio in factum civilis, quoniam introducta est ad exemplum l. Aquiliæ: est etiam actio in factum prætoria, quæ subsidio est legi Aquiliæ. Datur enim, cum, ceteræ deficiunt §. *ult. Instit de l. Aquil. Directa* competit, si corpus corpori damnum dederit, ut si quis sua manu servum, aut pecudem interfecerit. *Utilis* autem competit, si corpus causam damni corpori illati præbuerit, non etiam damnum intulerit, ut si quis servum alienum ita incluserit, ut fame necaretur: is eum non interficit sua manu, sed præbet ei causam mortis. Hic autem casus est similis superiori: nam utiles actiones dantur in casu simili. Prætoria in factum actio competit damni facti nomine, id est, si neque corpore neque corpori damnum datum sit, sed aliquo modo alteri nocitum sit, ut si quis servum alienum vinctum compedibus misericordia ductus solverit, et is postea fugerit: ea res damnosa est domino, fuga servi domino nocet: at hoc facto corpus læsum non est, nec corpus damnum dedit, propterea non competit neque directa, neque utilis actio, sed dabitur subsidiaria in factum prætoria, in qua de hoc damno resarciendo agetur. Cur non datur actio utilis? quia in casu a lege dissimili, non datur actio utilis, *l. si mensor* 5. *si mens. fals. mod. dix.* Nunc proponamus legis nostræ speciem, ut sciamus, quæ ex his tribus actionibus locum habeat. Species hæc est. Tu mihi concessisti jus ducendæ aquæ per ædes tuas, ego fistulas aquæ ducendæ gratia tuis ædibus applicavi: id jure feci. Si hæ fistulæ tibi dent damnum aut tuis ædib. ut puta, si ex eis madescat paries tuus, aut fundamenta labefiant, lex ait competere actionem in factum: actio in factum civilis: id est, utilis Aquil. quia damnum datum est ædibus, non quidem a corpore, sed causa præstita applicatis fistulis. Hæc actio utilis legis Aquiliæ vocatur in factum in *l. qua actione* 7. §. *Celsus*, *l. item Mela* 11. §. 1. *l. si quis fumo* 50. *l. si servus servum* 27. §. *si furnum*, *ad leg. Aquil.* Nunc videamus verba legis nostræ. *Ædibus meis*, servientibus. *Sed et damni infecti stipulari a te potero*. Adjicit lex, non tantum agi utili Aquilia, seu in factum, sed posse etiam exigi cautionem damni infecti. In factum agitur de damno præterito: hæc cautio exigitur de damno futuro, *l. si servus servum* 27. §. *si furnum*, *ad leg. Aquil.* Præterea potest agi utili Aquil. de damno præterito, et de damno, quod futurum est post sententiam exigi cautio damni infecti. Atque ita locus erit actioni in factum, et cautioni damni infecti, *l. Attejus ait* 14. §. *pen. de aq. et aq. plu. arcen.*

Ad L. XIX.

Fistulam junctam parieti communi, quæ aut ex castello, aut ex cœlo aquam capit, non jure haberi, Proculus ait. Sed non posse prohiberi vicinum, quo minus balneum habeat secundum parietem communem, quamvis humorem capiat paries: non magis quam si vel in triclinio suo, vel in cubiculo aquam effunderet. Sed Neratius ait, si talis sit usus tepidarii, ut assiduum humorem habeat, et id noceat vicino, posse prohiberi eum.

§. 1. *Juxta communem parietem cameram ex figlino opere factam, si ita retineatur, ut etiam sublato pariete maneat, si modo non impediat refectionem communis parietis jure haberi licet.*

§. 2. *Scalas posse me ad parietem communem habere. Sabinus recte scribit: quia removeri hæc possunt.*

In hac *l.* tractatur *de pariete communi* et de iis, quæ vicinus facere potest in communi pariete. Illud in primis notandum est, vicinum suo jure in parietem communem tigna, vel trabes immittere posse invito vicino, quia ejus rei gratia paries communis factus est et ædificatus, *l. si is, qui duas* 4. *de servit. leg. l. cum duobus* 52. §. *item Mela*, *pro soc.* Nunc quæritur, an possit vicinus parieti communi fistulas jungere et applicare, quæ capiant aquam ex cœlo, vel ex castello, id est, receptaculo aquarum manantium a fonte? In castello aqua retinetur, deinde dividitur per partes. Lex ait, non posse, ne humore madeat paries, atque ita paulatim corruat: vicinus tamen potest balnea extruere secundum parietem communem, quamvis ex ea re madeat paries, quia qui balnea extruit, nihil injicit in parietem communem: at qui applicat fistulas, injicit: si tamen balneum, aut cella quædam balnei assiduum humorem habeat, prohiberi potest. Et hoc est quod ait: *Sed Neratius* etc. quod ut intelligatur, sciendum est balnei quatuor esse cellas, id est, domicilia: est tepidarium (lavacrum tepidæ aquæ) est, frigidarium, caldarium, et sudarium. Hoc explicat Vitruvius lib. 1. *cap.* 10. et Galenus lib. 1. *Method.* Deinde quæritur, an juxta parietem communem liceat cameram facere, et opus concameratum? Camera est opus incurvum et arcuatum. Tres autem sunt species cameræ, est fornix, est testudo, est hemisphærium: nec ulla est ratio concamerandi

alia. *Fornix*, est ædificatum in arcum: *Hemisphærium*, est orbiculatum: *Testudo* constat ex duobus arcubus in crucem se secantibus in centro. Ea omnia Vitruvius explicat lib. 5. disserens de ratione concamerandi. Non licet parieti communi opus concameratum injungere, inserere: nam hoc est facere aliquid in re communi: diversum est, si suspendatur camera, ut se ipsam sustinere possit: etiam sublato pariete communi, et non impediat refectionem parietis communis. Qui refectionem parietis communis impedit, et usum impedit, et hoc est, quod sequitur in hac *l.* §. *urta*. Cur dixit, cameram ex figlino opere factam haberi posse? quia vix fieri potest camera ex structura, quin attingatur et diruatur paries communis. Ergo ex structura cameram habere non licet. At si fuerint in ædibus contignationes, eis subjici potest figlinum opus illæso pariete communi: potest figlino opere camera constitui. Quemadmodum figlino opere construantur ostendit Vitruvius lib. 5. *cap.* 10. Postremo quæritur, an liceat habere scalas juxta parietem communem? Lex ait licere: quia exemptiles sunt, et non injiciuntur parieti communi, nec ei cohærent, et removeri possunt.

Ad L. XX.

Servitutes, quæ in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex ædibus meis in ædes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet et si menianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum projecero.

Ex principio hujus legis colligitur, *servitutes urbanorum prædiorum possessione retineri.* Id sic accipiendum est, ut id non fiat ex natura servitutum, sed per causam eorum, quæ jure servitutis immissa projectave sunt: ut per causam tigni, possideo jus tigni immittendi: et ideo olim hæ servitutes usucapi poterant ante legem Scriboniam, *l. sequitur* 4. §. *ult. de usucap.* Diversa est causa servitutum rusticarum: quia hæ usu retinentur, id est, quasi possessione: usus enim earum est quasi possessio. Servitutes urbanæ retinentur possessione, et facto aliquo perpetuo et habendi consuetudine, rusticæ vero utendi consuetudine. Illa habendi consuetudo est continua: utendi consuetudo non est continua: neque enim semper facere possum.

Ad §. 1. *Si domo.*

§. 1. *Si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset, vel gradus, vel clivos propius januam meam jure facere possum: dum ne quid ultra quam quod necesse est, itineris causa demoliar.*

Quæ ad hunc §. pertinent, exposui in *l.* 10. *sup. de ser.* Sententia ejus est hæc: eum, qui iter habet per aream vel prædium vicini in prædio vicini gradus vel clivos facere posse, itineris habendi causa. Hoc tunc autem necesse est fieri, cum prædium vicini est altius nostro. Lex ait, *gradus vel clivos*, quibus verbis comprehendit omne scalarum genus: scalæ enim constant gradibus, aut clivis.

Ad §. 2. *Si sublatum.*

§. 2. *Si sublatum sit ædificium, ex quo stillicidium cadit, ut eadem specie et qualitate reponatur, utilitas exigit, ut idem intelligatur: nam alioquin, si quid strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur. Et ideo sublato ædificio, ususfructus interit: quamvis area pars est ædificii.*

Ab hoc §. usque ad finem tractatur de servitute stillicidii immittendi vel deducendi. Initio quæritur, *an mutatione ædificii servientis servitus exstinguatur?* Ut si ædificium serviens corruat, vel pereat incendio, aut terræmotu, an restituto eo ædificio etiam restituatur eadem servitus, aut stillicidii, vel alia? Ipso jure non restituitur servitus: nam sublatis ædibus servis extincta est servitus, restitutis ædibus non potest restitui servitus, quia ædes quæ restituuntur, non sunt eædem, sed sunt aliæ ab his, quibus est imposita servitus, etiamsi restituantur eadem qualitate. Ideo opus est nova cessione, id est, ut imponatur nova servitus. Hoc ita procedit summo jure. Sed utilitatis causa receptum est, restituto ædificio utilem vindicationem servitutis dari, *l. si testamento* 31. *h. t.* Ergo directa vindicatio competit ratione ædificii cui est initio imposita servitus, quamdiu id ædificium manet: utilis vero competit, ratione ædificii, quod restituitur, et reponitur: quia idem esse ædificium censetur propter utilitatem, Quid fiet, si ædes dominantes corruant, aut incendio pereant? his restitutis servitus restituetur. Et hoc ostendit §. *hic.* Diversum est in usufructu; nam ususfructus extinguitur ædificii mutatione, ac ne areæ quidem aut soli ususfructus debetur sublato ædificio, *l. repeti* 5. §. *rei mutatione*, *quib. mod. ususfruct. amit.* Idem etiam ostendit §. *ult. Inst. de usufr.* Sed videndum est, quæ sit ratio diversitatis. In usufructu strictum jus sequimur, quoniam agitur de omnibus fructibus lucrandis: at in servitutibus spectamus non tam jus, quam utilitatem rerum.

Utilitas autem rerum exigit, ut vicinus hæc jura aliis tribuat, id vicina prædia exigunt: et quoniam magis necessaria sunt jura, in his sequimur utilitatem. Contra id, quod dixi, usumfructum extingui sublato ædificio, potest quis ita argumentari: ususfructus totius soli retinetur, quamdiu quælibet portio ædium manet, *l. si cui insulæ* 53. *de usufr.* At collapso ædificio manet area, quæ est pars ædium, et ea quidem maxima, *l. cum qui* 13, *de usucap. l. qui res* 98. §. *aream, de solution.* ergo ususfructus manet, quia est pars quædam. Hæc argumentatio est captiosa, propterea distinguendum est et dicendum: ædium usumfructum manere aut retineri, quandiu quælibet portio superficiei manet: quia tunc ædes salvæ sunt aliqua ex parte: superficie autem in totum sublata, ususfructus non retinetur. Cur ita? Quia salvæ non sunt ædes: id enim non est salvum, cujus pars integralis desideratur: at desideratur superficies: ergo, si sublata sit superficies, quamvis maneat area, ædes tamen dici non possunt: ideo extinguitur ususfructus, nec restituitur. *Utilitas exigit.* Hinc colligimus, utilem actionem dari, ut in *l. si testamento* 31. *h. t.* Utiles dicuntur actiones, quæ dantur contra jus directum, *l. si longius* 18. §. *si filiusfamil. et* §. *ult. de judic. l. quia actionum* 11. *de præscr. verb.* Utilitas autem hic nihil aliud est, quam æquitas, et ratio naturalis. Ideo hoc in loco utilitas opponitur strictiori interpretationi, ut in §. *recte, Instit. mand.* opponitur directo juri.

Ad §. 3. *Si servitus.*

§. 3. *Si servitus stillicidii imposita sit, non licet domino servientis areæ ibi ædificare, ubi cassitare cœpisset stillicidium.*

Ex hoc versiculo colligendum est, eum qui debet stillicidium recipere, non posse ædificare in eo loco in quem stillicidium cadit: nam facit contra servitutem si ædificat.

Ad §. 4. *Si antea, et* §. 5. *Stillicidium.*

§. 4. *Si antea ex tegula stillicidium, postea ex tabulato, vel ex alia materia, cassitare non potest.*

§. 5. *Stillicidium quoquo modo acquisitum sit, altius tolli potest. Levior enim fit eo facto servitus, cum quod ex alto cadet, lenius et interdum direptum, nec perveniat ad locum servientem: inferius dimitti non potest; quia fit gravior servitus, id est, pro stillicidio flumen. Eadem causa retroduci potest stillicidium, quia in nostro magis incipiet cadere: produci non potest: ne alio loco cadat stillicidium, quam in quo posita servitus est. Lenius facere poterimus, acrius non. Et omnino sciendum est, meliorem vicini conditionem fieri posse, deteriorem non posse, nisi aliquid nominatim servitute imponenda immutatum fuerit.*

In hoc §. proponitur, stillicidium ab eo, qui servitutem hanc habet, ab eo, cui debetur hæc servitus, lenius fieri posse, non gravius aut acrius. Hujus sententiæ varia proponuntur exempla. In hoc §. unum est si stillicidium cassitare cœpit ex tegulis, non potest postea cassitare ex tabulato: vel alia materia. Cur ita? quia stillicidium, quod cadit ex tegulis coarctatur et fit angustius: nam tegulæ sunt, quæ ductæ sunt in modum canalis. Stillicidium igitur, quod ex tegulis cadit, angustius fit: at quod cadit ex tabulato, vel alia materia, diffunditur, et plura loca occupat. Alterum exemplum est: stillicidium potest altius tolli, ædibus sublatis altius, quia eo modo lenior fit servitus stillicidii recipiendi, quia extenuatur stillicidium, quo altius cadit: veluti cera attenuatur, quo longius ducitur, fit exilior: sic et stillicidium fit exilius. Denique stillicidium, quod ex alto cadit, interdum vento diripitur, neque recta cadit in locum servientem. Et ideo, qui servitutem altius tollit, leviorem facit. Quæritur, an stillicidium deprimi possit, depressis scilicet ædib. dominantibus? Minime: quia eo facto fit acrius. Tunc enim omnis aqua influit in locum servientem, atque ita depresso stillicidio acrior fit servitus. Tertium exemplum et ultimum hoc est, stillicidium produci non posse, productis scilicet ædibus et prolatis. Ideo autem produci non potest, ne alio loco cadat, quam imposita est servitus. Potest tamen retroduci, quia tunc propius incipit cadere in nostro, et recedimus ab alieno. Denique stillicidium fieri potest lenius, non gravius. et huc pertinet *l. cujus 24. hoc t.*

Ad §. 6. *Qui in area.*

§. 6. *Qui in area, in qua stillicidium cadit, ædificat, usque ad eum locum perducere ædificium potest, unde stillicidium cadit recte. Sed et si in ædificio cadit stillicidium, supra ædificare ei conceditur, dum tamen stillicidium recte recipiatur.*

Ut intelligatur hic §. constituendum est stillicidium cadere jure servitutis, aut in aream vicini, aut in tectum. Si in aream, non potest vicinus ædificare in eo loco in quem stillicidium cadit, ne servitutem impediat: ut *sup. in* §. *si servitus*: potest tamen usque ad eum locum ædificare, ex quo stillicidium cadit. Quid autem si stillicidium cadat in vicini ædificium? Non potest hoc casu vicinus ædificium altius tollere, nisi recte stillicidium recipiatur. Ergo ita tollere potest, ut semper recte re-

cipiat stillicidium. Quid est, *recte recipere?* Respicit ad formam stipulationis servitutis, quæ ita fiebat: stillicidium recte recipere promittis, *l. si mihi* 20. *de servit. rust. præd.* Ergo is, qui in suum prædium debet stillicidium recipere, non aliter potest ædificare: idem traditur in l. prox. seq.

Ad L. XXI

Si domus tua ædificiis meis utramque servitutem deberet, ne altius tolleretur, et ut stillicidium ædificiorum meorum reciperet deberet; et tibi concessero, jus esse, invito me altius tollere ædificia tua: quod ad stillicidium meum attinet, sic statui debebit, ut si altius sublatis ædificiis tuis stillicidia mea cadere in ea non possint, ea ratione altius ædificare tibi non liceat: si non impediantur stillicidia mea, licet tibi altius tollere.

Tu mihi concessisti jus altius non tollendi, et jus stillicidii recipiendi: ego deinde tibi concessi jus altius tollendi, remissa servitute altius non tollendi: an videtur remissa etiam servitus stillicidii recipiendi Minime. Sed tamen quia non est remissa hæc servitus, ita debes altius tollere, ut semper stillicidium recte recipias.

Ad L. XXII.

Qui ædificium habet, potest servitutem vicino imponere; ut non solum de his luminibus quæ in præsentia erunt, sed etiam de his, quæ postea fuerint, caveat.

In hac lege tractatur de servitute ne luminibus officiatur. De ea etiam tractatur *l. prox. seq.* Sententia hæc est: servitutem ne luminibus officiatur, ita imponi vicino posse, ne futuris luminibus et fenestris officiatur. Ideo caveri potest de præsentibus et futuris luminibus: atque ita futura lumina cedi possunt, ut et futuræ aquæ servitus constitui et cedi potest, *l. Labeo ait* 10. *de serv. rust. præd. l. ult. si serv. vind.*

Ad L. XXIII.

Si servitus imposita fuerit, lumina, quæ nunc sunt, ut ita sint, *de futuris luminibus nihil caveri videtur: quod si ita sit cautum,* ne luminibus officiatur, *ambigua est scriptura, utrum ne his luminibus officiatur, quæ nunc sunt, an etiam his, quæ postea quoque fuerint. Et humanius est verbo generali omne lumen significari, sive quod in præsenti, sive quod post tempus conventionis contigerit.*

Quæritur heic, si ita hæc servitus constituatur: *Lumina uti nunc sunt, ut ita sint,* an videatur actum de futuris luminibus, et fenestris vel postea additis, vel loco motis? Lex ait, hanc orationem non trahi ad futura lumina: nam articulus *nunc*, præsentis temporis significationem habet. Accurs. huic sententiæ putat obstare l. g. *eum debere* 33. *hoc tit.* In ea lege ita fuit imposita servitus oneris ferendi: *paries oneri ferundo uti nunc est, ut ita sit.* Lex ait his verbis id significari, in perpetuum et in futurum parietem esse debere, qui ferat onera. Sed nihil pugnat: nam quod in ea l. dicitur de servitute oneris ferendi, servatur etiam in servitute luminum: si enim ita constituatur, lumina in perpetuum haberi possunt: sed tamen hæc cessio non trahitur ad lumina, quæ postea adduntur, vel loco moventur, sed ad præsentia quæ in perpetuum habebuntur. Nunc quæritur, quid juris sit si generaliter ita cedatur servitus, *ne luminibus officiatur*: si nihil diserte dictum sit de luminibus futuris? Hæc oratio est ambigua, et incertum est, an actum sit de luminibus præsentibus, an futuris. Lex tamen ait benignius esse, ut omnia lumina excipiantur, id est, præsentia et futura.

Ad §. 1. Futuro.

§. 1. *Futuro quoque ædificio, quod nondum est, vel acquiri, vel imponi servitus potest.*

Bene ait: *Futuro quoque*: quasi dicat cum futura lumina concedi possint, futuro etiam ædificio servitus imponi potest. Et hoc etiam traditur in *l. Labeo ait* 10. *de servit rust. præd.* Atque ita fit, ut servitutem is promittere possit, qui prædium nondum habet, habiturus tamen est: ut ei etiam, qui prædium non habet, habiturus tamen est recte promittitur servitus, *l. hæredes* 25. §. *an ea stipulatio, famil. ercisc. l. existimo* 98. *de verbor. obligat. l. etiam ea* 17. *de leg.* 3. cui addenda est negatio. Sententia ejus legis est: etiam futura corpora legari posse, ut partus ancillæ nondum enixæ. Hac de re tamen olim fuit dubitatum, et non legabantur nisi per damnationem. Gajus *lib.* 2. *Instit. de legat.* Hodie futura omni modo legari possunt ex Constitutione Justiniani, qui sustulit legatorum differentias. Sequitur deinde: *servitus quoque servo prædium habenti recte legatur.* Quis vero hac de re dubitat? Propterea addenda est negatio, ut sensus sit: futura corpora non tantum recte legari sed etiam futuram servitutem, ut puta ei, qui prædium non habet.

Ad L. XXIV.

Cujus ædificium jure superius est, ejus est in infinito supra suum ædificium imponere: dum

inferiora ædificia non graviore servitute oneret, quam pati debent.

In hac lege tractatur de jure altius tollendi, quod ceditur ei, qui depressas ædes habere cogitur, alioqui unicuique competit: ut puta ego vicino cessi, jus ei esse altius tollere, de modo altitudinis nihil dixi, sed indefinite: an poterit ædes jure servitutis in immensum extollere: jure suo posset: at quia jus hoc ei concessum est, ita poterit extollere ut non opprimatur graviore servitute quam pati debeat, *l. servitutes* 20. §. *stillicidium*, *sup. h. t.*

Ad L. XXV.

Hoc quod dictum est de immissis, locum habet ex ædificio alio in aliud: aliter enim supra alienum ædificium superius habere nemo potest.

Initio hujus legis tractatur de immissis: *immittendi* verbum generale est: nam immitti dicitur stillicidium, item lumina, item menianum, quod proprie tamen projici dicitur: specialiter tamen immissa sunt tigna et trabes quæ ex alio ædificio in aliud immittuntur ut requiescant. Quæstionis est, an supra ædificium vicini liceat superius ædificium immissum habere jure servitutis, ut puta cœnaculum immissum habere? Lex ait, non posse: hoc enim non est immittere ex alio in aliud, sed est superædificare. Ergo servitus immittendi ita non constituitur, hoc jure servitus non constituitur ut liceat supra alienum ædificium ædificare: nam jure naturali superposita cedunt inferioribus: si superædificavero, id statim cedit domino inferiori, ut superficies cedit solo, *l. pen. comm. præd.* Quæritur in hac lege, de re pene simili, an videlicet jure servitutis possum ducere maceriem in alio prædio? Ait, me non posse. Quia statim acquiritur domino prædii: id etiam ostendit *l. inferiorem, C. de rei vindic. l. si supra* 28. *de acquir. rer. domin.*

Ad §. 1. *Si ex tribus.*

§. 1. *Si ex tribus ædibus in loco impari positis ædes mediæ superioribus serviant ædibus, inferiores autem nulli serviant, et paries communis, qui sit inter ædes inferiores et medias, altius a domino inferiorum ædium sublatus sit: jure eum altius habiturum, Sabinus ait.*

Species hæc est: tres sunt ædes impari loco ædificatæ: nam aliæ sunt in superiore loco, aliæ in inferiore, aliæ in medio: dominus mediarum ædium debet servitutem altius non tollendi domino superiorum ædium. Ergo mediæ ædes serviunt superioribus: inferiores nulli serviunt. Fingamus inter inferiores ædes et medias esse parietem communem, sive intergerinum. Quæstionis est, an inferior vicinus possit inferiores ædes altius tollere, atque ita, an possit communem parietem altius tollere? Lex ait posse: nam medius vicinus suas ædes obligando non potuit communem parietem obligare, *l. unus* 2. *sup. de servitut.* Sed an recte tollatur a medio vicino paries communis? Ille quidem communis paries non servit, non poterit tamen ab eo altius tolli propter vim pacti, *l. per fundum* 11. *de servit. rust. præd.*

Ad L. XXVI.

In re communi nemo dominorum jure servitutis, neque facere quicquam invito altero potest: neque prohibere quo minus alter faciat: nulli enim res sua servit. Itaque propter immensas contentiones plerunque res ad divisionem pervenit, sed per communi dividundo actionem consequitur socius: quo minus opus fiat, aut, ut id opus, quod fecit, tollat, si modo toti societati prodest opus tolli.

Huic legi opponitur *l. Sabinus* 28. *comm. divid. et l. an unus* 11. *si serv. vind.* Nam hoc lex nostra ait, unum ex sociis nihil posse facere invito altero in re communi, quia in solidum dominus non est: item, unum ex sociis alterum non prohibere, quo minus faciat; ut heic *in princ.* Lex *Sabin.* ait, socio jus esse prohibendi. *Quoniam*, inquit lex, *in re pari melior est causa prohibentis.* Item ait, *d. l. unus.* Sed hæ leges ita sunt conciliandæ, ut lex *parietem* 8. cum *l. si ædes* 12. *comm. divid.* Sic ergo dicamus: non potest socius socium prohibere per actionem confessoriam agendo sibi jus esse prohibendi. Et hoc est, quod ait lex, *sed jus mihi erit prohibendi per actionem communi dividundo.* Non erit etiam mihi jus prohibendi per novi operis nuntiationem. Socius socio non nuntiat novum opus, *l. in provinc.* 3. §. 1. *de novi oper. nunc.* Sed tamen prohiberi potest per actionem communi dividundo. Sic accipi debent lex *Sabinus*, et lex *an unus*.

Ad L. XXVII.

Sed si inter me et te communes sunt Titianæ ædes, et ex his aliquid non jure in alias ædes meas proprias immissum sit; nempe tecum mihi agere licet, aut rem perdere. Idem fiet, si ex tuis propriis ædib. in communes meas et tuas ædes, quid similiter esset projectum: mihi enim soli tecum est actio.

Hæc lex pertinet etiam ad quæstionem legis proximæ *supr.* Quamobrem repetenda nobis est ea lex, *in re communi*: cujus hæc est sententia: si meus so-

cius aliquid faciat in communibus rebus, recte non ago, jus ei non esse ita facere: agam tamen recte comm. divid. Et eadem ratione non possum ei nuntiare novum opus. Hoc ita locum habet, ut dictum est si quid socius faciat in ædibus communib. aliquid immittat in meas ædes proprias: an recte agam, jus ei non esse immittendi? et heic traditur, hoc casu mihi actionem hanc dari: id etiam ostendit *l. si cum meus* 14. *si servit. vind.* Hoc autem ita procedit, si socius nullo jure aliquid immittat: potest enim jure servitutis ex communibus in meas immittere: meæ enim ædes communibus ædibus servire possunt, atque ejus rei varia sunt in jure exempla: et e converso, communes ædes meis ædibus servire possunt, *l. si communi* 27. *de serv. rust. præd.* ut in principio hujus legis. *Aut rem perdere:* his verbis significatur, aut libertatem ædium mearum amittere. Nam si ita non agam, communibus ædibus tempore acquiretur servitus, atque ita libertatem mearum ædium amittam; sed licet tempore acquisita sit servitus communibus ædibus, dici non potest acquisitam esse per unum ex sociis: quia id non fit opera socii: fiet igitur hoc ipso jure prætorio, et fit etiam quodammodo utriusque voluntate: nam unus immittit, alter non agit jus non esse immittendi. Deinde quæritur specie conversa, quid juris sit, si socius ex suis ædibus aliquid immittat in ædes communes, an licebit mihi communium ædium nomine agere, jus ei non esse immittendi? et constat, ait, cum eo agi posse, jus non esse immittendi in ædes communes: ergo utroque casu socio datur negatoria. Idem servatur in actione aquæ pluviæ arcendæ. Nam ut hæc negatoria actio datur, sic datur actio aquæ pluviæ arcendæ, si aqua ex fundo proprio noceat, vel nocere possit communi fundo: socius agere potest aquæ pluviæ arcendæ, sic tamen, ut non totum præstetur, sed pars. Idem est, si ex communi fundo aqua nocere possit proprio socii fundo, *l. si tertius* 6. §. *inde quærit. de aq. et aq. plu. arc.* Idem non observatur in actione finium regundorum, ut si ego et tu habeamus communem fundum, et proprium fundum habeam proximum communi, quæritur an inter nos accipi possit judicium finium regundorum? et constat non posse, *l. sed et loci* 4. §. *si communem fundum. fin. regund.* Nam inter nos non intelligimur esse confines, et nulli inter nos intelliguntur esse fines. Itaque in hac actione unius personæ loco habemur, in aliis actionibus duarum personarum loco.

Ad §. 1. *Si in area.*

§. §. *Si in area communi ædificare velis, socius prohibendi jus habet, quamvis tu ædificandi jus habeas a vicino concessum: quia invito socio in re communi non habeas jus ædificandi.*

Hinc notandum est: in area communi socium invito altero ædificare non posse: etiam addendum est, ædificantem prohiberi posse, per actionem videlicet communi dividundo, non per confessoriam actionem.

Ad L. XXVIII.

Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cælo aquæ veniat: neque enim perpetuam causam habet quod manu fit. At quod ex cælo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit: et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent. Et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet.

Hic proprie tractatur de flumine et stillicidio, ut intelligamus videlicet, quid sit flumen, quid stillicidium; et cujus aquæ sit flumen, cujus stillicidium. Stillicidium cadit ex superiori loco, ex tecto, et stillatim cadit: flumen autem fluit ex inferiori loco et imo. Et est flumen collectio aquarum, quæ demissæ in unum locum, inde fluunt in vicini domum. Species legis hæc est: ego habeo foramen in imo pariete. Et *in imo p. concl.* legendum, id est, in inferiori parte conclavis, aut triclinii mei: per id foramen ego ejicio in vicini ædes sordes, purgamenta, et proluviem. Pavimenta proluere est aqua adhibita abluere. Spongiis proluebant non scopis verrebant, ut in *l. quæsitum* 12. §. *item perticæ, de instruc. et instr. leg.* Instrumenta sunt perticæ, quibus araneæ delerguntur; et spongiæ, quibus pavimenta purgantur. Et Græci etiam has sordes vocant σπογγίσματα. Hoc foramen autem ita habui longo tempore proluendi pavimenti. Constat servitutes acquiri longo tempore, *l. si quis diuturno* 10. *si servit. vind.* An videor igitur mihi acquisiisse servitutem? Videtur acquisita, et hæc servitus esse flumen. Nam flumen est ex imo loco: foramen etiam est in imo pariete. Præterea flumen est collectio et defluxus gravis aquarum: id etiam foramen excernit copiosam aquam, qua abluitur pavimentum: ea igitur ejectio sordium, qua usus sum longo tempore, videtur esse flumen, et ita acquisita servitus fluminis. Respondet tamen Jurisconsultus non esse flumen, nec longo tempore acquisitam ullam servitutem esse: et hanc ejectionem sordium non esse servitutem prædii. Potest quidem hoc tribui personæ, ut ejiciat sordes per foramen:

at hoc jus non videtur prædio adhærere, nec videtur ergo servitus prædii. Quare non est servitus hoc jus? Quia omnium servitutum perpetuam causam esse oportet. Aqua autem illa et proluvies non cadit ex cælo, sed manu immittitur: quod autem manu fit, non habet perpetuam causam: at quod ex cœlo cadit, perpetuam habet causam. Sed quo modo? quod ex cœlo cadit, non assidue cadit. Fateor, tamen ejus causa est naturalis, et ideo perpetuo fluere intelligitur: nam et hoc in universum statuendum est: causæ naturales sunt certæ, ut Solis et Lunæ defectiones, et intermissiones certæ sunt: at quod manu nostra fit, perpetuam causam non habet. Quid igitur est flumen? Est collectio aquæ ex cœlo cadentis, quamvis ea assidue non cadat, et ea perpetua esse intelligitur: at collectio aquæ manu nostra facta non est flumen. *Tempore*, scilicet longo. Perpetuo fieri existimatur, et tunc est flumen, vocaturque servitus fluminis. *Omnes autem*. An est necesse in servitute, ut assidua sit servitus et continua? Minime: nam servitutes pleræque prædiorum intermissionem habent, ut iter, actus, via, aquæductus, *l. cum ususfructus* 13. *de usufruct. leg.* Constat etiam, eas posse dividi intervallis temporum, sed necesse est, ut vi ipsa, τῇ δυνάμει servitus sit perpetua, id est, ut ejus causa sit naturalis et perpetua. Sed hoc est exemplis demonstrandum. Servitutes non æstimantur ex continuo usu, sed ex causa perpetua: ut stillicidium est servitus, ejus servitutis causa est aqua. Hæc autem aqua est perpetua, quia est naturalis, cum sit aqua pluvia: et ideo stillicidium est servitus, quia perpetuam causam habet. Præterea iter, actus, via, servitutes sunt. Iter est servitus prædii, ejus causa est ipsum ire. Iter autem perpetuum est, quamvis eo assidue non utamur. Ideo est perpetuum, quod liceat eo nobis, cum volumus, uti. An aquæductus est servitus, vel, an ejus causa est perpetua? est, si aqua sit perennis et perpetua, ut cum aqua ducitur ex fonte, *l.* 1. §. *loquitur, de aq. quotid. et æst.* Aqua est causa aquæductus: si perpetua sit, erit ejus causa perpetua. Ideo aquæductus non potest constitui, nisi ex fonte et flumine: nam fons et flumen perennem et vivam aquam habent, ex cisterna non constituitur aquæductus. Est autem ea receptaculum aquæ pluviæ, *l.* 1. §. *hoc interdictum, de fonte.* Præterea aquæductus non constituitur ex torrente, quia siccatur æstate, *l.* 1. §. *flumen, de flumin.* Præterea aquæductus non constituitur ex stagno: nam stagnum temporalem habet aquam, nec eam habet sua natura *l.* 1. §. *stagnum, ut in flum. pub. navig. lic.* Postremo, ex lacu non constituitur aquæductus ut ostenditur in hac *l.* Item ex fossa non constituitur, *d. l.* 1. § *fossa*: ideo neque ex lacu: id sic accipiendum, si lacus vivam aquam non habeat, *l.* 1. §. *hoc interdictum. de fonte.* At si lacus sit perpetuus, ex eo recte constituetur aquæductus: nam ejus lacus aqua viva est. Huc pertinet *lex* 1. §. *caput, de aqua quotid. et æstiva.* Idem dicendum est de piscina ex qua non conceditur aquæductus, nisi aquam vivam habeat, *d. l.* 1. §. *hoc interdictum.* De puteo nulla est dubitatio: nam putealis aqua non potest fluere. Sed recte aquæ haustus, *l.* 1. §. *quotidiana, de aqua quotid. et æst. Stillicidi, etc.* Stillicidii causa perpetua est, quia naturalis est. Stillicidium est jus immittendæ aquæ e cœlo cadentis ex superiore parte ædium, ex tecto in ædes vicini. Si mea manu infundam aquam, ut cadat in ædes vicini, non erit stillicidium, quia causa naturalis non est aquæ manu immissæ.

Ad L. XXIX.

Si quid igitur ex eo foramine, ex quo servitus non consistit, damnum vicinus sensisset, dicendum est damni infecti stipulationem locum habere.

Hæc lex pertinet etiam ad legem superiorem. Id foramen, de quo dictum est, non habetur servitutis jure: ex eo foramine non consistit servitus. Ergo si ex eo foramine aliquid damni sentiat vicinus, recte exiget cautionem damni infecti, etiamsi longo tempore ita id foramen vicinus habuerit. Ex eo etiam apparet, id foramen servitutem non esse: nam si esset servitus, lædere vicinum posset, nec exigeretur cautio, quia servitus naturaliter lædere potest fundum servientem *l. si mihi* 20. §. *servitus, de servit. rust. prædior.* Opus manu factum cum servitus non sit lædere non potest, *l. si fistulæ, sup. eod.* si damnum etiam factum sit ex eo foramine, competit actio in factum ex lege Aquilia, argum. *d. l. si fistulæ.*

Ad L. XXX.

Si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit: confusa, sublataque servitus est. Et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberæ veniunt.

§. 1. *Si partem prædii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, non confundi servitutem placet, quia pro parte servitus retinetur. Itaque si prædia mea prædiis tuis serviant, et tuorum partem mihi, et ego meorum partem tibi tradidero, manebit servitus. Item ususfructus in alterutris prædiis acquisitus non interrumpit servitutem.*

Ut intelligatur hæc lex, notandum est, confusione dominii servitutem extingui id est si utrius-

que prædii idem dominus esse cœperit, *l.* 1. *quemad. servit. amitt.* Cujus sententiæ ratio hæc est: quia nemini res sua servire potest. Hoc autem ita verum est, si quis totum fundum servientem acquisierit. Quid autem fiet, si partem acquisierit? retinebitur, non confundetur: quia necesse est totum fundum acquiri, servitus tamen pro parte acquiri non potest, retineri tamen potest, *l. ut primum* 6. §. *ult. de servit.* Hoc igitur casu fiet, ut communis fundus serviat fundo proprio, vel ex contrario, ut fundus proprius serviat fundo communi, *l. si communi* 27. *de servit. rust. præd.* Deinde quæritur quid juris sit, si quis acquisierit usumfructum fundi servientis, an confundetur servitus? Et satis liquet non confundi servitutem acquisitione ususfructus, quia fructuarius non est dominus. Ergo summa hæc est: solidi dominii acquisitione non confunditur servitus, nec ususfructus quoque acquisitione: partis acquisitione non confunditur, ut heic. Hoc totum ostenditur in hac lege.

Ad L. XXXI.

Si testamento damnatus hæres, ne officeret vicini luminibus, servitutemque præstare deposuit ædificium: concedenda erit legatario utilis actio, qua prohibeatur hæres, si postea extollere supra priorem modum ædificium conabitur.

Ex hac lege hoc colligitur: restituto ædificio serviente, restitui etiam servitutem, ut si corruat ædificium serviens, ac deinde reficiatur, servitus restituitur quoniam idem ædificium esse intelligitur: idque fit propter utilitatem rerum: ideo non datur nisi utilis vindicatio servitutis, *l. servitutes* 20. §. *si sublatum*, *h. t.* Directa datur ratione ædificii, cum imposita est servitus utilis ratione repositi ædificii: quia ipso jure aliud est ædificatum, ut heic.

Ad L. XXXII.

Si ædes meæ serviant ædibus Lucii Titii et ædibus Publii Mævii, ne altius ædificare mihi liceat, et a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus ædificatum habuero, libertatem adversus Publium Mævium usucapiam: non enim una servitus Titio et Mævio debebatur, sed duæ. Argumentum rei præbet, quod si alter ex his servitutem mihi remisisset, ab eo solo liberarer, alteri nihilominus servitutem deberem.

Ut intelligatur hæc lex, duo sunt notanda: primum, servitutes plerumque concedi precario, id est, ut tandiu mihi liceat extollere, quandiu volueris, *l. si quis sepulchrum* 12. *de religios. et sumpt. fun.* et in specie hujus legis, tunc hæc servitus non hæret prædio sed personæ. Siculus Flaccus in lib. *de const. limit. agr.* Is autem, qui precario hoc jus impetravit, non potest libertatem usucapere, nam qui precario quid facit, mala fide id facit, quia scit ab alio id habere, *l. quæcumque* 15. §. 1. *de Public. in rem act.* Postremo notandum est, libertatem urbanarum servitutum usucapi posse, olim, biennio, nunc decem aut viginti annis. Species hæc est: ædes meæ serviunt ædibus propriis Primi: serviunt etiam ædibus propriis Secundi, ita ut non possint altius tolli. Ego a Primo impetravi precario, ut liceret mihi ædes meas altius tollere: si ædes meas sublatas habuero per statutum tempus, non videor usucepisse libertatem adversus Primum, quia ab eo postulavi precario. Quæstio est, an usucapiam libertatem adversus Secundum. Dubitari potest, quia ædes sublatas habui precario, non meo jure et eo animo, ut usucaperem libertatem. Lex ait, adversus Secundum usucaptam esse libertatem. Ratio hæc est, quia duæ sunt servitutes, non una.

Ad §. 1. Libertas.

§. 1. *Libertas servitutis usucapitur, si ædes possideantur: quare si is, qui altius ædificatum habebat, ante statutum tempus ædes possidere desiit, interpellata usucapio est. Is autem qui postea easdem ædes possidere cœperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere, qui ædes possidet.*

Ex isto §. hoc colligitur: in usucapione libertatis non conjungi tempora inter emptorem et venditorem: ideo necesse est, ut idem homo continuo usucapiat libertatem: nam mutata ejus persona, interrumpitur usucapio. Et hoc generaliter olim obtinebat in usucapione: in longi tamen temporis acquisitione tempora conjungebantur, §. *inter venditorem*, *Instit. de usucap.* (*Integro tempore*) Quia non proderit ei alterius possessio. (*Natura enim.* Hic servitus, est libertas servitutis. Sic in *l. justo* 44. §. *non mutat, de usucap.* ubi ususfructus significat libertatem ususfructus.

Ad L. XXXIII.

Eum debere columnam restituere, quæ onus vicinarum ædium ferebat, cujus essent ædes, quæ servirent, non eum qui imponere vellet: nam cum in lege ædium ita scriptum esset paries oneri

ferundo uti nunc est, ita sit, *satis aperte significari in perpetuum parietem esse debere: non enim hoc his verbis dici, ut in perpetuum idem paries æternus esset: quod ne fieri quidem posset, sed uti ejusdem modi paries in perpetuum esset, qui onus sustineret; quemadmodum si quis alicui cavisset, ut servitutem præberet, qui onus suum sustineret, si ea res, quæ servit, et tuum onus ferret, perisset, alia in locum ejus dari debeat.*

Hac in lege tractatur de servitute oneris ferendi, quæ specialis est servitus, ut dictum est *l.* 1. §. *ult. h. t.* Ostenditur in hac lege, eum qui hanc servitutem debet, parietem oneri ferendo præstare semper debere. Ergo collapsum parietem reficere et restituere debet. Et hoc est proprium hujus servitutis, ut qui eam debet, faciat, quod est contra omnia alia genera servitutum, *l. sicut* 8. §. *distant, si servit. vindic. Lege ædium.* Notandum est, has leges scribi solitas ab architectis. Vitruvius *lib.* 1. *cap.* 1.

Ad L. XXXIV.

Et qui duas areas habet, alteram tradendo, servam alteri efficere potest.

Qui duas ædes habet, si alteras vendat et tradat, in traditione potest traditas retentarum servas facere, *l. si quis duas* 6. *comm. præd. l. si quis ædes* 30. *h. t.* Idem dicendum est, si quis duas areas habeat: nam alteram tradendo, potest retentæ servitutem acquirere: his enim casibus non videtur suæ rei servitutem imponere, sed rebus alienis, et ea traditio pro impleta habetur.

Ad L. XXXV.

Si binarum ædium dominus dixisset eas, quas venderet, servas fore: sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere, ut servitus imponatur.

Ut intelligatur hæc lex constituendum est, aliud esse venditionem, aliud traditionem. Venditio est causa traditionis. Venditio non transfert dominium, sed traditio: qui vendit non alienat, sed qui tradit: venditio præcedit, sequitur traditio. Species legis hæc est. Qui duas ædes habebat, alteras vendendo sibi excepit servitutem: deinde ædes venditas tradidit, et in traditione non excepit servitutem, ideo tradidit liberas eas, contra legem venditionis. Quæstionis est, quemadmodum ei succurratur? Duabus actionibus ei succurri lex ait, primo actione ex vendito in id quod sua interest, servitutem imponi. Dabitur etiam ei condictio indebiti: quia non debuit ædes liberas tradere, sed servas, quia in venditione servitutem exceperat. Hæc condictio indebiti an erit certi vel incerti? erit incerti: nam ea servitus condicitur. Hæc condicuntur incerti, servitus, possessio, jura omnia. Hæc enim cerni non possunt. Hoc ostenditur in *l. si tibi* 8. *de act. empt. l. sed et si* 22. §. *ult. de condic. indeb.* Sed ex hoc loco notandum, condictionem indebiti concurrere cum actione bonæ fidei, propterea, ut in specie *l. si is* 45. *de condict. indeb.* competere non tantum condictionem, sed etiam actionem ex vendito. In summa, condictiones concurrunt cum actionibus bonæ fidei, non cum strictis judiciis: hoc ostendit *l. ult. de condic. ob turp. caus. l. si fullo* 2. *de condict. sine causa. Dixisset.* In lege venditionis.

Ad L. XXXVI.

Binas qui ædes habebat una contignatione tectas, utrasque diversis legavit: dixi, quia magis placeat, tignum posse duorum esse, ita ut certæ partes cujusque sint contignationis, ex regione cujusque domini fore tigna, nec ullam invicem habituros actionem, jus non esse immissum habere. Nec interest pure utrisque, an sub conditione ædes alteri legatæ sint.

Contignatio appellatur a Græcis στέγη *un estage*. Constat. contignatio ex lignis, trabibus, asseribus. Species legis hæc est: quidam habebat duas ædes una contignatione tectas, id est, una tignorum contexione: utrasque legavit, unas primo, alteras secundo. Lex ait, tigna esse communia pro regione contignationis inter duos legatarios, id est, pro modo et regione ædium: ideo lex ait, ea esse communia pro diviso, id est, ex certis regionibus et partibus. Huic sententiæ opponitur *l. Pomponius* 8. *in fin. de rei vind.* Lex ait, rem immobilem pro diviso possideri posse, jura non posse, quia dividi non possunt. Addit etiam, rem mobilem possideri pro diviso non posse; nec igitur tigna pro diviso communia esse posse. Respondeo; si per se res ipsa mobilis consideretur, pro diviso possideri non potest: nam si rem mobilem dividas, perdis, ut ait Fabius: sed si res mobilis inhæreat rei immobili, ut puta, si tigna extendantur in binas ædes, ut in specie nostra: tunc nihil vetat ea tigna esse communia pro regione ædium. At si tigna eximantur, rursus incipiunt esse communia pro indiviso, et veniunt in judicium communi dividundo: nam id cujus partes certæ ædium regiones designabant, inde exemptum, confunditur, et incipit esse commune pro indiviso. Hujus rei argumentum præbet *l. arbor* 19. *comm. divid. l. pen. pro soc. l. adeo* 8. *in fin. et l. prox. de acquir. rer. dom.* Lapis, qui est in confinio, est commu-

nis pro indiviso. Praterea notandum est in specie *l. binas*, legatarios inter se agere non posse, jus non esse immittendi ex aliis ædibus in alias quia servanda est ea forma ædium quæ obtinuit vivo testatore, *l. damnas esto* 15. §. 1. *de usufr. leg. l. servum filii* 44. §. *ult. de legat.* 1. *Ex regione contignationis* legendum est.

Ad L. XXXVII.

Idemque esse, et si duobus ædes cesserint.

Quid est, quod ait, *Idemque esse, et si duobus ædes cesserint?* Legendum est, *cesserit*, id est, vendiderit; ut sententia sit: hoc obtinet non tantum in legatis, sed etiam in cessionibus, id est, contractibus.

Ad L. XXXVIII. et XXXIX.

L. XXXVIII. Si ædes meæ a tuis ædibus tantum distent ut prospici non possint, aut medius mons earum conspectum auferat, servitus imponi non potest.

L. XXXIX. Nemo enim propriis ædificiis servitutem imponere potest, nisi et is qui cedit, et is cui ceditur in conspectu habeant ea ædificia, ita ut officere alterum alteri possit.

Servitutes prospectus vel luminum, vel altius non tollendi, imponi possunt non tantum vicinis ædibus sed etiam ulterioribus, *l. loci corpus* 4. *in fin. si servit. vindic.* Sed hoc ita verum est, si ulteriores ædes sint in conspectu: nam si penitus sint remotæ ab oculis nostris inane est hæc jura eis imponere. *l. proxima seq.*

Ad L. XL.

Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi, nullo jure fenestras immisisse respondi.

Hæc lex ostendit, nemini licere fenestras immittere in vicini ædes, nisi imponatur servitus luminum: nam ab alieno non tantum oportet abstinere pedes, sed etiam oculos. Plutarchus in libro de curiositate. Ait, *aperto pariete communi*: cæco, legit Constantinus libro secundo Epitom.

Ad L. XLI.

Olympico habitationem et horreum, quod in ea domo erat, quoad viveret, legavit. Juxta eandem domum hortos et cœnaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt. Ad hortum autem et cœnaculum semper per domum, cujus habitatio relicta erat, aditus fuit. Quæsitum est, an Olympicus aditum præstare deberet? Respondi, servitutem quidem non esse, sed hæredem transire per domum ad ea, quæ commemorata sunt, posse: dum non noceat legatario.

Species legis hæc est: quidam legavit Olympico (hoc erat nomen legatarii) habitationem, id est domum et horreum, quoad viveret: quia dixit, *quoad viveret*, apparet non legasse nisi usum: ideo ei concessit jus personale, non rem ipsam, nunc finge: juxta hanc habitationem seu domum et horreum, erat hortus et cœnaculum, id est, diæta, quæ plerumque ædificabatur juxta hortum, in qua cœnabatur ad umbram: hæres autem non poterat in hortum pervenire, nisi per illam habitationem, cujus usus fuerat legatus. Quæritur, an usuarius debeat præstare hæredi aditum? Lex ait, debere, ut forma: quæ tenuit vivo testatore, obtineat etiam mortuo testatore. Sed quæritur, an ille aditus sit servitus? et constat non esse. Nam habitatio et horreum est hæredis: usus tantum legatus est, non proprietas. At nemini res sua servit, *l. in re comm. h. t.*

Ad §. 1. Lucius Titius.

§. 1. *Lucius Titius aperto pariete domus suæ, quatenus stillicidii rigor et tignorum projectus competebat, januam in publico aperuit. Quæro, cum neque luminibus Publ. Mævii vicini, neque itineri vicini officeret, neque stillicidium, ne vicini domo cadat, an aliquam actionem Publius Mævius vicinus ad prohibendum haberet? Respondi, secundum ea quæ proponerentur, nullam habere.*

Ex hoc §. colligitur, stillicidium in publico habere licere, id est, immittere. Licet etiam januam in publicum projicere etiam usque ad eum locum, ex quo stillicidium cadit. Et hoc tempore Accursii observabatur Veronæ. Janua igitur projici potest usque ad eum locum, ex quo stillicidium cadit, dummodo id fiat sine incommodo vicini. Hoc ergo jure publico unicuique facere licet, modo non noceat vicino. *Quatenus stillicidii rigor*, etc. Idem significat, quatenus stillicidii rigor, et quatenus tigna projiciuntur. Rigor a rectitudine dicitur. Aggen. Urbicus libro de limitibus. *Rigor* inquit, *suæ naturalis rectitudinis nomen obtinet*, *l.* 1. §. *quod autem*, *ne quid in flum. pub.*

JACOBI CUJACII. J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. III. De servitutibus Rusticorum Prædiorum.

Ad L. I. III. IV. V. et VI.

L. I. *Servitutes rusticorum prædiorum sunt hæc iter actus, via, aquæductus. Iter est jus eundi, ambulandi homini, non etiam jumentum agendi. Actus est jus agendi vel jumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet; qui actum habet, et iter habet etiam sine jumento. Via est jus eundi et agendi et ambulandi: nam et iter, et actum, et se via continet. Aquæductus est jus aquam ducendi per fundum alienum.*

§. 1. *In rusticis computanda sunt aquæ haustus pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

§. 2. *Traditio plane, et patientia servitutum inducet officium Prætoris.*

L. III. *Item sic possunt servitutes imponi, ut et boves, per quos fundus colitur, in vicino agro pascantur, quam servitutem poni posse, Neratius libro 2. membranarum scribit.*

§. 1. *Idem Neratius etiam, ut fructus in vicini villa cogantur coactique habeantur, et pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumantur, constitui posse scribit.*

§. 2. *Eodem libro ait vicino, cujus lapidicinæ fundo tuo immineant, posse te cedere, jus ei esse terram, rudus, saxa jacere, posita habere, ut in tuum lapides provolvantur, ibique positi habeantur, indeque exportentur.*

L. IV. *Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si prædii fructus maxime in pecore consistat, prædii magis, quam personæ videtur. Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem præstari voluit: emptori vel hæredi non eadem præstabitur servitus.*

L. V. *Ergo secundum eum, et vindicari poterit.*

§. 1. *Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretæ eximendæ, calcisque coquendæ jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat, et Proculum et Atticilinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendæ, et cretæ eximendæ servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.*

L. VI. *Veluti si figulinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportaretur, sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant, vel tegulæ vel ad villam ædificandam. Sed si, ut vasa venirent, figulinæ exercerentur ususfructus erit.*

§. 1. *Item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendæ, et lapidis eximendi, et arenæ fodiendæ, ædificandi ejus gratia, quod in fundo est. Item sylvæ cæduæ, ut pedamenta in vineas non desinit. Quid ergo si prædiorum meliorem causam hæc faciant? Non est dubitandum quin servitutis sit. Et hoc et Mæcianus probat: in tantum ut et talem servitutem constitui posse putet, ut tugurium mihi habere liceret in tuo, scilicet, si habeam pascui servitutem, aut pecoris appellendi, ut si hyems ingruerit, habeam quo me recipiam.*

In hac lege ponuntur varia servitutum rusticarum exempla, quales sunt iter, via, aquæductus: hæ servitutes magis sunt necessariæ, propterea earum definitiones statim traduntur, quas exposui in *l. si tam angusti* 13. *de servit.* Si hæ per fundum vicini constituantur ratione prædii, servitutes rusticorum prædiorum dicuntur. Si constituantur ratione personæ, non sunt jura prædiala, sed personalia, quæ cum persona extinguuntur. Prædialia hæredem sequuntur et quemlibet possessorem. Iter plerumque est jus personæ non prædii, sed si respectu prædii concedatur, prædiale erit. Si respectu personæ concedatur, personam non transgreditur, *l. pater* 6. *de servit. leg.* Item *via* et *actus* nonnunquam sunt jura hominis, ut si quis legaverit usum viæ, aut actus, aut aquæ, is videtur jus tribuere personæ non prædio, et hoc significat nomen *usus*, *l.* 1. *de usufr. leg.* Idem dicendum est in aquæductu: nam si aquæductus constituatur per alienum fundum ad irrigandum vicinum fundum, erit jus prædii: potest tamen esse jus hominis, ut in *l. pen. h. t.* in cujus specie aquæductus est jus personæ, non prædii, et, ut lex ait, hæc aqua non transit in hæredes: in ea specie frater fratri legavit digitum aquæ, id est, digitalem fistulam, per quam duceret aquam ex suo fonte; non videtur, inquit lex, jus prædio constituisse, sed fratri. Quæro, cur in ea specie aquæductus non sit jus prædii? Hujus rei tres sunt rationes.

Prima hæc est, quia fratri concessit, et videtur affectu fratri constituisse, non prædio, ut in *l. pater* 6. *de servit. leg.* Id autem constituit per epistolam, quæ hic proponitur. Secunda ratio est, quia dixit χαρίζομαι. Ex his verbis apparet, id eum constituisse in fratris gratiam. Tertia est, quia dixit in epistola, ut quocunque tandem vellet, aquam duceret. Hoc confirmat *l.* 1. §. *præterea Labeo, de aqua quotid. et æst.* Labeo ait, hoc u-

terdictum pertinere ad aquarum ductus qui fundi non sunt; quia quocunque duci possunt. Ex eo loco apparet, eam aquam non esse fundi, quæ quocunque duci potest. Hoc etiam confirmat *l. usus* 21. *de usu et habit.* Proponit deinde in *l.* 1. alia exempla rusticarum servitutum, ut aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus calcis coquendæ, vel arenæ fodiendæ. Et hæc jura ita demum sunt prædialia, si respectu prediorum concedantur: nam possunt esse personalia; at tunc assumunt nomen usus vel ususfructus: nam his nominibus omne jus personale continetur, ut aquæ haustus est servitus personæ, et vocatur usus aquæ, *l. veluti* 6. *h. t. l.* 1. *de usufr. leg. et l. usus* 21. *de usu et habit.* Hæc igitur jura possunt esse personalia Primum videamus de aquæ haustu. Plerunque est jus personale, ut *l. Mela ait* §. *quidam. de aliment. legat.* Species istius §. hæc est: Quidam Titio legavit alimenta, quæstionis est, an videatur etiam aquam legasse, quæ ad victum maxime necessaria est? hoc solet quæri in provincia, ubi alimenta relicta sunt, ubi aqua venundari solet, ut in Ægypto et Africa. Ait Jurisconsultus, aquam relictam videri: et ideo si testator cisternas habeat, debet usus cisternæ alimentario præstari. Si testator non habuerit cisternas Jurisconsultus ait, in legato id contineri, quanto tibi esses aquam comparaturus. Deinde Jurisconsultus sic argumentatur. Aqua est jus prædii, ergo aqua non potest concedi, nisi ei, qui vicinum prædium habet, *l.* 1. *commun. præd.* At hic non habet vicinum prædium, ergo aqua inutiliter ei legata est. Respondet Jurisconsultus aquam personæ concessam videri, propterea non exigimus, ut et persona vicinam possessionem habeat. Sed notandum est, quædam verba, quæ ibi sunt perturbata, ita restitui debere: *Nam et haustus aquæ, ut appulsus pecoris ad aquam est servitus: personæ tamen ejus qui vicinus non est non inutiliter relinquitur.* Postremo lex ait, personæ posse etiam tribui, *jus gestandi*, id est, ut quis possit gestari per alienum fundum, voluptatis aut sanitatis gratia. Deinde ait, personæ, etiam concedi posse jus *uvas premendi in alieno torculari*, etiamsi is, cui hoc constituitur, non habeat vicinum prædium. Item *jus exprimendi in aliena area frumenti.* Hæc omnia respectu personæ concedi possunt. Dicamus nunc *de jure pascendi.* Est ne jus prædii, an hominis? Videndum est, cujus respectu tale jus sit constitutum. Ergo jus pascendi pecoris est jus prædii, si fructus prædii mei in pecore consistat, id est, si prædium meum sit ovile, aut caprile, aut hara *l. pecoris* 4. *h. t.* id est si per ea pecora fundus meus colatur, tunc qui jus pascendi concessit, videtur id concessisse in gratiam prædii mei, ut *l. item* 3. *h. t.* Dicendum nunc est de jure calcis coquendæ, vel arenæ fodiendæ: quæ jura sunt prædii, si prædium meum calce, creta, aut arena indigeat, *l. ergo* 5. *h. t.* Si hæc jura mihi cedantur, ut ex his quæstum faciam, tunc hæc jura conceduntur personæ non prædio, *l.* 6. §. 1. *h. t.* quæ ait, prædio talem servitutem imponi posse, ut mihi liceat in eo prædio habere tugurium: videlicet si habeam jus pascendi. Contra hanc sententiam, sic argumentor. Lex ait, hanc servitutem imponi posse, ut mihi in prædio liceat habere tugurium ut habeam quo me recipiam brumæ tempore. Contra. Superficies cedit solo, ut superimposita subjectis: itaque tugurii habendi servitus, non potest esse servitus, quia statim ut tugurium positum est, solo cedit, *l. hoc quod dictum* 25. *de servit. urb. præd. l. pen. com. divid.* Respondeo, in hac lege tugurium significare casam pastoralem, quæ mobilis et ductilis est: at quæ mobilia sunt et ductilia, non cedunt solo, *l. Titius*, *de acq. rer. dom. Tugurium* autem Gallis vocatur *un buron*, unde dicunt *il n'y a maison, ny buron.* Sequitur in *l.* 1. *traditio*, etc. Traditio, id est cessio, et patientia servitutum efficit, ut servitutes possideri quodammodo videantur. *Inducet officium Prætoris*, id est, efficiet ut hanc possessionem Prætor quasi possessoriis interdictis tueatur et defendat *l. ult. de servit. l. ego* 11. §. 1. *de Publ. in rem act.*

Ad L. II.

Rusticorum prædiorum servitutes sunt licere altius tollere, et officere prætorio vicini: vel cloacam habere licere per vicini domum vel prætorium, vel protectum habere licere.

In rusticis servitutibus computatur jus *altius tollendi*, *et officiendi prætorio vicini*: nam prætoria non sunt in urbe. Item jus cloacæ immittendæ in prætorium vel domum vicini: item jus protegendi, et habere protectum in vicini prætorium. Hæc jura, quæ plurimum sunt urbana, cum imponuntur prætoriis, sunt rustica. Colligamus ex hoc loco prætorium esse rusticum prædium: nam *prætorium* est pars villæ, quæ reservata est patrifam. et distat a villa rustica, elegantia, cultu et nitore: cultiores enim sunt ædes prætoriæ et elegantiores, pro agri modo. Pallad. *lib.* 1. *de re rust. c.* 8. Ac ita prætorium accipitur in *l. plenum* 12. *de usu et habit. l. Titia* 34. §. *Cajus*, *de legat.* 2. Sciendum autem est, hoc tantum placuisse Neratio auctori hujus legis. Nam et Neratius existimat, stabula et diversoria ruri ædificata, esse rustica prædia, *l. eo jure* 4. §. *stabula*, *in quibus cau. vel hypot. contrah.* In summa Neratius, in definiendis prædiis urbanis a rusticis, locum intuetur. Urbana vocat in urbe ædificata: rustica ruri ædificata. Ceteri contra sentiunt, et existimant spectandam esse

qualitatem et speciem prædii, non autem locum: ideo ceteris auctoribus prætorium est urbanum prædium, quia habet qualitetem et speciem urbani ædifici, *l. urbana prædia* 198. *de verb. sign.*

Ad §. 1. *Aquæductus et* §. 2. *Si aquæductus.*

§. 1. *Aquæductus et haustus aquæ per eundem locum ut ducatur, etiam pluribus concedi potest: potest etiam ut diversis diebus vel horis ducatur.*

§. 2. *Si aquæductus vel haustus aquæ sufficiens est, potest et plurib. per eundem locum concedi, et ut iisdem diebus vel horis ducatur.*

In hoc §. tractabitur, an una eademque servitus pluribus cedi possit simul aut separatim. In primis, iter, via, actus pluribus concedi potest per eundem locum, sive id fiat separatim, sive simul, *l. Lucio* 4. *de aq. quotid. et est*, *l. qui per certum* 15. *comm. præd.* Hoc etiam obtinet in urbanis servitutibus: nam jus altius tollendi pluribus cedi potest. Et si ædes meas tibi servas fecero, alii potero etiam servas facere. Item jus stillicidii, *d. l.* 15. Item jus aquæ haustus pluribus cedi potest. Sed an per eundem locum pluribus simul et separatim cedi poterit? Et placet posse, si dividatur temporibus, id est, ut ducant diversis diebus et horis, hoc ostenditur initio hujus §. Legendum est, *et* pro *vel*, *ut diversis diebus et horis*, *etc.* nec repetendum est, *potest.* Quæro, an possit aquæductus pluribus concedi ita, ut iisdem diebus vel horis aqua ducatur? Hac in re pugnare videtur cum hoc §. *l. in concedendo* 8. *de aq. et aq. pl. arc. l. aquam* 4. *C. de servit. et aq.* Ego sic distinguendum reor: aut aquæductus est sufficiens, aut non. Si sit sufficiens, pluribus cedi potest eodem tempore: hoc ait hic §. Quid si aquæductus non sit sufficiens? non potest alteri cedi, quin fiat injuria ei, cui primum concessit aquæductum; ideo ejus voluntas exquirenda est, an velit ut alteri cedam. Ita loquitur *d. l.* 8. *et l.* 4. Qui per eundem rivum aquam ducunt, rivales vocantur, *l.* 1. §. *si inter*, *l. hoc jure* 3. §. *pen. de aq. quotid. et æst.* si inter rivales non conveniat, quemadmodum aqua utantur, id est, quibus temporibus: hæc res deduci non potest in judicium directum communi dividundo. Nam est de rebus corporalibus quæ proprie dividuntur: jura divisionem non recipiunt. Ergo jura non cadunt sub directum judicium, sed dabitur utilis actio, ut dividatur aqua temporibus aut mensuris, *l. Lucio Titio* 4. *de aq. quotid. et æst. l. arbor.* §. *aquarum*, *com. div.* in quo §. hoc tantum quæritur, an iter aquæ veniat in judicio communi dividundo. Utitur lex hac distinctione: aut iter aquæ est ipsius fundi, aut separatum a fundo: si sit ipsius fundi communis, id est, si debeatur a fundo communi, non potest tunc dividi, quia id iter aquæ nostrum non est, sed vicini. Itaque inter nos non agemus de eo itinere dividundo. Quod si separatum sit a fundo, id est si non debeatur a fundo communi inter nos, sed aquæductum habeamus in fundo vicino, lex ita rursus distinguit: aquæ iter est divisum temporibus vel mensuris, ut digitis aut fistulis et tunc cessat judicium communi dividundo. Quod si non sit divisa aqua temporibus vel mensuris, lex ait dari utilem actionem familiæ erciscundæ inter cohæredes, inter alios socios communi dividundo.

Ad §. *ult. L. III.*

Qui habet haustum, iter quoque habere videtur ad hauriendum. Et (ut ait Neratius lib. 3. *membranarum sive ei jus hauriendi, et adeundi cessum sit, utrumque habebit: sive tantum hauriendi, inesse et aditum: sive tantum adeundi ad fontem, inesse et haustum. Hæc de haustu, et fonte privato. Ad flumen autem publicum, idem Neratius eodem libro scribit, iter debere cedi, haustum non oportere, et si quis tantum (haustum) cesserit, nihil eum agere.*

Lex tertia explicata est ad leg. 1. excepto §. *ult.* heic agitur de aquæ haustu. Id autem colligitur ex hoc §. qui habet aquæ haustum, tacite habere aditum ad hauriendum. Hoc etiam ostendit *l. Gaurus* 10. *sup. t. prox.* Ex diverso, si tibi concessero jus eundi ad fontem, tacite tibi concessisse videor aquæ haustum, ut heic. Ad flumen publicum aquæ haustus recte non conceditur: quia unusquisque potest jure suo aquam haurire ex flumine publico, quemadmodum et in eo piscari, et interdum aquam ducere, *l. quo minus* 2. *de flumin.* Recte tamen ceditur iter ad flumen publicum. Licet non sit privati juris, sed publici, tamen recte ceditur iter ad flumen, quemadmodum iter ceditur recte ad sepulchrum, *l.* 1. *si serv. vind. l. servitutes* §. 1. *de servit.* Ergo vindicari potest iter ad flumen publicum: nam si potest cedi, poterit etiam vindicari: quemadmodum iter, quod mihi cessum est ad sepulchrum. Hoc ostendit hic §. *l.* 3. juncto initio *l.* 5. *seq.* Utraque enim lex ejusdem libri, et ejusdem auctoris est. Ergo initium *l.* 5. jungendum huic §. Non aptari potest ad *l.* 4.

Ad L. IV. V. et VI.

Hæ LL. explicatæ sunt ad *l.* 1. In *l.* 4. *personam demonstravit.* Id est, personæ favere velle, non prædio.

Ad L. VII.

Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur. Jumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. Qui actum habet, et plaustrum ducere, et jumenta agere potest, sed trahendi lapidem, aut tignum neutri eorum jus est. Quidam nec hastam rectam ei ferre licere: quia neque eundi, neque agendi gratia id faceret, et possent fructus eo modo lædi. Qui viam habent, eundi, agendique jus habent: plerique et trahendi quoque, et rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat.

Initio hujus *l.* ponitur differentia inter iter, actum, et viam. Qui iter habet, sella vel lectica ire potest, id est, non tantum pedibus, sed et sella, vel lectica gestari potest. Sella in hoc loco est sella gestatoria, in quo dominus gestatur a servis, ut Sveton. in Vitellio cap. 16 *Lectica* etiam gestatoria est, et dicitur vel ἑξάφορον, vel ὀκτάφορον ut in *l. si ex toto* 8. §. *si ita legatum, de leg.* 1. legantur lecticarii octo, id est, ὀκτάφορον. Qui iter habet, potest etiam equo vehi, *l. inter actum* 12. *h. t.* Pecus tamen agere non potest: qui tamen actum habet, et jumenta ducere potest: ideo plus est in actu. Deinde hæc ponitur differentia inter actum et viam: qui iter aut actum habet, non potest tigna trahere vel lapides, non potest hastam rectam ferre, ne arbores et fructus lædat. Qui tamen viam habet, hæc omnia facere potest: potest etiam secundum plurium sententiam hastam rectam ferre, si modo fructus non lædat.

Ad §. ult. In rusticis.

In rusticis autem prædiis, impedit servitutem medium prædium, quod non servit.

Ex hoc §. colligitur, servitutem rusticam imponi non posse, interveniente libero prædio, quod non serviat, prædio autem alieno, non tuo, non meo: rerum naturam id non pati, *l. si prius* 17. §. *ult. de aq. et aq. plu. arc.* Diversum est in quibusdam urbanis servitutibus: nam hæ recte constituuntur, etiamsi intercedant liberæ ædes, ut jus altius tollendi, altius non tollendi, jus prospectus, nec interrumpuntur hæc jura interventu alieni prædii, quod non serviat, *l. si ædes* 32. *de servit. urb. præd. l. tria* 31. *h. t. l. in tradendis* 7. §. *interpositis, commun. præd. l. non solum* 8. *in princ. de nov. op. nun.* Aliæ autem servitutes urbanæ, prædii alieni interventu interrumpuntur, ut servitus stillicidii immittendi, projiciendi, et similes.

Ad L. VIII.

Viæ latiudo ex lege 12. tabularum in porrectum octo pedes habet: in anfractum, id est, ubi flexum est, sedecim.

In hac lege ostenditur, quæ sit legitima viæ latitudo: ea enim non est arbitraria: nam lege duodecim tabularum definita est, ut ostenditur in hac lege. *In porrectum*, id est, in directum octo pedes: in inflexum sedecim pedes constituit, ut vehicula circumagi commodius possint. Idem scripsit Varro *lib.* 6. *de lign. lat.* Idem etiam apparet ex *l. certo generi* 13. §. *latidudo, et l. via* 23. *hoc t. l. nam satis* 6. §. *ult. quemadm. servit. amit.* Itineris, actus latitudo non est legitima. Via etiam habet duas semitas, *d. l. nam satis.*

Ad L. IX.

Servitus aquæ ducendæ, vel hauriendæ nisi ex capite vel ex fonte, constitui non potest: hodie tamen ex quocumque loco constitui potest.

Sententia hujus legis hæc est: servitutem aquæductus vel aquæ haustus ipso jure non constitui, nisi ex fonte vel ex capite. *Caput aquæ* est, ubi aqua oritur, vel emergit, ideo scatebra est caput aquæ. Cur vero ipso jure non constituitur nisi ex fonte vel capite? Quia servitus perpetuam causam habere debet, *l. foramen* 28. *de servit. urban. præd.* Ceterum lex ait, receptum esse hodie, ut possint hæ servitutes constitui ex quocunque loco. An ergo ex stagno? an ex cisterna? an ex lacu, qui vivam aquam non habet? Minime *d. l. foramen.* Quid est igitur quod ait, *ex quocunque loco?* Videlicet, ex rivo vel ex castello, id est, ex receptaculo aquæ manantis ex fonte, *l.* 1. §. *permittitur, de aq. quotid. et æst.* Cur autem hoc receptum est? Quia prope est, ut videatur duci ex capite ea aqua, quæ ducitur ex rivo manante ex capite perenni.

Ad L. X.

Labeo ait, talem servitutem constitui posse, ut aquam quærere, et inventam ducere liceat: nam si liceat nondum ædificato ædificio servitutem constituere, quare non æque liceat nondum inventa aqua eandem constituere servitutem? Et si ut quærere liceat, cedere possumus: etiam ut inventa ducatur, cedi potest.

Sententia legis hæc est: servitutem aquæ ita constitui posse, ut liceat aquam quærere, et inventam ducere nam futuro etiam ædificio imponi servitus potest, vel acquiri. Cur ergo non licebit

futuram servitutem aquæ imponere? Hæc fuit sententia Labeonis. At Labeo existimabat, nondum inventa aqua non recte constitui iter aquæ: ideo merito a Paulo reprehensus est in *l. ult. si servit. vind.* Omnimodo igitur futura aqua quæri potest: nam de futuris luminibus caveri potest, ut dictum est supra.

Ad L. XI.

Per fundum, qui plurium est, jus mihi esse eundi, agendi, potest separatim cedi. Ergo subtili ratione non aliter meum fiet jus, quam si omnes cedant, et novissima demum cessione superiores omnes confirmabuntur. Benignius tamen dicetur, et antequam novissimus cesserit, eos, qui antea cesserunt, vetare uti cesso jure non posse.

Ut intelligatur hæc lex, repetendum est, quod sæpe diximus, unum ex dominis servitutem communi fundo imponere non posse, *l. unus de servit.* Si tamen omnes cedant nulla est dubitatio, præsertim si simul eam cedant. Dubitatur tamen quid juris sit, si separatim cedant servitutem: nam quæritur ex quo tempore videatur ea servitus prædio communi imposita esse, et vicino acquisita, an ex quo primus cessit, an ex quo novissimus? Lex ait, non videri acquisitam servitutem, nisi ex quo novissimus cessit. Ideo novissima cessio non retrotrahitur ad primam, sed prima trahitur ad postremam, quia ex postrema vicino jus acquisitum putamus, *l. ult. commun. præd.* Deinde hæc quæstio tractatur in hac lege, quid fiat, si unus ex dominis cesserit, alii autem nolint cedere, an is, qui mihi cessit ceteris non cedentibus, poterit me prohibere uti cesso jure? Minime. Nam si me prohibeat, repelletur exceptione pacti vel doli mali: quia cum cesserit servitutem, quantum in eo est, pati debet, ut heic. Huc pertinet *l. si quis* 10. *de evict.* quæ est ejusdem auctoris, et ex eodem libro. Ea lex ostendit, eum etiam, qui solus cessit servitutem et vendidit, teneri evictionis nomine ceteris non cedentibus, videlicet si se solum dominum finxerit. *Plurium est*, id est, communis pro indiviso.

Ad L. XII.

Inter actum et iter nonnulla est differentia. Iter est enim, qua quis pedes vel eques commeare potest: actus vero, ubi et armenta trajicere, et vehiculum ducere liceat.

Hæc lex, quid intersit inter iter et actum ostendit. Ista lex Modestini est ex libro 9. differentiarum. Ex tenore legis, quid in his libris Modestinus tractarit cognoscimus: id etiam apparet ex *l. inter stuprum* 101. *de verbor. signific.*

Ad L. XIII.

Certo generi agrorum acquiri servitus potest, veluti vineis, quod ea ad solum magis, quam ad superficiem pertinet. Ideo sublatis vineis, servitus manebit. Sed si in contrahenda servitute aliud actum erit, doli mali exceptio erit necessaria.

In hujus legis initio proponitur certo generi agrorum servitutem imponi posse, utpote vineis, campo frumentario. Genera enim agrorum superficie distinguuntur, id est, illis rebus, quæ in illis nascuntur. *Superficies* enim est, quod satum et plantatum est. Quæritur in hac lege: si imposita sit servitus vineis, an imposita videatur vineis et vitibus, an solo? Si imposita est superficiei, sublatis vitibus extinguitur. Vinearum appellatione vites significantur, §. *sed si gregis* 38. *Instit. de rer. divis.* At hic ostenditur, vineæ appellationem referri ad solum. Ideo, si imposita sit servitus vineis, videtur imposita solo: ac per hoc sublatis vitibus, manet servitus. Si id agatur ut vitibus imponatur, his sublatis ipso jure non finietur, sed obstabit exceptio pacti vel doli mali. *In contrahenda servitute.* Nota, quod ait, contrahi servitutem.

Ad §. 1. *Si totus*, §. 2. *Latitudo*, *et* §. 3. *Si locus.*

§. 1. *Si totus ager itineri aut actui servit domus in eo agro nihil facere potest, quo servitus impediatur, quæ ita diffusa est, ut omnes glebæ serviant. At si iter actusque sine ulla determinatione legatus est, modo determinabitur: et qua primum iter determinatum est, ea servitus constitit: ceteræ partes agri liberæ sunt. Igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet.*

§. 2. *Latitudo actus itinerisque ea est, quæ demonstrata est. Quod si nihil dictum est, hoc ab arbitro statuendum est. In via aliud juris est: nam si dicta latitudo non est, legitima debetur.*

§. 3. *Si locus, non adjecta latitudine, nominatus est, per eum qualibet ire poterit. Sin autem prætermissus est, æque latitudine non adjecta, per totum fundum una poterit eligi dumtaxat via ejus latitudinis, quæ lege comprehensa est. Pro quo ipso, si dubitabitur, arbitri officium invocandum est.*

In hoc §. tractatur de latitudine itineris, actus, viæ, et de parte, per quam hæc jura constituuntur. In primis autem dicendum est de itinere et actu. Si quis mihi cesserit vel legaverit iter, vel actum, non destinata parte fundi, totus fundus servit, ita ut omnes glebæ serviant, *l. si mihi* 21. *h. t. l. si cui* 9. *de servitutib.* Hoc casu, cum totus fundus

serviat, ipso jure ire agere licet per quamlibet partem: sed tamen eligenda est quædam pars fundi, per quam eatur, atque ita quodammodo coarctanda est servitus. Verum quæritur, cujus sit electio in determinanda parte. Hac in re constituenda est differentia inter contractus et ultimas voluntates: nam in contractibus is eligit, cui servitus cessa est, per quam velit ire agere, *d. l. si cui* 9. In legatis electio est hæredis, per quam partem servitutem velit constituere, *l. si via* 26. *h. t.* nisi hæc electio captiosa sit legatario: nam tunc non eliget. Si dubitetur an sit captiosa, arbiter adeundus erit, qui partem definiat. Nunc dicamus de latitudine, id est, qua latitudine ire, agere liceat. De ea ita in hoc §. distinguitur: aut latitudo demonstrata est a testatore, aut non. Si demonstrata est eam sequimur. Si non est demonstrata, constituitur ab arbitro, quia cum lex deficit, opus est arbitro qui definiat latitudinem. Hæc de itinere vel actu. De via distinguendum quoque est: aut demonstrata est, aut non. Si demonstrata est, hanc sequimur, *l. via constitui* 23. *h. t.* et legitimam latitudinem prætermittimus. Quod si non sit demonstrata, non invocamus arbitrum, quia legem duodecim tabul. habemus, quæ viæ latitudinem definit. de qua diximus in *l.* 8. *h. t.* Nunc dicamus de parte, per quam via constituitur. Pars fundi per quam via constituitur, appellatur locus. *Locus* enim proprie est particula fundi. *l. locus* 60. *de verb. sign.* Fundus est integrum aliquid. Ita vero distinguitur in hoc §. Aut pars fundi nominata est, per quam via esset, aut non. Si nominata sit pars, ea eundum erit; si non sit nominata, eligenda erit via ea latitudine, quæ lege definita est, et hoc casu eligetur per totum fundum. Et si de ea dubitetur, arbiter quoque adeundus erit. Denique lege deficiente, semper arbiter adeundus erit. Hæc est sententia hujus legis.

Ad L. XIV.

Per quem locum viam alii cessero, per eundem aquæductum alii cedere non potero. Sed et si aquæductum alii concessero, alii iter per eundem locum vendere, vel alias cedere non potero.

Quæstionis est, an per eundem locum pluribus una eademque servitus cedi possit? Hæc quæstio explicata fuit in *l.* 2. *sup.* Inde quæritur, an pluribus per eundem locum diversæ servitutes cedi possint? Et hæc est quæstio hujus *l.* et quidem si uni concessa sit via, alteri per eundem locum aquæductus inutiliter ceditur. Cur ita? Quia qui aquæductum habet officet itineri ejus, cui primum iter est concessum, nec per eundem locum unus iter, alter rivum habere potest. Sed quæritur, an saltem super iter alienum liceat *pontem* vel *arcum* facere aquæ ducendæ gratia? quod prima facie dicendum videtur: nam eo pacto iter impediri non videtur. Hoc etiam dicendum videtur alia ratione: nam supra alienum pontem alia aqua duci potest, *l. hoc jure* 3. §. *ult. de aq. quotid. et æst.* Ideo quæritur an supra iter alienum, ponte facto, aquam ducere possim. Et verius est, non posse, *l. supra iter* 11. *in princ. de aq. et aq. plu. arc.* Nam per quem locum uni cessum est iter, alteri aquæductus inutiliter ceditur. Itaque non poterit aquam ducere; nec opere arcuato facto aut ponte. At per eundem locum pluribus aquæductus concedi potest: et ideo supra rivum alienum pons construi potest aquæ ducendæ causa. Notandum etiam ex *hac l.* si uni sit concessa aqua, alteri per eundem locum iter cedi non posse; quæ est species conversa. Item supra rivum alienum alterum pontem fieri non posse itineris causa: potest alterius aquæ causa, *d. l. supra iter.*

Ad L. XV.

Q. Mutius scribit, cum iter aquæ vel quotidianæ vel æstivæ, vel quæ intervalla longiora habeat, per alienum fundum erit, licere fistulam suam, vel fictilem, vel cujuslibet generis in rivo ponere, quæ aquam latius exprimeret: et quod vellet in rivo facere licere, dum ne domino prædii aquagium deterius faceret.

In hac *l.* tractatur de servitute aquæ quotidianæ vel æstivæ. *Aqua quotidiana* est ea, quæ quotidie duci potest, id est, quæ ita constituta est, ut quotidie duci possit: *Æstiva* est, quæ æstate debetur, non hyeme. Est præterea aqua, quæ longiora intervalla habet: ea est, quæ exempli gratia, alternis annis ducitur, veluti quinto quoque anno. Nunc colligamus ex hac *l.* eum, cui aqua debetur, fistulam in rivo ponere posse, quæ latius aquam exprimat, si modus videlicet aquæ dictus non sit: ut puta si dictum non sit, ut digitus aquæ duceretur vel fistula. Fistula proprie est plumbea, ideo fistulæ separantur a tabulis fictilibus et canalibus qui lignei sint, *l.* 3. § *si quis, de rivis, l.* 1. §. *cloacæ, de cloac. l. et quamquam* 49. *de contrah. emption.* Pallad. *libro* 9. *cap.* 11. *de rupt. Cum ducenda est aqua, ducitur aut forma structili, aut plumbeis fistulis, aut canalibus ligneis, aut fictilibus tubis.* Vitruvius lib. 8. 7. Ceterum in hac *l.* fistulæ nomen generaliter accipitur, ut in *l. si prius* 17. §. *placuit, de aq. et aq. plu. arc.* Ex qua notandum est, moris fuisse ut aqua duceretur per fistulas, non per lapidem stratum: eodemque modo is, cui iter concessum est, non potest iter lapide sternere, *l. loci corpus* 4. §. *si quis si serv. vind.* Postremo ex hac l. notandum est, eum, cui aqua concessa est, ita aquam ducere posse, modo non faciat aquagium

deterius hoc vocabulo lex utitur : a Græcis ὑδραγώγιον dicitur, a Latinis aquæductus, *l. hoc jure* 3. § *is qui jus, et l. ult. de aq. quotid. et. æst.* Ita etiam appellatur in *l. si in partem* 9. *quemadm. servit. amit.* Sext. Pompe. aquagium, quasi aquæ agium, et *l.* 1. *de rivis.* Et qui aquam ducit, actor appellatur, *l.* 1. §. *illud Labeo, de aq. quotid. et æst.* Ex quibus apparet, aquam agi.

Ad. L. XVI.

D. Pius aucupibus ita rescripsit: οὐκ ἔστιν εὔλογον, ἀκόντων τῶν δεσποτῶν ὑμᾶς ἐν ἀλλοτρίοις χωρίοις ἰξεύειν, *id est:* Non est rationi consentaneum, ut per aliena prædia invitis dominis aucupium faciatis.

Non licet invito domino aucupari et venari in alieno agro: licet quidem, nisi dominus prohibeat. Hoc in loco invitum accipimus pro prohibente et contradicente, *l. quod enim* 3. *de acq. rer. dom.* Non licet etiam piscari in piscina vel lacu alieno, *l. injuriam* 13. §. *ult. de injur.* De flumine publico videamus, an quis prohibeatur in eo piscari? Minime. Si quis piscari velit ante ædes alienas vel prætorium prohiberi potest: sed qui aliquem prohibet piscari in flumine publico, tenetur injuriarum, *d.* §. *ult.* Notandum est tamen interdum prohiberi quem piscari in diverticulo fluminis, *l. si quisquam* 7. *de diver. et tempor. præscript.* videlicet si hoc obtinuero longa consuetudine. Et in ea lege, *pluribus annis* significari longum tempus. Opponitur l. *præscriptio* 45. *de usucap.* in qua lege ponitur hæc regula: *Exceptionem longi temporis nihil valere ad obtinenda loca jure gentium publica.* Hujus regulæ in ea lege duo ponuntur exempla: unum, si quis ædificaverit in litore, et dirutum sit funditus ædificium: nam is non potest alium eum locum occupantem prohibere præscriptione longi temporis: nam in eo loco diruto ædificio nihil juris habet. Alterum exemplum est, si quis longo tempore piscatus sit in diverticulo fluminis: nam hic non potest alium prohibere. Lex *si quisquam* est Martiani ex *lib.* 3. *Instit.* in quo libro Martianus scripsit, eum, qui ædificat in litore, ædificii esse dominum, quandiu manet, diruto autem ædificio dominum esse desinere, *l. in tantum* 6. *de rer. divis.* Eodem libro Martianus scripsit, eum, qui piscatus est in diverticulo fluminis longo tempore, alterum eodem jure uti prohibere. Quod sic accipiendum est, si adhuc eo jure utatur, id est, si piscari non desierit, et maneat in possessione piscandi, et eodem semper jure utatur: nam si desierit piscari, alterum prohibere non potest eo jure uti: sicut diruto ædificio, soli dominus esse desinit: ita etiam si cesset piscari, jus hoc prohibendi ammittit. Ita accipienda est *l. ult. de usucap.* ut ex his apparet, nam ea proponit regulam, deinde duo exempla. Ut autem posterius exemplum priori sit simile, necesse est fingamus, eum desiisse piscari: et ita amisisse jus prohibendi. Hæc autem interpretatio, quæ verissima est, fuit Joannis, quæ ab interpretibus non est intellecta, et tradita ab Accursio in d. l. 7.

Ad L. XVII.

Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt aquam de flumine publico pro modo possessionum ad irrigandos agros dividi oportere, nisi proprio quis jure plus sibi datum ostenderit. Item rescripserunt, aquam ita demum permitti duci, si sine injuria alterius id fiat.

Sciendum est, ex flumine publico unicuique permissum esse aquam haurire, *l. item sic* 3. §. *ult. h. t.* Sed quæstionis est, an etiam unicuique liceat aquam ducere ex flumine publico? Et traditum est, aquæductum etiam permissum esse ex flumine publico, dummodo ea aqua non sit in usu publico, id est flumen non sit navigabile: nam si flumen sit navigabile, aqua duci non potest: aut per hoc, aliud fiat navigabile, *l. quo minus* 2. *de flumin. l. si autem* 10. §. *ult. de aq. et aq. plu. arc.* quæ ait: prætorem non concedere aquæductum ex flumine navigabili, aut eo, ex quo aliud fiat navigabile. Hoc autem non ita est accipiendum, ut Prætoris sit aquam dare, aut prohibere: nam hoc est principis: Sed ideo lex hoc dicit, quia Prætor edicto pollicetur, se tuiturum eos, qui jure aquam ducunt, *l. aquam* 4. *C. de servitut. et aq.* alioqui licet aquam ducere ad irrigandos agros suos, et aquandi pecoris causa, vel amœnitatis causa, ut ait *l. hoc jure*, 3. *de aq. quotid. et æst.* Et huc pertinet lex ista. *Proprio jure*, id est, privilegio aliquo. Notandum autem est, privilegia principum ita dari, ut nulli sint fraudi et damno, *l. ex facto* 43. *de vulg. et pupill. substit. l. pen. de natal. restit.* Propterea ita hæc aqua ducenda est, ut nemini fiat injuria. Notandum est etiam, ita demum aquam duci, si id non prohibeat princeps, aut senatus, ut ait *d. l.* 2. plerunque enim princeps flumen sibi vindicat, et constructis aquæductibus vult id publicis aquæductibus servire. Et ex his aquæductibus, vel ex flumine serviente aquæductibus, non potest aqua duci, nisi nominatim concessa sit a principe, aut vendita. Aquæ dandæ jus soli principi hodie competit, quam dat vel ex capite, vel rivo, vel castello, *l.* 1. §. *permittitur, de aq. quotid. et æst.* Jus aquæ dandæ olim erat apud Ædiles: permissum etiam aliquando fuit censoribus. Frontin. in *lib. de aquæduct.* Hodie tamen hoc jus soli principi competit, ut ait idem Frontin. Ager, qui irrigatur aqua publica, non impetrata a prin-

cipe, publicatur, *l.* 2. *C. de aquæduct.* Item cautum fuisse edicto D. Nervæ Frontinus ait, ne duci possit caduca aqua. Ea autem est, quæ abundat ex castello. Id fit, quoniam publice interest, eam fluere. Et hoc pertinet ad salubritatem urbis, et utilitatem cloacarum abluendarum.

Ad L. XVIII.

Una est via, etsi per plures fundos imponatur, cum una servitus sit. Denique quæritur, an si per unum fundum iero, per alium non, per tantum tempus, quanto servitus amittitur, an retineam servitutem? Et magis est, ut aut tota amittatur, aut tota retineatur. Ideoque si nullo usus sum, tota amittitur: si vel uno, tota servatur.

Sententia hujus legis hæc est, unam esse viam, unam servitutem, quæ per plures fundos uni debetur. Pluralitas enim servitutum non æstimatur ex fundis servientibus, nec tot sunt servitutes, quot sunt fundi servientes, ex fundis dominantibus. Ideo si plures fundi uni fundo serviant, una est servitus: at si unus fundus pluribus serviat, plures sunt servitutes. Ex eo sequitur hanc viam retineri vel usurpari per plures fundos, etiamsi quis non ierit nisi per unum fundum; quia una est semper via, hoc ostendit ista lex. Eodem modo, si per unum fundum uni fundo via debeatur, ea retinetur, modo si is, cui ea debetur, usus sit aliqua ex parte, *l. si stillicidii* 8. §. *ult. et l. si in partem* 9. *quemadm. servit. amit. l.* 8. §. *ult. si serv. vindic. Aut tota retineatur.* Quia cum una sit servitus, dividi non potest. Ergo, aut in totum amittitur, aut usurpatur.

Ad L. XIX.

Si unus ex sociis stipuletur iter ad communem fundum, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest: sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt: quia ita dari eis potest a te: ne si stipulator viæ plures hæredes reliquerit, inutilis stipulatio fiat.

Unus ex sociis frustra servitutem stipulatur ad fundum communem: omnes quidem stipulari possunt, sed non unus. Ratio hæc est, quia dari, id est cedi ei servitus non potest. At inutilis est stipulatio, ex qua inutiliter agitur. Similis ratio ponitur in *l. liber* 103. §. 1. *de verbor. oblig.* Quinimo, si quis stipulatus sit servitutem fundo suo, eo communicato, stipulatio extinguitur, quoniam non potest pro parte ex stipulatu agere, *l. pro parte* 11. *de servit.* Diversum est, si omnes socii stipulati sint, tunc enim utilis est: nec refert, an simul, an separatim stipulati sint. Item, si servus communis stipulatus sit servitutem, quæritur, quemadmodum acturi sint singuli, an agent pro parte? Minime. Quia servitus individua est. Singuli igitur servitutem petent actione ex stipulatu. Movetur hac ratione juris: nam si non possunt singuli agere in solidum, si stipulator vita decesserit pluribus relictis hæredibus, singuli non possunt agere in solidum, quod tamen falsum est: nam singuli hæredes agunt in solidum, *l. viæ* 17. *de servit.* Hujus quæstionis summa hæc est. Unus ex sociis servitutem acquirere vel imponere non potest. Item, unus ex sociis servitutem stipulari aut promittere non potest. Tertio, unus ex sociis servitutem acquirere vel remittere non potest. Quarto, qui suo fundo stipulatus est servitutem, fundo communicato stipulationem corrumpit: nam ea non transit in emptorem, id est, eum, qui suam partem ex venditione communicavit. Quinto, qui suo fundo stipulatus est servitutem, pluribus relictis hæredibus, non vitiat stipulationem, quia in eos transit stipulatio. Sexto et ultimo, qui suo fundo acquisivit servitutem, eo communicato, servitutem non extinguit, nam servitus pro parte retineri potest. Huic legi obstat lex 2. *et l.* 5. *de servit. leg.* lex ait, servum communem recte stipulari servitutem ad fundum dominorum: lex 5. ait, servo non recte legari servitutem ad fundum dominorum. Existimo, idque omnes interpretes sequuntur, hac in re separanda esse legata a stipulationibus. Nam servo communi ad fundum dominorum promitti servitus potest, legari vero non potest, nam in legatis spectatur persona servi, non domini: et ideo, si cedente die legati liber inveniatur servus, sibi acquiret legatum. Hoc autem legatum non potest acquirere, quia fundum domini non habet. In stipulatione autem spectatur persona domini, et statim stipulatio domini per servum acquiritur. Est hæc differentia inter legata et stipulationes: in stipulatione spectamus præsens contractus tempus: in legatis non item, sed tempus cessionis, id est quo cedunt ea legata, non quo relinquuntur. Ex eo sequitur, ut servus hæreditarius non possit stipulari usumfr. etiam sub conditione, quia jacente hæreditate nulla est persona: quæ frui possit, *l. ususfructus* 26. *de stipulat. serv.* secus est in legato: nam servo hæreditario recte legatur ususfr. si præsens tempus spectes, non recte legatur, *d. l. ususfr.* Præterea ex eo colligitur, si filiusfam. sub conditione stipulatus sit, et ea pendente, emancipatus sit, patri competit actio, non filio, quia præsens tempus spectatur, *l. si filiusf.* 78. *de verb. obligat. l. qui legata* 18. *et l. non omne* 144. *de reg. jur.* Diversum est in legatis: nam si sub conditione relinquatur filio, et pendente conditione emancipatus sit

filius, sibi acquirit legatum. Item conditionalis stipulatio transmittitur ad hæredem, quia ex præsenti tempore vires accipit. Conditionale legatum non transmittitur ad hæredem, quia nondum cessit. At in legatis cessionis tempus spectatur, §. *ex conditionali*, *Inst. de verb. oblig.* Sic in proposito nostro, servus recte stipulatur servitutem ad fundum domini, et statim ea stipulatio domino prodest; non tamen recte legatur servitus servo ad fundum domini. Et in summa sciendum est, ita demum posse relinqui servo, si cum domino sit testamenti factio, id est, si dominus sit capax: servo non recte relinquitur, si cum domino non sit testamenti factio, *l. servus hæreditarius*, *d. l. non minus* 31. *de hæredib. instit.* Sed hæc quanquam ita sint, tamen quæ relinquuntur, ex persona servi valent, si ei servo facto libero competere possunt: ideoque legatum servitutis ad fundum domini non valet, quia libero facto competere non potest, quia fundum domini non habet. Postremo, servo eadem ratione recte legatur res domini, quia liber factus potest capere legatum, ipsi tamen domino non recte res sua legatur, *l. debitor* 82. §. *servo*, *de leg.* 2. Denique quod domino legari non potest, plerunque servo ejus recte legatur, et contra.

Ad L. XX. XXI. XXII. et XXIII.

Leges istæ facile intelligi possunt ex his, quæ dicta sunt supra. *L.* 21. explicata est ad legem 13. item *L.* 23. quam etiam vide ad *l.* 6. §. 1. *inf. tit. ult. h. lib.*

Ad L. XXIV.

Ex meo aquæductu, Labeo scribit, cuilibet posse me vicino commodare: Proculus contra, ut ne in meam partem fundi aliam, quam ad quam servitus acquisita sit, uti ea possit. Proculi sententia verior est.

Sciendum est, aquæductum in fundo serviente mutari vel transferri non posse, id est, per aliam partem duci non posse quam per eam qua consuevit: argumentum est ex *l. si cui simplicius* 9. *de servit.* aliud argumentum est ex *l.* 2. *C. de servit.* Non modus prædiorum, sed servitus, id est, non pro modo prædiorum quolibet aquam ducere licet, sed quo primum acquisitum est, eo demum aquam ducere licet. Et hæc est terminus aquæductus. Ex eo sequitur, me non posse ex meo aquæductu alii aquam accommodare: nam hoc fieri non potest, quin aquæductus distrahatur. Et hac in re merito reprehenditur Labeo a Proculo, qui dicebat jus esse aquam accommodandi, et refertur sententia Labeonis non tantum in hac l. sed et in *l.* 1. §. *Labeo*, *de aq. quotid. et æst.* Qui §. videtur pugnare cum hac lege, nisi dicamus, ibi proponi sententiam Labeonis, quæ hic a Proculo reprehenditur.

Ad L. XXX.

Qui duo prædia habebat, in unius venditi ne aquam, quæ in fundo nascebatur, et circa eam aquam late decem pedes exceperat. Quæsitum est, utrum dominium loci ad eum pertineat, an ut per eum locum accedere possit? Respondit: si ita recepisset, circa eam aquam late pedes decem iter duntaxat videri venditoris esse.

Pertinet etiam ad hanc quæstionem *l. qui duo prædia* 30. *h. t.* Hujus species hæc est: quidam habebat duo prædia confinia, summum et imum, superius et inferius, vel altum et humile: vendidit prædium superius ea lege, ut liceret emptori sulcum aquarium facere, aquæ derivandæ causa in imum fundum, vel exsiccandi sui prædii empti causa. Sulci aquarii sunt per quos aqua collecta educitur elicibus, et appellantur ἕλικος in *l.* 1. *item Sabinus*, *de aq. et aq. plu. arc.* Quæ vox Latina est, et ea sæpe usus est Columella, dicta ab eliciendis aquis: nam et eadem forma Aquilices sunt, qui periti sunt aquarum eliciendarum, *l. ult. de jur. immun. et August. l.* 3. *contra Marcionem.* Quæstionis est, si emptor ex alio deinde fundo aquam acciperet, an eam possit in imum fundum immittere et derivare? Respondit JC. inferiorem fundum de superiore defluentes aquas non recipere, nisi superioris fundi siccandi gratia: igitur recipiet aquam ex conventione, quæ ibi imbribus colligitur et excrescit, non cogetur autem aquam recipere, quam emptor ex alieno fundo accipit: nam ea non fuit lex servitutis.

Ad L. XXXIII.

Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus et Sejanus, et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Sejanus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alteri per alterum aquam ducere liceret, recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit.

Huc etiam pertinet *l. cum essent* §. *per plurium h. t.* Ex initio hujus legis hoc colligitur, lege vel pacto divisionis quæ traditione sumpserit effectum, servitutem constitui posse: nam potest etiam servitus constitui lege venditionis. Ergo constituetur et in pacto divisionis, quia divisio vicem obtinet emptionis, *l.* 1. *C. commun. utr. jud.* Potest etiam ser-

vitus constitui lege permutationis, cujus etiam vicem divisio obtinet, *l. cum pater* 77. §. *hæreditatem* 18 *de leg.* 2 Quinimo, divisio proximior est permutationi, quam emptioni: permutatio non fit solo consensu, sed traditione, *l.* 3. *C. de rer. permut.* Sic etiam divisio non fit nisi traditione, non nudo pacto, *l. divisionis* 45. *de pact.* Sic igitur concludamus: quamvis divisio proprie non sit contractus: tamen pacta, quæ adjiciuntur divisioni rerum, utilia sunt ad agendum, modo adjiciantur ex continenti; et omnino pacta, quæ adjiciuntur quibuslibet traditionibus rerum, pariunt actionem, *l. in traditionibus*, *sup. de pact.* Et hinc notandum est, quod et dictum est supra in *l. via constitui* 23. §. *ult. h. t.* legendum esse, *divisionis jure*, pro, *divisi jure.* Ait: *tradimus*: nam necessaria est traditio. *Maxime*: id dicit quoniam pactum sufficit.

Ad §. 1. *Per plurium.*

§. 1. *Per plurium prædia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino, poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus, et hoc concedi solet, quamvis nullum prædium ipsum sibi servire: neque servitutis fructus constitui potest.*

Ex §. *per plurium* id colligitur, eum, qui ducit aquam per plurium prædia, nemini eorum ex rivo aquæ haustum largiri posse, quia servitus servitutis esse non potest, *l.* 1. *de usufr. leg.* et ideo in servitute, quæ mihi competit, non possum alii jus constituere, ut in aquæductu non possum aquæ haustum constituere, ne videatur aquæ ductus aquæhaustum debere, id est, ne videatur servitus servitutem debere. Item, quia domini prædiorum in re sua servitutem habere non possunt: quia nemini prædium suum servire potest. Lex tamen ait, id effici posse pactis vel stipulationibus, ut is videlicet cui aquæductus ceditur, possit ex rivo aquæ haustum cedere eis per quorum rivos aqua ducetur, *l. Labeo* 2. *de rivis.* Ita vero non constituetur aquæ haustus, nec servitus, sed pacto et stipulatione id consequemur, ut liceat nobis dominis prædiorum, per quæ aqua ducitur, aquæ haustum cedere. Legendum est: *duci*, pro *ducis.* Et sic loquitur *l. refectionis* 11. *commun. præd. Servitutis fructus.* Perperam quidam legunt: *servitus fructus.* Dicitur ususfructus itineris, actus, viæ, etc. in *l.* 1. *de usufr. leg.* Leges 25. 26. usque ad l. 37. inclusive facile intelligi possunt ex his, quæ dicta sunt supra.

Ad L. XXXVII.

Flumine interveniente via constitui potest si aut vado transiri potest, aut pontem habeat. Diversum, si pontonibus trajiciatur. Hæc ita, si per unius prædia flumen currat, alioquin si tua prædia mihi vicina sint, deinde flumen, deinde Titii prædia, deinde via publica, in quam iter mihi acquiri, volo, dispiciamus ne nihil vetet a te mihi viam dari usque ad flumen, deinde a Titio usque ad viam publicam. Sed videamus num etsi tu eorum prædiorum dominus sis, qua trans flumen intra viam publicam sint, idem juris sit: quia via consummari solet, vel civitate tenus, vel usque ad viam publicam, vel usque ad flumen, in quo pontonibus trajiciatur, vel usque ad proprium aliud ejusdem domini prædium. Quod si est, non videtur interrumpi servitus, quamvis inter ejusdem domini prædia flumen publicum intercedat.

Ut intelligatur hæc lex, sciendum est, quatuor esse viarum genera: est via publica, vicinalis, agraria (et hæc tria genera sunt publicarum viarum) est etiam via privata, et hæc privata est servitus viæ. Hæc genera viarum ponuntur in *l. ult. de loc. et itin. publ. l. prætor ait* 2. §. *viarum* 22. *ne quid in loco publ.* et §. *item si putator*, *Instit. de leg. Aquil.* et ibi Theop. Describuntur etiam hæc genera viarum a Siculo Flacco in lib. de limitibus agr. *Via publica* est ea, quæ dicitur militaris et prætoria et consularis, regalis a Siculo Flacco. Viæ publicæ *consummari* solent (hoc enim verbo lex utitur) usque ad urbes, vel ad usque mare, vel usque ad flumen publicum, vel usque ad aliquam viam publicam. *Vicinales viæ* sunt, quæ ducunt in vicos: eas etiam dicunt publicas, quia universo populo iter præstant. Et hæ consumantur vel usque ad aliam viam publicam, vel sine exitu intermoriuntur. *Via agraria*, quæ etiam publica dicitur ratione prædicta, et hæc a via publica dirigitur in villas vel colonias. Postremo est *via privata* et hæc est servitus, et non præbet iter omnibus, sed ei cui concessa est: ideo privata dicitur: et consummatur vel usque ad civitatem, vel usque ad aliud prædium proprium domini ut ait hæc lex ultima. Cur ait *ad aliud proprium prædium*? quia commune prædium nobis servire non potest, *l. si unus* 19. *sup. h. t.* Consummatur etiam usque ad viam publicam, vel etiam usque ad flumen, quod pontonibus trajicitur. *Pontones* sunt naves trajiciendis fluminib. aptæ. Apulejus lib. 3. *de asino aureo.* Aut ergo flumen trajicimus vado aut pontonibus. Nunc proponatur quæstio hujus l. An flumen publicum impediat et interrumpat servitutem viæ, si videlicet inter media fluat præ-

dia? Lex ita distinguit: aut flumen transiri potest vado, vel pontem habet, et tunc non obstat servituti viæ, non magis quam locus publicus, *l. si prius* 17. §. *si via, et* §. *si non, de aq. et aq. plu. arc.* Diversum est, si flumen trajiciatur pontonibus, id est, fluminis magnitudo transeuntibus impedimento sit. Itaque interveniente tali flumine, omnis videtur interrupta servitus viæ. Et hoc est, quod proponitur initio. *Si per unius prædia*, id est, si per unius domini prædia flumen fluat: vel, si inter unius domini prædia flumen fluat. Virgil.

Et via secta per ambas. Et paulo post:
In morem fluminis actus. Lib. 1. Georg.

Videndum est igitur quid juris sit, si duorum dominorum prædia flumen interfluat: finge: fundus tuus fundo meo est vicinus, deinde ultra tuum fundum est flumen publicum, deinde ultra flumen est fundus Titii, atque ita flumen duorum dominorum prædia interfluit; deinde est via publica: ego volo in eam viam pergere per fundum tuum et fundum Titii; quæritur an interventu fluminis via constitui possit: peto ut mihi viam cedas, an potero hoc facere? Lex ait, posse: nam tu mihi viam cedes usque ad flumen publicum, et inibi consummabitur. Porro Titius mihi viam cedet usque ad viam publicam: ideo duplici cessione, hoc est tua et Titii, mihi via acquiretur. Nunc ait JC. Si ita via cedi potest, flumine duorum prædia intercurrente, cur non poterit cedi ejusdem domini prædia flumine interfluente? Si potest uno modo via cedi, potest et altero. Concludit igitur JC. posse viam cedi, etiam si flumen unius domini prædium intercurrat, quamvis tale sit flumen, ut trajiciatur pontonibus. *Alioquin*: id est, ceterum, ut sæpe accipitur in libris nostris, nec hic significet absurdum, quod ceterum etiam aliquando significat. *Intra*, id est, citra, quod notat Gellius.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. IV. Communia prædiorum, etc.

Ad L. I.

Ædificia, urbana quidem prædia appellamus. Ceterum etsi in villa ædificia sint, æque servitutes urbanorum prædiorum constitui possunt.

§. 1. *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis constitui non possunt: nemo enim potest servitutem acquirere vel urbani, vel rustici prædii, nisi qui habet prædium.*

Quæro in primis, quid hic titulus distet a generali titulo *de servitutibus?* In titulo de servitutibus, propositæ sunt species servitutum, et ea, quæ pertinebant ad substantiam servitutis: item modi, quibus servitutes constituuntur, et hæc procemia quædam sunt ad quæstiones de servitutibus. Deinde separatim tractatum est de servitutibus urbanis, et de rusticis. Nunc datur titulus in quo traduntur ea, quæ communia sunt urbanorum et rusticorum prædiorum. Sic in Codice post tit. *de legat. et fideicomm.* datur titulus, *commun. de legat.* Eadem ratione datur titulus Cod. *commun. utr. judic.* Et, *commun. de usucap.* Et, *commun. de manumiss.* Explicatis igitur propriis singularum servitutum, dantur communia. Et statim in l. 1. hoc traditur, esse commune omnium servitutum, ut acquiri non possint nisi ab his, qui prædia habent, quod satis perspicuum est. Hæc enim jura sunt prædiorum, non hominum: ideo ratione prædiorum homines acquirunt, et extinctis personis, quibus hæc jura cessa sunt non extinguuntur hæc jure, ideo non sunt personalia.

Ad L. II.

De aqua per rotam tollenda ex flumine, vel haurienda, vel si quis servitutem castello imposuerit, quidam dubitaverunt, ne hæ servitutes non essent: sed rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adjicitur, licet servitus jure non valuit, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo, sibi hoc jus acquisiit, tuendum esse eum, qui hoc jus possedit.

Hujus legis quæstio valde est obscura, et ei locus esse potest non solum in agro, sed etiam in urbe, et in hac tractatur de aquæ haustu et flumine. Lex non ait ex flumine publico, nam qui ad flumen publicum aquæ haustum cedit, nihil agit: et ideo tractatur de flumine privato, *l. item sic* 3. *in fin. de servit. rust. præd.* Sunt enim quædam privata flumina, *l.* 1. §. 1. *de flumin. l. nemo* 4. *in fin. de rer. divis.* Omnia pene flumina publica sunt: ideo ait, *pene*, quia quædam sunt privata. Aquæ haustus, est jus prædii non personæ, *l. si mihi eodem* 20. *in fin. de servit. rust. præd.* Hoc vero ita procedit, si aqua hauriatur urnis, aut urceis, aut situlis aquariis, vel aliis vasibus ad aquam hauriendam accommodatis. Quid autem fiet, si aqua hauriatur machinis aut organis? Machinæ quibus hauritur aqua, hæ sunt, quæ etiam hodie sunt in usu, rota, tympanum, cochlea, Vitruvius lib. 10. c. 9. et 21. Qui locus valde notandus est, nam sine eo hæc lex intelligi non potest. Quæstio ergo legis est, quid

juris sit, si aqua hauriatur his machinis. His hodie utuntur, qui ædificare volunt in flumine, ut exinaniant flumina, et his exprimitur magna vis aquæ: aquam alte tollunt, non recta linea. Finge igitur: Mihi concessisti jus mihi esse ex tuo proprio flumine aquam haurire per machinas, ut puta per rotam. Quæro, an tale jus hauriendæ aquæ sit servitus et imponi possit? Constat personæ hoc jus tribui. Nihil enim est, quod non possit personæ acquiri pacto et stipulatione, modo id sit honestum. Sed quæritur, an acquiratur prædio? Hæc est quæstio. Altera, an castello hæc servitus imponi possit? Castellum plerumque significat receptaculum aquæ publicæ, *l. 1. §. hoc interdictum*, 39. *de acq. quotid. et æst.* Inde etiam veteribus, is, qui præerat castellariæ aquæ, dicebatur castellarius. Marianus lib. 4. Topographiæ urbis Romæ monumentum adfert, in quo ostendit, eum qui præest castellis publicis, *Castellarium* vocari. Castellum significat conceptaculum, vel receptaculum aquæ privatæ: sic etiam in *l. fistulas* 78. *de contrah. empt. l. fundi* 17. *§. castella, l. si venditor* 38. *de act. emp. l. fistulam* 19. *de servit. urb. præd.* Sed hoc in loco, *castellum*, est immissarium sive receptaculum aquæ, quæ sublata altius per rotam, ad imum revertens in id castellum influit atque diffunditur: atque ita castellum accipit Vitruvius lib. 10. c. 7. Quæstio est, in ejusmodi castello sive immissario an servitus imponi possit, vel acquiri? *Tollenda*, id est: altius tollenda, ut ait Vitruvius loco citato, vel haurienda per tympanum. Nam ut idem Vitruvius scribit: Tympanum aquam non altius tollit, sed exhaurit expeditissime magnam multitudinem. Quæstio igitur est, an hæ servitutes sint? Respondet: ipso jure servitutem non esse. Cur ita? Nam vix est, ut prædia tanta aqua indigeant, ut adhiberi machinas oporteat: at servitutes ipso jure constitui non possunt ultra quam opus sit ad prædia. Hæc est sententia *l. ergo* 5. *in fi. de serv. rust. præd.* Alia ratio est: quia aquæ haustus ipso jure non recte ceditur ex castello, quia castellum perpetuam causam non habet, sed cedi debet, ex capite aquæ haustus. Ex capite, id est, ex origine. Respondet tamen Jurisconsultus, hæc jura tuitione Prætoris defendi ex rescripto D. Antonini: nam et hodie receptum est, ut quocunque loco servitus constitui possit, *l. servitus* 9. *de serv. rust. præd. Jure*, id est, ipso jure.

Lex III. et IV. apertæ sunt.

Ad L. V.

Proprium solum vendo: an servitutem talem injungere possim, ut mihi et vicino serviat? Similiter si commune solum vendo, ut mihi et socio serviat, an consequi possim? Respondi, servitutem recipere nisi sibi nemo potest: adjectio itaque vicini, pro supervacuo habenda est ita ut tota servitus ad eum qui recéperit, pertineat. Solum autem commune vendendo, ut mihi et socio serviat, efficere non possum, quia per unum socium communi solo servitus acquiri non potest.

Cum hac lege, quæ est Jaboleni, conjungenda est *l. fundus* 64. *de contrah. emp.* Utraque est ejusdem auctoris et ex eodem libro. Illud in primis notandum est, liberum hominem frustra alteri stipulari, atque ita reus stipulandi non est, qui ita stipulatur, quia inanis est stipulatio. Reus tamen promittendi est, qui pro altero promittit, ut fidejussor. Hæc differentia ex Ælio Gallo a Sexto Pompejo traditur in verbo, *Reus*. Præterea liber homo frustra emit et paciscitur alteri, *l. quo tutela* 73. *de reg. jur. l. stipulatio ista* 38. *§. alteri, de verb. oblig. l. quæcunque* 11. *de oblig. et act.* Sed quæro, quid sit juris, si sibi quis fundum emat, et alteri, utrum in totum an in partem consistit emptio, an omnino non consistit, et prorsus inutilis est? Respondeo in totum consistere emptionem: nam alterius mentio circumscribitur, alterius persona inutilis et supervacua est, ac proinde est, ac si sibi soli emisset, *l. fundus* 64. *de contrah. empt.* Idem est, si quis in vendendo fundo sibi et alteri servitutem exceperit: nam alterius adjectio pro supervacua habetur, ideo sibi soli servitutem excipit ut heic. Sed quæritur quid juris sit, si quis in vendendo fundo communi, sibi et socio servitutem exceperit? Et hoc quidem facile expediri potest. Inutilis est exceptio, quia per unum ex sociis servitus acquiri non potest. *Receperit*, id est, exceperit, ut sæpe in libris nostris. Sed quæro quid juris sit, si quis stipulatus sit, *sibi et alteri fundum tradi*, an æque dicemus, alterius mentionem removendam et circumscribendum esse? Sic videtur. Et ideo stipulatori in solidum competit actio, circumscripta mentione alterius: nam hæc stipulatio, *fundum tradi*, non potest dividi, ut *l. stipulationes non dividuntur* 72. *de verb. obligat.* Diversum est, si quis stipulatus sit *summas*: nam summarum stipulationes dividi possunt. Ideo si quis stipulatus sit *sibi et Titio decem*, non poterit petere nisi quinque §. *quod si quis, Instit. de inutil. stipul. l. si mihi* 110. *de verbor. obligat.* Ratio hæc est: nam qui stipulatur *sibi et Titio decem*, una decem communiter stipulatur, id est, non sentit, ut una decem dentur quemadmodum cum testator legat Titio et Gajo decem, *l. eum qui* 56. *de verbor. oblig.* Idem ostendit *l. si quis testamento* 79. *de legat.* 1. Ergo cum summæ deductæ sunt, alter cujus mentio facta est in stipulatione, partem facit.

Ad L. VI.

Si quis duas habeat ædes, et alteras tradat potest legem traditioni dicere, ut vel istæ quæ non traduntur, servæ sint his, quæ traduntur: vel contra, ut traditæ retentis ædibus serviant. Parvique refert, vicinæ sint ambæ ædes an non. Idem erit et in prædiis rusticis: nam et si quis duos fundos habeat, alium alii potest servum facere tradendo. Duas autem ædes simul tradendo, non potest efficere alteras alteri servas: quia neque acquirere alienis ædibus servitutem, neque imponere potest.

§. 1. *Si quis partem ædium tradet, vel partem fundi, non potest servitutem imponere, quia per partes servitus imponi non potest, sed nec acquiri. Plane si divisit fundum regionibus, et sic partem tradidit pro diviso, potest alterutri servitutem imponere, quia non est pars fundi, sed fundus. Quod et in ædibus potest dici, si dominus pariete medio ædificato, unam domum in duabus domibus accipi debet.*

§. 2. *Item si duo homines binas ædes communes habeamus, simul tradendo, idem efficere possumus, ac si ego solus proprias binas ædes haberem. Sed et si separatim tradiderimus, idem fiet, sic tamen ut novissima traditio efficiat etiam præcedentem traditionem efficacem.*

§. 3. *Si tamen alteræ unius propriæ sint ædes, alteræ communes, neutris servitutem vel acquirere vel imponere me posse Pompon. lib. 8. ex Sabino scripsit.*

§. 4. *Si in venditione quis dixerit, servas fore ædes quas vendidit, necesse non habet liberas tradere. Quare vel suis ædibus eas servas facere potest, vel vicino concedere servitutem, scilicet ante traditionem. Plane si Titio servas fore dixit, si quidem Titio servitutem concesserit, absolutum est: si vero alii concesserit, ex empto tenebitur. A quo non abhorret, quod Marcellus lib. 6. Digestorum scribit: si quis in tradendo dixerit fundum Titio servire, cum ei non serviret, esset autem obligatus venditor Titio ad servitutem præstandam, an agere possit ex vendito, ut emptor servitutem imponi patiatur prædio, quod mercatus est: magisque putat permittendum agere. Idemque ait, et si possit venditor Titio servitutem vendere, æque agere permittendum. Hæc ita demum, si recipiendæ servitutis gratia, id in traditione expressum est. Ceterum si quis (inquit) veritus, ne servitus Titio debeatur, ideo hoc excepit, non erit ex vendito actio, si nullam servitutem promisit.*

Ex initio hujus legis colligitur, pacto traditionis et lege servitutem constitui posse: ideo, qui binas, ædes habet, unas tradendo, alteras servas alteris efficere potest, idque lex traditionis facit. Ut autem hoc intelligatur esse commune omnium prædiorum, lex ait, idem esse in prædiis rusticis: idem ostendit *l. 3. hoc tit.* Quæro quid juris sit, si qui binas ædes habet, eas simul tradat, nec ullas retineat, an in tradendo poterit alteras alteris servas facere? Lex ait in §. 1. non posse, ne videatur alienis ædibus servitutem acquirere. Huic sententiæ opponitur *l. si cum duas* 8. *h. t.* quæ aperte ait contra quod hic dicimus. Distinguendum est: aut simul quis ædes tradit, aut separatim eodem tamen momento. Si simul tradat vel uni vel pluribus communi nomine ementibus: hoc casu alteras alteri servas efficere non potest, ne videatur alienis ædibus servitutem acquirere. Quod si separatim tradat, eodem tamen momento, utputa, uni unas, alteri, alteras, hoc casu confestim potest alterutris ædibus servitutem imponere vel acquirere, quia tunc videtur suis ædibus acquirere, non alienis: nam id facit ante peractas traditiones. Inde hoc colligendum est, posse me meis ædibus servitutem imponere vel acquirere, etiamsi statim eas traditurus sim, et dominium earum statim a me discessurum sit. Atque ita accipienda est *d. l. si cum duas.* Nam ibi duas ædes simul duobus non tradidit, sed separatim. Hæc de ædibus traditis. Nunc dicamus de parte ædium, vel parte prædii. Adhibenda est distinctio: aut tradita est pars pro diviso aut pro indiviso si pro indiviso tradita sit alterutri parti, non potest servitus acquiri vel imponi. Ratio nota est, quia servitus constitui non potest pro parte indivisa, *l. pro parte* 11. *de servit.* Quid tamen, si pars tradatur pro diviso? Tunc certum est, recte servitutem constitui in alterutra parte: quia non videtur servitus constitui pro parte: nam pars divisa jam proprie pars non est, sed totum, *l. recte dicimus* 25. *de verb. signif.* Et hæc sententia hujus §. Hæc hactenus dicta sunt de uno domino, qui duo aut plura prædia habet. Videamus nunc quid juris sit, si plures sint domini binarum ædium pro indiviso: quæro, an possint alteras ædes tradendo eam legem traditioni dicere, quam dicit is qui binas ædes solus habet? Hoc explicatur in §. *item si duo.* In quo ostenditur, idem esse in pluribus dominis, quod in uno. Ergo quod uni datur, datur pluribus dominis. Parum etiam refert, an simul eas tradant, an separatim quia utroque casu valet servitus. Ceterum novissima domini traditio confirmat priorem, neque ut quis tradidit servitus constituta est, sed posterior est expectanda, *l. per fundum* 11. *de servit. rust. præd.* ideo non videtur unus recte constituisse servitutem nisi denuo alter cedat, et hæc retrotrahitur. Quare exspectatur posterior cessio: quia per unum ex sociis servitus imponi vel acquiri non potest. Ex hac regula hoc etiam efficitur in hoc §. ut, si sint duæ ædes, alteræ propriæ, alteræ communes, non possit quis propriis

communibus servas facere, aut communes propriis, quoniam unus ex dominis imponere servitutem non potest. Potest quis contra hanc sententiam argumentari: prædium commune servire potest proprio, vel contra. *l. si communi* 27. *de serv. rust. præd.* Cur ergo non licebit ædes proprias communibus servas facere, vel contra? Respondeo: proprium prædium communi servire potest, vel e contra, si ante communionem prædii acquisita sit servitus: post communionem autem hoc fieri non potest. Sic etiam ante communionem servitus pro parte retinetur a fundo postea communicato: post communionem vero per partem servitus acquiri non potest, *l. ut pomum* 8. §. 1. *de servit.* Ergo facilius retinentur servitutes, quam acquiruntur. Quod etiam observatur in plerisque juris articulis, ut furiosus, post furorem matrimonium contrahere non potest, sed contractum non dissolvitur. Quæritur nunc quid fiat si quis in tradendo non dixit, *ædes servas fore,* sed in vendendo, et ædes non sint servæ. Eas servas facere potest, quia dixit fore servas, quamvis liberæ fuerint: Potest etiam ante traditionem cedere et servas facere, non autem post traditionem, quia traditione alienæ fiunt. Quæro quid juris sit, si per errorem aut oblivionem eas liberas tradiderit? Hoc casu dabitur ei actio ex vendito, in hoc ut patiatur emptor servitutem imponi, aut ipse imponat, *l. si tibi* 8. *de act. emp. l. si binarum* 35. *de servit. urb. præd.* Nunc videamus, quid juris sit, si in vendendo dixerit *ædes servas esse*, an si liberæ fuerint, eas servas efficere poterit? Minime, quia cum ait *servas fore,* jus sibi reservat: non cum ait, servas esse, *l. scribit.* 34. §. *idem scribit de auro et arg. leg.* Rursus quæritur, quid fiet, si in vendendo servas ædes nec eas esse servas dixerit, nec fore dolo malo? Placet hoc casu dari actionem quanto minoris, id est, quanto minoris emisset si scivisset ædes servas esse, vel actionem ex empto. Actio ex empto datur in id, quod interest, ædes liberas traditas non esse, *l. quoties* 61. *de ædil. edic. l. quæro* 39. *de act. emp.* Explicanda hic est species ejus *l. quæro.* In ea callidus quidam venditor ita dixit, cum nollet exprimere servitutes, quas sciebat certis personis deberi: *servitutes si quæ debentur, debebuntur*: venditor hic tenetur ex empto in id quod interest; quia generalis ille sermo, *servitutes, si quæ debentur debebuntur*, non pertinet nisi ad ea, quæ venditor non novit, non etiam ad ea, quæ novit, et quæ specialiter exprimere potuit et debuit. Deinde quæritur in hoc §. quid juris sit si quis dixerit in vendendo ædes, *ædes Sejo servas fore?* Et constat, eum posse Sejo cedere servitutem et vendere, idque *absolutum est*, id est nullam controversiam aut quæstionem habet. Quid si aliis cedat, quam Sejo? Hoc casu tenetur actione ex empto in id quod interest. Interest enim nostra, ut potius huic quam illi ædes nostræ serviant. Quid tamen est, si dixerit, *Titio servas fore*, et liberas tradiderit? Placet hoc casu dari actionem ex vendito, in hoc, ut Titio cedatur servitus ab emptore, *d. l. si binarum.* Quid tamen est, si dixerit, *Titio ædes servire?* Hoc casu, si non serviant Titio, non poterit eas Titio servas efficere, uno casu excepto, videlicet, nisi excipiendæ servitutis animum habuerit: tunc enim perinde est, ac si dixisset, ædes Titio servas fore, forsitan obligatus erat Titio ad præstandam servitutem. Postremo quæritur, quid fiat, si dixerit, *Titio ædes servire*, et aliis serviant? Hoc casu tenebitur ex empto, in id quod interest, ut in specie *l. minor* 39. §. *ult. de evict.* in qua minor vendidit fundum et dixit, in eo usumfructum esse Titii, qui erat Gaii. Ait, tunc dari actionem ex empto. Obstat tamen huic sententiæ *l. fundum* 7. *de act. emp.* quæ ait, nihil referre, cujus ususfructus fuerit, id est, ejus quem dixit, vel alius. Distinguendum est: aut venditor detraxit usumfructum, aut non. Si detraxit usumfructum quamvis adjiecerit, *usumfructum esse Titii*, non tenebitur si alterius sit ususfructus: ideo quamdiu vivet is, quem nominavit, pati debet emptor, ut ususfructus alienus sit. At in *l. minor* non deduxit usumfructum, sed simpliciter dixit, *usumfructum esse Titii*, cujus si non fuerit, sed alterius, non effugit venditor actionem ex empto. Quid fiet, si generaliter quis dixerit, *ædes suas servas fore*, *aut servire*, nec servitutem specialiter declaraverit: vel quid, si generaliter exceperit servitutem, nec dixerit, quam exciperet, an dicemus, nihil actum esse? Prima specie hoc videtur dicendum, quia incertum est, quæ servitus sit excepta: an dicemus: omnem servitutem exceptam videri? Sic loquitur *l. in tradendis* 7. *h. t.* Sic etiam omni obligationi fidejussor accedere potest, *l.* 1. §. *ostendimus, de suspect. tutor. l.* 1. *de fidejussor.* Verius est, cujusque generis servitutem volet, exceptam videri. Hæ duæ sententiæ referuntur a Jureconsulto in *d. l. in tradendis*, quæ verior sit, non dicitur. Sed quoties Jurisconsultus duas proponit sententias, eam semper probat, quam posteriore loco ponit.

Ad L. VII.

In tradendis unis ædibus ab eo, qui binas habet, species servitutis exprimenda est: ne, si generaliter servire dictum erit, aut nihil valeat, quia incertum sit, quæ servitus excepta sit, aut omnis servitus imponi debeat.

§. 1. *Interpositis quoque alienis ædibus imponi potest, veluti ut altius tollere, vel non tollere liceat, vel etiam si iter debeatur, ut ita convales-*

cat, si mediis ædibus servitus postea imposita fuerit. Siculi per plurium prædia servitus imponi etiam diversis temporibus potest, quamquam dici potest, si tria prædia continua habeam, et extremum tibi tradam, vel tuo, vel meis prædiis servitutem acquiri posse. Si vero extremo, quod retineam, quia et medium meum sit servitutem consistere. Sed si rursus, aut id cui acquisita sit servitus aut medium alienavero, interpellari eum, donec medio prædio servitus imponatur.

Ut intelligatur sententia hujus §. sciendum est, interposito fundo alieno, servitutem rusticam impediri, videlicet si fundus alienus interpositus non serviat, *l. qui sella* 7. §. *ult. de serv. tut. rusticor. præd.* Hæc obtinet in fundo, in rusticis servitutibus. Quid juris est, in ædibus urbanis, et servitutibus urbanis? Quædam sunt in his, quæ recte imponuntur interpositis alienis ædibus, aut servitus altius tollendi, et altius non tollendi, *l. si ædes* 32. *et l. seq. de servit. urban. præd.* Ergo interpositis alienis ædibus, quædam servitutes urbanæ recte constituuntur, ut servitus, ne prospectui officiatur. Et recte dixi: *quædam.* Nam omnes ita recte non constituuntur, ut iter in urbe constitui non potest interpositis alienis ædibus. Hinc notandum est, iter esse urbanam servitutem aliquando, ut ostendit hic §. *et l. qui per certum* 15. *h. t.* Ceterum ait hic §. servitutem itineris confirmari et convalescere, si postea acquiratur iter per medias ædes. Igitur interpositæ mediæ ædes non extinguuntur servitutem, sed interpellant et impediunt. Hoc est commune omnium servitutum, ut possint per plurium prædia diversis temporibus cedi. Itaque si mihi hoc tempore ulterior vicinus iter cesserit, proximior poterit postea cedere, *l. si prius* 17. §. *ult. de ad. et aq. plu. arc.* Hoc ostenditur initio hujus §. Verum, ut hæc intelligantur, fingenda est hæc species: tres sunt fundi continui et adjecti, id est, ex ordine locati, *l. tria prædia* 31. *de servit. rust. præd.* ubi quidam legunt, *objecta*, sed legendum est, *adjecta*, ut *l. prædia* 27. §. *ult. de instr. et instrum. leg.* primus, secundus, tertius. Primus extremus dicitur, secundus medius, tertius etiam extremus. Ab utraque parte est unus fundus, qui dicitur extremus. Non dicemus tamen, duo esse extrema, vel medium esse inter duo extrema, nunquam enim ita loquitur Cicero, nec alii probati auctores. Videamus nunc, quo modo his fundis, acquiri servitus possit. Si extremum fundum vendidero, et tradidero, et duos retinuero, servitus acquiri potest fundo tradito, et retentis meis acquiri servitus, et hoc nullam dubitationem habet. Sed quæritur, an possit acquiri servitus fundo extremo, quem retineo? Resp. potest: nam nihil obstat medius fundus, cum ille medius fundus sit meus. Quid tamen, si fundum extremum alienavero postea, cui servitus acquisita est? Tunc apparet servitutem interrumpi, quoniam emptori medius fundus non servit, et interpellatur servitus, donec imponatur medio fundo a venditore. Item quæri potest, si hoc eodem casu ego alienavero medium fundum, hoc etiam casu interpellatur servitus, donec emptor mihi cedat per medium fundum eandem servitutem. Nam alienato fundo medio non possum uti servitute. (*Eam*, legendum est, non *Eum.*)

Lex 8. explicata est ad leg. 6. hoc tit.

Ad L. IX.

Si ei, cujus prædium mihi serviebat, hæres exstiti et eam hæreditatem tibi vendidi, restitui in pristinum statum servitus debet: quia id agitur, ut quasi tu hæres videaris extitisse.

Plures sunt casus, in quibus servitutes, quæ ipso jure amissæ sunt, restituuntur. Unus est in *l. in omnibus* 18. *de servit.* Alius est in *l. si locus* 14. *quemadm. servit. amitt.* Tertius in *l. unus* 34. §. *ult. cum l. seq. de servit. rust. præd.* Quartus est in h. l. cui etiam adjungenda est *l. venditor* 2. §. *pen. de hæred. vend.* Casus hic est: is, cujus prædium mihi serviebat, me hæredem fecit: ego hæreditatem adivi: aditione, sublata est servitus et confusa. Postea vero ego hæreditatem vendidi. Quid agit, qui hæreditatem vendit? Ut is, qui emit, videatur hæres extitisse, non is, qui vendit, ut penitus emptor succedat in locum hæredis, patiaturque actiones hæreditarias, et intendat. Hoc etiam agitur, ut pristina servitus hæredi restituatur, et ideo restituenda erit actione ex vendito. Reliquæ *ll.* usque ad *l. ult.* pendent ex superioribus.

Ad L. XX.

Receptum est, ut plures domini et non pariter cedentes servitutes imponant, vel acquirant: ut tamen ex novissimo actu etiam superiores, confirmentur, perindeque sit, atque si eodem tempore omnes cessissent: et ideo, si is, qui primus cessit, vel defunctus sit, vel alio genere, vel alio modo partem suam alienaverit, post deinde socius cesserit, nihil agetur. Cum enim postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur: sed perinde habetur, atque si post, cum postremus cedat, omnes cessissent. Igitur rursus hic actus pendebit, donec novus socius cedat. Idem juris est, et si uni ex dominis cedatur, deinde in persona socii aliquid horum acciderit. Ergo et ex diverso, si ei qui non cessit, aliquid tale eorum contigerit, ex integro omnes cedere debebunt. Tantum enim tempus eis remissum est, quo dare facere possunt,

vel diversis temporibus possint. Et ideo non potest uni vel unus cedere. Idemque dicendum est et si alter cedat, alter leget servitutes: nam si omnes socii legent servitutes, et pariter eorum adeatur hæreditas: potest dici utile esse legatum, si diversis temporibus, inutiliter dies legati cedit: nec enim sicut viventium, ita et defunctorum actus suspendi receptum est.

In hac l. ponitur initio hæc regula, quæ jam sæpe a me proposita est: unus ex sociis non potest servitutem imponere, vel acquirere, omnes possunt, idque vel simul vel separatim. Et hoc quæstionem non habet. Possunt etiam separatim, id est, diversis temporibus. At cum diversis temporibus id faciunt, novissimus actus priores confirmat, et videtur servitus constituta, ex quo novissimus cessit: nam primæ cessiones ad novissimum tempus cessionis trahuntur, postremæ ad primum non retrahuntur, ut heic in princ. *Et non pariter*, id est, etiam separatim cedentes. *Vel acquirant*, etiamsi eis separatim cedatur. *Eodem tempore*, id est, eo, quo ultimus cedit, non quo primus. Nam primæ cessiones, ut dixi, ad postremam trahuntur, non contra. Ex ea definitione in hac lege multa colliguntur Finge: fundum communem habemus, tu solus Titio cessisti servitutem per fundum communem, deinde priusquam ego eandem cederem, tu vita decessisti relicto hærede: vel etiam tu deinde, priusquam cederem Titio, partem tuam alienasti, ita novum socium mihi adjunxisti hæredem tuum, vel emptorem. Quæro si ego postea cessero, an tua prior cessio confirmetur? Minime: nam si postea cessero, nihil egi. Cur ita? Quia quo tempore ego cedo, verum est, meum socium non cessisse, id est eum, qui tunc est meus socius. Ergo mea cessio est in suspenso, donec meus socius cesserit eandem servitutem, quia mea cessio extincta est, interveniente novo socio. Hoc ostenditur his verbis; *Et ideo*, etc. *Non retro*, id est, ex quo primus cessit. Hic autem est, postremus, si comparetur cum defuncto; est primus si comparetur cum hærede vel emptore, novo socio. Igitur novi socii exspectanda est cessio. *Idem juris.* Ut hoc intelligatur, sciendum est, in superiore exemplo actum fuisse de imponenda servitute fundo communi. Hic additur exemplum de acquirenda servitute fundo communi. Finge: ego et tu fundum communem habemus: tibi cessa est servitus, vicinus tibi cessit servitutem communem fundo communi: priusquam mihi quoque cessa sit, nulla est, et nihil agitur. Ceterum priusquam mihi ea servitus cederetur, tu vita decedis, vel partem vendis, itaque novum socium mihi relinquis. Quæro, si postea eadem servitus mihi cedatur, an videatur acquisita fundo communi? Quod posset quis prima facie existimare. Negat tamen lex, acquisitam esse servitutem communem fundo communi: nam rursus cedenda novo socio, id est, hæredi vel emptori. Hoc ostenditur his verbis: *idem juris in persona socii*, id est, in persona ejus, cui cessio facta est.

Ad verb. Ergo et ex adverso.

Ex his verbis apparet, in hac parte poni diversam speciem. Sed qua in re sit diversa videndum est. In priore specie decessit, vel alienavit partem suam is qui cessit, vel is, cui cessa est: in hac autem specie, quæ diversa est: mortuus est, vel alienavit is, qui non cessit, vel etiam is, cui cessa servitus non est. Proponenda autem est hæc species: ego et tu fundum communem habemus pro indiviso: tu cessisti servitutem, quantum in te est: ego priusquam cederem servitutem eandem, defunctus sum, vel partem meam abalienavi, quam in fundo communi habebam, deinde successor meus cessit eandem servitutem. Quæstio est, an prior cessio confirmata sit: respondet, non esse. Et ita concludit, successoris cessionem esse in suspenso, donec tu iterum cesseris: necesse igitur est, ut tu iterum cedas, quia novum socium nactus es. Idem est prorsus si tu, aut si tibi cessa est servitus, et deinde ego decessero priusquam mihi cedatur. *Tale contigerit*, id est, mors, vel alienatio. *Tantum enim tempus.* Ratio obscura, legendum est: *qui dare facere possint*: *Dare*, hoc est cedere servitutem; ut *l. si unus* 16. *de ser. rust. præd. Facere* autem est pati, ut is, cui cessa est servitus, ea utatur: nam et qui patitur, facit, ut et qui abstinet, ut in *l. stipulationem* 2. §. *item, de verb. obl.* notat Accurs. Is autem, qui debet servitutem, non tantum cedere cogitur sed etiam pati, *l. quoties* 15. §. *ult. de serv.* Ergo dare et facere cogitur, qui servitutem debet. Quæro nunc, quis sit hujus rationis sensus, ut sociis hoc tantum datum sit, et tempus remissum sit, ut simul cogantur cedere, vel ut non simul eis cedi oporteat, et ut possint cedere diversis temporibus: ceterum tamdiu possunt cedere diversis temporibus, quamdiu, et simul uno eodemque momento si vellent cedere, possent, quod hoc exemplo aperte demonstratur: sumus duo socii, ego et tu: si tu prior cessisti postea ego cedam, conjunguntur cessiones, et novissima priorem confirmat. At quid fiet, si prior cessisti, deinde vita decedis, et ego postea cedam? Non conjunguntur cessiones hoc casu, quia quo tempore ego cedo, non potes mecum cedere, quia vel decessisti, vel alienasti, ideoque expectanda est cessio ejus, qui in tuam partem successit; et si cesserit, mea cessio conjungetur ejus cessioni, sed tua abrupta est interveniente novo socio. *Idemque dicendum est.* Cessiones sunt actus viventium: legata actus morientium.

De cessione dictum, sequitur nunc de legatis. Sententia hæc est, ut novissima cessio primam confirmat. Sic etiam novissimum legatum primam cessionem confirmat, hoc est, quod ait: *idemque etc.* Sed quid fiet, si uterque socius eandem leget servitutem? Ait, potest eo modo legatario acquiri servitus. Ut hoc intelligatur, explicandum est, quando dies legati cedat: Tunc cedit, cum legatum incipit deberi, *l. cedere diem* 213. *de verb. sig.* Ergo non cedit, nisi ab adita hæreditate, quia ante aditam hæreditatem non est qui legata debeat. Ita etiam cedere diem legati accipitur in *l. si fundum* 5. *de serv. leg.* Notandum in fine hujus legis pro *decessisset*, legendum, *dies cessisset.* Quod ad transmissionem legati cedit ex alia die, nempe a morte testatoris ex jure antiquo, quod probatum est a Justiniano in *t. de cad. toll.* Nunc redeamus ad quæstionem propositam: aut uterque hære simul adiit hæreditatem, aut separatim. Si simul adeat uterque acquiretur servitus recte legatario, quoniam dies legati utiliter cedit: nam simul adeunt hæreditatem. Quid fiet si separatim adeant, ut si unus adeat, alter non adeat? Hoc casu servitus acquiri non potest, quia dies legati inutiliter cessit. Voluntates autem defunctorum non possunt esse in suspenso, nec expectant futuram aditionem: quo ergo tempore unus adiit, legatum effectum habere non potuit, qui alter non adierat: nec alter postea adeundo efficere potest ut valeat legatum, quia suspendi non possunt voluntates morientium. Diversum est in actibus viventium, quia hi suspendi possunt, quia superstites sunt, qui huic rei assensum præbent, et hanc rem volunt. Hoc etiam indicat *l. cum pater* 77. *de legat.* 2. Idem ergo dicendum est, si unus legaverit servitutem, alter cesserit post aditionem: hac enim cessione nihil agitur. Quia legati existentia non potest suspendi.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Tit. V. de servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

Ad L. I. II. et III.

L. I. *Actiones de servitutibus rusticis, sive urbanis, eorum sunt, quorum prædia sunt. Sepulchra autem nostri dominii non sunt. Atquin viam ad sepulchrum possumus vindicare.*

L. II. *De servitutibus in rem actiones competunt nobis ad exemplum earum, quæ ad usumfructum pertinent, tam confessoria, quam negatoria: confessoria ei, qui servitutes sibi competere contendit: negatoria domino qui negat.*

§. 1. *Hæc autem in rem actio confessoria nulli alii, quam domino fundi competit: servitutem enim nemo vindicare potest: quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi.*

§. 2. *Recte Neratius scribit, si medii loci ususfructus legetur, iter quoque sequi, per ea scilicet loca fundi, per quæ qui usumfructum cessit, constitueret; quatenus est ad fruendum necessarium, namque sciendum est, iter quod fruendi gratia fructuario præstatur, non esse servitutem: neque enim potest soli fructuario servitus deberi. Sed si fundo debeatur, et ipse fructuarius ea utetur.*

§. 3. *Pomponius dicit, fructuarium interdicto de itinere uti posse, si hoc anno usus est: alibi enim de jure, id est, in confessoria actione: alibi de facto, ut in hoc interdicto, quæritur, quod et Julianus liber 48. Digestorum scribit. Pro sententia Juliani facit quod Labeo scribit, etiamsi testator usus sit, qui legavit usumfructum, debere utile interdictum fructuario dari, quemadmodum hæredi vel emptori competunt hæc interdicta.*

L. III. *Sed et si partem fundi quis emerit, idem dicendum est.*

In hoc tit. agitur de actionibus, quibus, servitutes vindicantur, vel libertates. Hæ autem dantur dominis prædiorum, ut in *l.* 1. *hic.* Sed id non est perpetuum: nam plerunque vindicatio servitutis non domino competit: iter enim ad flumen publicum vindicari potest, licet flumen publicum non sit privati juris, *l. si prius* 17. *in fi. de aq. plu. arc. l. item sic* 3. §. *ult. de serv. rust. præd* conjuncto initio *l. ergo* 5. *ejusd. tit.* Sic etiam iter ad sepulchrum vindicari potest, sepulchrum tamen non est nostri dominii, *l. servitutes* 14. §. *servitus, de servit.* Duplex autem est actio, quæ de servitute competit, confessoria et negatoria, ut apparet ex tituli inscriptione. *Confessoria* est, quæ ei datur, qui profitetur et affirmat servitutem sibi competere, aut prædio suo: dicitur *confessoria* quasi affirmativa. Alia ratione confessoria actio dicitur ea, quæ datur adversus reum confitentem, ut *l. inde Neratius* 23. §. *ult. et l. proinde* 25. §. 1. *ad l. Aquil.* Hoc in loco tamen confiteri est affirmare. *Negatoria* autem actio datur domino, qui negat vicino servitutem competere. Hac actione vindicatur libertas, confessoria actione vindicatur servitus: hæc autem negatoria dicitur negativa in §. *æque Instit. de act. l. ut frui, si ususfr. petat.* Dicitur etiam actio contraria, *l. sicuti* 8. *h. t.* Quia datur ex contrario confessoriæ, *d.* §. *æque*. Eadem ratione

actiones contrariæ, quæ opponuntur directis, nomen acceperunt. Ideo enim vocantur contrariæ, quod dantur ex contrario, *l. si autem* 8. *et l. ult. de negot. gest.* Utraque autem actio est de servitute, ut dicitur in *l.* 2. *h. t.* Quoniam una servitus asseritur, altera negatur: cur dicit, eas actiones dari ad exemplum earum quæ ad usumfructum pertinent? Nam de usufructu competit actio confessoria et negatoria: an quia prius inventæ sunt actiones de usufructu? Minime, sed quia ab Ulpiano ejus legis auctore, prius tractatæ sunt actiones de usufructu, tum confessoria, tum negatoria. Prius autem eum tractasse apparet ex *l. utifrui* 5. *si ususfruct. pet.* quæ ex eodem libro sumpta est: nunc videndum est, si quis agat, *jus non esse vicino altius ædes tollere*, utrum sit actio confessoria, an negatoria? Ex formula verborum videtur negatoria, propter negationem; ex re tamen ipsa videtur confessoria: distinguendum est: aut suo jure quis ædes altius tollit, aut non. Si suo jure tollat, et vicinus agat, *jus ei non esse ædes altius tollendi*, confessoria est actio, quia adserit sibi servitutem: hoc ostendit *l. loci* 4. §. *competit*, *et* §. *ult. h. t.* Et hoc est, quod sentit Justin. in *d.* §. *æque.* Ubi Justin. jus altius non tollendi ponit inter exempla negatoriæ actionis. Sic etiam, ubi quis agit suo jure sibi licere ædes suas altius tollere, negatoria est actio, *d.* §. *competit*, negat enim suas ædes servire. At si contendat, jure servitutis, id est, jure cesso licere sibi ædes suas altius tollere, confessoria est actio. Ita jus altius tollendi aliquando est actio confessoria, aliquando negatoria. Ergo hoc restat, de servitutibus agi dupliciter. Hic notandum est, duas esse differentias inter actiones servitutum, et actiones in rem rerum corporalium. Prima hæc est, de servitutibus competit actio confessoria et negatoria: de corporibus nulla est prodita actio negatoria, sed agitur tantum confessoria, *d.* §. *æque.* Ratio differentiæ hæc est, quia qui agit, de suo jure contendere debet, alioqui nihil agit, *l. utifrui*, *sup. si ususfruct. petat.* qui de alieno jure agit, nihil agit, multo minus agit qui de nullo jure agit. Is autem qui negat rem corporalem esse adversarii, id est, qui agit negative, de suo jure non agit: ergo nihil agit. Eum vero de suo jure non agere apparet ex his: ego qui ago, aut rem corporalem possideo, aut non: si non possideo rem corporalem, et ajo, rem tuam non esse, de jure meo non ago: nam licet dicam rem corporalem tuam non esse, non ideo efficio meam esse, quia potest esse nec tua, nec mea. At cum res corporalis, quæ a te possidetur, nec mea, nec tua est, tu me vincere debes, quia possides: me autem vincis eo jure, quo in pari causa possessores potiores sunt, *l. in pari causa* 171. *de reg. jur. et d. l. utifrui.* Quod si possideo rem corporalem, stulte ita ago: ajo, rem tuam non esse: nam sic agendo nullum jus mihi assero. Huc pertinet lex *si inter*, *de except. rei jud.* Species hæc est: judex acceptus inter me et te pronuntiavit, *rem meam non esse*, de jure tuo non pronuntiat. Huc etiam pertinet *l. sed etsi*, *de jurejur.* Ego te deferente juravi rem tuam non esse, amissa possessione, an dabitur mihi actio in factum ex jurejurando? Minime, quia qui jurat rem alterius non esse, de suo jure non jurat: at qui jurat rem suam esse, de suo jure jurat, *l. Pomponius* 40. §. *sed et is*, *de procurat.* Ex his efficitur, eum qui negat rem corporalem adversarii esse, de suo jure non contendere, propterea nulla talis est actio. Diversum est in servitutibus: nam is, qui agit negatoria, nempe jus vicino non esse eundi, de suo jure contendit, nempe de libertate prædii sui, et vi ipsa hoc dicit, prædium suum esse a servitute liberum. Theophil. in *d.* §. *æque.* Ex hac differentia sequitur alia: corpora non vindicat is, qui possidet vel tenet, *l.* 1. §. *interdum*, *uti possid. et d.* §. *æque.* Confessoria autem actio, vel negatoria de servitute datur non tantum ei, qui possidet, sed etiam ei, qui non possidet: ita fit, ut petitor idem sit et possessor, *l. etsi forte* 6. §. *sciendum*, *h. t. et d.* §. *æque*, ibi, *sane in hoc casu*, et ibi placet a Barone notata lectio, *sane in hoc casu*, id est, in controversiis servitutum is, qui possidet, petitor est. Hanc lectionem colligit ex contextu. Id enim indicant ea, quæ consequuntur, *sicut ex latioribus Digestorum libris apparet*, nempe ex tit. *si ususfruct. pet.* et ex tit. *si serv. vind.* Et his verbis Justinianus nos relegat ad titulum aliquem vel librum ut in §. *rursus de action.* ubi significatur *tit. ex quibus caus. major.* Significatur etiam in §. *item si de dote*, *tit. de impens. in res dot. fact.* In §. *hæc exempli*, *Instit. de except.* hæc verba significant tit. *de except.* et in §. *ult. Instit. de publ. jud.* hæc verba significant titulum *de publ. jud.* Nunc notandum est ex hac lege, vindicationem servitutis dari domino prædii, directam scilicet: nam utilis datur quasi dominis, ut creditori pignoratitio, emphyteuticario, et superficiario, *l. ei qui* 16. *de serv.* An datur etiam fructuario? Datur ex sententia Juliani: sed prævaluit sententia contraria, propterea fructuario non datur vindicatio servitutis. Quid ergo datur fructuario? vindicatio ususfructus, quem vindicat actione confessoria. Præterea fructuarius habet iter ad fundum fructuarium, sed hoc iter non est servitus: nam soli fructuario non potest competere servitus, sed soli domino: ideoque illud iter non poterit separatim vindicare, sed si impediatur uti itinere, vindicabit usumfructum. Huc pertinet §. *recte*, hujus

legis. Postremo habet etiam fructuarius interdictum de itinere actuque privato, quamvis non habeat confessoriam actionem. Ratio hæc est, quia in actione confessoria quæritur de jure, §. *ult.* hac lege, id est, an actor habeat servitutem. In interdicto id quæritur an actor habeat jus interdicti de itinere actuque privato, non quæritur de jure: nam eo utitur, qui non habet jus, sed in eo quæritur de facto, id est, an quis eo itinere aliquo tempore usus sit, id est, non minus triginta diebus. Is qui ita usus est, habet interdictum ne prohibeatur uti. Tuetur autem eum Prætor, donec planum fecerit adversarius, eum non habere jus eundi. Præterea lex ait, hoc interdictum dari hæredi et emptori, transitque in hæredem. Datur etiam emptori partis, ut in hac *l.* 2. §. *ult. et l. seq.*

Ad L. IV.

Loci corpus non est domini ipsius, cui servitus debetur, sed jus eundi habet.

§. 1. *Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur.*

Locus est pars fundi, per quam servitus constituta est, *l. certo generi* 13. *de serv. rust. præd.* Fundus est integrum aliquid, locus est pars fundi. Is, qui dominium ejus loci habet, dicitur habere jus in corpore loci: nam locus ad ipsum pertinet. Is autem, qui servitutem habet in eo loco, jus habet in jure loci, non in corpore: nam jus quoddam incorporale, ad eum pertinet. Hoc explicat *l. in concedendo* 8. *de aq. et aq. plu. arc. et l. prætor ait* 2. §. *viam, ne quid in lo. publ.* Ex eo apparet, itineris aut viæ solum esse alienum. Et hoc est quod ait, loci corpus non est domini ipsius, cui servitus debetur. Sequitur: *qui iter sine actu, etc.* Sententia est, ei, qui iter habet vel actum, datur actio confessoria de itinere vel actu. Hoc ne videatur ineptum, sciendum est idem tradi de reliquis servitutibus in §. *sed et de haustu, inf. hac l.* ubi dicitur, eum qui haustum habet agere confessoria. Idem traditur in §. *competit, et* §. *ult.* de eo qui habet jus altius tollendi, vel non. Idem traditur de eo, qui habet servitutem oneris ferendi in *l. etsi* 6. §. *etiam, h. t.* Quæ lex ex eodem libro Ulpiani est, propterea cum hac etiam conjungenda. Ibi affertur exemplum de servitute oneris ferendi: ergo ait hic versiculus, qui iter habet sine actu, de servitute itineris tantum actione confessoria utetur. Item qui tantum actum habet sine itinere, actum tantummodo vindicabit, non iter. Atqui inest actui iter: nam non possum agere pecus, nisi eam; imo actus est sine itinere: nam qui actum habet separatum, iter vindicare non potest, sed si prohibeatur ire, actum vindicabit. Et hac in re distat actûs a via: nam qui viam habet, et iter et actum vindicat. Viæ enim nomen suo ambitu et iter et actum complectitur, *l. si tam angusti* 13. *de serv.*

Ad §. 2. *In confessoria.*

§. 2. *In confessoria actione, quæ de servitute movetur, fructus etiam veniunt. Sed videamus, qui esse fructus servitutis possunt. Et est verius, id demum fructuum nomine computandum si quid sit, quod intersit agentis, servitute non prohiberi. Sed et in negatoria actione, ut Labeo ait, fructus computantur quanti interest petitoris, non uti fundi sui itinere adversarium. Et hanc sententiam et Pomponius probat.*

Confessoria est actio in rem. In actione in rem corporalem veniunt fructus: sed an veniant in actione confessoria? Lex ait venire. Sed quæro, qui possint esse servitutis fructus? Nulli esse videntur, cum servitutis nullum sit corpus. Respondeo, hoc in loco fructus accipi pro eo quod interest: hoc indicant *l. etsi forte* 6. §. *veniunt, hoc tit. et l. videamus* 19. *in fin. de usur.* Ceterum quid est id, quod interest, in actione confessoria? Id quod interest, est utilitas, quam petitor habiturus esset si statim ire agere non prohiberetur. In actione autem negatoria id quod interest, est utilitas, quam petitor habiturus esset, si adversarius non uteretur servitute. Denique in omnibus quæstionibus, id quod interest ita semper definitur et vocatur utilitas, propterea, id quod interest, et utilitas eadem sunt, *l.* 2. *et toto tit. de eo quod cer. loc.* §. *plus, Instit. de act.* Ergo id quod interest, generaliter est utilitas, quæ mihi abest, propterea quod vel damnum datum, vel lucrum mihi interceptum est. Hæc diversa sunt, ut apparet ex *l. Proculus* 26. *de dam. infect.* Jurisconsultus tamen videtur aliter definiisse id quod interest: nam definit esse damnum datum, vel lucrum interceptum, *l. si commissa, rem rat. hab.* Hoc facit ex opinione vulgi: nam vulgus id quod interest, vocat damnum sibi datum. Nunc notandum est non tantum in confessoria servitutis fructus venire, sed etiam in confessoria ususfructus, *l. uti frui* 5. §. *in his autem, si ususfruct. pet.* Ceterum in hac re magna est differentia inter eum qui possidet, et eum qui non possidet. Uterque confessoria agere potest, sed multum interest. Nam si is, qui non possidet, agat, fructus veniunt: si vero is, qui possidet, agat, fructuum nulla habetur ratio, *l. pen.* §. *ult. si ususfruct. pet.*

Ad §. 3. *Si fundus et* §. 4. *Sed et si.*

§. 3. *Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio: et ita et Pomponius lib.* 41. *scribit: sed in æstimationem id quod interest veniet: scilicet, quod ejus interest qui experietur. Itaque de jure quidem ipso singuli experientur, et victoria et aliis proderit, æstimatio autem ad quod ejus interest revocabitur: quamvis per unum acquiri servitus non possit.*

§. 4. *Sed et si duorum fundus sit qui servit, adversus unumquemque poterit ita agi, et ut Pomponius lib. eodem scribit, quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem hæc res non recipit.*

Aut fundus est dominans, aut serviens. Si fundus dominans pluribus communis sit, singulis datur actio confessoria in solidum, id est, singuli solidum vindicant, non partem: nam servitus dividi non potest. Item unius victoria omnibus prodest, id est, si unus ex pluribus sociis agat hac actione, et vincat, omnibus vincit. Ratio hæc est: quia judex sententiam dicit prædio, non actori. Contra possit quis sic argumentari: per unum ex sociis servitus acquiri non potest, *l.* 2. *sup. de servit.* An videtur acquiri per unum ex sociis, uno vincente? Respondeo: per sententiam judicis servitutem non acquiri, sed eam quæ jam acquisita est, declarari, *l. siculi* 8. §. *sed si quæritur hoc t.* Sciendum etiam est, hoc observari quoque in controversiis rerum corporalium: nam judex non pronuntiat corpus victoris fieri, sed ejus esse, *l. et ex diverso* 55. §. 1. *de rei vindic. l. Pomponius* 40. §. *denique de procurat.* Quamvis igitur per unum ex sociis servitus non acquiratur, vindicatur tamen et evincitur. Nam hoc non est acquirere servitutem, sed eam, quæ acquisita est, defendere. Restat hæc quæstio, si unus ex sociis egerit, et vincatur, an ea res obest ceteris? sicut omnibus vincit, vincetur etiam omnibus: quia sententia dicitur prædio non personæ. Sed tamen socius tenebitur sociis, si culpa sua litem amiserit. Tenebitur autem communi dividundo aut actione negotiorum gestorum contraria, *l. si de communi* 19. *hoc. t.* Quid si dolo litem amiserit, non culpa, id est, si per collusionem litem adversario prodiderit, an adversarius tunc tenebitur sociis? propterea quod collusit, tenebitur actione de dolo adversarius: idque verum est, si socii suum servare non possint a socio actione communi dividundo, aut negotiorum gestorum, id est, si socius non sit solvendo, quoniam de dolo non agitur, nisi quando destituti sumus aliis actionibus. Actio de dolo est subsidiaria in *dict. l. si de communi.* Dictum est, unum ex sociis vindicare viam in solidum et vincere omnibus. Quæritur, an etiam æstimabitur id quod interest omnium sociorum? Minime, sed pro parte actoris fructuum fit æstimatio: æstimatur quanti interest actoris, non quanti omnium, quia id quod interest, dividitur. Nunc de fundo serviente: si fundus serviens est communis plurium, singuli conveniuntur in solidum actione confessoria, quia servitus vindicari non potest pro parte. Hoc etiam casu æstimatur omne, quod actoris interest et præstatur a reo. Et hoc est, quod proponitur in hoc §.

Ad §. 5. *Si quis, et* §. 6. *Sed et de haustu.*

§. 5. *Si quis mihi itineris, vel actus, vel viæ controversiam non faciat, sed reficere, sternere non patiatur, Pomponius libro eodem scribit, confessoria actione mihi utendum. Nam et si arborem impendentem habeat vicinus qua viam, vel iter invium vel inhabile facit: Marcellus quoque apud Julianum notat, iter petendum, vel viam vindicandam. Sed de refectione viæ et interdicto uti possumus, quod de itinere actuque reficiendo competit. Non tantum si silice quis sternere velit, nisi nominatim id convenit.*

§. 6. *Sed et de haustu, quia servitus est, competunt nobis in rem actiones.*

Ut intelligatur hic §. sciendum est, confessoriam actionem dari adversus eos, qui faciunt controversiam servitutis: et hoc notissimum est. Additur in hoc §. etiam dari adversus eum, qui non patitur me reficere iter, quamvis patiatur me uti itinere; perinde enim est, ac si me ire prohiberet. Idem dicendum est si me prohibeat iter sternere, modo non sternam silice: qui aquæductum etiam habet, non potest aquam ducere per lapidem stratum, *l. si prius* 17. §. 1. *de aq. et aq. plu. arc.* Præterea additur in hoc §. dari confessoriam adversus eum, qui arborem impendentem, imminentem habet, qua iter impeditur, qua iter invium fit et inhabile. Sed quæritur: an ei detur interdictum de arboribus cædendis. Duplex est interdictum de arboribus cædendis. Unum est de arboribus, quæ pendent ex agro in alienum agrum, et quæ umbram faciunt vicino agro, et si dominus nolit hæs arbores amputare, hoc interdicto consequar ut mihi liceat quindecim pedes a terra altius circumcidere et coercere, idque est ex duodecim tabulis: ergo hæ arbores non exstirpantur, nec exciduntur ex stirpe, sed circumciduntur: et hoc est sublucare. *Arbores sublucare*, est ramos arborum supputare, auctore Festo Pompejo, et veluti subtus lucem mittere. Secundum interdictum est de arboribus, quæ ex ædibus in alienas ædes impendent, *l.* 1. *et* 2. *de*

arbor cæd. Quæro an satis sit, istas arbores sublucare? De hac re fuit controversia inter Jurisconsultos. Quidam enim existimabant arbores esse sublucandas, non exstirpandas, esse tantum excindendum id quod superexcurrit; sed tamen aliorum obtinuit sententia, *d. l.* 1. *de arb. cæd.* Sententia eorum est, ut hæ arbores conlucari debeant, id est, excindi ex stirpe, et si nolit dominus, vicinus, cujus domus afficit, excindere poterit, et ligna suscipere ex stirpe, et conlucari. *Collucare* est succisa arbore locum luce implere, auctore Festo Pompejo. Paulus in alia fuit sententia. Nam existimabat eas esse coercendas, vel sublucari debere. Exstat ejus sententia in *lib.* 5. *Sentent. tit. de interdict.* Sed ea non obtinuit. Hæc interdicta dantur domino ædium et fundi, dantur etiam fructuario; quia ejus interest, arborem non imminere, *d. l.* 1. *de arb. cæd.* Ergo eadem ratione dabuntur ei, qui servitutem habet: nam ejus quoque interest, servitutem non impediri. Postremo notandum est, eum qui servitutem habet, habere etiam *interdictum de itinere actuque reficiendo.* Quid distat confessoria actio ab hoc interdicto? Actio confessoria datur ei, qui servitutem habet, quamvis ea usus non sit. Interdictum autem de itinere, actuque reficiendo datur ei, qui servitutem habet, si ea usus sit hoc anno: nam datur hoc interdictum tuendæ quasi possessionis causa. Quid autem distat hoc interdictum ab interdicto de itinere actuque privato? Interdicto de itinere actuque reficiendo utitur is, qui servitutem habet. Sed interdictum de itinere actuque privato datur etiam ei, qui servitutem non habet, modo usus sit anno. Et hæc est summa tit. *de itin. actuq. priv.*

Ad §. 7. *Competit.*

§. 7. *Competit autem de servitute actio domino ædificii neganti servitutem se vicino debere, cujus ædes non in totum liberæ sunt, sed ei, cum quo agitur, servitutem non debent, verbi gratia: habeo ædes, quibus sunt viciniæ Sejanæ, et Sempronianæ: Sempronianis servitutem debeo: adversus dominum Sejanarum volo experiri, altius me tollere prohibentem. In rem actione experiar: licet enim serviant ædes meæ, ei tamen cum quo agitur, non serviunt. Hoc igitur intendo, habere me jus altius tollendi invito eo, cum quo ago: quantum enim ad eum pertinet, liberas ædes habeo.*

Ostenditur in hoc §. easdem actiones dari de servitute altius non tollendi: et primum ostendit cui detur et adversus quem actio negatoria. Et ait, eam dari adversus eum, cui ædes non serviunt, licet fortasse aliis serviant. Per hanc actionem actor intendit, sibi jus esse invito reo altius ædes tollere, ut heic, ut liceat altius illi ædificare.

Ad §. 8. *Si cui omnino.*

§. 8. *Si cui omnino altius tollere non liceat, adversus eum recte agetur, jus ei non esse tollere. Hæc servitus et ei, qui ulteriores ædes habet, deberi poterit.*

Confessoria datur adversus eum, cui non licet ædes altius tollere, et per eum actor intendit, jus non esse adversario ædes extollere, ut heic. Item hæc servitus altius non tollendi deberi potest non tantum proximis ædibus, sed etiam ulterioribus. Exempla hujus rei adduximus in *l. in tradendis* 8. §. *interpositis, commun. præd.* Proponitur etiam hujus rei exemplum in *l. et ideo* 5. *h. t.* Si tamen ante usucaptam libertatem medias ædes deposueris, mihi renascetur actio confessoria, quæ quodammodo erat extincta. Hoc explicatur initio *l. etsi forte* 6. *hoc t.*

Ad L. VI.

Et si forte qui medius est, quia servitutem non debebat, altius extulerit ædificia sua, ut jam ego non videar luminibus tuis obstaturus si ædificavero, frustra intendes, jus mihi non esse, ita ædificatum habere invito te: sed si intra tempus statutum rursus deposuerit ædificium suum vicinus renascetur tibi vindicatio.

§. 1. *Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris et petitorem. Et si forte non habeam ædificatum altius in meo, adversarius meus possessor est: nam cum nihil sit innovatum, ille possidet, et ædificantem me prohibere potest et civili actione, et interdicto* Quod vi, aut clam. *Idem etsi lapilli jactu impediverit: sed et si patiente eo ædificavero, ego possessor ero effectus.*

Si ante libertatem usucaptam, medias ædes deposueris, mihi renascetur actio confessoria, quæ quodammodo erat extincta, ut heic in princ. Hæ autem actiones dantur non tantum possessori, sed etiam ei qui non possidet, *l. pen.* §. *ult. si ususfruct. pet.* §. *æque, Inst. de act.* Servitutem possidet is, qui servitute utitur: ut qui tigna immissa habet, possidet jus immittendi, *l. siculi* 8. §. *sed si quæritur, hoc t.* Contra servitutem autem possidet is, qui aliquid contra servitutem factum habet, *d.* §. *sed. si quæritur.* Idem dicendum in jure altius tollendi. Nam si patiente adversario altius ædificavero, possideo servitutem altius tollendi. Adversarius autem meus possidet jus altius non tollendi, cum ædificatum non habuero, quia tunc videtur uti servitute, et hoc ostendit hic §. Quæritur nunc, an hic

possessor me ædificantem prohibere possit actione confessoria? Lex ait, posse. Ita fit, ut possessor agat confessoria actione. Et hoc est, quod postea ait: *Et si forte non habeam, etc. Civili actione*, id est, confessoria. *Et interdicto*. Interdictum quod vi aut clam, est restitutorium, non prohibitorium: qui eo utitur non prohibet, sed hoc intendit, ut quod vi aut clam factum est in pristinum statum reducatur, restituatur, *l.* 1. *de op. nov. nuntiat.* Vi facit is, qui contra, quam prohibetur, facit. Is autem dicitur clam facere, qui celat eum, quem prohibiturum se intelligit: ita si faciat, cogetur id demoliri per interdictum quod vi aut clam. At videtur JC. in §. 1. facere id interdictum prohibitorium: id quidem videtur, si verba ipsa inspiciamus: sed alia est mens auctoris, quæ talis est, ut qui ædificat, prohibeatur actione civili: et deinde, si contra prohibitionem faciat, teneatur interdicto quod vi aut clam. Ergo civilem actionem subsequitur interdictum quod vi aut clam. Inde igitur colligendum, hoc interdictum non tantum prædii domino dari, sed etiam dari ratione servitutis, quia ejus interest, opus factum non esse, quo servitus impediatur. Datur etiam fructuario, si opus factum fructibus noceat, *l. is qui* 11. §. *ult. quod vi aut clam.* Et his rationibus fit, ut hoc interdicto teneatur non tantum is, qui facit in nostro, sed etiam qui facit in suo, cum noceat servituti, *l. denique, eod.* Ergo ædificator prohibetur confessoria actione: huic actioni si non pareat, tenebitur interdicto quod vi aut clam. Quæro, an alia ratione prohiberi possit? utique: nam lapilli jactu poterit prohiberi. Est quædam civilis prohibitio, quæ ita vocatur, *l.* 1. §. *sed etsi quis, quod vi aut clam, l. de pupillo* 5. §. *meminisse, de no. op. nunt.* Sententia earum legum est, eum prohibere, qui dicit se prohibere. Prohibere etiam dicitur is qui tacet, per lapilli jactum. *Lapilli jactus*, est signum prohibitionis, quemadmodum olim hastæ jactus in agros hostium fuit signum indicti belli. Gellius lib. 16. cap. 4. Et Livius lib. 1. Si quis ita prohibitus fuerit per lapilli jactum, an tenebitur quod vi aut clam? sic sane. Quæritur, an prohiberi possit per novi operis nuntiationem, et cur de hoc genere prohibitionis nihil hic tractetur? Et certissimum est, huic prohibitioni locum esse: nam qui servitutem habet, vicino aliquid facienti contra novum opus nuntiare potest, quæ res non requirit aditionem Prætoris, *l. inter servitutes* 15. *de servit. urb. præd. et* §. *ult. hac. lege, l. non solum* 8. *in princ. de nov. op. nunt. l. in judicio, comm. divid.* Ex eo efficitur, eum qui habet jus altius non tollendi posse vicinum ædificantem prohibere nuntiato novo opere. De hoc genere prohibitionis nihil in hoc §. tractatur, quia is qui prohibet confessoria actione; vel lapilli jactu, non desinit jus possidere, neque ita prohibendo videtur adversarium possessorem facere. At qui nuntiat novum opus, possessorem facit eum cui nuntiat, *l.* 1. §. *in operis, l. de pupillo* §. *meminisse, de nov. op. nunt. l. si alius* 7. §. *ait Julianus, quod vi aut clam.* At Jurisconsultus eum casum tractare noluit, in quo possessor ageret et possideret. Si quis ædificet in nostro, nuntiando novum opus, eum facimus dominum rei nostræ: et hac in re nuntiatio novi operis similis est vindicationi rei corporalis. Nam is qui rem corporalem vindicat ab eo, qui eam tenet, vindicando videtur a se possessionem abdicare, et in reum eam transferre. Verum hoc datum est ei qui vindicat, ut possit omissa vindicatione per errorem instituta, transire ad interdictum uti possidetis, quamvis vindicando videatur possessionem a se abdicasse. Et hic est sensus *l. naturaliter* 12. §. *nihil commune, de acquir. posses.* Idem servatur in interdicto unde vi, *l. cum fundus* 18. §. *ult. de vi, et vi arm.* Est etiam alia in re nuntiatio novi operis similis vindicationi. Nuntiatio novi operis fit in rem præsentem id est, ubi novum opus fit *l. de pupillo* 5. §. *nuntiationem, de nov. oper. nunt.* Sic etiam vindicatio fiebat in præsenti. Nam in fundum eundum erat, et gleba sumenda, Gellius lib. 2. *cap.* 17. Igitur, ut ad rem redeamus, quamvis qui ædificat, possit prohiberi per nuntiationem novi operis, hoc tamen omissum fuit propter rationem a nobis adductam. Addendum est aliquid superioribus: aut possidet quis servitutem, aut non. Si actor possideat, commodius est prohibere ædificantem per confessoriam, vel jactum lapilli, quam per nuntiationem, ne scilicet amittat possessionem. Si non possideat, tunc expeditior est nuntiatio novi operis, quæ non exigit Prætoris aditionem, *d. l. de pupillo* §. *meminisse*.

Ad. §. 2. *Etiam.*

§. 2. *Etiam de servitute, quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et ædificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet: nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit: non ad eum, cujus res servit. Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere jus sibi esse cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem*

hanc servitutem non hominem debere , sed rem : denique licere domino rem derelinquere scribit .

Dictum est superius , actionem confessoriam et negatoriam competere de itinere , de actu , de haustu , de jure altius non tollendi. Nunc ait in hoc §. easdem actiones competere de jure oneris ferendi. Et hoc est quod ait , *etiam de servitute* , etc. Adjicitur postea in *l. sicuti* 8. §. *competit* , *h. t.* quæ lex est ex eodem libro , easdem actiones competere de jure tigni immittendi ; ideoque singulas species percurrit , ut doceat de his has actiones dari. Dicamus de servitute oneris ferendi : de ea agimus aut confessoria , aut negatoria. Confessoria in hoc agimus , ut vicinus onera ferat , hoc amplius , ut vicinus reficiat parietem vel columnam , quæ onera ferat : nam qui hanc servitutem debet, hoc cogitur facere, *l. cum debere* 33. *de servit. urb. præd.* et initio hujus §. Contra hanc sententiam sic argumentari licet. Natura servitutum est , ut is , cujus res servit , non faciat aliquid , sed patiatur , *l. quoties* 15. §. *ult. de servit.* Ergo hæc servitus oneris ferendi proprie non est servitus , quia ejus est natura, ut reficere debeat is , cujus ædes serviunt , quod facere est. Itaque quod abhorret , non videtur esse servitus realis , sed personale est hoc jus. Ceterum obtinuit sententia Servii Sulpitii , qui fuit discipulus Galli. Dixit enim Sulpitius , hoc singulare esse in hac servitute , ut is , qui eam debet , reficere debeat. Servii sententiam etiam Labeo probat , ut traditur hoc in loco. Labeo autem hoc sic probat : nam si vicinus ædibus cedere paratus sit , evitat hanc actionem. Hæc igitur actio non sequitur personam, sed rem : itaque non persona obligata est , sed res. Personales obligationes durant , etiamsi is qui obligatus est , rem , propter quam obligatus est , derelinquat , *l. is cum quo* 7. *de aq. et aq. plu. arc.* Item hoc est proprium actionum realium , ut eas pati non cogatur qui possessione cedit , qui rem derelinquere paratus est. Et hoc est, quod ait: *denique* , id est , proinde.

Ad §. 3. *Hæc autem.*

§. 3. *Hæc autem actio in rem magis est , quam in personam , et non alii competit , quam domino ædium , et adversus dominum : sicut ceterarum servitutum intentio.*

Sequitur : *Et non alii.* Videamus, cui competat hæc actio , et adversus quem. Competit domino ædium dominantium. Et hoc est commune omnium servitutum , *l.* 2. *de servit. sup. h. t.* Sed adversus quem datur ? Non datur quoque , nisi adversus dominum ædium servientium , non datur adversus quemvis servitutem impedientem. Cur ita ? Quia refectio non pertinet , nisi ad dominum , *l. si intercedat* 21. §. *ult. de servit.* Lex ait , eam non dari adversus fructuarium. Hac in re distat a ceteris servitutibus, de quibus agitur adversus quemvis impedientem servitutem , *l. utifrui* 5. §. *utrum, si ususfr. pet. l. si quis diuturno* 10. §. *ult. h. t.*

Ad §. 4. *Si ædes.*

§. 4. *Si ædes plurium dominorum sint , an in solidum agatur Papin. lib. 3. quæst. tractat. Et ait , singulos dominos in solidum agere , sicuti de ceteris servitutibus , excepto usufructu , sed non idem respondendum , inquit , si communes ædes essent , quæ onera vicini sustinerent.*

Ex his , quæ hactenus dicta sunt , colliguntur duæ differentiæ inter hanc servitutem et reliquas : est et tertia in hoc §. si ædes servientes sint plurium , qui onera ferre debent , singuli tenentur pro parte , non in solidum. Ratio hæc est , quia æstimatio refectionis dividi potest , *l. stipulationes non dividuntur* 72. *de verb. oblig.* At si aliam servitutem plures debeant , singuli tenentur in solidum, non pro parte , *l. loci corpus* 4. §. *si fundus* , *h. t.* Ideo in hac re distant a ceteris Commune tamen est omnium servitutum , ut si debeantur pluribus , singuli agant in solidum. *Excepto usufructu.* De usufructu non agitur nisi pro parte, quia dividi potest.

Ad §. 5. *Modus autem.*

§. 5. *Modus autem refectionis in hac actione ad eum modum pertinet, qui in servitute imposita continetur, forte ut reficiat lapide quadrato, vel lapide structili, vel quovis alio opere, quod in servitute dictum est.*

Nunc quæro, qui hanc servitutem oneris ferendi debet, qua structura et forma debet parietem reficere ? Lex ait, spectandam esse legem dictam in imponenda servitute, ut puta, si dictum sit ut reficeret lapide quadrato; ut heic. *Lapis quadratus* est, qui cœsus est paribus angulis, licet non paribus, lateribus Vitruvius in *lib. de architect. Lapis structilis*, est lapis non cæsus cæmenta coacervata, *l. Servius* 3. §. 1. *de rivis*, *l. in rivis* 241. *et l. statuæ* 245. *de verb. signific. l. sicuti* 8. *h. t.* Idem est, si alio modo dixerit, ut parietem reficeret. *Vel quovis alio opere.* Ut ligneis cratibus, qui vocantur cratitii parietes, *l. cum duobus* 52. §. *item Mela* 13. *pro soc.* et apud Vitruv. *lib.* 1. *cap.* 8. Vel si dixerit ut reficeret lapidibus crudis, qui lateritii vocantur.

Ad §. 6. *Veniunt.*

§. 6. ***Veniunt et fructus in hac actione, id est, commodum quod haberet, si onera ædium ejus vicinus sustineret.***

In hanc actionem veniunt fructus, sicut in ceteris servitutibus: est autem fructus id, quod interest, quod etiam diximus in *l. loci corpus* 4. §. *in confessoriam, sup. h. t.*

Ad §. 7. *Parietem autem.*

§. 7. ***Parietem autem meliorem quidem, quam in servitute impositum est, facere licet: deteriorem si facit, aut per hanc actionem, aut per operis novi nuntiationem prohibetur.***

Qui hanc servitutem debet, parietem meliorem reficere potest, puta ex lapide quadrato, etiamsi convenerit ne faceret nisi cæmentitium, id est, ex lapide structili, vel parietem formaceum, id est, qui fit ex terra, ut explicat Plin. *l.* 35. *c.* 14. quo pariete plerique etiam nunc utuntur. Deteriorem autem parietem facere non potest, et si velit, prohibebitur actione confessoria, vel novi operis nuntiatione. Nam hoc est generale in omnibus servitutibus, ut is, qui servitutem habet, possit vicino nuntiare novum opus, propterea non est hoc proprium hujus servitutis. Huic sententiæ obstat *l. qui viam* 14. *de no. op. nunt.* qui viam habet, non potest nuntiare novum opus ei qui in via ædificat, sed poterit recte vindicare servitutem. Ut intelligatur quemadmodum ea lex accipienda sit, sciendum est, socium vicino nuntiare posse novum opus, ipsi autem socio facienti, non potest nuntiare novum opus, quia nec domino, nec ergo socio potest, *l. in provinciali* 3. §. 1. *de no. op. nunt.* Sic fructuarius, ex sententia Juliani potest nuntiare novum opus vicino, non proprietario, *l. un.* §. *item Juliano, de remiss.* Idem est in omnibus aliis, quibus aliqua servitus debetur, nempe ut possit novum opus nuntiare vicino, non domino. Et ita est intelligendus §. *pen. l. un. de remiss.* qui diligenter notandus est. His intellectis facile intelligetur *d. l. qui viam.* Qui viam habet, non potest nuntiare ei qui in via ædificat: qui ille est dominus: nam quis alius est ædificaturus quam dominus? Ceterum vicino poterit, si ædificet. Hæc sententia refertur ab Accursio in *l. qui viam*, quæ a Doctoribus nostris intellecta non est. Hæc pertinent ad actionem confessoriam. De negatoria nunc dicendum est. Negatoria actio competit in hac servitute oneris ferendi si quis dicat se hanc servitutem non debere. Sed hæc etiam datur reficienti, atque ita confitenti se debere hanc servitutem, videlicet si is cui servitus debetur velit eum cogere ad fulturam sui ædificii. Itaque vicinus inferior aget negatoria, et dicet jus ei non esse cogere. Nam is cui servitus debetur, fulcire debet, quandiu paries reficietur, *l. sicuti* 8. *h. t.*

Ad L. VII.

Harum actionum eventus hic est, ut victori officio judicis aut res præstetur, aut cautio. Res ipsa hæc est, ut jubeat adversarium judex emendare vitium parietis, et idoneum præstare. Cautio hæc est, ut eum jubeat de reficiendo pariete cavere, neque se, neque successores suos prohibituros altius tollere sublatumque habere. Et si caverit, absolvetur. Si vero neque rem præstat, neque cautionem, tanti condemnet, quanti actor in litem juraverit.

Est etiam hæc lex de servitute oneris ferendi, idque in hac lege præcipue ostenditur, quis sit exitus actionis confessoriæ, quæ de hac servitute competit. Sciendum autem est, hanc actionem esse arbitrariam, et generaliter omnes actiones tam confessorias quam negatorias esse arbitrarias, imo omnes in rem actiones. Eæ autem sunt in quibus fit condemnatio arbitrio judicis, quod hic officium vocatur. ut in *l. metum* 9. §. *ex hoc edicto, de eo quod met. cau.* Dicitur etiam arbitratus, ut *l. qui restituere* 68. *de rei vindic. l. illud* 10. §. 1. *de eo quod met. cau.* In actionibus autem bonæ fidei condemnatio fit ex natura actionis, in qua id agitur, ut condemnetur ex bona fide in id, quod eum dare vel facere oportet. In strictis condemnatio fit ex stricta formula, et ex stricta stipulatione. Et ex his definitionibus apparet, quid distent inter se arbitrariæ actiones, et actiones bonæ fidei, et actiones stricti juris. Hæ igitur actiones, de quibus hic agimus, sunt arbitrariæ. Videamus igitur, quis sit earum exitus. Hic est, ut actori res præstetur, vel cautio: res hæc est, ut paries idoneus oneri ferendo restituatur et reficiatur: hoc est, rem præstare. Cautionem autem præstare est cavere de reficiendo pariete. Cavere etiam debet, *neque se, neque hæredem suum prohibiturum altius tollere, et sublatum habere.* Cur autem hoc exigitur ab eo ut caveat? Quoniam hæc servitus competit superiori vicino, id est ei, qui altius ædes sublatas habet, *l. sicuti* 8. *in princip. h. t.* Et hac in re distat hæc servitus a servitute tigni immittendi: nam hæc competit etiam inferiori vicino. Eadem prope videtur esse servitus oneris ferendi, et tigni immittendi. Addatur hæc differentia ex §. *distant d. l. sicuti.* Qui debet onus ferre, parietem reficere debet, non autem is cui servitus debetur. Is autem qui servitutem debet tigni immittendi, non tenetur facere, sed sufficit, si patiatur. Ex his autem apparet, qua de re eum ca-

vere oportet, cum quo actum est de servitute oneris ferendi. Nunc quæritur, quid juris sit si non caveat, neque rem præstet? Lex ait, reum esse damnandum in id, quod actor in litem juraverit. Et hoc generale est in omnibus actionibus in rem, si quis actori non satisfaciat: *Jurare in litem*, est ad rem, de qua agitur, æstimandam jurare; nam lis accipitur pro re qua de agitur, ut apparet ex oratione Ciceronis pro Muræna: hæc sunt, quæ pertinebant ad hanc legem. Sed notandæ sunt quædam aliæ leges, quæ similes cautiones continent. Una est *l. si de via* 7. *de aq. quotid. et æst.* Variæ interpretationes ad eam legem solent adhiberi, sed vera sumenda est ex *l. cujusque* 60. §. *ult. de usufr.* Quinimo conjungendæ hæ duæ leges sunt, quia sunt ejusdem auctoris, et ex eodem libro. Est etiam aliud cautionis genus, quod solet præstari in hac quæstione, in *l. si priusquam* 15. *de nov. op. nuntiat.* aliud in *l. egi* 12. *hoc titul.*

Ad L. VIII.

Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura ædificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. Et hic quoque, sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est jus tibi non esse me cogere.

§. 1. *Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem, ut in parietem ejus tigna mihi immittere liceret, supraque ea tigna (verbi gratia) porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant.*

§. 2. *Distant autem hæ actiones inter se, quod superior quidem locum habet etiam ad compellendum vicinum reficere parietem meum: hæc vero locum habet ad hoc solum, ut tigna suscipiat, quod non est contra genera servitutum.*

§. 3. *Sed si quæritur quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait. Si vero non sunt immissa, eum qui negat.*

§. 4. *Et si quidem is obtinuerit, qui servitutem sibi defendit, non debet ei servitus cedi, sive recte pronuntiatum est, quia habet, sive perperam, quia per sententiam non debet servitus constitui, sed quæ est, declarari. Plane si non utendo amisit dolo malo domini ædium post litem contestatam, restitui ei oportet, quemadmodum placet in domino ædium.*

§. 5. *Aristo Carellio Vitali respondit, non putare se ex taberna casearia fumum in superiora ædificia jure immitti posse, nisi ei rei servitutem talem admittit. Idemque ait, et ex superiore in inferiora non aquam, non quid aliud immitti licere. In suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, fumi autem sicut aquæ esse immissionem. Posse igitur superiorem cum inferiore agere, jus illi non esse, id ita facere. Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, jus illi non esse in suo lapidem cædere, ut in meum fundum fragmenta cadant. Dicit igitur Aristo, eum, qui tabernam caseariam a Minturnensibus conduxit, a superiore prohiberi posse, fumum immittere: sed Minturnenses ei ex conducto teneri: agique sic posse dicit cum eo, qui eum fumum immittat, jus ei non esse, fumum immittere. Ergo per contrarium agi poterit, jus esse fumum immittere. Quod et ipsum videtur Aristo probare. Sed et interdictum* uti possidetis, *poterit locum habere, si quis prohibeatur qualiter velit suo uti.*

§. 6. *Apud Pompon dubitatur libro* 41. *Lectionum, an quis possit ita agere, licere fumum non gravem, puta ex foco, in suo facere, aut non licere. Et ait, magis non posse agi, sicut agi non potest, jus esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare.*

§. 7. *Idem in diversum probat, nam et in balneis, inquit, vaporibus, cum Quintilia cuniculum pergentem in Ursi Julii instruxisset, placuit potuisse tales servitutes imponi.*

Ad principium legis vide ad *l.* 6. §. *ult. sup.* In §. *competit.* tractatur de servitute *tigni immittendi*, deque ea ait, easdem actiones dari, quas de reliquis dari diximus. Deinde explicat, quis sit possessor hujus servitutis, aut quis videatur contra hanc possidere. Hanc servitutem possidet qui tigna immissa habet, *l. etsi forte* 6. §. *sciendum*, *h. t.* Contra autem servitutem possidet is qui negat servitutem, si tigna immissa non sint. Id tamen necessarium est ut foramen, unde exemptum est tignum, obturaverit, alioquin non usucapit libertatem, *l. hæc autem* 6. *de servitut. urban. præd.* Hoc ostenditur etiam in §. *sed si quæritur*, *hujus l.* 8. *Plane si non utendo amisit.* Ut intelligatur hic versus, sciendum est, usucapionem non interrumpi litis contestatione: amissio etiam quæ fit non utendo, non interrumpitur litis contestatione: nam incidens mala fides non interrumpit usucapionem: id est, si postea cœperit possidere mala fide, *l. si post.* 18. *de rei vind. l. Julianus* 9 §. *quoniam, ad exhib.* idem ostendit, *l. si is* 2. *pro don.* Id fit, quia usucapio est juris, propterea ipso jure impletur, *l. bonæ fidei* 48. *de acquir. rer. domin.* Ergo amissa lite, efficax est usucapio: nam licet m-

hi absolvere usucapionem post litem contestatam. Quid si condemnatio secuta sit, impleta a me usucapione post litem contestatam? Tunc usucapio efficax non est : nam omnia retrotrahuntur ad tempus litis contestatæ *d. l. si post*, Teophil. in *Instit. tit. de divis. stipul.* Hoc etiam ostendit hic vers. in domino ædium, usucapione impleta post litem contestatam. Diversum est in possessione longi temporis: quia non est juris, sed facti, propterea lite interrumpitur, *l. nec bona fide* 10. *C. de præscript. longi tempor.* Ex eo efficitur omissa lite ineficacem esse longi temporis possessionem, quia interrupta est, idque adeo verum est ut non possit is, cum quo actum est, post litem omissam longo tempore, possidere ex integro, et eamdem rem sibi acquirere, quoniam novit rem esse alienam, *l.* 1. *C. de præscript. long. temp.* et Paul. *lib.* 5. *Sentent. de usucap.* Deinde illud notandum est ex §. Aristo in hac *l.* easdem actiones esse propositas de iis servitutibus, quæ sequuntur, qualis est servitus *fumi immittendi ex taberna casearia*, in qua scilicet fiunt et formantur casei. Licet autem in hunc modum agere : jus mihi esse fumi immittendi ex taberna casearia : vel jus mihi esse fumum gravem faciendi in meo. Additur etiam, agi in hunc modum posse jus non esse fumi immittendi ex taberna casearia : item jus non esse aquam, vel fumum, vel aliquid in inferiores vicini ædes immittendi, quia hæc immittere non licet, nisi servitus constituta sit. Præterea ita agi potest, jus non esse in tuo lapidem cædendi, ita ut fragmenta cadant in meum fundum. Hæc sunt exempla servitutum, quæ proponuntur in *d.* §. *Aristo.* Deinde quæritur, an ita liceat agere, *jus mihi esse in meo lavare, vel jus non esse tibi in tuo lavare, vel jus non esse fumum non gravem facere*? Lex ait, talia jura non constitui, et ideo de his non agi ullo modo, quoniam unicuique licet in suo sedere, et lavare, neque id jure servitutis, sed jure proprio. Præterea hæc jura non prosunt vicinis nec prædiis eorum : quid enim ad te si ego non sedeam in meo? *l. quoties* 15. *de serv.* Ergo de his nullo modo agitur. Postremo ostenditur recte ita servitutem constitui, jus tibi non esse in balneis vaporariis cuniculum habere pergentem in meas ædes ex quo erumpat ignis vel aqua, vel vapor balnei. Et eo pertinet *l.* 3. §. *Aristo, de riv.* et §. ult. heic.

Ad L. IX.

Si eo loco, per quem mihi iter debetur, tu ædificaveris, possum intendere, jus mihi esse ire, agere. Quod si probavero, inhibebo opus tuum. Item Julianus scribit, si vicinus in suo ædificando effecerit, ne stillicidium meum reciperet, posse me agere de jure meo, id est, jus esse immittendi stillicidium, sicut in via diximus. Sed si quidem nondum ædificavit, sive usumfructum sive viam habet, jus sibi esse ire, agere, vel frui intendere potest. Quod si jam ædificavit dominus, is, qui iter et actum habet, adhuc potest intendere jus sibi esse : fructuarius autem non potest, quia amisit usumfructum. Et ideo de dolo actionem dandam hoc casu Julianus ait. Contra si in itinere, quod per fundum tibi debeo, ædifices, recte intendam jus tibi non esse ædificare, vel ædificatum habere quemadmodum si in area mea quid ædifices.

§. 1. *Qui latiore via, vel angustiore usus est, retinet servitutem, sicuti qui aqua, ex qua jus habet utendi, alia mixta usus est, retinet jus suum.*

Illud in primis constituamus, eum, qui servitutem habet, per quam intendere possit, *jus non esse vicino ædificandi*, novum opus vicino nuntiare posse, ut is qui habet servitutem altius non tollendi: nam hic potest cum vicino agere, jus ei non esse altius ædificandi: vel si habeat servitutem, *ne prospectui officiatur*, hi enim omnes recte agunt, jus non esse vicino ædificandi, *l. inter* 15. *de servit. urban. præd. l. de pupillo* 5. *l. non solum* 8. *de nov. oper. nunt.* Idem dicendum de eo qui habet servitutem oneris ferendi, cujus ea est natura, ut debeatur ab inferiori vicino, qui ædes depressas habere cogitur, propterea altius ædificare non potest, *l. harum* 7. *et l. siculi* 8. *in princ. h. t.* Et ideo, qui habet hanc servitutem, ædificanti nuntiat novum opus, *l. etsi forte* 6. §. *ult. h. t.* Aliud dicendum est in aliis servitutibus: nam is qui viam habet, domino ædificanti in via non potest ei nuntiare novum opus, *l. qui viam* 14. *de nov. op. nunt.* Sed recte poterit vindicare viam, et opus prohibere, §. *sciendum d. l. etsi forte.* Cur non potest nuntiare novum opus? quia ita non potest agere adversus dominum, *jus ei non esse in suo ædificandi* : sed agere potest, jus sibi esse eundi et ambulandi. Et hoc ostenditur initio hujus legis. Hic *iter* accipitur pro via, non pro itinere, ut putat Accurs. Idem dicendum est de eo, qui actum habet, vel iter, vel aquæ ductum. Idem etiam dicendum in eo, qui habet servitutem stillicidii immittendi, quæ urbana est; nam si dominus altius ædificaverit, et ita effecerit ne stillicidium meum reciperet, is qui hanc servitutem habet, agit jus sibi esse stillicidii immittendi, et ita inhibet novum opus : non tamen ita agere potest : *jus non esse vicino in suo ædificare* : ideoque non poterit novum opus nuntiare. Deinde lex ostendit, idem esse dicendum in usufructu : nam fructuarius domino ædificanti in suo non potest nuntiare novum opus,

l. si autem, de nov. op. nunt. Nec ita adversus eum aget, jus non esse domino ædificare. Ceterum usumfructum vindicare poterit, atque ita inhibebit opus, *d. l. si autem 2. et hac l. 9.* Verum adjicitur, ita demum usumfructum vindicari, si dominus nondum ædificaverit. Quid si jam ædificaverit in area: an poterit fructuarius usumfructum vindicare? Minime: quia finitus est ususfructus rei mutatione: at finito usufructu non competit ususfructus vindicatio. Quemadmodum ergo ei succurretur? actione de dolo, quæ ei dabitur adversus proprietarium, qui ædificium posuit in area, *l. repeti 5. §. ult. quib. mod. ususfruct. amitt.* Ceterum lex ea adjicit dari etiam actionem ex testamento, vel de dolo, quæ duo simul stare non possunt: non enim competit utraque actio. In eodem casu non concurrit actio de dolo cum alia actione. Igitur, quod ait, lex, verum est in diversis casibus. Si ædificium positum sit in area, antequam constitueretur et traderetur ususfructus, tunc competit actio ex testamento; quæ est personalis, ut scilicet sibi cedatur ususfructus: competit autem de dolo actio, cum post traditionem ususfructus, ædificium in area fructuaria a proprietario positum est dolo. Dicet aliquis: imo non est actio danda de dolo, quia competit interdictum, quod vi aut clam: at actio de dolo est subsidiaria, et competere eo casu interdictum, quod vi aut clam, ostendit *l. is qui 11. §. ult. et l. denique 15. quod vi aut clam.* Dicendum est, quibus casibus competit interdictum quod vi aut clam, cessare actionem de dolo, ut cum posuit ædificium vi aut clam. Cessante autem hoc interdicto, etiam competit actio de dolo, ut ostenditur in hac lege. Præterea huic sententiæ opponitur *l. arbitrio 18. §. si dominus de dolo.* Species legis hæc est: Proprietarius ædes fructuarias deposuit, vel combussit: depositis autem, vel combustis ædibus fructuariis finitur ususfructus, quia jam nullæ sunt ædes: lex ait, fructuarium non habere actionem de dolo, quia tunc competit actio legis Aquiliæ. Competere actionem legis Aquiliæ ostendit *l. sed etsi proprietatis 12. ad leg. Aquil.* Postremo Accursii solutio vera est: exustis ædibus tenetur proprietarius actione legis Aquiliæ, quia damnum dedit, ideo cessat actio de dolo. Diversum est in nostra specie, nempe cum ædificium posuit in area: quoniam tunc rem mutat in melius: ideo damnum non dat, et sic cessat actio legis Aquiliæ, et ea cessante competit actio de dolo. Denique ex hac lege notandum est, si is, cui iter debetur, in itinere ædificet, et sic in alieno, dominus cum eo agere poterit, jus ei non esse invito se ædificare, vel ædificatum habere. Ait, jus ei non esse ædificare, ut eum impediat: ait, jus ei non esse ædificatum habere, ut quod factum est, deponatur et tollatur. Hinc consequens est, dari ei nuntiationem novi operis jure dominii, *d. l. de pupillo 5. de novi op. nuntiat.*

Lex X. *si quis diuturno*, ante explicata est ad *l. servitutes 14. de servit.*

Ad L. XI.

An unus ex sociis in communi loco, invitis ceteris jure ædificare possit, id est, an si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri, jus sibi esse ædificare, et an socii cum eo agere possint, jus sibi prohibendi esse, vel illi jus ædificandi non esse, et si ædificatum jam sit, non possit cum eo ita experiri, jus tibi non esse ita ædificatum habere, quæritur. Et magis dici potest, prohibendi potius, quam faciendi esse jus socio: quia magis ille, qui facere conatur (ut dixi) quodammodo sibi alienum quoque jus præripit, si quasi solus dominus, ad suum arbitrium uti jure communi velit.

Ut intelligatur sententia hujus legis, duæ regulæ nobis proponendæ sunt. Una hæc est: unus ex sociis non potest agere jus sibi esse in loco communi ædificandi invito socio: nulla talis confessoria actio socio datur. Altera est: non potest ita socius cum socio agere, jus sibi esse prohibendi, vel socio jus non esse ædificandi: nulla actio talis socio datur, quia nemini res sua servit. Res communis mea est, ergo mihi non servit, *l. in re communi 26. de serv. urb. præd.* quæ contra hanc sententiam facere videtur. Lex ait, facilius permitti socio jus prohibendi, quam ædificandi. An ideo recte aget jus sibi esse prohibendi? Minime. Quamvis lex dicat, facilius unum permitti quam aliud, tamen legis sententia hæc est, ut non possit socius socium prohibere per confessoriam actionem. Addatur etiam non posse prohibere per novi operis nuntiationem, quia ita agere non potest, jus ei esse ædificare, *l. in provinciali, 5. §. 1. de nov. oper. nun.* Poterit tamen eum prohibere per actionem communi dividundo. Multum refert scire, quo actionis genere utendum sit. Poterit etiam eum prohibere per interdictum uti possidetis, *l. si ædes 12. comm. divid.* Nam hoc interdictum datur ei, qui qualiter velit, uti sua re, atque adeo communi prohibetur, *l. sicuti 8. §. Aristo, in fi. hoc t.*

L. XII. *Egi, jus illi*, explicata est ad *l. 7. sup. hoc tit.*

Ad L. XIII.

Fistulas, quibus aquam duco in via publica

habeo, et hæ ruptæ inundant parietem tuum; puto posse te mecum recte agere, jus mihi non esse flumina ex meo in tuum parietem fluere.

Ex hac lege notandum est, quid sit flumen. Apparet autem *flumen* esse gravem defluxum aquæ, *l. servitutes* 20. §. *si sublatum*, et *l. foramen* 28. *de servit. urb. præd.* Species hujus legis hæc est: habeo fistulas in via publica, quas duco per specum vel cuniculum, hæ ruptæ inundant parietem tuum: tunc recte vicinus aget, jus mihi non esse ita flumen fluere: ideo apparet fractis fistulis flumen fieri.

Ad L. XIV.

Si cum meus proprius esset paries, passus sim te immittere tigna, quæ antea habueris, si nova velis immittere, prohiberi a me potes: imo etiam agere tecum potero, ut ea quæ nova immiseris, tollas.

§. 1. *Si paries communis, opere abs te facto in ædes meas se inclinaverit, potero tecum agere, jus tibi non esse parietem illum ita habere.*

Multum interest, an ita cedatur jus tigni immittendi: *cedo tibi jus tigni immittendi*, tunc enim tigna quæcunque volet immittet, et nova et vetera. At si dixerit: *concedo tibi jus tigni veteris immittendi*, tunc non cogitur nova suscipere, si vetera sint vetustate confecta, quia si alius velit nova tigna immittere, jus ei erit prohibendi. Item si ex ædibus communibus aliquid immittatur in ædes proprias, mihi competit actio, *l. sed si inter me et te* 27. *de servit. urb. præd.* Sic etiam si paries communis inter me et te, opere abs te manufacto procumbat in ædes meas proprias, et ventrem fecerit, ut ait *l. si quando* 17. *h. t.* mihi tecum est actio, per quam intendo jus tibi non esse ita parietem habere.

Ad L. XV.

Altius ædes suas extollendo, ut luminibus domus minoris annis 25. vel impuberis, cujus curator, vel tutor erat, officiatur, efficit; quamvis hoc quoque nomine actione ipse, hæredesque teneantur: quia quod alium facientem prohibere ex officio necesse habuit, id ipse committere non debuit: tamen et adversus possidentem easdem ædes danda est impuberi, vel minori actio, ut quod non jure factum est, tollatur.

Species legis hæc est: Tutor vel curator ædes suas extollit altius, quæ quidem ædes erant vicinæ ædibus pupilli: has ædes tutor vel curator altius extulit, et obstruxit luminibus ædium pupilli vel adolescentis, atque ita commisit tutor, quod alium facientem ex suo officio prohibere debuit. Lex ait, tutorem vel curatorem teneri: actione tutelæ, tutorem: curatorem actione negotiorum gestorum, quia in ea re non est bona fide versatus. Præterea actio confessoria pupillo dabitur adversus tutorem vel hæredem ejus, per quam id consequetur, ut ædes tollantur, id est, id quod factum est, tollatur. Nam ita aget, jus ei non esse altius ædificatum habere, *l. si eo loco* 9. *et l. an unus* 11. *h. t.* Habet etiam hanc actionem adversus emptorem, cum tutor ædes vendidit, quas altius extulerat.

Reliquæ *ll.* hujus tituli, aut superius a nobis explicatæ sunt, aut facile ex his, quæ jam dicta sunt intelliguntur.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Tit. VI. Quemadmodum servitutes amittantur.

Ad L. I. II. III. IV. V. VI.

L. I. *Servitutes prædiorum confunduntur, si idem utriusque prædii dominus esse cœperit.*

L. II. *Qui iter et actum habet si statuto tempore tantum ierit, non periisse actum, sed manere Sabinus, Cassius, Octavenus ajunt: nam ire quoque per se eum posse, qui actum haberet.*

L. III. *Jura prædiorum morte et capitis diminutione non perire, vulgo traditum est.*

L. IV. *Iter sepulchro debitum non utendo nunquam amittitur.*

L. V. *Servitus et per socium, et per fructuarium, et bonæ fidei possessorem nobis retinebitur.*

L. VI. *Nam satis est fundi nomine itum esse.*

In hoc titulo proponuntur modi, quibus servitutes amittuntur et extinguuntur. Et primum confusione prædiorum, vel acquisitione dominii et comparatione, ut si dominus fundi dominantis acquisierit fundum servientem, ut heic. Secundo, servitutes amittuntur non utendo decem annis inter præsentes, viginti inter absentes, ex Constitutione Justiniani, quæ extat in *l. pen. C. de servit. et aq.* Utendo autem servitutes retineri dicuntur et usurpari. Usurpare nihil aliud est, quam usu retinere servitutem, *l. si stillicidii* 1. §. *ult. l. si in partes* 9. *l. aquam* 16. *h. t. et l. nam satis* 6. *h. t.* Ergo usurpatio est usucapioni, vel amissioni, quæ fit non utendo, contraria, unde *tit. de usurpationib. et usucap.* Retinentur sive usurpantur servitutes etiamsi quis eis utatur ex parte, non in totum neque enim uti necesse est in totum ut usurpentur,

veluti, qui viam habet, si statuto tempore iverit, non etiam egerit jumentum vel vehiculum, retinet viam, quia ea usus est pro parte, *l. qui iter* 2. *h. t.* Sic, qui actum habet, si iverit solus sine jumento, actum retinet, quod etiam ostendit *l.* 2. *Qui iter et actum habet*, id est, qui viam habet, ut in *l. si eo loco* 9. §. 1. *si servit. vind. l. et per jusjurandum* 13. *de acceptil. Per se*, id est, sine jumento. Diversum est in aquæhaustu. Nam si is, cui debetur aquæhaustus, certo tempore ierit, nec tamen aquam hauserit, servitutem amittit, id est, haustum et iter ad hauriendum, *l. Labeo* 17. *h. t.* Ratio diversitatis hæc est: qui actum habet, per se ire potest sine jumento: nam qui actum habet iter habet, *l.* 1. *de serv. rust. præd.* Qui autem habet aquæ haustum, non potest per se ire, nisi eat ad hauriendum: nec itinere uti potest nisi haustus causa, *l. item sic possunt* 3. §. *ult. de servit. rust. præd.* Ergo servitutes amittuntur confusione, amittuntur et non utendo. Quæro, an servitutes amittantur morte, vel capitis diminutione ejus cui debentur? Ususfr. quidem et usus morte amittuntur, et capitis diminutione, servitutes tamen non amittuntur, quia personis non cohærent et ideo his extinctis, manent, *l. jura* 3 *hoc tit.* quæ est ex Gaji *libro septimo ad edict. provinc.* In eodem libro scripsit Gajus servitutes non amitti mutatione domini, et est hoc commune cum usufructu, *l. is qui* 19. *quib. mod. ususfr. amitt. l. hominis* 2. *de usufr. leg. l. si parti* 5. *de usufr.* Ita etiam scribit Cicero in Topic. Ex *l. iter* 4. *h. t.* notandum est, iter ad sepulchrum non amitti non utendo: idque fit propter religionem, et quia natura non patitur, ut eo itinere semper utamur: nam non semper mortuos inferimus. Iter tamen ad flumen publicum non utendo amittitur. Denique subjicitur, servitutes usurpari per socium, non tantum per eum, qui in solidum est dominus fundi dominantis. Usurpatur etiam servitus per fructuarium, et bonæ fidei possessorem satis enim est, si aliquis servitute utatur fundi nomine, *l.* 6. *in pr. h. t.*

Ad §. Si ego via L. VI.

Si ego via, quæ nobis per vicini fundum debebatur, usus fuero, tu autem constituto tempore cessaveris, an jus tuum amiseris? Et e contrario, si vicinus, cui via per nostrum fundum debebatur, per meam partem ierit, egerit, tuam partem ingressus non fuerit, an partem tuam liberaverit? Celsus respondit, si divisus est fundus inter socios regionibus, quod ad servitutem attinet, quæ ei fundo debebatur, perinde est, atque si ab initio duobus fundis debita sit, et sibi quisque dominorum usurpat servitutem, sibi non utendo deperdit: nec amplius in ea re causæ eorum fundorum miscentur, nec fit ulla injuria ei, cujus fundus servit, imo si quo melior; quoniam alter dominorum utendo, sibi non toti fundo proficit. Sed si is fundus, qui servierit, ita divisus est, plusculum dubitationis ea res habet: nam si certus ac finitus viæ locus est: tunc si per longitudinem ejus fundus divisus est, eadem omnino servanda erunt quæ si initio constituendæ ejus servitutis similiter hic duo fundi fuissent. Si vero per latitudinem viæ fundus divisus est (nec multum refert, æqualiter id factum est, an inæqualiter) tunc manet idem jus servitutis, quod, fundo indiviso, fuerat, nec aut usu detineri, aut non utendo deperire, nisi tota viæ poterit. Nec si forte inciderit, ut semita, quæ per alterum dumtaxat fundum erit, uteretur, idcirco alter fundus liberabitur: quoniam unum atque eo modo individuum viæ jus est. Possunt tamen alterutrum fundum liberare, si modo hoc specialiter convenit. Certe si is cui servitus debebatur, alterum ex ea divisione fundum redemerit, num ideo minus ea re fundi alterius servitus permanebit? Nec video, quid absurde consecuturum sit eam sententiam, fundo altero manente servo: si modo et ab initio potuit angustior constitui via, quam lege finita est, et adhuc id loci superest in eo fundo, cui remissa servitus non est, ut sufficiat viæ. Quod si minus loci superest quam viæ sufficiat, uterque fundus liberabitur: alter propter redemptionem: alter, quia per eum locum qui superest, via constitui non potest. Certum si ita constitutum est jus viæ, ut per quamlibet partem fundi ire agere liceat, idque vel subinde mutare, nil prohibet: atque ita divisus est fundus, si per quamlibet ejus partem æque ire atque agi possit, tunc perinde osservabimus, atque si ab initio duobus fundis duæ servitutes injunctæ fuissent, ut altera retineri, altera non utendo possit deperire. Nec me fallit, alieno facto jus alterius immutatum iri, quoniam ante satius fuerat per alteram partem ire agere, ut idem jus ei in altera parte fundi retineretur. Contra, illud commodum accessisse ei cui via debebatur: quod per duas pariter vias ire agere possit, eisque octonos in porrectum, et senos denos in anfractum.

In hoc §. explicando subsistendum est. Duæ in initio hujus §. proponuntur quæstiones. Prima hæc est; *An per socium usurpetur servitus quæ debetur fundo communi.* Altera est: *si servitus debeatur per fundum communem plurium dominorum, an tota servitus retineatur, si is cui ser-*

vitus debetur, ea utatur tantum per partem fundi, qui est communis plurium.

Quod ad primam quæstionem attinet, sic definiendum est. Si unus ex sociis fundi dominantis servitute utatur, jus integrum usurpatur, etiamsi alter non utatur. Ergo si socius utatur, hoc toti fundo prodest: hoc autem ita verum est, si fundus sit indivisus, id est, communis pro indiviso: nam si fundus sit divisus certis regionibus, tunc secus dicendum est, et unusquisque dominorum sibi usurpat servitutem, et non utendo sibi eam deperdit. Movetur deinde hæc dubitatio: videtur hæc divisio injuriam facere ei, qui servitutem debet: nam divisione facta incipit duobus servire: duo enim fundi constituuntur divisione, et duo domini. Respondet Jurisconsultus; pro hoc incommodo aliud ei commodum præstari, ut scilicet per unum ex dominis servitus tota non retineatur. *Debebatur*, ratione scilicet fundi communis. *Imo si quo melior*: legendum est, *fit aliquo melior*. Sic etiam loquitur *l. in bello* 12. §. *rursus, de captiv. et postlim. revers.*

Deinde tractatur de fundo serviente. Si fundus serviens sit plurium, et is cui servitus debetur, per partem viæ tantum iverit, an totam viam retinet? Distinguendum est: aut fundus serviens est divisus, aut indivisus: si sit indivisus, utendo parte, totam viam retinet: qui angustiore via utitur legitimam tamen latitudinem retinet, *l. si eo loco* 9. §. *ult. si servit. vindic. l. si stillicidii* 8. §. *ult. h. t.* Si fundus serviens sit divisus, rursus distingue: aut certus et finitus est viæ locus, aut non: si certus sit, rursus distingue: aut fundus est divisus per longitudinem viæ, aut latitudinem. Explicandum autem hic est, quid sit fundum dividere per longitudinem viæ, aut per latitudinem, quod male interpretatur Accursius hoc loco. Fundum *dividere per viæ longitudinem*, est viam in crucem secare: cum fundus ita divisus est in modum crucis, per longitudinem viæ, si is cui via debetur per unam tantum partem eat, id est, per unum fundum divisum, totam viam retinet, quoniam una est via, una servitus, etiamsi duobus debeatur post divisionem, *l. una est via* 18. *de servit. rustic. præd.* Ergo hoc casu perinde est, ac si ab initio esset constituta via per duos fundos. Et hoc est, quod ait: *sed si is fundus, etc.* Si fundus divisus sit per latitudinem viæ. Fundus dividitur per latitudinem viæ, cum recta via scinditur in duas semitas: semita est semis via, idque Servius Honoratus recte scripsit in Virgil. Itaque via habet duas semitas. Cum igitur via in directum scinditur in duas semitas, tunc *dividitur per latitudinem*, et quod ad servitutem retinendam attinet, idem juris est quod fuit in fundo diviso: ergo ita diviso fundo, eundo per unam semitam, tota via retinetur, etiamsi statuto tempore per alteram semitam non eatur. Hoc proponitur his verbis: *Sic vero, etc.* Parvi autem refert, an semitæ sint æquales, an non. Notandum est *ex versic. seq.* quod tempore fieri non potest, pacto effici potest: tempore effici non potest, ut videlicet qui per unam semitam it, viam amittat: vel, ut qui non it per unam semitam, viam amittat, pacto tamen effici potest, ut alter fundus liberetur, et una semita retineatur.

Nunc quærendum est quid juris sit, si is cui servitus debetur, alteram partem fundi ita divisi acquisierit? Hoc casu unam semitam amittit confusione qui alterum fundum ex ea divisione acquisivit, cui servitus debetur. An amittit etiam alteram servitutem quæritur. Hoc ut intelligatur, sciendum est, viæ latitudinem esse legitimam, ut etiam diximus in *l. viæ latitudo* 8. *de servit. rust. præd.* Notandum tamen est angustiorem viam pacto constitui posse, dummodo ea vehiculum duci possit, nam si tam angustus sit locus, ut non possit eo vehiculum duci, non est, via, *l. via* 23. *de serv. rust. præd. l. si tam angusti* 13. *de servit.* Via enim dicitur, quasi veha, auctore Varrone. Et qui vecturis vehunt, vehaturam facere dicuntur: Varro *lib.* 1. *de re rust.* Quid dicemus in questione proposita? Confusione semita una amissa est, quæstio, est, an alteram semitam amiserit? Distinguendum est, aut altera semita quæ superest, sufficit ad viam aut non; si sufficit, retinebitur, nec videbitur amissa; si non sufficiat amittetur: ideo una amittetur confusione, altera propter angustiam loci; hoc est, quod sequitur in versic. *certe si is cui, etc. non ideo minus permanebit*, legendum est. Et his verbis significat, non permanere servitutem. Hæc hactenus dicta sunt, si certus et finitus sit certus viæ locus. Quid igitur fiet, si in fundo serviente non sit certus viæ locus, id est, si actum sit, ut per quamlibet partem ire agere liceat? Hoc casu subinde mutare viam licet. Quid fiet tunc, si fundus serviens dividatur certis regionibus, an per unam partem eundo, per alteram partem via retineatur? Et respondet, non retineri. Ratio hæc est, quia tunc duplex constituitur via legitimæ latitudinis: ideoque is, cui via debetur, eundo per unum fundum, non usurpat viam alterius fundi. Movet deinde Jurisconsultus hanc dubitationem: videtur, inquit, injuria fieri ei cui via debetur. Injuria, quoniam ante divisionem per unam partem agendo, in altera parte viam retinebat. Post divisionem, per unam eundo in altera viam non retinet. Respondet in hunc modum: pro eo in-

commodo aliud incommodum præstatur, id est, duplex via, et utraque legitimæ latitudinis. *Ita*, id est, certis regionibus.

Ad L. VII.

Si sic constituta sit aqua, ut vel æstate ducatur tantum vel uno mense, quæritur, quæmadmodum non utendo amittatur, quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat: duplicato constituto tempore amittitur. Idem et de itinere custoditur: si vero alternis diebus, aut die toto, aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur: quia una servitus est: nam et si alternis horis vel una hora quotidie servitutem habeat, Servius scribit, perdere eum non utendo servitutem, quia id quod habet, quotidianum sit.

Illud satis constat, servitutem non utendo amitti, atque ita libertatem earum acquiri. Olim amittebantur non utendo per biennium, hodie amittuntur per decem aut viginti annos. Hic existit quæstio, quemadmodum non utendo amittatur servitus aquæ ita constituta, *ut quis ea utatur tantum æstate*, vel *uno mense quotannis*: an fieri potest, ut hæc servitus non utendo amittatur? Quia non potest esse continuum tempus, quo quis utatur, uti enim semper non potest. At servitus continua non est, sed habet varia intervalla. Item quæritur, si ita sit constituta servitus, ut ducatur alternis annis, vel alternis mensibus: lex ait, eam amitti duplicato tempore legitimo, id est, per quadriennium, ex jure antiquo ex jure novo per 20. annos, etiam inter præsentes, sed inter absentes verius est, non duplicari tempus sufficit enim vicennium ex sententia Joannis; a qua sententia facit lex *ult. Cod. de servit. et aq.* Quærit Accurs. quid juris sit, si aquæ servitus constituta sit alternis hebdomadis? Et placet idem dicendum hoc casu, quia continua servitus non est, ideo duplicabitur, hoc est quod ait hic *l. 7. in princ. Itaque etsi alternis annis*, non modo si æstate tantum, vel uno mense quotannis, sed etiam alternis annis. Quæro quid juris sit, si ita constituta sit servitus itineris, *ut quinto quoque anno, uno tantum die eat?* Præstat plerunque uno tantum die ire in singula lustra. Ut si itinere velim ire in sylvam meam, quam per singula lustra cædere soleo. Et hæc est species *l. ult. C. de servitut. et aq.* Controversa fuit hæc quæstio inter veteres: quidam dicebant, iter amitti, si quis non uteretur primo quinquennio et secundo: duo enim quinquennia pro biennio accipiebant: sententia tamen Justiniani est, hanc servitutem amitti, si quis itinere non utatur per quatuor quinquennia, id est per 20. annos. Rursus quæro, quid juris sit, si ita constituta sit aqua, *ut alternis diebus integris et civilibus ducatur*, hi sunt vigintiquatuor horarum, *l. more 8. de feriis.* Vel etiam, *ut ducatur noctu tantum*, vel *die tantum.* Item si concessa sit *aqua alternis horis*, vel *una hora quotidie.* Hæc servitus quemadmodum non utendo amittetur legitimo tempore, nec duplicabitur tempus: nam hæc servitus est quotidiana. Non videtur tamen quotidiana ea quæ concessa est alternis diebus: nisi dicamus aquam ita constitutam similem esse ei, quæ concessa est vel nocte tantum vel die tantum, diviso die civili, et ideo non minus est quotidiana. Et hoc est, quod sequitur in hac lege. *Una*, id est, quotidiana.

Ad L. X.

Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur: tamen propter pupillum et ego viam retineo.

§. *I. Si is qui nocturnam aquam habet, interdiu per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit: amisit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo qui certis horis aquæductum habens, aliis usus fuerit, nec ulla parte earum horarum.*

Sciendum est, servitutem usurpari per socium, qui ea utitur: nam ea utendo, toti fundo proficit, non sibi tantum. Notandum est ex hac lege, idem esse nonnunquam, etiamsi nullus socius servitute utatur, videlicet si unus ex sociis sit ejus conditionis ut nihil possit amittere non utendo, vel usucapione, ut puta si pupillus sit: per pupillum non utentem tota servitus retinetur: ergo pupilli res non potest usucapi, nec jus suum non utendo amittit, nec socius ejus, pupilli res etiam non potest usucapi, ut indicat *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. dom.* Sed his multa obstant, ut *l. sequitur 4. §. si pupilli, de usucap. l. qui fundum 7. §. si tutor, pro empt. l. apud Celsum 4. §. si quis non tutor 24. de doli except.* Ostenditur in eo §. pupillo non nocere dolum ejus, qui pro tutore negotia pupilli gessit; qui est falsus tutor: ideo exceptio doli ei non nocet. Ergo si is rem pupilli vendiderit, et ea usucapta sit, pupillo rem suam persequenti non potest opponi exceptio doli. Sed notandum est, quo in loco legitur: *et ea usucapta sit*, legendum esse, *nec ea usucapta sit*: nam si usucapta sit, eam repetere non potest pupillus. Ita legitur in *l. si is 2. de eo qui pro tut.* In qua etiam pene eadem verba proponuntur. Verissima hujus rei distinctio hæc est: res quæ pupilli facta est, jure civili, vel jure gentium, quandiu is in tutela fuit, non potest usucapi, ut in hac lege, et in *l. bonæ fidei 48. de acquir. rer. dom.* Res autem a pupillo bona fide

possessa, usucapi potest, quoniam hæc res non est pupilli. Et in hac quæstione dominus sæpe accipitur pro bonæ fidei possessore, ut in *l. servi* 17. §. *ult. de furt. l. certe* 6. §. *Julianus, de precar.* In illis legibus pupillus dicitur dominus, licet tantum sit bonæ fidei possessor. Et hoc est, quod dicitur in *l. bonæ fidei* 136. *de reg. jur.* Deinde ex §. *prox.* hoc colligitur, eum servitutem non utendo amittere, qui ea utitur alio tempore, quam de quo actum est, ut si actum sit, ut aqua ducatur interdiu, ea autem ducatur noctu, amittitur servitus aquæ. Huc pertinet etiam *l. si quis alia. hoc tit.* Opponitur *l. cum constet* 5. §. *inter, de aq. quotid. et æst.* Species hæc est: duo separatim aquam ducebant eodem rivo, horis certis, unus hora prima, alter secunda: permutaverunt inter se tempora, et ita neuter usus est suo tempore, an amisisse videntur aquam? Minime, quia alter per alterum aquam usurpat et retinet.

Ad L. XI.

Si is, cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerit usus, videamus, ne amiserit servitutem: et alia sit ejus conditio, qui amplius oneris, quam licuit, vixerit: magisque hic plus, quam aliud egisse videatur: sicuti latiore itinere usus esset, aut si plura jumenta egerit, quam licuit, aut aquæ admiscuerit aliam. Ideoque in omnibus istis quæstionibus servitus quidem non amittitur: non autem conceditur plus quam pactum est in servitute habere.

Notandum etiam est ex *l. si is cui* 11. *h. t.* eum amittere non utendo servitutem viæ vel actus, qui alio genere vehiculi utitur, quam eo, de quo actum est in imponenda servitute. Hinc notandum est differentiam esse inter aliud facere, et plus facere, quam servitutis impositio patiatur. Qui aliud facit, servitutem amittit non utendo; qui plus facit, servitutem non amittit, ut qui latiore via utitur, nam is non facit aliud, sed plus, quam oportet. Item qui aquæ sibi concessæ aliam aquam admiscet, aquam non amittit, quia plus facit quam oporteat. Idem dicendum est si quis agat plura jumenta, quam oporteat. Huc pertinet *l. si eo loco* 9. §. *ult. si servit. vindic. Videamus, ne amiserit.* His verbis notat eum amisisse. Et hoc verbum non tantum de probabili dicitur, sed etiam de vero. Quod etiam notavit Stobæus in Aristotelem.

Ad §. 1. *Hæres.*

§. 1. *Hæres, cum legatus esset fundus sub conditione, imposuit ei servitutes. Exstinguentur, si legati conditio exsistat: videamus an acquisita sequantur legatarium? Et magis dicendum est, ut sequantur.*

Ut intelligatur hic §. sciendum est, rei sub conditione legatæ hæredem esse dominum, pendente etiam conditione, *l. non ideo* 66. *de rei vindic. l. et post litem* 12. §. *ult. famil. ercisc.* Ex eo sequitur hæredem, servum sub conditione legatum alienare posse, item pignori obligare, item noxæ dedere, quia est dominus. Ceterum existente conditione evanescit pignus, et alienatio, et noxæ deditio, *l. servo legato* 69. §. 1. *de leg.* 1. hæres tamen non potest servum manumittere pendente conditione, quia si postea existat conditio, non potest revocari libertas, quæ semel concessa est, *l. servum* 3. *l. generaliter* 29. §. *ult. qui et a quib. manum. lib. non fiant.* Sic etiam hæres fundum legatum non potest religiosum facere, aut locum ex eo fundo, quia si postea existat conditio, vix poterit solvi religione, *l. si locus* 34. *de relig. et sumpt. fun.* Poterit tamen hæres interim fundum sub conditione legatum alienare, quia dominus est: potest etiam servitutes imponere. Ceterum existente conditione, alienatio revocabitur, et servitutes constitutæ extinguentur, *l. si fundum* 105. *de condit. et demonstr. l. si fundum* 81. *de leg.* 1. Hoc etiam ostendit hic §. *Existat.* Hic punctum ponendum est. Deinde sequitur sententia alia in *vers. videamus.*

Ad L. XII.

Qui fundum alienum bona fide emit, itinere, quod ei fundo debetur, usus est. Retinetur id jus itineris, atque etiam si precario aut vi dejecto domino possidet: fundus enim qualiter se habens, ita cum in suo habitu possessus est, jus non deperit. Neque refert juste nec ne possideat qui talem eum possidet. Quare fortius, et si ea aqua per rivum sua sponte perfluxit, jus aquæ ducendæ retinetur. Quod et Sabino recte placuit, ut apud Neratium lib. 4. membranarum scriptum est.

Ex hac lege colligitur servitutes usurpari per socium et quemlibet possessorem, etiam malæ fidei. Servitus etiam usurpatur si aqua sua sponte perfluat, nemine ducente, nec ea amittitur non utendo. *In suo habitu*, id est, in suis qualitatibus, et ut affectus est, ut in *l. quod Servius* 8. *de condic. cau. dat. cau. non sec.* verba ibi hæc sunt: *Donec in eodem habitu matrimonii permaneant.* Huc pertinet etiam *l. quid aliud* 86. *de verb. signif.* Summa hujus tituli hæc est: servitutes amitti confusione, item non utendo, item existente conditione, si fundo legato sub conditione hæres servitutem imposuerit: item cessione, id

est, remissione, ut in *l. si stillicidii 8. h. t.* His tantum modis amittuntur: servitutes non amittuntur morte, aut capitis diminutione, item rei mutatione, item eo die, in quem constitutæ sunt, sive certus sit, sive non, id est, tempore, ipso jure non amittuntur, *l. servitutes 4. de servit.* Præterea hoc colligimus ex hoc titulo, servitutes usurpari. Amissioni contraria est usurpatio. Usurpatur servitus, si quis ea pro parte utitur, item per socium, et per quemlibet possessorem. Postremo ex hoc titulo retinendum est, eum qui suo jure se non putat uti servitute, usurpare quidem servitutem suo fundo, sibi tamen nihil acquirere, nec interdictum possessorium, nec confessoriam actionem. Et hoc ostendit lex ultima. *h. t.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Lib. X. Digest. in Tit. I. Finium Regundorum.

Ad L. I.

Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est.

Hic liber est de mixtis actionibus, id est, de actione finium regundorum, quæ locum habet inter vicinos, id est, affines, et familiæ erciscundæ, cui locus est inter cohæredes, et communi dividundo, quæ est inter socios, quæ mixtæ dicuntur, quod sint in personam, et pro rei vindicatione, id est, quod sint in personam, et rem vindicent: sed adjungitur etiam eis actio ad exhibendum, quia etsi hæc actio mera sit in personam, non etiam pro rei vindicatione, est tamen propter rei vindicationem, *l. 1. inf. ad exhib.* Agitur enim primum ut res exhibeatur, deinde exhibita vindicatur: itaque agitur ad exhibendum propter vindicationem. Ceterum ipsa actio ad exhibendum rei vindicatio non est, id est, rem non vindicat, non continet, nec habet in se rei vindicationem, sed mera in personam: petitio hæreditatis mixta etiam est tam in personam quam in rem: cur non est hic posita, cum ista mixta sit? quia multum distat ab his tribus actionibus, quæ hic proponuntur. Videamus quomodo distent. Actiones mixtæ duobus modis dicuntur, quia sunt in rem et in personam, altero modo, quia duplices sunt, id est, quia in eis uterque sit actor et reus, *l. actionis verbo, de obligat. et action.* Utroque modo mixtæ sunt actiones quæ hic proponuntur: de priore est, §. *quidam post, Institut. de actionib.* de posteriore constabit hic ex *l. 10. inf. h. t.* Petitio hæreditatis priore modo mixta est, id est, in rem est, et in personam: posteriori modo, non est mixta, id est, non est in ea uterque actor et reus. Fateor aliqando hæreditatis petitionem mutuam esse posse, *l. 1. §. etsi possessor*, aliter *proinde etsi pro hærede, sup. si pars hæred. pet.* Sed aliud est, mutuam esse actionem, aliud duplicem: mutuam actionem cum dico, dico duas actiones separatas, conventionem, et reconventionem, Græci dicunt ἀντεναγωγὴν, id est, mutuam petitionem. Male Grammatici compensationem interpretantur. Duplicem actionem cum dico, unam actionem dico sui natura reciprocam. Præterea petitio hæreditatis ex illis tribus judiciis, quæ hic ponuntur, nulli magis comparari potest quam familiæ erciscundæ, quia actor dicit se hæredem esse, reum negat esse hæredem, *l. licet, sup. de petit. hæred. l. 1. §. si ego, sup. si pars hæred. petat. l. 7. et seq.* ubi, *si dixerit se hæredem esse*, id est, si egerit petitione hæreditatis, quod dicendo, adversarium negat esse hæredem. In actione familiæ erciscundæ nulla est controversia hæreditatis, *d. l. 1. §. proindè*; nam uterque fatetur adversarium cohæredem esse, sicut in actione finium regundorum, uterque fatetur adversarium confinem esse; et in actione communi dividundo uterque fatetur adversarium socium esse, sed agunt invicem de finibus dirimendis seu dirigendis, vel de rebus hæreditariis aut communibus dividendis, *l. 3. et 4. §. sicut, inf. comm. divid. l. non possumus, sup. si pars hæred. petat.* Igitur is qui agit familiæ erciscundæ, fatetur et sentit se cum cohærede agere. Denique confitetur adversarium cohæredem esse, idque probat *l. 1. §. etsi possessor, sup. si pars hæred. petat.* Species est ejus §. Testator scripsit Primum et Secundum hæredes ex æquis partibus: uterque possidet res hæreditarias: decem sunt res in hæreditate, quinque possidet Primus, alias quinque possidet Secundus. Distinguendum est: aut sibi faciunt controversiam hæreditatis, aut non: si faciunt sibi controversiam hæreditatis, ut si Primus dicat se hæredem esse ex semisse, ex alio semisse hæredem esse Mævium, non Secundum: et retro, si Secundus dicat se hæredem ex semisse, et ex alio dicat esse hæredem Mævium, non Primum: necesse est ut utantur mutua petitione hæreditatis, id est, ut invicem petant hæreditatem, ut partes consequantur: uterque est possessor, uterque petitor, quia uterque in rebus quas alter possidet pro indiviso, petit partem dimidiam: et ita debent, dum sibi controversiam faciunt, mutua petitione hæreditatis uti et experiri. Sed si sibi controversiam non faciunt, experiri debent familiæ erciscundæ, ut quæ possident pro indiviso, dividan-

tur: igitur significat judicium familiæ erciscundæ reddi inter eos qui non faciunt sibi controversiam hæreditatis, id est, qui fatentur adversarium cohæredem esse. Idem docet lex *fundus*, §. *si ego*, *tit. seq.* Ubi verba sunt aperta *si ego*, *etc.* Verum huic sententiæ obstat lex 37. *tit. seq.* ait: *qui familiæ erciscundæ agit, non fatetur adversarium cohæredem esse*: hæc sententia est falsa: nam cum certum sit ut locum habeat actio familiæ erciscundæ, hæredem esse oportere, non tantum actorem, id est eum qui provocat ad judicium, sed etiam eum qui convenitur, *l. cum putarem*, *et l. qui erat*, *tit. seq.* necesse est ut qui agit judicio familiæ erciscundæ fateatur se cum cohærede agere: id tamen Accursius sic excusat ad leg. 37. in verbo *non confitetur*, inquit, *ut sibi præjudicet*, imo sibi præjudicat, nisi mutet actionem ante sententiam: ut is qui agit rei vindicatione sibi præjudicat in causa possessionis, quia fatetur adversarium possessorem esse, nisi ante sententiam transeat ad interdictum *uti possidetis*, quod ei licet, *l. naturaliter* §. *nihil*, *de acquir. possess.* quia qui rem vindicavit, non statim videtur renuntiasse possessioni. Idem in hac causa si scripsisset: qui egit familiæ erciscundæ, non videtur renuntiasse petitioni hæreditatis, verum hoc esset, quia ante sententiam jus est mutandæ actionis: sed ita scripsit: qui agit familiæ erciscundæ, non confitetur adversarium sibi esse cohæredem, hoc est falsum. Aliter Accursius sic excusat: *non confitetur*, *si erret*, inquit: hoc est verum. si erret in facto non confitetur, sed hic nihil de errante, sed generaliter qui agit familiæ erciscundæ non confitetur adversarium sibi cohæredem esse. Aliter sic excusat, *non confitetur*, ante litem contestatam: hoc etiam verum est, sed calumniosum: nam intelligit de lite jam cœpta: sane Græci non agnoscunt negationem in *d. l.* 37. Basilicon 42. *tit.* 3. quo loco ita redditur hæc lex 37. ὁ κινῶν τὸ τῆς διαιρέσεως δικαστήριον ὁμολογεῖ τὸν ἀντίδικον αὐτοῦ συγκληρονόμον εἶναι, id est, *qui agit familiæ erciscundæ, fatetur adversarium sibi cohæredem esse.* Ostendi qua in re distet petitio hæreditatis ab his tribus judiciis. Nunc repetam quod dixi initio, hoc esse commune harum omnium actionum ut sint mixtæ tam in rem quam in personam. De petitione hæreditatis est lex *hæreditatis*, *C. de petit. hæred.* et lex *sed etsi lege* §. *petitio*, *sup. de pet. hæred.* quæ ostendit, eum qui petit hæreditatem, non tantum hæreditatem vindicare, sed hoc etiam intendere præstari sibi oportere id quod possessor exegit a debitoribus hæreditariis, vel quod redegit ex venditione rei hæreditariæ, licet id nunquam fuerit in hæreditate: quod scilicet exegit vel redegit: igitur petitioni hæreditatis mixta est personalis actio de actione familiæ erciscundæ idem probat *l. item Labeo* §. *familiæ*, *tit. seq.* quæ ait actionem familiæ erciscundæ constare ex duobus, ex rebus hæreditariis quæ vindicantur, et ex personalibus præstationibus, ut si cohæres solus de suo sumptus fecerit in rem hæreditariam, hoc judicio intendit partem sibi reddi oportere, vel etiam si solus cohæres ex re hæreditaria fructus perceperit: hoc judicio alter consequetur partem fructuum, quæ præstatio est personalis. Idem probat de actione communi dividundo lex 4. §. *sicut inf. commun. d vid.* Idem probat de actione finium regundorum lex 2. hic, *licet pro vindicatione rei est*, id est licet rem vindicet, Græci vertunt, licet rei vindicationem habeat et contineat, tamen est et in personam: similiter *l.* 3. *C. finium regund.* ait actionem finium regundorum cohærere proprietatis controversiæ, et Apulejus libro 6. in causa finium de proprietate soli commutandi. Verum uberior evidentior et magis proprie in rem actio est ea, quæ inest judicio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo quia est de certa parte rei hæreditariæ: finium regundorum actio certæ partis, puta tertiæ, vel quartæ, aut certi loci vindicatio non est, sed finium vindicatio intra quinque pedes: nam hæc est finium latitudo ex 12 tabulis, ex lege Manilia. Igitur plerique Græci interpretes dicunt, actionem finium regundorum dari, si controversia consistat intra quinque pedes, si excedat eam latitudinem dari in rem, quod notandum est. Ex eo enim efficitur merito, causam finalem ad venditorem non pertinere, id est, non teneri venditorem emptori, si cum emptore agatur de finibus, *l.* 10. *C. de evict.* quia scilicet hæc actio angustæ terræ intra quinque pedes, non partis vel loci vindicatio est, et usque adeo parva controversia proprietatis est, ut causa finalis separetur a causa proprietatis, *Nov. l.* 69. et constitutione Constantini *si finalis*, apud Julium Frontinum: ex qua Constitutione et ex lege alia Theodosii apud eundem Frontinum, quæ incipit *cunctis*, causa proprietatis desiderat etiam majorem judicem quam causa finium: causa proprietatis refertur ad præsidem. Ex eis Constitutionibus causa finalis arbitro sive dimensore contenta est, *l.* 3. *C. fin. regund.* Præterea causa finalis jurgium est proprius quam lis et inde in *l. quinque pedum*, *C. fin. regund. et d. l. cunctis*, finale jurgium dicitur et in lege 12. *Tabul.* de finibus regundis, *si jurgant*: ad quæ verba Marcus Tullius 4. *de Republ. jurgare*, inquit, *vicinos inter se*, *lex putat*, *non litigare*: quidam interpretes male putant legendum, *vetat*, non *putat*, quia lex non vetat jurgium inter vicinos, sed putat litem finalem jurgium appellari, sicut in causis divortiorum jurgium sæpe convenit magis dici, quam divortium, et frequens illa locutio est, *l. putat*, *l. statulib.*

D. de statul ber. et Ulpian. in *Fragment tit.* 1. Sed uno verbo explicanda est *d.* lex *quinque pedum.* Ea lex duo facit genera quæstionum finalis jurgis, vel locorum : sicut Frontinus aliam facit de fine, aliam de loco et *l.* 4. *hic,* dum ait, *sed et loci,* controversia intelligitur nedum finis, et ita est duplex controversia, una de fine, altera de loco. Controversia de fine est intra quinque pedes. De loco, est ultra quinque pedes : de loco proprietatis causa est vere et proprie : de fine controversia coheret quidem causæ proprietatis ex *d. l.* 3. *C. eod.* sed propria, id est magis de fine quam de proprietate tribuitur appellatio. Item fines sunt fundi, non loci, *l. locus de verb. signific.* Locus usucapi potest intra fines, id est intra quinque pedes non est usucapio ex 12. tabulis. Cicero. 1. *de legibus : non est etiam intra quinque pedes præscriptio longi temporis,* et hoc ait *l. quinque pedum,* libere agi, vel agendam esse finalem causam vel locorum sine metu præscriptionis quinque pedum : nam intra quinque pedes neque usucapio, neque præscriptio longi temporis locum habet, id est, decem vel viginti annorum : annorum tamen 30. præscriptio exclu-dit actionem finium regundorum, *l. ult. C. de ann. except.* Exposui qualis vindicatio insit actioni finium regundorum, et qualis familiæ erciscundæ, et communi dividundo : dicemus nunc, qua ratione actio finium regundorum judicetur personalis : an ideo actio finium regundorum est in personam, ut Accurs. notat in *l.* 1. quia per eam actionem id quod nostrum non est, plerumque nobis adjudicatur minime : nam hoc per eam actionem non intenditur, sed proficiscitur ex arbitrio judicis : judex cum in hoc judicio, tum in duobus sequentibus arbitratur ex bono et æquo, §. *quedam, Instit. de action.* An quod invicem adjudicationem fieri oporteat, ita invicem judicat et condemnat : intentio autem actoris non arbitrium judicis actionem in rem, vel in personam facit : hoc est in arbitrio judicis non in intentione actoris : ergo non in eo actio vel in rem, vel in personam. Et ut quod de adjudicationibus proditum est conferam in pauca, adjudicatio alienæ rei fit in tribus judiciis, lege permittente et non nisi ex necessitate quadam, aut difficultate distrahendi negotii, sive de loco agri, sive de fine, sive de familia, sive de re communi, et hunc effectum habet adjudicatio ut dominium mutet, §. *ult. Instit. de offic. jud.* Ulpian. in *Frag. tit.* 19. cum tamen alias sententia judicis non soleat dominium mutare, hoc casu mutat, quia adjudicationem judici permittit lex nominatim, et prætor eam tuetur datis actionibus et exceptionibus, *l. inter cæ hæredes,* §. 1. *inf. seq. tit.* Dominium mutat, ut si de rebus communibus actum sit, et facta sit adjudicatio : vel etiam occasionem usucapiendi præstat ut si per errorem de alienis rebus acceptum sit judicium communi dividundo quasi de communibus adjudicatio facta, *l. si per errorem, inf. de usurpat. et usuc.* Et est adjudicatio veluti emptio quædam, sed coacta non voluntaria, *l. si pignori, tit. seq.* nam auctoritate judicis is cui ex alieno prædio adjudicatur invito domino, invicem domino certa pecunia pro modo justi pretii condemnatur, et ita emptio contrahitur, et curat judex ei cui adjudicat, caveri de evictione quasi emptori, *l. hæredes* §. *ult. tit. seq. l.* 10. *in fin. inf. comm. divid.* Ex his intellige quod de adjudicationibus hac in re traditur in *l.* 2. §. *judici, et* 3. *et* 4. *hoc titulo.* Sed expendamus verba judicii finium regundorum : *permittitur* (sic ait in *d.* §. *quædam, Instit. de act.*) *judici ex bono et æquo adjudicare :* Permittitur autem lege 12. tabul. nam hæ actiones ex 12. tabul. descendunt : legis virtus est permittere, *l. legis. sup. de legib. l.* 1. *inf. de testam. tut.* ait ergo, judici permittitur, *ut ubi non possit,* etc. ut si sit valde obscura ratio finium, faciesve locorum, *l.* 2. quo casu opus est certa pecunia pro modo justi pretii. Scribit idem servari si de loco agatur, lex 4. ait, *in partes scindi,* id est, partibus singulis adjudicatis, et si quo pars unius prægravari videatur, is invicem alteri certa pecunia condemnari debet, ut pares et æquales partes abstulisse videatur. Interdum nimia difficultas exigit ut uni adjudicetur totum, et in alterum conferatur condemnatio tota ; ut unus habeat rem totam, alter pretium partis suæ, *l.* 55. *inf. tit. seq.* et hæc de adjudicationibus quæ fiunt arbitrio judicis ob necessitatem et difficultatem, vel obscuritatem explicandi negotii, dirimendæ controversiæ, nec sunt in obligatione. Igitur quærendum nobis est aliud genus obligationis : quod veniat in hanc actionem finium regundorum : nam adjudicatio non veniet obligationis jure : verius est quod sequenti loco in *d. l.* 1. hic Accurs. notavit, actionem finium regundorum esse in personam : quod per eam actor intendat sibi præstari quanti interest, id est, quod ei abest, ob id forte quod adversarius arborem finalem excidit, vel lapides sustulit, et ita fines confudit et perturbavit, §. *si finium regund. Instit. de offic. Judic.* vel etiam sibi præstari quod lucrari quum ipse potuisset, adversarii commodo cessit, *l.* 4. §. 1. *h. t.* in judicio finium regundorum ratio ejus habetur quod interest, in idque *condemnatio fiet ?* hæc clausula enuntianda est interrogationis modo. In libris de limitibus agrorum auctores legunt sine interrogatione : utroque modo legi potest. Utilitatem vocat quodlibet commodum, et Accurs. bene ponit exemplum in fructibus naturalibus, qui sponte sua veniunt, nullis cogentibus, aut curantibus, ut si quid vicinus ex sylvæ loco ceciderit quem vicini esse constet, quia in fru-

ctus nunquam bonæ fidei possessoris lucro cedunt, *l. fructus*, *inf. de usur.* De fructibus qui labore hominum parantur, est §. *post litem*, *et* lex 4. In eo §. ostenditur, post litem contestatam fructus perceptos in hoc judicium omnimodo venire, quia generaliter ex inde, id est lite contestata in omnibus judiciis solet dolus et culpa præstari: et ita ideo veniunt fructus non tantum post litem contestatam percepti, sed et am qu incuria possessoris percepti non sunt, §. 1. *Instit. de offic. judic.* Fructus autem percepti ante litem contestatam non omnimodo veniunt, id est non indistincte, nam (ut ait) sic distinguendum est: aut bona fide percepti sunt ante litem contestatam, aut mala fide: bona fide consumpti non restituuntur, extantes restituuntur, *l. certum*, *C. de rei vindic.* mala fide percepti, sive extantes, sive consumpti condicuntur, quasi sine causa vel ex injusta causa percepti, *l. 3. C. de condict. ex leg.*, vel etiam si agatur finium regundorum in hoc judicium veniunt: nam vulgo condictiones concurrunt cum aliis actionibus, *l. 1. de except. rei judic. l. fidejussores*, *inf. mand.* Male Accurs. in hanc rem citat *l. si urbana*, *in fi. inf. de condict. indeb.* quia ea lex non loquitur de condictione fructuum, quæ datur domino adversus malæ fidei possessorem, de qua hic agitur: sed loquitur de condictione indebiti, quæ datur ei qui quos fructus solvere domino debuit, malæ fidei possessori solvit, de qua hic non agitur: hæc est sententia §. *post litem: non omnino*, id est, non indistincte et condici oportet condictione sine causa, ergo et venire in hoc judicium valde notandum est. Hic §. non tantum pertinet ad hanc actionem, sed et ad actionem familiæ erciscundæ, et communi dividundo, *l. pen. tit. seq.* quæ omnino aptanda est huic §. cum sit ex eodem libro, et verum est post verba hujus §. Paulum subjecisse quod est in *d. l. pen.* non solum in actionem finium regundorum, et in actionem familiæ erciscundæ venire fructus præteriti temporis, id est ante litem contestatam perceptos secundum distinctionem superiorem. Idem proditum est de actione communi dividundo, in *l. videamus 2.* §. *item si per usuras*, et ubique in utroque judicio servatur distinctio hujus §. ut qui ignoravit fundum sibi esse communem cum alio, et ita fructus percepit bona fide, consumptorum fructuum nomine, socio non teneatur, si scivit, teneatur, *l. qui scit*, *in princ. inf. de usur.* Ac similiter qui ignoravit fundum esse hæreditarium, consumptorum fructuum nomine tenetur, si scivit, *l. inter* §. *fructus tit. seq.* et hæc est summa hujus quæstionis de fructibus. Porro, quia fructus in hac actione veniunt, unam esse rationem propter quam personales esse dicantur. Posset tamen quis argumentari in hunc modum: si hac ratione illæ actiones sint in personam, eadem ratione quælibet rei vindicatio erit mixta, nam in omnibus rebus quæ vindicantur, in fructus possessor condemnatur, *l. videamus inf. de usur.* Verum tamen non est, quamlibet rei vindicationem esse mixtam: ergo neque etiam ea ratio vera est, qua has tres actiones mixtas esse dicimus. Respondeo: in alia qualibet rei vindicatione fructus venire arbitrio judicis: nam si rem non vindicavero, nec fructus abstulero. In his judiciis fructus venire obligationis jure, actionis potestate: nam etiam sublata communione aut vicinitate, superest repetitio fructuum, *l. 6. in princ. inf. comm. divid.* Post hæc Accurs. quærit in hac l. 1. utrum hæc actio finium regundorum sit bonæ fidei, an stricti judicii, et ait strictam esse: debuit dicere arbitrariam: non omnes sunt bonæ fidei, vel strictæ. Tertium genus est arbitrariarum; quod sic probo. Si actio finium regundorum est stricta, in eam fructus non veniunt nisi percepti post litem contestatam: falsum autem hoc est, nam veniunt et hi qui percepti sunt ante litem contestatam mala fide, et extantes, licet bona fide percepti sint: ergo et am falsum est, hanc actionem esse strictam. In actionibus bonæ fidei et arbitrariis veniunt fructus præteriti temporis, in strictis non nisi post litem contestatam percepti, *l. 3.* §. *in his*, *l. videamus 2.* §. *si actionem*, *inf. de usur.* Id enim probo hoc argumento: arbitraria actio est in qua nisi jussu sive arbitrio judicis reus pareat, condemnatio sequitur, §. *præterea*, *Instit. de action.* Hujusmodi est actio finium regundorum: ergo arbitraria: quod probat §. *ult. Inst. de offic. judic. et l. 4. h. t.* §. *sed et si quis*, si non pareatur arbitrio judicis jubentis agros metiri, vel arborem in fine positam succidi, condemnatio fit contumaciæ nomine, quod non sit obtemperatum arbitrio judicis, et æstimatur lis summa, §. *sed et si quis, hic*, quod est certum indicium arbitrariæ actionis; et sane omnis rei vindicatio vel est bonæ fidei, vel arbitraria: arbitraria, ut simplex rei vindicatio, *l. qui restituere*, *sup. de rei vindic.* ut hæc actio finium regundorum; bonæ fidei, ut petitio hæreditatis, §. *actionum*, *Instit. de action.* Itemque actio familiæ erciscundæ et communi dividundo: nam hæ sunt bonæ fidei, *l. non est*, *C. fam. ercisc. l. 4.* §. *hoc judicium*, *inf. comm. divid.* Et hæc est alia differentia inter hunc titulum, et duos sequentes: in hoc proponitur arbitraria, in sequentibus bonæ fidei. Rursus quærit Accursius eodem loco, utrum actio finium regundorum sit ex contractu, vel quasi contractu, ex maleficio, vel quasi. Et respondet, nulla ex causa hanc actionem nasci, sed esse dativam. Accursius aliam facit actionem dativam, aliam nativam: nativam, quæ nascitur ex contra-

ctu, vel quasi: dativam, quæ præter legem, nullam aliam causam habet: hanc actionem ait esse dativam, fateor esse dativam, quatenus in rem est: nam omnis actio in rem est dativa, id est, neque ex contractu vel quasi, neque ex maleficio vel quasi nascitur: quæ est in personam, certe non est dativa: nam omnis actio in personam præter legem edictumve Prætoris, causam habet, ex qua nascitur, vel actio ex dolo, vel quod metus causa, de quibus dubitatur: quæ quidem actiones licet non sint ex quatuor solemnibus delictis furto, rapina, injuria, damno, tamen sunt ex delictis, et delicta appellantur sæpe metus aut dolus. Et ita actio finium regundorum est quidem ex legibus 12. Tabul. qui jurgant, *l. ult. h. t.*, ut actio familiæ erciscundæ est ex eadem lege, *l. 1. tit. seq.* Et actio communi divid. est ex eadem lege, maxime cum hæ omnes actiones ex antiquissima loquendi forma habeant appellationem similem regundorum, erciscundæ, dividundo. Sunt ergo omnes antiquæ, quia omnium antiqua appellatio, sed omnes ut præter legem, actiones communi dividundo familiæ erciscundæ dicuntur esse quasi ex contractu §. *item si inter aliquos*, *Institut. de obligat. quasi ex contr.* Ita videtur actio finium regundorum, quæ datur de præstationibus personalibus, esse quasi ex contractu, videlicet, quia inter vicinos communio quædam et societas videtur esse, quæ efficit, ut honorarium mensorum pro sua parte quisque agnoscat in *l. 4.* §. *sed et si mensor*, *h. t.* qua ratione omisimus supra hanc actionem finium regundorum censeri in personam: nam actor per eam intendit sibi præstari pro parte sumptus quos fecit in conducendo mensore ad metiendum agrum, quæ præstatio personalis est. Id censeo valde notandum, mercedem sive honorarium mensoris singulos vicinos exsolvere pro parte: hoc indicium est communionis et societatis cujusdam, ut constat inter eos, communem esse arborem, vel lapidem in fine positum, *l. arborum, communi divid.* Eadem ratione etiam in hoc judicio res dirimitur adjudicationibus, ut inter socios et cohæredes. Postremo Accursius quærit ex quo tempore nascatur hæc actio: initium habet cum et finem habeat. Respondet recte, nasci ex eo tempore quo sunt confusi et perturbati fines, nascitur ex eo tempore, et interit tempore. Quæritur quo tempore? Respondeo. Recte finiri 30. annis, longo tempore non interit, id est, 10. vel 20. annis, exiguntur 30. Constat tamen dominium amitti annis decem inter præsentes et 20. inter absentes, quo movetur Accursius: et sane si fundi mei totum dimidium amisero longo tempore hoc casu necessario non agam finium regundorum quia desii esse vicinus. Sed si fundi mei locum certum amisero longo tempore, non ideo minus agam de finibus regundis, quia hæc actio non finitur longo tempore, et ita semper jus fuit, ut actiones in rem citius perirent quam in personam. Et constat ex libro de præscriptionibus, reales longo tempore, personales et mixtas longissimo tempore finiri d. l. 2.

Ad L. II. IV. V. et VI.

L. II. *Hæc actio pertinet ad prædia rustica quamvis ædificia interveniant: nec enim multum interest, arbores quis in confinio, an ædificium ponat.*

§. 1. *Judici finium regundorum permittitur, ut ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat. Et si forte amovendæ veteris obscuritatis gratia per aliam regionem fines judex dirigere velit: potest hoc facere per adjudicationem et condemnationem.*

L. IV. *Sed et loci unius controversia in partes scindi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco judex compererit.*

§. 1. *In judicio finium regundorum ejus etiam ratio fit quod interest. Quid enim si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit quem vicini esse apparebat? an inique condemnatio eo nomine fiet?*

§. 2. *Sed etsi mensor ab alterutro solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus qui non conduxit, in partem mercedis.*

§. 3. *Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicium: nam et culpa et dolus inde præstantur: sed ante judicium percepti non omnino in hoc judicium venient: nam aut bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit: aut mala fide, et condici oportet.*

§. 4. *Sed et si quis judici non pareat in succidenda arbore, vel ædificio in fine posito deponendo, parteve ejus, condemnabitur.*

L. V. *Quia magis in confinio meo via publica, vel flumen sit, quam ager vicini.*

L. VI. *Sed si rivus privatus intervenit, finium regundorum agi potest.*

Prædia aut sunt rustica, aut urbana: rustica, agri; urbana, ædificia. *Hæc actio*, inquit *pertinet ad prædia rustica*, id est agros, *quamvis ædificia interveniant*, id est, quamvis alteruter possessorum in fine ædificium continuo positum habeat. et subjicit: *neque enim interest arbores quis in confinio, vel ædificia ponat:* et Accursius ad verbum *arbores*, quas interest, inquit, succidi propter umbram arboris, ut *inf. l. 4.* §. *sed et si quis:* quæ ait, interdum finium regundorum judicem jubere arborem in fine positam succidi, vel ædifi-

cium in fine positum deponi, vel si non pareatur, litem æstimari et condemnationem fieri: sed judex jubet id ex causa finium dirimendorum gratia, non propter umbram arboris, nam ob hanc causam ne arboris umbra vicino agro noceat jure non succiduntur arbores, nec agi potest, ut succidantur, sed sublucantur, et coercentur, id est, compescitur luxuries ramorum, *l.* 1. §. *deinde*, *et seq. arbor. furt. cæs.* Sublucare, est quasi subtus lucem mittere. Itaque male Accursius ait *succidi* arbores propter umbram: non succiduntur, sed sublucantur jure, succiduntur tantum finium dirimendorum causa. In urbe huic actioni locus non est, id est, inter vicinos. Vicini sunt proprie in urbe, et ideo cum dicimus hanc actionem reddi inter vicinos, minus proprie loquimur, et vicinos accipimus pro agris vicinis, qui et affines dicuntur in *l. pen. h. t.* Demonstratio affinium, id est, agrorum vicinorum: et Festus, *adfines*, inquit, *id est in agris vicini*: eodem sensu Hygenus *libro de limitibus constituendis*, *secundum suas terminationes adscriptis affinibus etc.* et Frontinus *de limitibus agrorum*, *arbores inter affines movent disputationem*. Eadem vero est conditio actionis aquæ pluviæ arcendæ: nam hæc actio habet tantum in agris locum, non in urbe, *l.* 1. §. *celerum*, *de aq. pluv. arc.* Cicero in Top. *Si in urbe fines non reguntur, nec in urbe aqua arceatur.* Quid igitur fiet si in urbe aqua pluvia vicino noceat, quæ actio dabitur? Quid si vicini inter se ambigant in urbe de vicino, quæ actio dabitur? Et placet in causa aquæ, esse in rem actionem, quæ de servitutibus competit, negatoriam, vel confessoriam: jus non esse stillicidia, vel flumina immittere, vel jus esse stillicidia, vel flumina immittere, quæ sunt duæ servitutes aquæ, et ita esse agendum respondet *d.* §. *celerum*: cessare actionem aquæ pluviæ arcendæ, sed agendum esse, jus non esse aquam immittere stillatim, vel continue. Stillicidium est, cum cadit aqua in alienas ædes stillatim, et ideo proprie dicitur cassitare, *l. servitutes*, §. *si antea*, *de servit. urb. præd.* Et inde Palæmo Grammaticus interrogatus, quid interesset inter guttam et stillam, respondit: gutta stat, stilla cadit. Igitur non agetur in urbe actione aquæ pluviæ arcendæ, sed negatoria jus non esse flumen immittere, *dict.* §. *celerum*. Causa autem vicini plerumque parietibus communibus distinguitur, *l.* 4. §. 1. *h. t.* de parietibus autem communibus si qua oriatur quæstio, competit actio communi divid. *l. si ædis inf. comm. divid. l.* 4. *de servit. leg.* de finibus non est actio communi dividundo, sed finium regundorum specialis: ædificia parietibus determinantur, agri finibus, et quidem varie pro consuetudine regionum: finiuntur agri terminis, et his non ejusdem modi: finiuntur arboribus notatis vel antemissis: finiuntur lapidibus sive *grumis*: nam a Flavio Charisio Grammatico *grumi* sic definiuntur, οἱ τῶν ὅρων λίθοι, *finium lapides.* In aliis regionibus finem faciunt congeries lapidum, quas agrimensores vocant scorpiones, vel congeries lapidum, in speciem maceriarum sine calce, quas vocabant Athinas. In aliis regionibus fines præstant Bodones, quo verbo usus est Paulus 5. *Sentent. tit.* 22. et sic a mensoribus definiuntur, monticelli a terra. In aliis regionibus finem præstant supercilia, quæ sunt loca ex plano superiori brevi clivo devexa in planum inferius: brevi clivo, alioquin essent colles, non supercilia, et valde notandum puto quod de eis scribit Siculus Flaccus de limitibus agrorum, in obscuritate finium vel locorum supercilia usque in planitiem cedere, et adjudicari superiori possessori, optima ratione, quia quid inferior possessor in suo fundo habet, id habet damno superioris, sive aret sive fodiat, detrahit: pendentis ex fundo superiore omnis pinguitudo terræ ad eum decurrit: si vero congerat aliquid et adjiciat in suo fundo, ad superiorem non ascendit, et æquum est ut qui sentit commodum, sentiat et incommodum, qua de causa naturaliter ad eum aqua defluit, et eam cogitur excipere, nec coercere potest, *l.* 1. §. *pen. et ult. inf. de aq. et aq. plu. arc.* Eadem ratione in obscuro supercilia usque in planitiem cedunt superiori possessori, ut incommodum quod habet superior possessor, compensetur cum hoc commodo. Alii in finibus observant palos et defigunt palos. Alii observant margines quasdam quas pulvinos cubinos, *des levées*, *des chaussées*, alii vepres, alii fossas, alii vias, alii rivos. De quibus dicendum est, quoniam de eis tractatur in *d. l.* 4. §. *ult.* Viæ aut sunt privatæ, quæ et agrariæ dicuntur, aut publicæ, quæ Prætoriæ et Consulares, et Basilicæ, et militares, *l.* 3. *de locis et itiner. publ. l.* 2. §. *viarum*, *ne quid in loc. pub.* Teophilus in *tit. de lege Aquilia.* Sveton. in *Augusto*: *Juvenis modicis intervallis militares vias disposuit.* Varro lib. 4. Sic etiam rivi, alii sunt privati, alii publici. Nunc si inter meum et tuum agrum intercedat rivus privatus, vel via privata, non ideo minus confines sumus, et invicem finium regundorum agere possumus, cum hujus generis rivi, aut viæ finem prestare et facere soleant, sicut si ædificium quod sit tuum vel meum, id est, si in confinio positum sit vel arbor interveniat, constat finium regundorum agi posse, eo confinium non interrumpi, constitui, et discerni potius, sed si interveniat via publica, vel flumen publicum inter meum et tuum agrum, interrumpitur confinium, confines jam non sumus, et agere finium regundorum non possu-

mus: hæc est sententia *l.* 4. §. *ult. et l.* 5. *et* 6. *h. t.* quia inquit l. 5. magis in continuo mea est via publica, quam ager vicini: id etiam nota ex ea *l.* 4. §. *ult.* interdum in urbe esse locum huic actioni finium regundorum, et interdum in agris locum non esse: in urbe locum esse huic actioni si forte diversorum dominorum horti adjecti, conjuncti, ordine locati sunt, si contingat latitudo hortorum, quæ diversis dominis competat: nam de eorum finibus regendis agi poterit, licet sint urbana prædia, *l. urbana, de verb. signif.* In agris autem locum non esse huic actioni, si in agris quatuor aut quinque diversorum dominorum ædificia communia sint: nam hæc ædificia parietibus disterminantur, non finibus: non potest ergo agi ædificiorum nomine finium regundorum, cum in ædificiis nulli fines censeantur esse, sed agitur de vicino actione communi dividundo, parietis communis nomine: vicini sunt proprie in urbe. *Si qua via publica intervenit*, inter agros finitimorum, sic legendum est in *d. l.* 4. §. *ult.* Confinium rivo privato non interrumpitur, imo constituitur potius. Accursius l. 2. opponit *l.* 4. §. *ult.* Lex 2. ait, in agris finium regundorum locum esse, licet ædificia interveniant, *l.* 4. §. *ult.* ait, in ædificiis locum non esse huic actioni, sive sint in urbe, sive in agris. Hæc non sunt contraria: nam lex 2. etiam significat in ædificiis hanc actionem non habere locum, cum scilicet quæritur de confinio, sive vicinio continentium ædificiorum: sed si quæratur de finibus agrorum lex 2. ait, huic actioni locum esse, licet inter agros finitimorum interveniant ædificia, quia scilicet non de eorum ædificiorum, sed de agrorum finibus quæritur. Accursius non hanc solutionem attulit, sed quatuor, quarum nulla vera est. Prima est ex l. 2. in agris dari utilem tantum finium regundorum, cum ædificia interveniunt, in *l.* 4. §. *ult.* denegari directam, et ita conciliandas esse; hanc loqui de utili, illam de directa: hoc rejiciendum est: nam manifestum est l. 2. loqui de directa actione, interposito, ædificio, non minus quam interposita arbore; scilicet si inter meum et tuum agrum intercedat arbor, nonne erit directa actio finium regundorum? Eodem modo directa erit si intercedat ædificium, quia lex ait nihil interesse utrum arbor an ædificium sit in confinio positum: ubique igitur esse eandem actionem: nihil mutari interpositione ædificii, vel arboris, cum principalis quæstio sit de duorum agrorum finibus. Secunda solutio est: in l. 2. inquit, agitur de ædificiis, quæ non habentur habitationis causa, in *l.* 4. §. *ult.* agitur de habitationibus, veluti domibus: vult dicere, in l. 2. agi de prædiis rusticis, in l. 4. de prædiis urbanis: primum vaticinatur: nam quis illi id renunciavit? Deinde Ulpiano auctori leg. 2. et omnibus Jurisconsultis omnia ædificia, sunt urbana prædia, sive ruri, sive in urbe ædificata sint, quia locus non facit prædium urbanum, sed materia, qualitas, usus. Solus Neratius separavit loco urbana prædia a rusticis, domum ruri ædificatam appellabat prædium rusticum. Neratii sententia extat in *l.* 2. *de servit. urb. præd. l. eo jure* §. *ult. in quib. caus. pign. vel hypot. tac.* sed explosa est Neratii sententia, et receptum est, omnia ædificia, ubi ubi sint constituta, esse urbana prædia, *l. urbana de verb. signif.* Et male hic etiam Accursius citat eam *l. eo jure,* quasi loquatur de ædificiis, quæ non habentur causa habitandi, cum loquatur de stabulis Stabula sunt diversoria, quæ a Græcis σταθμοὶ dicuntur. Tertia solutio est: inter eos qui ædificia habent proxima, id est inter vicinos, non esse hanc actionem, quod est verum. ut in *d. l.* 4 §. *ult.* inter eum qui habet agrum et alium qui habet ædificium ex diverso esse utilem actionem finium regundorum. Et ita accipiendam l. 2. sic diversam esse speciem in l. 2. et l. 4. §. ult. Primum dico l. 2. non loqui de utili actione, sed de directa: deinde constat l. 2. non loqui de his quorum unus habet agrum, alter ædificium, sed de his qui confines agros habent interposito ædificio in confinio. Quarta solutio est, *l.* 4. §. *ult.* docet inter vicinos qui confines agros habent esse hanc actionem, licet ædificium interveniat loco termini: male: nam ædificia nunquam fuere observata pro terminis. Jurisperiti non debent esse imperiti artis mensorum: sed debuit dicere, licet ædificium alterutrius in confinio positum sit, inter eos qui confines agros habent, erit hæc actio: hæc est vera sententia l. 2. legis autem 4. est hæc: inter eos qui vicinas ædes habent, hanc actionem non esse: cetera quæ sequuntur in l. 2. et 4. usque ad §. *si dicantur*, exposita sunt omnia.

Ad §. 5. *et alios seqq. L. IV.*

§. 5. *Si dicantur termini dejecti, vel exarati: judex qui de crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere potest.*

§. 6. *Si alter fundus duorum, alter trium sit: potest judex uni parti adjudicare locum de quo quæritur, licet plures dominos habeat: quoniam magis fundo, quam personis adjudicari fines vel partes intelliguntur. Hic autem cum fit adjudicatio pluribus, unusquisque horum portionem in fundo habet, quam et pro indiviso habebat.*

§. 7. *Qui communem fundum inter se habent, non condemnantur, neque enim inter ipsos accipi judicium videtur.*

§. 8. *Si communem fundum ego et tu habemus,*

et vicinum fundum ego solus, quæritur an finium regundorum judicium accipere possimus. Et scribit Pomponius non posse nos accipere: quia ego et socius meus in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur. Idem Pomponius ne utile quidem judicium dandum dicit: cum possit qui proprium habet, vel communem vel proprium fundum alienare, et sic experiri.

§. 9. *Non solum autem inter duos fundos, verum etiam inter tres pluresque fundos accipi judicium finium regundorum potest: ut puta si singuli plurium fundorum confines sunt, trium forte vel quatuor.*

§. 10 *Finium regundorum actio, et in agris vectigalibus, et inter eos qui usumfructum habent, vel fructuarium et dominum proprietatis vicini fundi, et inter eos qui jure pignoris possident, competere potest.*

§. 11. *Hoc judicium locum habet in confinio prædiorum rusticorum: in urbanorum displicuit: neque enim confinia hæc sunt, sed magis vicini dicuntur, et ea communibus parietibus plerunque disterminantur. Et ideo etsi in agris ædificia juncta sint, huic actioni locus non erit. Et in urbe hortorum latitudo efficere potest, ut etiam finium regundorum agi possit. Si vero flumen, vel via publica intervenit, confinium non intelligitur: et ideo finium regundorum agi non potest.*

Ait in hoc §. *si dicantur termini dejecti*, etc. Regulariter judex qui de crimine cognitionem habet, non potest etiam de re pecuniaria cognoscere in *l. solemus, sup. de judic.* quæ lex negat, latrunculatorem de re pecuniaria judicare posse. Latrunculator est latrociniorum specialis quæsitor et judex, qua voce usus est Julianus antecessor constitutione 15. Igitur is cui datum est jus cognoscendi de latrociniis, non potest cognoscere de re pecuniaria. Denique judex criminum non potest cognoscere de re pecuniaria, *d. l. solemus.* Ratio tamen connexi, id est, connexio rei pecuniariæ cum ipso crimine, plerumque cogit etiam eum cognoscere de re pecuniaria; ut cum cognoscit de termino moto sive dejecto, cogitur huic cognitioni aptare finium determinationem, idque traditur *hoc* §. qua de causa putem etiam latrunculatorem qui de latrone aliquo cognoscit, de bonis ab eo raptis cognoscere posse, sed morte latronis extincto crimine, non poterit latrunculator de bonis raptis cognoscere, quia cessat ratio connexionis: crimen enim extinctum est, et superest tantum causa pecuniaria, quæ remittenda est ad judicem ordinarium, *l. defuncto, inf. de publ. judic.* quæ valde pertinet ad *d. l. solemus.* Deinde in §. *si alter* qui sequitur, Jurisconsultus ostendit, judicio pluribus adjudicationem fieri posse, ut si vicini fundi tres sunt domini pro indiviso, qui mecum contendant de finibus, judex potest eis tribus locum, de quo quæritur, adjudicare, re justo pretio æstimata, quia unius vice et loco habentur, et adjudicatio fit potius fundo quam personis, sententia datur fundo, *l. liberto §. ult. sup. de negot. gest.* quin et hoc judicium dicitur accipi inter fundos, §. *non solum inf.* Igitur unus est fundus, una pars quæ adjudicatur, plures personæ pro una habentur: in eo autem quod adjudicatur pluribus, singuli habent, aut habituri sunt eam partem pro indiviso, quam et in fundo habent: sicut et in eo quod accidit alluvione: nam et in eo quod accidit alluvione fundo communi, socii partem habent, quam habent in fundo pro indiviso, et hæc est sententia §. *si alter, sup. eod.* Qui habent fundum communem haberi loco unius demonstratur alio exemplo in §. *qui communem, et §. si communem: qui communem fundum habent inter se*, etc. Vulgo ab omnibus ea existimatur esse sententia hujus §. in uno eodemque fundo communi pro indiviso inter socios non accipi judicium finium regundorum. Verum stultum est hoc admittere: nam manifestissimum est, ubi nulli sunt fines, non esse judicium de finibus: fundus est communis pro indiviso, id est indivisus, quia potest ejus fundi nomine agi de finibus: opinor sententiam hujus §. petendam esse ex §. *si communem*, qui subjectus est huic interpretationi et continuationi superioris. Species hæc est: ego et tu communem fundum pro indiviso habemus, et fundum vicinum ego habeo solus, quæro finium fundi communis, et fundi mei proprii dirimendorum causa, an inter me et te judicium hoc reddi possit? Jurisconsultus ait, non posse: *quia ego et socius*, inquit, *in hac actione adversarii esse non possumus, sed unius loco habemur*: et ideo non potest reddi hoc judicium inter nos, quin videar ipse mecum experiri et agere, quod est absurdum: nemo enim secum ipse litigat, adeout nec litiget pater cum filiofamilias, ne videatur secum litigare, propterea quod jura omnia filiifam. competunt patrifamil. vinculo potestatis. Igitur hac ratione inter nos judicium hoc reddi non potest. Dicet tamen forsitan aliquis, utilitatis causa dandam esse utilem actionem inter me et te in hac specie, ut scilicet fines in integro conserventur: sed movere nos hæc ratio non debet, cum si velim, possim hanc utilitatem mihi servare fundo proprio alienato, et retento communi, vel contra alienato communi, et retento proprio: nam post alienationem licebit mihi cum emptore experiri finium regundorum, fundi retenti nomine, quia jam non sum utriusque fundi dominus: licebit igitur contra emptorem experiri, quod est notandum: nam ex eo intelligitur tantum abesse, ut controversia finium quam emptori extraneus facit,

ad venditorem pertineat, sicut et constat in hoc pertinere ad venditorem, *l.* 10. *Cod. de evict.* ut et ipse venditor emptori possit movere controversiam de finibus: qui tamen de proprietate cum eo non recte ageret: nam venditor non mutat pactum factum: de finibus agit recte: qua de re venditor agere non potest. Præstare etiam debet ne quis agat cum emptore, potest et ipse agere. Verba §. *si communem hæc sunt: fundum ego et tu*, etc. Notanda sunt hæc verba, in hac actione: nam idem non servatur in actione negatoria, quæ de servitutibus competit, *l. sed si inter me, sup. de servitut. urb. præd.* quod Accursius notat, sed rationem differentiæ non explicat. Idem non servatur in actione aquæ pluviæ arcendæ, *l. si tertius* §. *inde quæritur, l. supra* §. 1. *de aq. et aq. pluv. arc.* Videamus quæ sit ratio differentiæ: servitutum usucapio sive diuturni usus acquisitio est, finium usucapio non est, ut ostendimus in *l.* 1. *ejusdem tit.* si inter communem fundum et meum proprium fines confusi sint nec terminati, etiamsi non egero finium regundorum, damni nihil fero, quia latitudinis finium usucapio non est, non est etiam longi temporis acquisitio, *l. pen. et ult. Cod. fin. regund.* Sed si tamen velim omnino agere finium regundorum, debeo alienare alterutrum fundum, et sic experiri cum emptore, idque in hoc §. traditur ex Pomponii *libris ad Sabinum*, ut opinor, quibus idem Pomponius ostendit diversum esse in vindicatione servitutum, *d. l. sed si inter me*: cui est conjungenda, *l. si cum meus* §. 1. *sup. de servit. vind.* quæ est ex eodem Pomponii libro *ad Sabinum*: et species est hujusmodi. Si ex communibus ædibus inter me et te aliquid immittatur aut projiciatur in ædes vicinas, quæ meæ sunt propriæ, vel si paries communis opere a te facto succumbat in ædes meas, potero tecum agere negatoria, jus non esse immittere nec parietem illum habere ita: et vice versa, si ex propriis meis ædibus aliquid immittatur in ædes communes inter me et te, poteris agere mecum negatoria. Idem fiet in agris, si ex fundo communi aqua pluvia noceat proprio, vel contra: nam inter nos poterit reddi judicium aquæ pluviæ arcendæ. Cur et inter nos non redditur actio finium regundorum, si utriusque fundi fines sint perturbati? rationem actionis finium regundorum exposui: rationem ex altera parte subindicat Pomponius in *d. l. sed si inter me*, in his verbis, *tecum mihi agere licet* (negatoria) *aut rem perdere.* Sententia hæc est: utilitas exigit ut inter nos de aqua et servitute judicium accipiatur, alioquin rem perdam *tempore* seu *usu* legitimo: quid enim si nolim fundum proprium vel communem alienare? interim procedet usucapio et rem perdam, qui metus abest in causa finium: nam finium usucapio non est: ergo interim rem non perdam: sed si volo agere de finibus debeo alienare. Hæc ita tractavit Pomponius ad Sabinum: quamobrem existimo verba §. *qui communem* esse Sabini, relata a Paulo ex Pomponii libro, et subjicit interpretationem Pomponii, *si communem*, etc. Atque adeo ad §. *qui communem*. esse ponendam speciem, ut explanatur in §. *si communem*, quæ enim vulgo sententia esse existimatur §. *si communem*, inepta est et stulta, non posse in uno eodemque fundo communi pro indiviso inter socios accipi judicium finium regundorum: stultum est hoc scribere, cum ubi nulli sunt fines, et notissimum sit non esse judicium de finibus. Postremo in hac l. 4. ait, *finium regundorum actio et in agris vectigalibus et inter eos qui usumfructum habent*, etc. Ait igitur huic actioni locum esse in vectigalibus fundis, id est, emphyteuticariis, sicut et familiæ erciscundæ, et communi divid. *l. item prædia, tit. seq. et l. 7. comm. divid.* semper in Pandectis vectigales fundi, id est, emphyteuticarii. Igitur emphyteuta potest agere cum vicino de finibus, aut ipsi inter se emphyteutæ, et confines possunt agere de finibus: qua de re dubitari potuit, propterea quod emphyteutæ non sunt domini, sed tamen datur eis rei vindicatio, *l.* 1. *sup. si ager. vectig. l. cum sponsus* §. *in vectigalibus, de Publ. in rem act.* Datur ejus servitutis vindicatio quæ debetur fundis emphyteuticariis, *l. ei qui pignori, sup. de servit.* Datur etiam eis actio aquæ pluviæ arcendæ, et actio arborum furtim cæsarum, quæ tamen actiones omnes pro ratione soli communis dominis deferuntur, *l. cædere* §. 1. *inf. arbor. furt. cæsar, l. quod principalis* §. 1. *inf. de aq. et aq. pluv. arc.* De fructuario magis dubitatur: nam is ut emphyteuta non rei, sed tantum ususfructus vindicationem habet, id est, actionem confessoriam, quæ de usufr. proponitur: qua de causa et plerique existimant, fructuario non esse dandam vindicationem servitutis fundo fructuario debitæ, *l.* 1. *sup. si ususfr. pet.* licet Julianus dandam utiliter putaverit, *l.* 1. *inf. de remission.* et sic etiam fructuario alii non dant actionem aquæ pluviæ arcendæ, nec arborum furtim cæsarum nec legis Aquiliæ, *l. apud* §. *ult. inf. de aq. et aq. pluv. arc. d. l. cædere* §. *ult.* Alii accommodant ei utilem actionem ex lege Aquilia, et arborum furtim cæsarum, et aquæ pluviæ arcendæ, *l. item Mela* §. *ult. sup. ad leg. Aquil. si ususfructus, de aq. et aq. pluv. arc.* sicut in §. *finium*, ei etiam accommodatur actio finium regundorum: hoc æquitas suggerit, et sic recto jure efficies, ut scilicet dentur fructuario utiles actiones creditori pignoratitio id est, qui agrum pignori accepit: nec mirum est dari finium regundorum, quum et rei vindicatio competit per actionem hypothecariam, et utilis vindicatio

servitutum, *d. l. qui pignori, sup. de servit. l.* 1. *in fin. de remission.* ubi pro *defensionem*, legendum est, *retentionem*.

Ad L. VII. VIII. et XII.

L. VII. *De modo etiam agrorum arbitri dantur: et is qui majorem locum in territorio habere dicitur, ceteris qui locum minorem possident, integrum locum assignare compellitur: idque ita rescriptum est.*

L. VIII. *Si irruptione fluminis fines agri confuderit inundatio, ideoque usurpandi quibusdam loca, in quibus jus non habent, occasionem præstet: præses provinciæ alieno eos abstinere, et domino suum restitui, terminosque per mensorem declarari jubet.*

§. 1. *Ad officium judicis de finibus cognoscentis pertinet et mensores mittere, et per eos dirimere ipsam finium regundorum quæstionem, ut æquum est (si ita res exigat) oculis etiam suis subjectis locis.*

L. XII. *Eos terminos, quantum ad dominii quæstionem pertinet, observari oportet fundorum quos demonstravit is qui utriusque prædii dominus fuit, cum alterum eorum venderet: non enim termini qui singulos fundos separabant, observari debent: sed demonstratio confinium novos fines inter fundos constituere debet.*

Lex 7. a nemine adhuc intellecta est. Sententia ejus est: ait *de modo agrorum arbitri dantur*, etc. Tria verba maxime notanda sunt in hac *l. de modo, de territorio, assignare*, quæ demonstrant plane quis sit legis sensus, hic nempe agi de modo agrorum unius territorii militibus assignatorum. Variæ controversiæ agrorum judicio, et arte dimensorum dirimuntur, ut ex Frontino constat, veluti controversia de fine de loco, de modo, de qua agitur in hac lege: et interdum controversia etiam de proprietate disceptatur a mensoribus, id constat ex *l. pen. hic*, sed prius dicamus de modo. Controversiæ de modo fere omnes nascuntur, ut Aggenus ait, in agris divisis, et assignatis, qui et limitati dicuntur, *l. in agris, de acquir. rer. dom. l.* 1. §. *si insula, et seq. de fluminib.* quod scilicet, certis et perpetuis limitibus continerentur, adeo ut nec per alluvionem, aliave ratione incrementum recipere possent, et quia in ære sive forma agrorum modus cuique militi assignatus comprehensus esset. Hujus formulæ testimonium erat publicum, atque adeo obligabat vicinos inter se, ne alienos fines lacesserent, sed suos tenerent. Quas autem formas possessionum suarum quidam privati faciunt, eas Siculus Flaccus scribit, neque sibi obligare vicinos, neque ipsos vicinis obligari, quia res voluntaria est. Æris forma obligat inter se vicinos, est autem de eo ære intelligenda *l. qui tabulam inf. ad leg. Jul. pecul.* l. ait *agrorum*, assignatorum scilicet. Siculus Flaccus *de limitibus agrorum: quidam formas*, inquit, *agrorum in ære scripserunt*, id est, *in æneis tabulis scripserunt*: significat æneam illam tabulam, quæ continet formam agrorum assignatorum servari sol tam in sanctuario et tabulario principis. Sic Hygenus *de limitibus constit. Omnes formas*, inquit, *in æneis tabulis inscribemus*; et alio loco quidam evocatus Augusti etc. *modum quem assignavit in ære*, id est, *in formis adscripsit, et assignavit.* Longe est alia conditio agrorum qui occupatorii dicuntur, quos victor populus ejectis victis occupavit, non assignatione accepit, qui et arcifinii sive arcifinales dicuntur ab arcendis hostibus victis et fugatis: nam eorum agrorum, ut Siculus ait, nullum est æs, nulla forma, quæ publicæ fidei possessoribus testimonium reddat: assignatorum certus est modus qui ære continetur, nec is tamen æqualis semper: nam non omnibus æqualiter datus est, sed secundum militiam, id est secundum merita militiæ eorum modus assignabatur militibus, *l. Lucius, inf. de eviction. l. item si verberatum*, §. *pen. de rei vindic.* et inde Hygenus: *erat præmium militiæ terra, et pro emerito habebatur*: *pro emerito*, id est, pro commodo peractæ militiæ, et assignabantur militibus viritim agri omnes unius territorii. Territorium dicimus universitatem agrorum unius populi, quod vulgo appellamus districtum, quod intra eos fines sit facultas juris distringendi jurisve dicendi. Nam et jurisdictio non male a Juliano dicitur juris districtio, et nonnunquam assignatis agris proprietas dabatur militi cui assignabantur, sed jus territorii non auferabatur, id est, jurisdictio non mutabatur, ut idem Hygenus docet. *De modo agrorum arbitri dantur*, id est, de modo agrorum assignatorum, quorum certus modus ære continetur. Sequitur: *et is qui majorem locum in territorio habere dicitur*, id est, qui plus possidet quam ære continetur: deinde sequitur: *ceteris qui locum minorem possident*: id est, qui minus possidet, quam ære continetur: *integrum locum assignare compellitur.* Controversia scilicet modi revocatur ad æs, et formam publicam, quæ obligat vicinos inter se: et ideo alter alteri quod deest assignare compellitur. Compellitur autem per arbitrium sive mensorem, atque ita non tam ipse videtur assignare quam mensor: mensoris est assignare: Principes per mensores assignabant agros militibus: et sic de fine, de loco dantur arbitri, ut de modo finitoris mensoris qui in re præsenti disceptant inter vicinos, et terminos ponunt, vel restituunt, vel declarant, ut ait l. sequens, quod proprie est terminare, *l. inter, sup. de recept. arbitr.*

Mensores proprie terminare dicuntur translatitie, ceteri determinare. Declaratio autem terminorum est sententia mensorum: sicut in rei vindicatione judex dicitur declarare cujus res sit, *l. et ex diverso, sup. de rei vindic. l. siculi* §. *sed si quæritur si servit. vindic.* et est quod ait l. sequens, *si irruptione fluminis*, et in fine: *oculisque suis subjectis locis*, id est, in re præsenti. Alia est controversia de proprietate, quæ licet soleat referri ad præsidem, interdum tamen pertinet ad artem, cognitionemque mensoris, maxime cum controversia proprietatis pendeat ex finium ratione et terminorum positione, ut in *l. pen. inf.* in qua agi de controversia proprietatis constat ex his verbis: *quantum ad dominii quæstionem pertinet*: et ostendit in controversia proprietatis non semper observari aliquos terminos, sed potius spectari eos quos utriusque fundi dominus cum venderet alterutrum, demonstravit. Terminorum positio est vetustissima, et jurisgentium, sicut et dominorum distinctio, *l. ex hoc jure, de justit. et jure.* Sed ut dominia, ita et termini arbitrio dominorum mutantur, novantur, multiplicantur. Ponamus igitur speciem ad *l. pen. h. t. ex l. 1. C. eod.* Duos habebam fundos adjectos *l' un aupres de l' autre*, et suis finibus distinctos: unum vendidi propriis finibus ejus mutatis et novis terminis appositis, non dejeci antiquos terminos, sed novos alio loco posui, quibus fundum venditum vel angustiorem, vel latiorem facerem, et hos novos terminos emptori demonstravi, non antiquos; solent enim venditores demonstrare fines fundorum quos vendunt, imo coguntur et post contractum venditionis, si forte id in venditione omissum sit, demonstrare fines actione ex empto, *l. Titius hæres, de action. emp.* vicinos demonstrare non est necesse, sed fines est necesse, *l. cum servo* §. *ult. de contr. empt.* si tamen venditor ex studio malum vicinum celaverit, quem si audiisset emptor empturus non esset, reticentiæ nomine tenebitur emptori, *l. quod sæpe* §. *ult. de contr. empt.* proverbium mali vicini, notum est, quo utitur Justinianus in *Nov.* 63. Demonstrati fines observantur in causa proprietatis quæ omnimodo pertinet ad venditorem cui assistere venditor debet ob evictionem. Controversia finium nuda non pertinet ad venditorem, licet fines demonstraverit, nisi nominatim ei rei se obligaverit, et eo nomine caverit: ut si dixerit, intra eos fines neminem ingressurum, de eis finibus neminem acturum, *l. 10. C. de evict.* Nunc ad speciem propositam redeamus. Alii erant termini antiqui, alii novi, quos dominus utriusque fundi alterum venditurus posuerat: emptor sibi vindicat dominium fundi secundum antiquos terminos: venditor dicit spectandos esse novos quos posuit, et demonstravit, et ita respondetur merito spectandos esse novos: hæc est sententia *l. pen. Demonstratio confinium*, id est, confinium possessorum: atque ita domini sæpe intra fines antiquos possessionum ponunt terminos comportionales, sic vocantur a Frontino et Urbico, termini qui divisis agris inter filios defiguntur demonstrandis portiunculis filiorum hi sunt comportionales termini, qui observabantur potius inter filios, quam principales et antiqui. Male autem Accursius putat ex hac *l. pen.* posse colligi, venditorem testem esse in causa sua, et ideo opponit *l. omnibus, C. de testib.* inscite: nam aliud est testem esse in sua lite, aliud est in ipso contractu finitorem et cautorem esse rei vendendæ, quod solum dicit *l. penult.*

Ad L. IX.

Judicium finium regundorum manet, quamvis socii communi dividundo egerint, vel fundum alienaverint.

Delenda sunt ea omnia quæ Accursius hic ponit: nam dum lex ait, *Judicium*, etc. manifesta sententia est, domino mutato per alienationem fundi judicium finium regundorum quod venditori competebat, emptorem sequi: idem accidit fundo communi, judicio communi dividundo diviso in duos fundos, vel adjudicatione judicis, uno ex sociis totius fundi domino constituto: nam et hoc licet mutatum sit dominium, manet tamen actio finium regundorum, quæ initium accepit, quia hæc actio dicitur fundo magis competere quam personis, *l. 4.* §. *si alter, et* §. *non solum, sup. hoc tit.* igitur quandiu fundus manet, tandiu manet hæc actio finium regundorum, et nihil mutat mutatio dominorum.

Ad L. X.

Judicium communi dividundo, familiæ erciscundæ, finium regundorum tale est, ut in eo singulæ personæ duplex jus habeant, et agentis, et ejus quo cum agitur.

Nota est sententia hujus legis: tres actiones quæ hoc libro proponuntur esse duplices, quod in eis uterque litigator duplex jus habeat: insunt enim judiciis his reciprocæ vindicationes et reciprocæ præstationes, *l. 2.* §. *in familiæ, tit. seq. l. actionis verbo, de oblig. et action.* et ob id initio litis uterque quasi actor jurare debet non calumniæ causa litem intendere, et quasi reus, non calumniæ causa se ad inficias ire: nam uterque videtur esse et actor et reus: jurat ergo et quasi actor et quasi reus, *l. inter*, §. *familiæ, inf. tit. seq.* Eadem etiam ratione si quis iis actionibus alieno nomine expe-

riatur, quasi procurator actoris cavet de rato, quasi procurator rei cavet de judicato solvendo. Denique uterque duplicem cautionem præstat, *l. si defunctus*, §. *ult. sup. de procurat.* Verum effectu ita est, in utroque duplex esse jus actoris et rei, neque horum judiciorum natura immutari potest, id est, fieri non potest quin sint permixta jura actoris et rei, sed tamen lis ordinanda est, ut sciatur quo ordine agatur, quis prior agere debeat, et ob id litis tantum ordinandæ causa receptum est cum præcipue litis actorem videri qui prior ad judicium provocavit, *l. 2. in fi. commun. divid.* vel si ambo ad judicium provocaverint, forte rem dirimendam esse, ut agendi ordo constituatur, *l. sed cum ambo, sup. de judic.*

Ad L. XI.

In finalibus quæstionibus vetera monumenta, et census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: si modo non varietate successionum, et arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur.

Ex lege 11. hoc tantum notandum est: in causa finium probationes sumendas esse ex monumentis antiquis et publicis veluti ex æneis tabulis ex sanctuario Principis et commentariis civitatum, vel sumendas esse ex census auctoritate acti ante litem: nam in censu agendo exponebantur fundorum duo confines, *l. 4. de censib.* imo et in censu agendo agebatur mensura agrorum, sicut Latinus et Misontius auctores limitum scribunt, Augustum jussisse omnem terram remensurari et terminos recensuisse. Proinde ex libris censualibus constabit de finibus. Et sane ex sanctuario in causa finium hæ probationes quæ sumuntur ex censu, sunt potiores testibus, ut ait *l. census, inf. de probat.* Additur exceptio ex hac l. nisi probetur fines antiquos qui continentur libris censualibus, permutatos fuisse varietate successionum, terminis comportionalibus vel arbitrio possessorum, quod repetitur iisdem verbis in *l. 2. C. eod.*

Ad L. XII.

Sciendum est, in actione finium regundorum illud observandum esse quod ad exemplum quodammodo ejus legis scriptum est, quam Athenis Solon dicitur tulisse: nam illic ita est: Ἐάν τις αἱμασιὰν παρ' ἀλλοτρίῳ χωρίῳ ὀρύγῃ τὸν ὅρον μὴ παραβαίνειν, ἐὰν τειχίον πόδα ἀπολείπειν, ἐὰν δὲ οἴκημα, δύο πόδας ἐὰν δὲ τάφον ἢ βόθρον ὀρύττῃ, ὅσον τὸ βάθος ᾖ τοσοῦτος ἀπολείπειν, ἐὰν δὲ φρέαρ ὀργυιάν, ἐλαίαν δὲ ἢ συκῆν ἐννέα πόδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν, τὰ δὲ ἄλλα δένδρα δύο πόδας, id est: *Si quis sepem vel maceriam juxta alterius regionem effoderit: terminum non excedat. Si autem murum, pedem derelinquat. Si domum duos pedes. Si autem sepulchrum aut foveam effoderit, quantum profundum, tantundem derelinquat. Si autem puteum, passum, olivam autem aut ficum novem pedes ab extranea regione plantet: alia autem ligna duo pedes.*

In hac lege ostendit, in causa finium ex 12. tabulis quædam intervalla observanda esse, et quædam spatia, idque sumptum est ex legibus Solonis, sicut et aliud de collegiis, quod ex eod. libro retulit Cajus auctor hujus legis in *l. ult. inf. de collegiis.* Intervalla legitima hæc sunt observanda in finibus, ut qui maceriam ducit in confinio fines non excedat: maceria construitur ex cæmentis sive arenato: qui parietem ut intermittat pedem unum: qui ædificium, ut intermittat duos pedes: qui fossam vel scrobem, ut quantum profunda erit, tantum spatii intermittat: qui puteum fodit prope confinium, ut intermittat ὀργυίαν, id est, sex pedes: qui ficum vel oleam plantat prope confinium, ut absit a confinio novem pedes: qui aliam arborem plantat, absit quinque pedes: male Alciatus, duos pedes: in ficu et olea majus intervallum constituitur propterea quod earum radices mire proserpunt, et earum plantæ sunt aliis noxiæ, ut Plutarchus in Solone declarat. Adjicit ex eodem Solone quod est prætermissum hoc loco, ut apum alvei novi a vicinorum alveis distent trecentis pedibus. Sed in hac lege Solonis pro τάφον quod est sepulchrum, legendum est τάφρον, quod est *fossam.* Et hæc omnia servantur in agris, aliud in urbe servatur: nam in urbe alia sunt intervalla. Accursius opponit huic legi leg. *Meniana, de ædific. privat.* male respondet, cum debuerit distinguere inter urbem et agros: hæc l. pertinet ad agros, l. *Meniana* ad urbem pertinet. In urbe alia sunt intervalla, ut ex 12. tabulis: inter vicinorum insulas esse debet sestertius pes, id est, duo pedes et semis, auctore Festo et Meciano, de quo intervallo agitur in *l. Imperatores de servit. urban. præd.* et ex iisdem legibus inter rogum et bustum, et alienas ædes debent esse pedes sexaginta, ut ait Cicero 2. *de legibus.* De quo intervallo agitur in *l. 3. §. 1. de mortuo infer.* Observantur etiam alia intervalla in urbe aliis Constitutionibus, veluti ex *l. si qui loci, et l. Meniana, de ædificiis privatis.* In hac *l. ult.* videntur deesse multa: nam videtur hic Cajus latine exposuisse sententiam legis 12. tabul. ait *observandum esse, etc.* deinde subjicit, *quod scriptum est*, scilicet in 12. tabulis. Delenda est Glossa Accursii.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Tit. II. Familiæ erciscundæ.

Ad L. I.

Hæc actio proficiscitur ex lege duodecim tabularum: namque cohæredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui, qua inter eos res hæreditariæ distribuerentur. Quæ quidem actio nihilominus ei quoque ipso jure competit, qui suam partem non possidet. Sed si is qui possidet, potest eum excludere per hanc exceptionem: Si in ea re de qua agitur, præjudicium hæreditati non fiat. *Quod si possidet partem, licet negetur esse cohæres, non nocet talis exceptio. Quo fit, ut eo casu ipse judex, apud quem hoc judicium agitur, cognoscat an cohæres sit. Nisi enim cohæres sit, neque adjudicari ei quicquam oportet, neque adversarius ei condemnandus est.*

Recte Accursius interpretatur, ut etiam omnes, familiæ erciscundæ, id est, hæreditatis dividundæ, quæ actio, ut ait *l.* 1. ex *l.* 12. *tabul. proficiscitur*: *namque cohæredibus volentibus*, etc. Et quidem de hæreditate dividunda dantur arbitri, sicut de finibus regundis, et de rebus communibus dividundis, et postulantur *arbitri* vel ab omnibus cohæredibus aut sociis, volentibus a communione discedere, vel ab uno eorum: nam et unus invito altero, postulare potest arbitrum divisionis, *l. si quis cum*, §. *ult. tit. seq.* potest, inquit, a quolibet sociorum peti judex divisionis, *sed etiam si unus ex sociis invitus erit*, sic legitur vulgo. Florent. male, *mutus*: *recte cum eo communi dividundo agi.* Solent actiones reddi in invitos, hæ non videbantur dandæ nisi inter volentes: sed placet et has dari inter invitos, uno poscente arbitrum. Addatur his *l. arbitrum* 43. *h. t.* ubi ait, *arbitrum famil. erciscundæ vel unus petere potest*, *etc.* His verbis Accursius somniat ita Jurisconsultum argumentari: si unus ignorantibus aliis arbitrum petere potest, poterit et ceteris scientibus et consentientibus; quæ argumentatio est vera, sed illa verba eam non admittunt, imo eis verbis ita argumentatur apertissime. Si unus provocare potest ad judicem cui est jus dandi arbitri, potest et arbitrum postulare: palam autem est vel unum posse provocare ad judicem, *l. in tribus*, *sup. de judic.* ergo poterit etiam unus a judice arbitrum postulare. Deinde subjicit Jurisconsultus: *igitur et præsentibus*, *etc.* Ex quibus etiam verbis perperam Accursius tale argumentum deducit: si unus ignorantibus aliis potest arbitrum petere, quod tamen erat magis probabile, et invitis igitur: vitiosum est argumentum: nam argumentum a magis probabili ad affirmandum non valet, nec sane eo uti voluit Ulpian. in *h. l.* quin potius ut constat ex *l.* 26. *de reg. jur.* quæ est ex eodem libro Ulpian. et huic conjungenda est, ita argumentatus est a minus probabili, quod valet ad affirmandum. Si unus præsentibus ceteris et invitis, id est, contradicentibus, arbitrum petere potest, quod erat minus probabile, poterit et ignorantibus et absentibus ceteris. Excipitur unus casus quo, invito socio, non potest agi communi dividundo, *l. arbor*, §. *de vestibulo, tit. seq.* Species est: ego et tu vicinas ædes proprias habemus, et vestibulum commune, quo est aditus tam mihi in ædes meas proprias, quam tibi in ædes tuas proprias, nec alia parte aditum habemus in ædes nostras. Denique communem aditum et accessum habemus in ædes nostras, commune vestibulum: volo tecum agere communi dividundo, nomine vestibuli, tu non vis judicium accipere, an reddetur in invitum? minime, *quia*, inquit, *qui de vestibulo*, etc. Nota quod ait, *totarum ædium*, ex quo colligitur vestibulum esse partem ædium, dum ait, propter vestibulum eum amittere totas ædes, id est, propter partem amittere totum. Quod tamen negabat Ælius Gallus, ut scribit Gellius *lib.* 16. *cap.* 5. ratio de vestibulo ea est, quia si forte difficilis sit divisio vestibuli, necesse erit facta licitatione, totum vestibulum ei adjudicari, penes quem licitatio remanserat, ad quem pretium redierit. Sciendum est, in his judiciis quoties difficilis est divisio, et res omnino solida uni adjudicanda est, cohæredes vel socios liceri inter se, et ei qui licitatione vicerit, id est, qui plus obtulerit, rem totam adjudicari, ut fit in auctionibus et hastis, et interdum admittitur extraneus licitator ex causa, veluti si unus ex sociis profiteatur se sine pecunia non posse vincere socium vilius licitantem, *l.* 3. *C. comm. divid. l. cum in fundo* §. *si fundus, de jur. dot.* Quod si in specie proposita inter nos arbiter de vestibulo liceri cogat, ita eveniet ut qui vestibulum emere aut vendere cogitur, etiam ædes suas proprias emere et vendere cogatur, in quas aditum alias non habet, quia sine aditu nullus est usus ædium, *l. Gaurus, de servit. urb. præd.* Porro iniquum est ut quis rem suam liceri aut vendere cogatur: iniquum non est ob difficultatem divisionis et communionem tollendam, ut cogatur quis communem rem liceri, aut vendere socio, si modo ea licitatione et rei suæ propriæ pretium facere non cogatur: liceri est pretium facere, ut constat ex eodem §. *de vestibulo*: ideoque eo casu invito socio de vestibulo non cogetur communi dividundo, ne per hoc co-

gatur invitus suis ædibus cedere, suasve ædes licitari. Est etiam alius casus quo invito socio non agitur communi dividundo in *l. ult. sup. de alien. jud. mut.* Species hæc est, quæ explicabit sententiam totius tituli de *alienatione jud. mut. ca. f.* Finge: ego et tu rem communem habemus, cujus divisio difficilis est, vel impossibilis: et ideo futurum perspicio communi dividundo actione, ut tota res uni adjudicetur, facta licitatione, in qua vereor ne me potentia aut opibus vincas, quod scilicet, sis me potentior, vel locupletior: qua de causa futuri, nondum cœpti judicii communi dividundo evitandi causa partem meam Titio viro potentissimo vendo, ut is te in licitatione vincat, et rem auferat, non tu habeas quam certo ferres, si tibi mecum res esset, non cum Titio quem tibi opposui. Deinde iterum nondum sublata communione eadem pars ad me rediit, eandem partem postea a Titio recepi, ideoque denuo cœpit esse communis inter me et te, quia ad me rediit res: volo tecum agere communi dividundo: quæritur an possim te invito communi dividundo agere: minime. Quia Lex Licinia vetat, quæ hoc edicto coercet dolum ejus qui in fraudem alienavit, pœna amissione actionis, si forte res ad eum redeat, ut quam actionem evitare voluit in fraudem socii, ea ipse non utatur. Quid tamen, si ut dictum est supra, Titio vendidi partem meam, et eam postea ab eo non recepi, an poterit Titius tecum, te invito, agere communi dividundo? minime. Obstat edictum de alienatione judicii mutandi causa facta, quo cavetur ne fiat alienatio judicii futuri mutandi causa: et ideo si substitutus sit actor potentior adversus te, ei denegatur actio: sicut si substitutus fuerit reus potentior facta alienatione, in eum qui substituit, est actio in factum, in id quod interest duriorem adversarium non habuisse, *l. 24. §. ult. tit. seq.* Itaque illi edicto locus est non tantum opposito duriore reo, sed etiam opposito duriore actore, quod Accursius colligit recte ex *l. non solum §. 1. de alienat. jud. mut. cau. f.* Denique hæc fraus alienationis judicii mutandi causa facta ita coercetur, ut ei actori, qui alium substituit, et substituto actio denegetur: alio autem reo substituto, ut in eum qui substituit, detur actio in factum in id quod interest, eum non habuisse duriorem adversarium cum quo ageret. Observandum est in *d. l. ult.* in illis verbis, *sed ipse quidem qui partem alienaverit,* esse πλοκὴν id est, repetitionem. Idque est quod Accursius scribit illo loco: repetit, inquit, ut addat. Accursius præterea in hac *l. 1.* ponit alium casum, quo invito alteri non datur actio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo si obstet præscriptio 30. annorum, quæ sane his judiciis obstat, *l. 1. §. ad hæc, C. de ann. except.* Hæ actiones nascuntur ex die communionis, non ex die quo primum voluerunt discedere a communione, quia tæduit eos communionis, quod et Accurs. notat, reprehenso Martino, et Placentino, qui ex voluntate initium dabant his actionibus, non ex communione, quod est ineptissimum. Intereunt autem hæ actiones tricennio, id est, triginta annorum præscriptione, quam novissime invenit Theodosius Imperator: ideoque in interpretatione Pandectarum eadem præscriptio nunquam advertenda est. Cum igitur obstat ea præscriptio, cum invito non agitur hoc judicio: non fiet ergo divisio nisi inter volentes. Addit, plus posse præscriptionem legitimam triginta annorum quam pactionem: nam pactione hoc effici non potest, ne fiat divisio, *l. 14. §. s conveniant, tit. seq.* quia hæc pactio est contra jus publicum, contra duodecim tabulas, ex quibus sunt hæ actiones. Legamus Accursii verba: nota ex eo quod dicitur *volentibus*, juste autem Accursius ad verbum *volentibus*, reprehendit Martinum: nam hæc actio potuit intelligi a tempore communionis, non obstante exceptione: Multa scripsit Accurs. in hanc leg. sed omnia sunt valde bona. Nunc quæritur, cur dicat Jurisconsultus in hac *l. 1.* necessariam fuisse hanc actionem: imo non fuit necessaria: nam videbatur sufficere actio communi dividundo, et æreditatibus, et aliis rebus dividendis: nam et inter cohæredes reddi potest hæc actio communi dividundo *l. inter, in princip. inf. hoc t. l. quibus casibus, inf. pro soc.* quibus opponitur *l. 4. in princ. tit. seq.* quæ ait, actione communi dividundo non fieri divisionem hæreditatis, ceteræ, contra. Res ita distinguenda est: in actione communi dividundo veniunt res communes, id est, quarum dominium habemus communiter, sive sint communes jure hæreditario, sive quo alio jure: et ideo de rebus hæreditariis, et communibus agam recte communi dividundo cum cohæredibus, *d. l. inter.* In actione familiæ erciscundæ veniunt etiam res non communes, ut res depositæ, vel commodatæ, et conductæ a defuncto: nam hæ res veniunt in petitionem hæreditatis, *l. et non tantum, sup. de petit. hæred.* et quæ veniunt in petitionem hæreditatis, veniunt in actionem familiæ erciscundæ, exceptis nominibus, de quibus dicetur suo loco, *l. sed etsi 5. §. pen. sup. de petit. hæred. l. fundus qui dotis, in fin. hoc tit.* Imo absurdum esse videtur, ut quæ peti possunt, dividi non possint, *d. l. sed etsi*: peti possunt res non communes petitione hæreditatis: ergo et dividi actione familiæ erciscundæ. Hæ tamen res non veniunt in actionem communi dividundo, *l. 7. §. neque, tit. seq.* Præterea actio communi dividundo est de singulis rebus communibus, et iterari potest: nam si actum sit communi dividundo de una re di-

videnda, deinde agi poterit eodem judicio de alia re, *l. 4. §. hoc judicium, tit. seq.* Actio familiæ erciscundæ est de universo jure, de universitate : ideo non potest iterari, nisi ex magna causa, quia semel universum jus in judicium deductum est, *l. si filia §. familiæ, inf. hoc t.* Paulus *lib.* 1. *Sentent. tit.* 18. de una re hæreditaria non potest agi familiæ erciscundæ, *l. si fundus mihi, inf. hoc t.* si modo in ea l. legatur, *exemptis*, ut Florentiæ, non *exceptis*, *exemptis*, id est, divisis, et ita ponatur species: ego et tu cohæredes sumus : in ea hæreditate est fundus unus, cui unusquisque nostrum debet religionem, quia in eo utriusque parentes sepulti sunt : tu paratus es mihi partem tuam vendere: ego contentus sum mea parte, universum fundum emere nolo, dividere volo, ut certam partem nactus in ea parte meo arbitrio jus religionis exequar: quæritur an agere possim de eo fundo dividundo quem religio occupavit, non totum tamen Jurisconsultus ait, me posse agere communi dividundo, licet fundus sit hæreditarius : an et actione familiæ erciscundæ? sic videtur : nam in hoc judicio arbiter addictus, id est, datus *exemptis* communione ceteris corporibus hæreditariis, poterit etiam hunc fundum dividere. Igitur significat hunc etiam fundum in divisionem venire, et eximi communione cum ceteris rebus hæreditariis non solum quia hoc judicio de una re non agitur, sed eximendæ sunt et ceteræ : locus tamen ille fundi quem religio occupavit certo tamen modo et definito in frontem, et agrum, non veniet in divisionem sed ejus loci jus competet omnibus hæredibus in solidum, etiamsi ex minima parte hæredes sint, *l. 6. inf. de relig.* Igitur in ea specie non agitur familiæ erciscundæ de fundo tantum in quo erat sepulchrum, sed exemptis communione etiam ceteris rebus hæreditariis, actio communi dividundo est de singulis rebus communibus, et iterari potest : nam si actum sit de una re communi dividundo, postea agi de alia potest, *l. 4. §. hoc judicio, tit. seq.*

Nunc si quæras quid hæc lex 1. exigat, quid distet petitio hæreditatis ab actione familiæ erciscundæ quod explicatum est in princ. *tit. finium regundorum*, meminisse oportet hanc esse differentiam inter petitionem hæreditatis, et familiæ erciscundæ, quod petitio hæreditatis est simplex, familiæ erciscundæ actio est duplex: qua de causa petitio hæreditatis possessori non datur, familiæ erciscundæ actio sicut et actio communi dividundo et possessori, et non possessori datur, hac *l. et l. hæredes §. quantum, inf. l. pen. tit. seq.* qui petit hæreditatem negat adversarium cohæredem esse : qui agit familiæ erciscundæ fatetur adversarium cohæredem esse, *l. 1. §. sed etsi possessor, sup. si pars hæred. pet.* Præterea ubi est petitio hæreditatis, id est, donec actum et peractum sit petitione hæreditatis, non potest agi familiæ erciscundæ, ne præjudicium fiat petitioni hæreditatis, quæ ceteris judiciis anteponi debet, idque res exigit ut prius petatur hæreditas, deinde dividatur, ut declaretur quis hæres, deinde de divisione hæreditatis agat, *l. 5. in fin. sup. de petit. hæred.* quod si velit agere præpostere familiæ erciscundæ, cum scilicet negatur esse cohæres, præjudicium fiet petitioni hæreditatis : nam hoc judicio admisso, admittemus hæredem esse, cum tamen negetur esse hæres: et ideo prior est illa quæstio expedienda, an sit hæres, deinde agendum est familiæ erciscundæ : si prius aget familiæ erciscundæ, repelletur exceptione præjudiciali, quod præjudicium petitioni hæreditatis non fiat, eademque ratione cum speratur petitio hæreditatis, non potest agi interdicto de tabulis exhibendis, *l. ult. inf. de tabul. exhibend.* non potest etiam lis cœpta cum defuncto peragi ab eo qui de ejus hæreditate controversiam facit, *l. non distinguemus §. si is faciat. de recept. arbitr.* Non potest etiam agi de libertate servorum manumissorum testamento, nisi post certum tempus *l. 7. sup. de petit. hæred.* Sic ergo in hac actione familiæ erciscundæ, ut exponam speciem hic propositam. Si ego et tu cohæredes sumus, ego possideam et negem te cohæredem esse, nihil tu possideas, quia negaris esse hæres, agere debes petitione hæreditatis adversus me: nam si agas familiæ erciscundæ, repellam te exceptione præjudiciali, *si in ea re de qua agitur petitione hæreditatis præjudicium non fiat.* Prius enim constare debet te cohæredem esse, prius petenda quam dividenda hæreditas : sed si ego et tu cohæredes sumus, ego possideo meam partem, tu tuam pro indiviso, ego nego te cohæredem esse, tu etiam negas me cohæredem esse, hoc casu non erit etiam familiæ erciscundæ, sed erit mutua petitio hæreditatis, *l. si inter me, de except. rei judic. l. 1. §. sed et si possessor, si pars hæred. petat.* Nunc finge, ego et tu cohæredes sumus : unusquisque possidet suam partem pro indiviso, ego nego te cohæredem esse, tu non negas me cohæredem : hoc casu non potes agere petitione hæreditatis, quia hæc actio non datur possessori adversus eum quem non negas esse cohæredem, sed agetur familiæ erciscundæ, nec tibi opponetur exceptio præjudicialis, quod præjudicium petitioni hæreditatis non fiat, cum nec ipse possis agere petitione hæreditatis, neque ego velim: possum quidem ipse si velim, quia nego te cohæredem esse, sed nolo: tu etiam si velis, non possis; ages tamen familiæ erciscundæ verum eo judicio non ante judex dividet hæreditatem inter nos, non ante invicem adjudicationes, et condemnationes faciet, quam

constiterit te cohæredem esse: igitur in eodem judicio hæc cognitio, an sit hæres, necessario præcedit divisionem hæreditatis. Hæc sententia est leg. 1. et eorum quæ ad eam Accursius notavit. *Ipso jure*, ex 12. tabulis: *potest eum*, scilicet qui nihil possidet: *præjudicium hæreditati*, id est, petitioni hæreditatis: *quod si eam partem possideat*, id est, si unusquisque possideat suam partem, non nocet agenti familiæ erciscundæ exceptio præjudicialis. Quæ obstabant, exposui distinctis speciebus. Sed præterea hoc tantum quærit Accursius, an idem servetur in actione communi dividundo? an communi dividundo agi non possit cum speratur rei vindicatio? et hoc definitum est in *l. fundi*, *de except.* male Accursius refert eam legem ex *tit. de except. rei judic.* quæ l. vult, ut quæstio domini præcedat divisionem rei communis, ut prius agatur rei vindicatione quam communi dividundo, cum adversarius negat eum qui vult agere communi dividundo esse socium, negat rem esse communem, et eam sibi adserit totam; quod ab Accursio comprobatur argumento actionis familiæ erciscundæ, cui non tantum petitio hæreditatis, sed etiam rei vindicatio præponitur, ut in specie *l. si quid contendis*, *hoc t.* quæ explicanda est, et est Pomponii, et citatur Pomponius in eam rem in *l. hæredes*, §. *quod pro emptore*, *hoc t.* Species est: ego et tu cohæredes sumus, neque de eo est inter nos controversia, sed tantum de una re controversia est: una res est in hæreditate, quam ego contendo esse hæreditariam, et ideo communem, tu dicis esse tuam propriam: ejus rei nomine non agam tecum petitione hæreditatis, quia hæc actio datur tantum adversus eum qui pro hærede vel possessore possidet, non adversus eum qui ex alia justa causa possidet: veluti pro emptore, aut pro donato: tu dicis eam rem esse tuam propriam ex causa emptionis et donationis: non est ergo adversus te ejus rei nomine petitio hæreditatis: non est etiam actio familiæ erciscundæ, quia non potest ea res venire in judicium universale familiæ erciscundæ, vel quia tu negas eam rem esse ex hæreditate, et hoc judicium redditur tantum inter confitentes: quid igitur fiet? erit mihi agendum rei vindicatione adversus te incertæ partis, quia res indivisa est, in qua si vicero, deinde agam ejus rei nomine communi dividundo, vel agam de universo jure familiæ erciscundæ, in quam actionem veniet ea res quam jam ante pronuntiatum est esse hæreditariam. Sic igitur hac specie demonstratur, rei vindicatione agendum esse prius quam communi dividundo, vel familiæ erciscundæ.

Ad L. II.

Per familiæ erciscundæ actionem dividitur hæreditas, sive ex testamento, sive ab intestato, sive ex lege duodecim tabularum, sive ex alia lege deferatur hæreditas, vel ex Senatusconsulto, vel ex constitutione, et generaliter eorum dumtaxat dividi hæreditas potest, quorum et petitio potest.

§. 1. *Si quarta ex constitutione Divi Pii arrogatum ad aliquem deferatur: quia hic neque hæres, neque bonorum possessor sit: utile erit familiæ erciscundæ judicium necessarium. Item si filiifamiliæ militis peculium sit, fortius defendi potest hæreditatem effectam per constitutiones: et ideo huic judicio locus erit.*

§. 2. *In familiæ erciscundæ judicio, unusquisque hæredum et rei et actoris partes sustinet.*

§. 3. *Dubitandum autem non est quin familiæ erciscundæ judicium, et inter pauciores hæredes ex pluribus accipi possit.*

In l. 2. Jurisconsultus ait, actione familiæ erciscundæ dividi hæreditatem, sive deferatur ex testamento, sive ab intestato, sive partim ab intestato uni, partim ex testamento alteri, id est, inter hæredem testamentarium, et hæredem legitimum hoc judicium redditur, quod interdum inducit querela inofficiosi testamenti: regulariter enim hoc non fit ut quis sit testatus et intestatus, id est, ut quis simul habeat hæredem testamentarium et legitimum, sed per querelam inducitur sæpe, eoque inducto inter scriptum et legitimum datur actio familiæ erciscundæ. *l.* 15. §. *ult. sup. de inoffic. test.* Deinde hac in *l.* ait, hanc actionem dari sive deferatur hæreditas ex l. duodecim tabul. sive ex aliqua lege, sive ex Senatusconsulto, sive ex Constitutione, quod exemplis declarandum est. Lege 12. tabularum defertur hæreditas scriptis hæredibus voluntate justa, id est, testamento, nam scripti in codicillis verbis directis neque lege duodecim tabularum, neque alio jure, neque alia lege vocantur: scripti directo ita demum vocantur si in testamento voluntate justa scripti sint. Testamentum definitur justa voluntas ad differentiam codicillorum, id est, legitima, et solemnis, codicillorum voluntas non est justa, solemnis, et legitima. Quintilianus declamat. 306. *Testamentum est voluntas defuncti consignata jure legibusque civitatis.* Codicillorum jus extraordinarium est: ergo lege 12. tabular. defertur hæreditas testamento scriptis hæredibus, non codicillis: etiam defertur hæredibus ab intestato eadem lege 12. tabular. suis, et agnatis, et patronis, et parentibus manumissoribus. Ex lege autem aliqua defertur hæreditas, veluti ex Lege Julia et Papia, *legibus novis*, ut ait *l. capitis*, *inf. de suis et legit. l. tutelas* §. *ex novis*, *sup. de cap. minut.* vel etiam lege Cornelia, quod male Accursius rejicit hoc loco: nam ex lege Cornelia defer-

tur hæreditas ejus qui apud hostes decessit, delata sive relicta testamento facto ante captivitatem : id enim testamentum lex Cornelia confirmat, quod tamen ipso jure captivitas irritum fecerat : quæ lex autem confirmat, defert, *l. lege, inf. de verbor. signific.* lege obvenire dicitur hæreditas testamentaria, sicut qui confirmat tutorem testamento datum, dat tutorem, et est tutor dativus non testamentarius, *l. idem fiet, de testam. tut.* Ideoque recte in *l. hæredes, in prin. inf. hoc t. hæredes ejus*, etc. quia lex Cornelia eis defert hæreditatem : idem poterit dici de lege Velleja : nam hæc etiam dicitur confirmare testamentum, *l. si hæreditas §. filium, de testam. tut.* Ponatur ergo exemplum ad hæc verba, *ex lege aliqua*, exemplum legis Juliæ, et Papiæ, et Vellejæ : ex Senatusconsulto autem notum est deferri hæreditatem, veluti Senatusconsulto Tertylliano, et Orfitiano : Tertylliano mater est hæres filii legitima : Orfitiano filius matris hæres legitimus. Ex constitutione autem defertur hæreditas multis modis, multæ enim sunt constitutiones, quarum exemplis usus est Accursius, sed utamur exemplis quæ venerunt in mentem Jurisconsulti ; nam hæ constitutiones nondum in lucem venerant : utamur exemplo constitutionum Augusti, Nervæ, Trajani de privilegio militum veteranorum, quæ constitutiones hæredem scriptum testamento filiifamil. in peculio castrensi hæredem faciunt : nam ante eas constitutiones inutile erat testamentum, ex eis constitutionibus valet, et hæres scriptus hæres est : et hoc est, quod ait *l. 2. §. Item si hic*, qua de causa hæredi scripto in castrensi peculio datur petitio hæreditatis civilis : nam constitutiones peculium hæreditatem fecerunt, *l. filiifamil. et l. item veniunt §. non solum, de petit. hæred.* Et generaliter, his omnibus quos recenset, quibus scilicet hæreditas defertur lege duodecim tabularum, vel lege nova, vel Senatusconsulto, vel constitutione datur petitio hæreditatis civilis, et directa, ac familiæ erciscundæ civilis : et hoc est quod subjicit, *et generaliter eorum dumtaxat*, et sicut etiam quæ peti possunt, et dividi possunt, quorum peti potest hæreditas, et dividi potest, *l. sed etsi lege §. pen. sup. de petit. hæred.* Ex quo sequitur : ut sicut bonorum possessoribus datur possessoria hæreditatis petitio sive prætoria, ita et familiæ erciscundæ prætoria, sive honoraria : et sicut eis quibus ex Senatusconsulto Tertylliano restituta est hæreditas, datur specialis quæ dicitur fideicommissaria hæreditatis petitio, ita datur ei familiæ erciscundæ actio fideicommissaria, *l. 24. et 40. hoc t. l. ita tamen §. si ex Trebelliano, et seq. ad Trebellian.* et datur inter eos quibus restituta est hæreditas ex Trebelliano Senatusconsulto, et inter eum cui restituta est pars hæreditatis ex Trebelliano, et hæredem scriptum qui restituit, verbo scilicet : restitutio hæreditatis fit non tantum re, sed et verbo : si facta fuerit re ipsa, nihil hoc judicio opus est : sed si fuerit facta verbo tantum, hoc judicium dabitur fideicommissario Trebelliano : et adjicit præterea ex *l. 24. h. t.* dari hanc actionem inter ceteros honorarios possessores, ubi male Accursius, Trebellianos : nam de his dixerat ante, et fideicommissarii Trebelliani non sunt honorarii successores, quia Senatusconsulto potius habentur pro hæredibus, quam pro bonorum possessoribus, *l. si hæres §. ult. inf. ad Trebell. l. 5. §. ult. inf. quod cum eo, l. si necem §. ult. de bon. libert.* Videndum quos in d. l. 24. vocet honorarios successores, ut in *l. 2 §. si defunctus ff. pro empt.* prætorios successores non dicit fideicommissarios Trebellianos, neque bonorum possessores quoniam de his dixit ante, sed dicit eos, quibus libertatum conservandarum causa bona addicuntur ex constitutione Marci, qui assimilantur bonorum possessoribus, et agunt familiæ erciscundæ, *l. 4. §. is autem, et §. ult. de fideicom. libert.* intelligit etiam bonorum emptorem : nam et hic vocatur prætoris successor a Theophilo in *tit. de success. sublat. quæ fieb. per bonor. vend.* His addi oportet eum qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hæreditatem : nam jure prætorio hic non potest esse hæres ex testamento, et successor, quia jure prætorio videtur esse hæres tantum testamento, *l. duo hæredes, si quis omiss. cau. testam.* Addatur etiam his hæres scriptus, cui Prætor remittit conditionem jurisjurandi : nam hic non potest esse hæres testamento jure civili, nisi impleta conditione jurisjurandi, quæ non est inhonesta, nec illegitima ; sed prætorio jure impleta conditione jurisjurandi hæres habetur : est igitur Prætorius successor, *l. 1. §. ad eos, inf. ad leg. Falcid.* Hi sunt Prætoris successores præter bonorum possessores : sed additur in *l. 2.* hanc actionem dari inter hæredem scriptum et impuberem arrogatum, quem testator arrogator exhæredavit, vel inique emancipavit : nam eo casu arrogato debetur quarta pars bonorum, quæ arrogatoris fuerunt tempore mortis, ex Constitutione Antonini, sive Divi Pii : et licet in ea quarta non sit hæres, aut bonorum possessor, sed veluti creditor, cum debeatur quasi æs alienum, tamen quasi hæres cum scripto vel legitimo hærede agit familiæ erciscundæ cum hærede arrogatoris, ut hæreditas dividatur in quadrantem et dodrantem, et sic etiam in ea quarta ei quasi hæredi impuberi substitui potest in secundum casum, qua de causa variatum est olim, quia debetur quasi æs alienum, creditori in æs alienum non possum substituere. Obtinuit ta-

men posse substitui, *l. si arrogator, sup. de adopt. l. sed etsi lege §. in arrogatore, inf. de vulg. substit.* ei tamen arrogato non datur petitio hæreditatis quartæ nomine, sed datur actio familiæ erciscundæ, utilis petitio hæreditatis non datur, *l. 1. §. si impuberi, de collat. bonor.* quæ ait, personalem tantum actionem dari cui non datur petitio hæreditatis: nam continuo etiam non datur famil. erciscundæ, ut fideicommissario Trebelliano non datur petitio hæreditatis adversus hæredem qui restituit, *l. 3. §. pen. sup. de fideicomm. hæred.* Datur tamen hæc actio utilis, *l. si ex asse, h. t.* Quod sequitur, *in familiæ erciscundæ judicio*, etc. id exposui in *l. 10. sup. tit. prox.* Deinde ait: hæc actio potest reddi inter pauciores hæredes, sicut si sint duo hæredes ex pluribus qui hæreditatem dividere desiderent, duo agent familiæ erciscundæ, sicut et actio communi dividundo potest reddi inter pauciores, *l. etsi non omnes, l t. seq.* et redditur ad dividendum, et pauciores ex pluribus agent de dividenda hæreditate, et eo genere communio solvetur inter eos arbitrio judicis: inter eos et ceteros qui judicio non adfuerunt, manebit communio. Quoties autem omnes hæredes conveniunt et volunt discedere a communione, vel invitantur a ceteris ad divisionem, tum omnes debent ire ad eundem judicem et in eundem locum venire, *l. 1. inf. de qu b. reb. ad eundem judic.* etc. Ubi si inter plures agatur familiæ erciscundæ, et inter eosdem, id est, inter plures, si vel plures agant familiæ erciscundæ, vel plures communi dividundo, vel plures finium regundorum, non quod simul agant his actionibus tribus, quod fieri non potest, sed, ut inquit quo facilius coire possint, sunt mittendi ad eundem judicem, et in eundem locum. Ceterum possunt etiam pauciores inter se distrahære, et retinere communionem si velint.

Ad §. 4. In hoc judicium.

§. 4. *In hoc judicium etsi nomina non veniunt, tamen si stipulationes interpositæ fuerunt de divisione eorum, ut stetur ei, et alter alteri mandet actionem, procuratoremque eum in suam rem faciat, stabitur divisioni.*

Hic §. est de nominibus: hæc quæstio prolixa est. Supra diximus de personis: nunc dicendum est de rebus quæ in hoc judicium veniunt: et constat in hoc judicium venire tam res non communes, quam res communes, ut dixi *l. 1. hoc t.* Rerum appellatione continentur nomina, *l. 9. inf. rem pupil. salv. fore.* Nomina tamen non veniunt, corpora veniunt: nomina dicimus non tantum ea quæ debentur defuncto, sed etiam ea quæ defunctus debuit, id est, æs suum defuncti, et æs alienum defuncti, debita et credita hæreditaria. Cur autem in hoc judicio nomina non veniunt? quia hoc judicium est de divisione, de dividenda hæreditate: ea igitur tantum admittit quæ indivisa sunt: nomina autem non sunt indivisa, imo ipso jure, id est, ex 12. tabul. divisa sunt pro hæreditariis portionibus, *l. hæredes, §. idem juris, h. t. l. 1. si unus ex plurib. hæred. C. l. 1. C. si cert. pet. l. pacto, C. de pact. l. 6. C. famil. ercisc. l. ult. C. de hæred. act. l. si te, C. de jur. deliber.* ut exempli gratia, quo exemplo utitur Quintilianus in *declamat.* 336. si Titio centum debuerit defunctus, cui ego et tu hæredes extitimus, tu ex quadrante, ego ex dodrante; quæritur an a te Titius possit petere integra centum? minime; sed quadrantem tantum ejus summæ, id est, viginti, quinque, quia ex quadrante tantum hæres es, a me autem petere debet dodrantem, id est, septuaginta quinque, quia lex 12. tabul. hæredes debitis obligavit pro hæreditariis portionibus. Lex nomina divisit inter cohæredes, corpora non divisit, quia non potuit ea dividere sine arbitro: ideoque corporum divisionem l. 12. tab. remisit ad arbitrum famil. ercisc. qui et ea corpora distribueret inter hæredes pro hæreditariis portionibus adscriptis singulis certis partibus: nec vero antequam distribuerit arbiter, possum ego in fundo hæreditario certam partem mihi pro dodrante vindicare arbitratu meo, nec tu etiam pro quadrante: sed arbiter distribuet et adscribet certas partes: nobis expeditior est pecuniæ divisio, id est, non eget arbitrio vel actione; et ita et diverso si Cajus debuerit defuncto centum, cui ego sum hæres ex dodrante, tu ex quadrante, tu non potes petere solidam summam, id est, solida centum quæ debet Cajus, sed viginti quinque solum ego petam septuaginta quinque: atque ideo si tu ipse qui es cohæres mihi, debueris defuncto centum ex causa crediti, pro quadrante confusa est et sublata obligatio, pro dodrante mihi adversus te superest actio pecuniæ creditæ, adhuc debes 75. vel licebit mihi pro ea quantitate agere petitione hæreditatis, non actione familiæ erciscundæ: quoniam in actionem familiæ erciscundæ nomina non veniunt, quia ipso jure divisa sunt, in petitionem hæreditatis veniunt: et hoc respondetur in *l. fundus qui dotis in fin. hoc t.* cui applicanda est lex 7. *sup. si pars hæred. petat.* quæ l. e contrario respondet, in petitionem hæreditatis non venire res indivisas, ut dividantur scilicet: quæ tamen veniunt ob eam rem in actionem familiæ erciscundæ. Igitur sic concludas: in actionem famil æ erciscundæ veniunt tantum res indivisæ ut dividantur in petitionem hæreditatis venient et res divisæ, et indivisæ, id est, non tantum ut

dividantur: quod vulgo dicitur, ea quæ peti possunt, et dividi posse hoc est intelligendum, nisi jam ipsa divisa sunt ipso jure, id est, ab ea definitione, excipienda sunt nomina, quæ a lege 12. tab. inter cohæredes divisa sunt: divisa enim divisionem non recipiunt, et ideo in actionem de divisione non veniunt: et eadem ratione si miles te castrensium bonorum, me paganorum hæredem fecerit, inter nos non potest esse actio familiæ erciscundæ, quia ipso jure, id est ex Constitutionibus principum de privilegiis militum divisa sunt patrimonia, et duæ hæreditates non communes inter nos, *l. hæredes*, §. 1. *inf. hoc t.* et in æs alienum castrense tu solus teneris, qui es hæres castrensium, tibique soli debetur quod militi debebatur ex causa castrensi: in æs autem paganum ego qui sum hæres paganorum, solus teneor, et mihi soli debentur quæ debebantur defuncto militi ex ea causa. Constitutiones hæc concesserunt militibus, ut separent bona castrensia a paganis, adeo ut possent in his testari et in his hæredem testamentarium facere, in illis legitimum, et in his seorsim alium, in aliis alium hæredem scribere, non cohæredem adjicere: et ita contra rationem unius hominis duo patrimonia et duas hæreditates fecerunt propter privilegium militiæ et utilitatem publicam jure singulari. Quia igitur patrimonia sunt divisa ipso jure non erit inter nos actio familiæ erciscundæ, sicut et inter quoslibet hæredes non erit actio de nominibus, quia divisa sunt ipso jure. Et ut ad nomina redeamus quæ l. 12. tabul. inter cohæredes dividit pro hæreditariis portionibus, sciendum est hanc divisionem legitimam conventione tolli non posse, nec officio judicis, nec voluntate testatoris, id est, jus hoc publicum neque conventione, neque auctoritate judicis, nec voluntate testatoris mutari potest: de conventione primum loquitur: ipsi inter se cohæredes conventione non possunt æs alienum defuncti a se transferre, et in unum omnia conferre, puta ut unus ex hæredibus solus debeat totam creditam pecuniam defuncto vel ut uni soli debeatur, utque actiones ei soli, et in eum solum dentur: hoc conventione non possunt efficere. Ceterum finge convenisse inter me et te, qui sumus hæredes, ut ego exigam illud nomen in solidum, vis autem ut dissolvam illud in solidum: ac similiter ego ut alia nomina exigam et dissolvam in solidum, et ita nos divisisse nomina conventione, et hanc divisionem nos stipulatione firmasse: quia invicem promisimus huic divisioni nominum stare, hæc conventio non mutat jus publicum, id est, non ideo minus debetur nobis pro portionibus hæreditariis, non ideo graviores vel dictamus vel patimur actiones. Stabitur tamen divisioni, eamque judex tuebitur remedio cessionis scilicet, cessis videlicet et mandatis invicem actionibus: alioqui solidi exactio non est, ut cessa mihi a te actione partem meo nomine petam, partem petam συνηγορικῶς, id est, procuratorio nomine: nam per cessionem actionis tu me procuratorem fecisti pro tua parte in rem meam, id est, mea gratia: sic agam cum debitore in solidum, sed alio atque alio nomine: in solidum non possum agere meo nomine, quia vetat jus publicum, sed possum in solidum agere partim meo, partim tuo nomine ex tua cessione, id est, cessa mihi actione: hoc remedio effectum habebit divisio conventionalis. Quod vero attinet ad æs alienum quod defunctus debuit, stabitur divisioni superiori, si ego, licet creditor non possit, aut cogatur mecum agere nisi pro parte hæreditaria, ultro ei solvam solidum: non enim debeo nisi partem, sed dum volo satisfacere conventioni, recte solvo solidum, nec creditor id juste recusat accipere: ut si forte velit partem a te accipere, partem a me, an audietur recusans solidum accipere a me? Respondeo, non audietur, quinimo oblatio solidi utrumque nostrum liberabit periculo, si forte pecunia oblata postea pereat, obsignatio utrumque liberabit obligatione. Cur enim non mihi licebit per procuratorem offerre partem meam, id est, per cohæredem procuratorem meum? ergo non juste recusatur, vel etiam huic divisioni stabitur, si ego stipulanti creditori patiar a me delegari, et promittam ei solidum, vel etiam si creditore agente, litem suscipiam, partim meo, partim tuo nomine ex tuo mandato: quo casu videor etiam esse procurator in rem meam, quia tu mihi vicem reddis in suscipiendis aliis oneribus pro mea parte, quia onera ita divisimus inter nos, ut ego quædam ferrem pro solido, et tu alia pro solido, et pro hoc incommodo ego sentio commodum mandatarum actionum. Itaque sive conveniam, sive conveniar a creditore hæreditario, ago de re mea, licet agam ex mandato cohæredis pro parte ejus: et hæc de divisione nominum conventionali ita se habent, quæ comprobantur *l. licet*, *C. famil. ercisc. et* §. *ult. hujus l.* ubi ait, *in hoc judicium, etsi nomina non veniant*, etc.

Ad L. III.

Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet ut debita, et credita singulis pro solido alia aliis attribuat: quia sæpe, et solutio, et exactio partium non minima incommoda habet, nec tamen scilicet hæc attributio illud efficit, ut quis totum solus debeat, vel totum alicui soli debeatur, sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat: sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio conveniatur: nam licet

libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi: tamen et his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt.

Nunc loquamur de officia judicis solo, mero: non potest judex familiæ erciscundæ efficere, ut unus ex hæredibus solus sentiat commoda vel incommoda nominum in solidum, id est, non potest mutare jus publicum: quia tamen, ut ait lex 3. *h. t.* nominatim solvere, et exigere grave est, ideo nonnunquam judex singulis cohæredibus attribuit debita et credita alia aliis pro solido: utitur *l.* 3. eleganter attribuendi verbo, quod proprie convenit pecuniæ. Ceteræ res adjudicari, vel assignari dicuntur. Inde sic statuo: in singulis corporibus hæreditariis singuli cohæredes ipso jure habent portionem hæreditariam pro indiviso; sed nonnunquam causa postulat, ut judex uni adjudicet corpora omnia hæreditaria in solidum, quod facit remedio licitationis, adjudicationis et condemnationis mutuæ: in nominibus autem ipso jure singuli cohæredes habent portionem hæreditariam pro indiviso, sed ut facilior sit solutio, et exactio nominum, nonunquam judex uni ex hæredibus attribuit nomina omnia, vel alia aliis pro solido, quod facit remedio delegationis, vel cessionis ac mandati: nam alterum alterius procuratorem constitui curat: remedio opus est, quia divisio legitima solo officio judicis convelli non potest, nisi judex adhibeat aliquod remedium: adjungi officio judicis remedium debet, cessionis scilicet, mandati, delegationis, quod proponitur in *l.* 3 *hic*. Hæc attributio non mutat jus publicum *experiundi*, id est, licet non mutetur jus publicum: necesse est, ut hoc apertius intelligamus, rem ita distingui: aut agitur de ære defuncti, id est, quod ipsi debetur, aut de ære alieno: si agatur de ære defuncti, et ego et tu sumus cohæredes, tu pro tua parte mihi cedes actionem adversus debitorem, atque ita facies me procuratorem in rem meam, deinde agam cum debitore in solidum partim meo nomine, partim procuratorio, nec debitor poterit recusare hanc actionem, cum unicuique liceat litigare, et debitum per procuratorem reposcere. Si autem agatur de ære alieno, tu onus æris alieni in me transferre pro tua parte ut pro te solvam, et pro te judicium suscipiam quasi procurator, et hoc casu creditor me poterit convenire in solidum, partim meo, partim tuo nomine quasi procuratorem, sed non cogetur, quia jus publicum manet: itaque si velit, mecum aget pro mea parte, tecum pro tua parte, et hoc est quod ait lex *si actor*, *de procur. sup.* dato procuratore in rem suam ad litem suscipiendam a debitore, actorem sive procuratorem, si malit agere cum domino, quam cum eo qui est datus procurator in rem suam audiri. Sic igitur definit: cum tu in me transtulisti onus æris alieni, ut pro te solverem quasi procurator, et pro me, ut me et te simul absolverem, creditor mecum aget in solidum, si velit partim meo nomine, partim procuratorio: vel utetur jure publico, et a me partem petet meo nomine, a te partem tuo nomine, omisso procuratore, quæ est sententia *d. l. si actor:* cui Accursius male opponit *h. l.* 3. nam hæc l. dicit liberam quidem potestatem esse cohæredibus alium suo loco substituendi, id est, procuratorem faciendi ad solvendum, ad exigendum, ad litigandum, sed creditoribus nihilominus manere integram facultatem cum singulis experiundi, pro portionibus, hæreditariis, id est, creditoribus integrum esse jus publicum. Hæc congruunt inter se: proinde tres solutiones quas adfert Accursius ad *l. si actor*, non possunt non esse nullæ: nam ubi nulla est pugnantia, solutiones omnes sunt nullæ, atque etiam omnes veræ vaticinationes videntur esse. Prima solutio in *l. si actor*, dominus, qui procuratorem dedit erat præsens, et ideo quia occurrit dominus ipse actori, licebit actori cum eo agere: omisso procuratore: in hac l. non erat præsens: hoc est vaticinari. Deinde falsum est hanc l. dicere absente domino creditorem cogi ut agat cum procuratore, cum potius lex dicat manere creditori liberam facultatem cum singulis experiundi. Secunda solutio hæc est in verbo *suo loco*, ubi emendanda est glossa Accursii: aut dominus erat præsens, vel hic dominus nolebat se conveniri: ibi patiebatur: ibi agitur cum domino, quia patiebatur, nec recusabat actionem: hic nolebat, et ideo hic creditor cogitur eligere procuratorem: hoc est vaticinari, et semper quæ concordant, pugnantia facit: nam utraque lex dicit, creditori esse liberum cum utroque experiri, id est, pro parte cum singulis, omisso procuratore. Tertia solutio est: ibi, inquit, persona domini erat legatus, ibi non, id est, domini major erat integritas et innocentia, et majus ei inerat odium litium. Itaque creditor cum eo agere volebat quasi cum integriore viro: audietur ex hac causa, quæ cessabat in hac lege: hoc commentitium est totum: quicquid est, vitiosum est. Postremum est de testatoris voluntate: testator non potest efficere testamento, ut lex 12. tabul. locum non habeat, id est, non potest efficere ut is quem scripsit hæredem ex quadrante tantum is debitorem hæreditarium habeat obligatum supra quadrantem, quia debeat plus dodrante erogare: stabitur tamen voluntati defuncti, et ei opem feret judex, sed non sine superioribus remediis, et hoc est quod ait *l.* 4. *in princ. heic.*

Ad L. IV.

Ceteræ itaque res præter nomina veniunt in hoc judicium, sin autem nomen uni ex hæredibus legatum sit, judicio familiæ erciscundæ hæc hæres consequitur.

§. 1. *Mala medicamenta, et venena veniunt quidem in judicium, sed judex omnino interponere se in his non debet: boni enim et innocentis viri officio eum fungi oportet: tantumdem debebit facere et in libris improbatæ lectionis, magicis forte, vel his similibus. Hæc enim omnia protinus corrumpenda sunt.*

Si testator uni ex hæredibus nomen prælegaverit, æquum est secundum voluntatem defuncti, ut solidum nomen exigat: ideoque judex familiæ erciscundæ curabit ei attribui solidum hoc nomen remediis superioribus: quin etiam si debitor ejus nominis huic hæredi solidum solverit secundum defuncti voluntatem, cum tamen solidum non deberet jure publico, si tamen solverit, Prætor eum tuebitur adversus alios cohæredes per exceptionem doli mali, *l.* 1. *C. de exceptionib.* Eodemque modo, et remedio exequemur, et defendemus defuncti voluntatem, si onera dissolvendi æris alieni solida uni injunxerit, ceteros exonerari voluerit, qua de re tractabitur in *l. si filiæ* §. *Papinian. h. t.* Addit Ulp. *mala medicamenta, et venena veniunt in hoc judicium, etc. in his*, id est, in horum divisione. Igitur mala venena in hanc actionem veniunt ipso jure, quia sunt ex hæreditate, non veniunt officio judicis: quia hæc omnia consumi, et corrumpi potius, quam dividi, maxime judicio bonæ fidei bonus, et innocens judex curabit. Ait *mala medicamenta, et venena*: differentiam facit inter mala medicamenta, et venena ut *l.* 3. *inf. ad leg. Cornel. de sicar.* quæ cum dicat eum teneri l. Cornelia, qui mala venena vendidit, aut hominis necandi causa habuerit feceritve, superfluo addit eadem l. teneri, qui mala medicamenta in publico vendiderit: differentiam facit inter mala medicamenta et mala venena: et ita Medici etiam differentiam faciunt inter φάρμακα δηλητήρια, et φάρμακα θανάσιμα: hæc sunt venena, illa venenata quorum omnium commercium non est, *l. quod sæpe* §. 1. *de contrah. empt.* Ergo nec licitatio nec divisio, quæ vicem commercii habet, *l.* 1. *C. comm. ut jud.* Quædam alia sunt pharmaca promiscui usus, id est, quæ vim nocendi habent, atque etiam prosunt, si aliis materiis misceantur, et de eis Senatusconsulto hoc expressum est, ne temere veneant in publico, *l.* 3. §. *alio*, *ad leg. Cornel. de sicar.* ut si quis a pigmentario petat cantharides, lustramenti causa, id est, purgationis causa. Græci vertunt ἐπὶ καθάρσιν. Et Galenus 4. de simplicium medicamentorum potestate, ait cantharides lustrandorum nervorum magnam vim habere. Igitur si quis petat ob eam causam cantharides honesta petitio est, sed videat pigmentarius ne temere vendat: dicam etiam eodem modo, hæc non esse temere dividenda: de superioribus dicam, non esse vendenda, vel dividenda; sed consumenda et corrumpenda: qua distinctione utitur *d. l. quod sæpe* §. 1. Ait *magicis, vel his similibus*, veluti vaticinii libris, Paulus 5. *Sen. tit.* 21. *et* 23. *l. mathematicos, C. de episc. aud.* Etiam illud adjungitur in hac l. judicem officium suum in eorum quæ scelere parata sunt, veluti ex sacrilegio, vel peculatu, divisionem non interponere: nam hæc dominis suis restituenda sunt, quia illud notum est, turpia lucra hæredibus extorquenda esse, licet extinctum sit crimen morte defuncti, *l. in hæredem, sup. de calumniat.* In §. ultimo hujus legis tractat de tabulis testamenti, et ostendit, has etiam in divisionem non venire, sed officio judicis, vel apud eum collocari, qui majori ex parte hæres scriptus est, vel si omnes sint scripti ex æqualibus partibus, tabulas testamenti in ædem sacram deponi cohæredibus exemplum dari: idem si deponantur apud eum qui ex parte majori hæres est institutus, eum cavere ceteris de exhibendis authenticis tabulis cum res exegerit. Tabulæ quidem testamenti sunt communes inter cohæredes, et earum habent vindicationem, *l.* 3. *inf. quemad. test. aper.* sed sunt individuæ, id est, in divisionem non veniunt: tabulæ testamenti sunt hæreditariæ, sed hæreditatem non sequuntur, et vendita hæreditate non sequuntur emptorem: satis enim est emptori exemplum dari et caveri, de exhibendo authentico si res exegerit: authenticum ipse hæres retinet, vel in ædem sacram deponit. Et sic etiam dicam restituta hæreditate ex Trebelliano SC. tabulas testamenti authenticas fideicommissarium Trebellianum non sequi: et vendito, vel legato fundo, non cogi venditorem, aut hæredem, emptori vel legatario præstare authenticum instrumentum originis et auctoritatis. Item si quis legaverit fundum hæres non cogitur tradere legatario instrumentum auctoritatis, vel emptionis fundi. Et habere tamen debet et ostendere desideranti, et describendi potestatem facere, *l. instrumenta, C. de fideicommiss. l. Titius hæres, de action. emp.* Tradere non debet, id est, non cogitur, authenticum, nec debetur legatario, nisi aliud suadeat voluntas defuncti, ut in specie leg. *quæsitum* §. *Papinianus, de inst. et inst. leg. l. si mihi Mævia, de leg.* 3. Species est: vir legavit uxori generaliter omnia quæ in domo erant: in ea domo inveniuntur emptiones servorum, id est, instrumenta emptionum: quæritur an legato contineantur quo uxori sunt relicta omnia quæ sunt in domo: distinguendum esse ait: aut

alia parte testamenti illi servi legati sunt, aut non si non sunt legati, non videntur illis verbis generalibus legatæ emptiones servorum, qui legati non sunt. Sed si servi legati sunt, his verbis generalibus, dicendum est etiam emptiones servorum legatas videri, quæ inventæ sunt in domo: sed hoc generali legato non adscripto, uxori non debentur emptiones servorum, licet legati sint servi. Itaque legato servo non debetur instrumentum auctoritatis, sive acquisitionis servi, nisi id suadeat voluntas defuncti. Satis est exemplum ei edi, et caveri de exhibendo autentico, cum usus exegerit. Ait, *tabulas testamenti descriptas*, id est, quarum exemplum editum sit emptori. Hæres enim exemplum debet dare emptori, tabulas retinere. In l. 5. de cautionibus quæritur, an veniat in divisionem. Dixi de tabulis testamenti, nunc de cautionibus an veniant in divisionem, quod superfluo videtur quæri: nam dictum est supra, nomina non venire, nomina autem sunt cautiones, *l. ult. C. de pact. conven.* Nomina cum dixi supra non venire, non cautiones, chirographa, et instrumenta dixi, sed actiones, et obligationes. Nunc quærimus de cautionibus et instrumentis, id est, de corporibus instrumentorum: et placet hæc instrumenta hæreditaria non venire in divisionem, vel licitationem, ut qui pretio vicerit, ea habeat, sed exemplo tabularum testamenti officio judicis remanere instrumenta hæreditaria debent apud eum, qui majori ex parte hæres est *l. 5. et 6. h. t.* Ceterum ait *l. ceteris descriptum et recognitum faciant*, id est, ceteri cohæredes exemplum sumant cautionum et instrumentorum, idque conferant cum authentico et recognoscant: sic Cajus loquitur in *l. 7. inf. quemad. test. aper.* quæ est ex eodem libro: ergo scriptus hæres majori ex parte retinebit cautiones authenticas ceteri eas describent et recognoscent, si velint: imo vero hæres majori ex parte scriptus apud quem cautiones remanere debent, non satis est si copiam describendi faciat, sed cavere debet ceteris cohæredibus de exhibendo authentico cum res exegerit, sicut etiam legatario fundi hæres cavet de exhibendo instrumento auctoritatis authentico *l. instrumenta, C. de fideicommiss.* quod si omnes hæredes sunt scripti ex æqualibus partibus, tum convenire inter se debent, apud quem ex hæredibus cautiones hæreditariæ debeant remanere. Si convenire non possint, sors ducenda est, quemadmodum et in aliis casibus comprobatur in *l. sed cum ambo, sup. de judic.* *§. obtinere, Inst. de leg. l. 2. C. quando et a quibus quarta pars deb. lib. X. Nov.* 162. Si nolint sortiri, tum ait hæc l. 5. ex consensu vel suffragio eligere debent extraneum amicum apud quem deponantur cautiones hæreditariæ ex consensu omnium scilicet et suffragio, id est, consensu majoris partis, Græci vertunt, ψήφῳ. Accursius male, suffragio, id est, consensu in scriptis, hæc delenda sunt, vel etiam ad extremum cautiones debent deponere in æde sacra apud æditum, qui tenebitur de eis exhibendis cum res postulabit, sicut tenetur edicto de tabulis exhibendis, si apud eum depositæ fuerint, *l. 3. §. tabulæ. de tabul. exhib. inf.* verba legis 5. hæc sunt, *ceteris descriptum et recognitum faciant*, *qu' ils en prennent la copie*, in *l.* 6. *nam ad licitationem rem deducere, etc.* quod dictum est de cautionibus, existimandum est pertinere ad rationes expensi et accepti, quas sibi confecit defunctus more diligentium patrumfam. Hæ non veniunt in divisionem, aut licitationem: sed sicut dictum est de cautionibus hæreditariis, et tabulis testamentariis, deponentur. Verum inter cautiones hæreditarias, et rationes defuncti, meo judicio hæc est differentia, quod si defunctus uni ex hæredibus pure legaverit cautiones, videtur cautiones prælegasse, non minus quam si nomina prælegasset, *l. 4. in princ. sup. h. t.* sicut et si extraneo cautiones, vel chirographa, vel nomina legasset, videretur jura et actiones legasse, *l. servum §. eum qui. inf. de leg.* 1. *l. qui chirographum, inf. de leg.* 3. Sed si testator uni ex hæredibus rationes prælegavit, sola instrumenta, id est corpora instrumentorum videretur prælegasse, ut apud eum remaneant, quia rationum privatarum defuncti nulla est actio, *l. rationes, C. de probat.* Ergo rationibus legatis non viderentur actiones legatæ, quæ nullæ sunt, sola corpora instrumentorum videntur legata, ut scilicet de eis deponendis non contendatur apud hæredes, ut sciatur apud quem remanere debeant: rationibus legatis actiones non videntur legatæ, quæ nullæ sunt, nisi scilicet testator sit argentarius, cujus rationes publica fide nitantur. Et vero argentarius, cum legat rationes suas, legare etiam actiones videtur, *l. quædam §. jus autem, sup. de edendo* cum alius testator legat rationes suas extraneo, inutile est legatum, extraneo, id est, non hæredi suo, quia ex eis rationibus nulla est actio, nulla fides, et extranei nihil interest habere corpora instrumentorum: cum tamen rationes prælegat uni ex hæredibus, utile est legatum, quia interest hæredis habere instrumenta hæreditaria, et sæpe contenditur ea de re inter hæredes, quod judicium defuncti decidit, et hujus discriminis indicium est in *l. 8. h. t.* dum caute in ea l. non ponit cautiones uni ex hæredibus prælegatas, sed rationes accepti et expensi: cautionibus prælegatis viderentur actiones prælegatæ, id est, rationibus prælegatis instrumenta sola videntur prælegata, et hoc casu non alias hæredi legatario tradendæ sunt rationes, quam cohæredes descriptum fecerint et recognoverint. Imo vero, non alias ei tradendæ sunt

rationes, quam caverit se authenticas exhibiturum, cum usus exegerit, de quo postea dicetur: sed prius id exigitur, ut ceteri rationum descriptum faciant, quod confirmat argumento actoris: argumentatur a ratiocinatore ad rationes in l. 8. hoc modo: testator actorem suum prælegavit uni ex hæredibus, id est, ratiocinatorem, et dispensatorem pecuniæ defuncti. Dicit Ulpianus non alias ei tradi debere, quam is actor servus rationes reddiderit actus sui omnibus cohæredibus: ergo et rationibus ipsis prælegatis, non alias tradendæ sunt quam descriptæ et recognitæ fuerint: at, ut dixi, præter descriptum rationibus prælegatis, et præter rationum redditionem actore prælegato cohæredibus præstabitur cautio de exhibendo authentico, si usus exegerit, vel de exhibendo servo actore, quia plerunque interest cohæredum exhibere servum actorem, vel rationes autenticas non quod fidem faciant, sed quod instruant, *l. 8. plerumque*, inquit, *authenticæ rationes necessariæ sunt actori ad instruenda ea, etc.* Jamdiu 3. Observationum cap. 33. docui, non esse legendum, *actori*: sed, vel *actor*, sive *et actor*: male legitur, *actori*: nam et reo sunt necessariæ, et legendum ita esse, quæ sequuntur demonstrant, *ad instruenda ea quæ*, *etc.* intelligit notitiam servi actoris, sicut in *l. cum servus*, *inf. de condit. et demonstr.* ubi ait servo manumisso sub hac conditione, *si rationes reddiderit*, his verbis id inesse, hæredes instrui notitia rationum, qua forma etiam dicitur in *l. dominus inf. loc.* servum habere notitiam ædificiorum, *cognoistre les estres de la maison.* Idem comprobat lib. 42. βασιλικῶν tit. 3. ubi ita est, προκομίζει τοὺς λογισμοὺς, καὶ τὸν διοικητὴν πρὸς φανέρωσιν τῶν παρ' αὐτῶν διοικηθέντων.

Ad L. VII.

Si hæres unus, cum sub conditione adjectum cohæredem, aut apud hostes adjectum (eo) haberet, dixerit se hæredem esse; et actione expertus vicerit, deinde conditio hæredis extiterit, vel postliminio redierit, an victoriæ commodum debeat cum eo communicari? nam indubitate judicati actio ei in solidum competit: et electionem cohæredi dandam, id est, aut communicandam eam, aut experiundi faciendam potestetam huic, qui post victoriam cohæredis effectus sit hæres, aut reversus sit in civitatem. Idemque observandum, si postea natus sit posthumus: non enim his personis silentium imputari potest, cum ad hæreditatem post victoriam cohæredis pervenerint.

Species est: duo hæredes sumus, ego et posthumus, vel ego et Titius, qui est captus ab hostibus nec dum rediit vel ego pure, Titius sub conditione: non erit hæres posthumus antequam nascatur, non erit hæres Titius antequam postliminio redeat, vel conditio institutionis existat: interim ego hæreditatem peto a possessore, quasi solus hæres ex asse, ac videor etiam interim solus hæres esse: adjectus cohæres non videtur hæres, et vinco: postea cohæres mihi adjectus nascitur, vel redit in civitatem, vel conditio ejus existit. Et ita post victoriam meam hæres efficior: ego solus habeo actionem judicati, quia solus meo nomine egi et vici, et secundum me data est lis. Quæritur an cohæredi postea effecto debeam communicare victoriæ commodum, quod indubitate meum proprium est; nam indubitate ego solus habeo actionem judicati. Lex ait, me vel debere communicare eam, vel experiundi potestatem facere, me debere communicare eam actionem judicati scilicet. Communicabitur officio judicis, familiæ erciscundæ scilicet: nam curabit judex ut ego cohæredi actionem judicati cedam pro parte sua, vel si negavero eum esse cohæredem, et noluero actionem cedere, et venire eum in partem victoriæ, tum debeo mecum agendi petitione hæreditatis potestatem facere. Hoc ergo l. ait, me cohæredi, qui post victoriam meam ad hæreditatem pervenit, teneri vel judicio familiæ erciscundæ, quo veniat in partem victoriæ, vel petitione hæreditatis, ut in specie *legis inter §. inter cohæredes, hic.* Species est: sunt plures cohæredes: uno absente et ignorante ceteri vendunt rem hæreditariam quasi propriam, et sic dolo malo faciunt, ut plus ex hæreditate habeant, l. ait eos id præstare absenti, vel actione familiæ erciscundæ, vel petitione hæreditatis: an dico ex eo loco actiones concurrere? minime: hæ duæ actiones non possunt concurrere *l. 1. h. t.* sed unaquæque locum habet in suo proprio casu, ut si absens non negetur esse cohæres, aget familiæ erciscundæ; si negetur esse cohæres, aget petitione hæreditatis: et sic etiam in specie proposita is qui egit solus, et vicit, hæredi postea effecto tenetur, vel familiæ erciscundæ, vel petitione hæreditatis, et ait lex, electionem cohæredi dari, id est, ei qui vicit, ut Accursius recte: quia in ejus arbitrio est, ut eum qui rediit ab hostibus vel cujus conditio extitit, eum fateatur, vel neget cohæredem esse: si fateatur, communicabit victoriam seu actionem judicati judicio familiæ erciscundæ; si neget, secum petitione hæreditatis experiundi potestatem faciet, quia controversiam hæreditatis facit: quam tamen electionem ei dari Accursius male colligit ex generali regula *l. plerunque, inf. de jur. dot.* quæ ait, in alternativis obligationibus electionem esse debitoris: ut si promisi illud aut illud, eligam utrum præstare voluero. Sed diversæ sunt species; nam in specie hujus legis, una res est, et duæ sunt actiones, quas actor format secundum rei orationem. Nam si reus ne-

get actorem cohæredem esse agetur cum eo petitione hæreditatis: si non neget, agetur cum eo familiæ erciscundæ. Ibi autem id *d. l pleruunque*, duæ sunt res sub distinctione debitæ, una actio, et reus eliget utram rem malit solvere. Itaque diversæ sunt species, quod et hoc loco Fulgosius animadvertit, qui tamen male contra Accursium putat electionem dari absenti, id est, ei qui post victoriam alterius hæres extitit: cum verba palam dent electionem victori. Eligit quidem actor, qua utatur actione, sed secundum rei orationem quam illi reus facit, dari putat. Ergo in summa l. ait, ei qui post victoriam cohæredis rediit ab hostibus vel in lucem editus est, vel qui conditionis eventu hæres effectus est, ei vel communicandam esse actionem judicati actionem familiæ erciscundæ, vel petitione hæreditatis adversus eum, qui vicit, agere permittendum: et subjicit, ei non posse imputari silentium, quod cohæres eo sciente et silente egerit in solidum: cum non potuerit prohibere, quia nondum redierat postliminio, vel nondum natus erat, vel nondum conditio extiterat: merito igitur scientia et silentium ei non imputatur quia agentem in solidum non potuit prohibere. Est igitur hic, ἀντιδιαςολὴν id est, contrarius sensus, quo hoc efficitur; ut si cum is jam hæres effectus esset, et posset prohibere me agentem in solidum, ego egerim solus in solidum petitione hæreditatis in possessorem, et si tacuerit, hoc casu sibi præjudicabit, quia non prohibuit me agentem in solidum, cum prohibere potuerit, quam tamen ἀντιδιαςολὴν Accursius non admittit, male, citata, *l. sæpe, inf. de re judic.* qua commoveri non debemus; nam in ea l. ponitur unum ex duobus hæredibus egisse pro sua parte, tamen sciente altero: hæc scientia alteri non nocet, si postea velit experiri de sua parte, de suo jure. Hic autem ponimus unum pro sua parte egisse in solidum sciente altero: hæc scientia eum qui egit in solidum, liberat necessitate communicandæ actionis, judicati videlicet, si alterum hæres esse sciverit, cohæredem agere in solidum cum possessore petitione hæreditatis, et tacuerit. At ei qui nondum hæres effectus erat, hæc taciturnitas imputari non potest. Præter legem hic quæritur, an in specie proposita interim ego jure egerim in solidum petitione hæreditatis cum possessore: nam posui me interim in solidum egisse petitione hæreditatis, dum pendebat institutio cohæredis. Et ita posui speciem propter hæc verba, *si dixerit se hæredem esse*, quæ est formula petitionis hæreditatis, *l. licet, de pet. hæred. l. 1. §. si ego, si pars hæred. pet.* Accursius non sic: nam ponit me interim egisse in solidum cum debitore hæreditario egisse porro vel ex stipulatu aut creditæ pecuniæ, vel petitione hæreditatis: nam et debitor hæreditarius tenetur petitione hæreditatis, quia est juris possessor, *l. etiam §. ult. sup. de pet. hæred.* et sane nihil refert utro modo ponamus: nam semper quæritur, an cohæredi postea effecto sit communicanda victoria actione judicati. Verum de eo videamus an jure potuerim interim agere petitione hæreditatis in solidum. Recte Accursius ait me non jure egisse, quod verum est: quia scilicet posthumi cohæredes et captivi, et sub conditione adjecti partem faciunt, id est, numerantur in partibus faciendis, licet nondum hæredes effecti sint. Interim ergo non potui plus parte mea petere, pars altera in suspenso manere debuit, quod multi loci comprobant, *l. 2. et 3. sup. si pars hæred. pet.* Opponit huic sententiæ Accursius *l. sub conditione §. ult. inf. de assignand. libert.* libertus uni pure, alteri sub conditione assignatus est: pendente conditione solus is habebit jus patroni, cui libertus est assignatus pure: cur ergo duobus hæredibus scriptis uno pure, altero sub conditione, interim is qui pure scriptus est totam hæreditatem non vindicabit? cur interim sibi non adseret totam hæreditatem? Opponi etiam potest *l. 7. §. ult. sup. de usufr. adcresc.* Uni ususfructus legatus est pure, alteri sub conditione: interim is cui legatus pure, toto usufructu potjetur. Respondeo: separandam esse hæreditatis causam a legatorum et assignationum causa: imo et a fideicommissorum causa, id est, fideicommissariam hæreditatem: primo enim hæredes ab initio habent partes, non habent partes concursu, id est tunc demum cum concurrunt: alioqui ante concursum pure hæres scriptus totum haberet, sed ab initio habent partes, ut si unus hæres est scriptus pure ex parte, alter sub conditione: interim ergo scriptus pure, non plus petet sua parte, quia scriptus pure ex una parte: legatorum et assignatorum alia est causa: ut si uni res legetur pure, et alteri sub conditione eadem res: vel si uni libertus pure, alteri idem libertus sub conditione: concursu partes facient, ab initio videntur habere solidum: itaque ante concursum solidum jus patroni sibi adrogabit solidamve rem vindicabit is, cui pure relictus est libertus, concurrente altero fient partes, non ante: Opponi posset *l. 1. §. sed et quoties, inf. ad Trebell.* hæres scriptus rogatus est restituere hæreditatem, uni pure, alteri sub conditione: interim restituit totum ei cui pure relicta est hæreditas, etsi duo sunt hæredes fideicommissarii. Verum hoc est effectum nominatim in ea specie Senatusc. Pegasiano: species latior est: hæres scriptus rogatus est hæreditatem restituere uni pure, alteri sub conditione: suspectam dicit hæreditatem, et damnosam non vult adire: a Prætore cogetur adire periculo fideicommissariorum: an poterit ab eo cui est relicta hæredibus pure per fideicommissum ante-

quam extiterit conditio alterius? Sic sane: dummodo is qui cogit eum adire universam hæreditatem recipiat transfusis in eum omnibus oneribus: alioqui in damno versabitur hæres qui coactus est adire, si partem tantum restituat: nam interim subjicietur oneribus pro altera parte: ergo ne damno afficiatur hæres, ei cui relicta est hæreditas pure, ut Senatusconsulto Pegasiano cavetur, non cogetur hæreditatem restituere, nisi universam velit accipere: et deinde existente conditione, alteri fideicommissario quid fiet? tum ab eo qui universam accepit, accipiet partem sub conditione institutionis, et transibunt actiones, perinde atque si hæres ipse restituisset. Itaque transeunt actiones ex Trebelliano non tantum cum hæres restitutionem facit, sed etiam cum alius vice hæredis, ut puta fideicommissarius cui interim est restituta hæreditas, pendente conditione alterius fideicommissarii: ait *et actione expertus*, et sic non jure egit in solidum, cum ex parte hæres tantum esset institutus: deinde citat Accursius *l. 1. §. 1. de bonor. possess.* hæc delenda sunt: nam nihil faciunt. *Actio judicati ei qui agit in solidum competit*, sed restat an debeat communicare hæredi postea facto, aut experiundi potestatem postea facere: hæc explicat male, et totum delendum. Victor vel patitur actionem familiæ ercisc. vel petitionem hæreditatis.

Ad §. 1. *Pomponius ait L. VIII.*

Pomponius ait, columbas, quæ amitti solent de columbario, venire in familiæ erciscundæ judicium: cum nostræ sint tamdiu, quamdiu consuetudinem habeant ad nos revertendi; quare si quis eas adprehendisset, furti nobis competit actio. Idem et in apibus dicitur; quia in patrimonio nostro computantur.

In hac l. 8. §. 1. respondetur ex Pomponio, in hanc actionem venire apes vel columbas, quæ ex alveario aut columbario avolare et revolare solent, ut constat ex *Instit. de rer. divis.* et generaliter hoc costituendum est, ea animalia quæ solent redire ad locum, in dominio nostro esse, etiamsi conspectum effugerint, et furti teneri eum, qui ea apprehenderit lucrandi animo, nec ante nostra esse desinunt, quam a revertendi consuetudine desciverint: quamdiu enim consuetudinem tenent, nostra sunt, et ideo in divisionem veniunt. Id ex Pomponio refertur, qui et de pavonibus idem scripsit in *l. si pavonem, inf. de furt.* Idem scripsit de pecoribus ereptis a lupo, vel alia fera bestia, quæ alius feræ bestiæ eripuit: hæc etiam pecora nostra manent, nec fiunt ejus qui ea eripuit, qui ea ore bestiæ liberavit, et huic parti legis conjungenda est lex *Pomponius, de acquir. rer. dom.* ex qua intelligitur rem non caruisse dubitatione: et ideo hoc loco ait, *magis est, ut non desinat nostrum esse, quod a lupo eripitur*, quia dubitabatur si fera evaserit, id est, si feræ quis eripuerit.

Ad L. IX.

Veniunt in hoc judicium res, quas hæredes usuceperunt, cum defuncto traditæ essent: hæ quoque res, quæ hæredibus traditæ sunt, cum defunctus emisset.

In l. 9. ait, in hanc actionem venire res a non domino traditas defuncto bona fide accipienti, et usucaptas ab hæredibus post mortem ejus, cui traditæ sunt: usucepisse dicitur non qui cœpit usucapere, sed qui usucapionem implevit. Igitur hæredes cum rem acquisierunt usucapione, non acquisiverat defunctus, et eodem modo veniunt res emptæ a defuncto traditæ hæredibus: emptio defunctum dominum non facit, traditio rei hæredes dominos facit. Igitur hæ res non fuerunt in bonis defuncti, veniunt tamen in actionem familiæ erciscundæ, quia initium et origo ei est a defuncto, cur tamen non veniunt in petitionem hæreditatis, nam constat non venire, *l. et non tantum §. si pro emptore, de pet. hæred.* defunctus cœpit rem possidere bona fide, et usucapere, et hæres implevit usucapionem, an veniet ea res in petitionem hæreditatis, si forte alius postea ejus rei possessionem nanciscatur, an petitione hæreditatis cum eo agi poterit? minime: cur ita? hæres non veniunt in petitionem hæreditatis, quarum usucapionem cœptam a defuncto hæres complevit, quia hæres potest eas vindicare proprio nomine quasi suas, et vindicanti non nocet exceptio præjudicialis, quod præjudicium petitioni hæreditatis non fiat, cum de ea re non possit uti petitione hæreditatis, quia ea res non est hæreditaria, nec ex re hæreditaria, nec ex bonis hæreditariis. Hæreditatis sunt quæ defuncti fuerunt, vel quæ hæreditati jacenti acquisita fuerint, ex re hæreditaria sunt veluti fructus et partus. Ex bonis hæreditariis sunt, quorum periculum ad hæredes pertinet, ut res pignoratæ defuncto, vel depositæ, vel commodatæ, et hæ omnes res veniunt in petitionem hæreditatis. Res quæ hæredi proprio jure quæsitæ sunt, ut quas usucepit, licet inchoata fuerit usucapio a defuncto quarum suo nomine hæres vindicationem habet, hæ non veniunt in petitionem hæreditatis, sed est actio in rem quam hæres intendit suo nomine, quia usucepit usus accessione temporis, quo eam rem defunctus possederat. Erit tamen mihi de ea re actio familiæ erciscundæ, sicut et de ceteris rebus cum cohærede meo: non erit adversus pos-

sessorem petitio hæreditatis, sed erit vindicatio proprio nomine: cum cohærede tamen erit familiæ erciscundæ, quia licet hæreditate dominium ejus rei mihi non obvenerit, sed usucapione mea, vel traditione mihi facta: tamen origo et causa usucapionis sive emptionis est a defuncto: et ideo non male in hoc judicium deducitur: erit etiam hac de re actio communi dividundo.

Ad L. X.

Item prædia, quæ nostri patrimonii sunt: sed et vectigalia, vel superficiaria, nec minus hæ quoque res, quas alienas defunctus bona fide possidet.

In *l.* 10. ostenditur, in hanc actionem venire prædia vectigalia id est, emphyteutica et superficiaria. Hæc prædia veniunt in actionem communi dividundo, *l. 7. et seq.* licet non sint proprie in patrimonio nostro: alius enim est eorum prædiorum dominus: est autem hæc differentia inter hæc prædia, quia superficiarius jus tantum habet in superficie, emphyteuticarius in universo prædio, ex quo efficitur ut superficiarius in superficie tantum servitutem imponere possit, emphyteuticarius etiam in solo: superficiarius hoc jus habet ratione ædificii in alieno solo positi suis sumptibus: emphyteuticarius hoc jus habet ratione culturæ, et meliorationum: hic pensitat vectigal: ille solarium: utriusque pensitatio eandem appellationem habet: hic habet jus emphyteuticum: superficiarius jus ἐμβατευτικὸν, sive, ut Basilica habent, ἐμβατικὸν, ut in *l. 3. de reb. eor. qui sub tut. si jus* ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν id est, si prædium vectigale, vel superficiarium pupillus habuerit: ἐμβατεύειν est sedes ponere in alieno solo: illud etiam adjicitur in l. 10. in hoc judicium venire res alienas, quas defunctus bona fide possedit, et quarum usucapionem heredes nondum impleverunt: veniunt in hoc judicium, et actionem communi dividundo, *l. 7. §. qui in rem, tit. seq.* veniunt in petitionem hæreditatis, *l. et non tantum sup. de pet. hæred.* usucaptæ ab hæredibus non veniunt in petitionem hæreditatis. nondum usucaptæ veniunt: de usucaptis hæredes habent vindicationem proprio nomine, quia eam rem suam et propriam usu fecerunt, nec hæreditate pervenit, sed lege, id est, ipsi usucapione rem suam fecerunt: de nondum usucaptis hæredes etiam habent Publicianam in rem actionem, sed hæreditario nomine, non suo: et ideo eas deducunt in petitionem hæreditatis. Et generaliter, qui habent Publicianam vel directam, vel utilem vindicationem quæ de fundo emphyteutico, vel superficiario proponitur. Imo et qui habent hypothecariam, id est, vindicationem pignoris adversus alium possessorem, inter se de his rebus simul ac de ceteris rebus hæreditariis judicium familiæ erciscundæ exercere possunt. Quin etiam qui has actiones habent adversus possessorem, adversus eundem habent petitionem hæreditatis, videlicet si eas habent ex persona defuncti: nam ex sua persona, quod eis primum, puta res tradita sit, vel ab eis completa usucapio, *d. l. et non tantum §. quod si pro emptore.*

Ad L. XI. et XII.

L. XI. Partum quoque editum et post aditam hæreditatem.

L. XII. Et post litem contestatam Sabinus scribit in familiæ erciscundæ judicium venire, et adjudicari posse.

§. 1. *Idem erit et si servis hæreditariis ab extraneo aliquid datum sit.*

§. 2. *Res, quæ sub conditione legata est; interim hæredum est: et ideo venit in familiæ erciscundæ judicium, et adjudicari potest, cum sua scilicet causa: ut existente conditione, eximatur ab eo, cui adjudicata est: aut deficiente conditione, ad eos revertatur a quibus relicta est. Idem et in statulibero dicitur: qui interim est hæredum; existente autem conditione ad libertatem perveniat.*

Adjicitur in l. 11. in hanc actionem familiæ erciscundæ venire partum editum et post aditam hæreditatem; hic tamen partus nunquam fuit in bonis defuncti, imo nec in hæreditate, quæ dum jacet, loco dominæ habetur, quia non fuit editus jacente hæreditate, sed post aditionem; venit tamen in hanc actionem, quia est ex re hæreditaria, id est, ex ancilla: quod est ex re hæreditaria, hæreditarium est: qua de causa etiam venit in petitionem hæreditatis, *l. item veniunt §. item non solum, sup. de pet. hæred.* de partu edito ante aditam hæreditatem non est dubium: de fructibus editis quocumque tempore perceptis non est dubium, quin fructus rem sequantur: partus non est in fructu, *§. partus, de rer. divis. l. justissime, de ædil. edic.* sed placet partum ventrem sequi, *l. ancillarum, sup. de pet. hæred.* id etiam adjicitur in l. 12. partum etiam editum post litem contestatam venire in actionem familiæ erciscundæ, et in actionem communi dividundo, *l. 6. §. si quid tit. seq.* et ita hæ actiones accessionem et augmentum recipiunt, non tantum ante litem contestatam, sed etiam post, et videtur in judicium deductum fuisse, quod editum est post litem contestatam: nam hoc generaliter proditum est judici, statim atque factus est, omnium rerum officium incumbere quæ in judicium versantur, id est, quæ

post judicium acceptum et litem contestatam contingunt, hæc omnia debent esse curæ judici, *l. ædiles §. item sciendum, et l. quod si nolit §. culpam, de ædil. edic.* novæ lites et exortæ controversiæ ad eum non pertinent, ut si judex aditus fuerit a duobus de tutela, nata inter eos controversia de negotiis gestis, postea, de negotiis gestis non cognoscit, sed de tutela tantum, quia ejus rei tantum cognitio data est a magistratu: et sic etiam si judex aditus sit de opere quodam vicini, id est, de novo opere quo alteri vicino aqua pluvia nocebat, et post litem contestatam actione aquæ pluviæ arcendæ, si fiat novum opus quo aqua pluvia æque vicino noceat, opus est nova actione. novæ res novum judicium requirunt, *l. non potest, sup. de judic. l. Attejus, in fine, de aq. et aq. pluv. arc.* in una tantum judici incumbit omnium rerum officium quæ ad eam rem pertinent licet contingant post litem contestatam: et de his judiciis merito cujat judex partus dividi ed tos post litem contestatam, quod et hi videntur esse ejusdem judicii: additur venire in hanc actionem id quod servis hæreditariis ante aditam hæreditatem, scilicet ab extraneo, datum est, nec mirum, cum id quod eis datum est, acquisierit hæreditati, quæ interim erat loco dominæ, sive vice defuncti: imo addit, ab extraneo, ut augeat dubitationem: quamvis enim id sit ex bonis extranei, non ex re hæreditaria, tamen in hoc judicium venit: eodemque modo placet id venire in petitionem hæreditatis quod servi hæreditarii acquisierint, quamvis possessori unde petitur hæreditas, acquisitum fuerit ipso jure. quod respondet *l. per servum, et l. seq. de pet. hær.* vulgo ea lex non intelligitur: ait, *per servum res acquisitæ, hæredi restituendæ sunt*: vulgo male sicilicus, id est, virgula ponitur ante verbum *hæredi*: dico virgulam ponendam post verbum *hæredi*, hoc modo, *per servum acquisitæ res hæredi, restituendæ sunt*, hæredi scripto scilicet, a quo alius quidam petit hæreditatem, vel actione inofficiosi, vel possessoria hæreditatis petitione: virgula parit sæpe ambiguitatem: et est alius locus singularis in *l. sæpe, inf. de re judic.* ubi quæritur, an res inter alios judicata aliis noceat: ait rem judicatam quibusdam etiam scientibus non obesse: nam desideratur negatio. Deinde ait, *quibusdam etiamsi contra ipsos judicatum sit, nihil nocet*: post illud, *sit*, solent interpungere: male: quibusdam etiamsi contra ipsos judicatum sit, nihil obest: et ita est interpungenda hæc lectio. Species autem *d. l. per servum*, hæc est; libertus testamento facto, patronum præteriit, quem non debuit præterire, aut non potuit: Titium extraneum hæredem scripsit: patrono competit bonorum possessio contra tabulas, qua rescindit testamentum liberti, et ex ea causa possessoria hæreditatis petitio, sed antequam patronus petat hæreditatem, ex ea causa servus hæreditarius aliquid acquirit: is certe acquirit Titio hæredi scripto, quia interim est dominus: sed agente postea patrono possessoria hæreditatis petitione, et servus ipse, et res per servum acquisita veniet in hæreditatis petitionem: scilicet si servus aliunde acquisierit, quam ex re hæredis scripti: nam quod servus acquisivit ex re hæredis scripti, qui possidebat eum bona fide et justa ex causa, id restituendum non est, *l. si uxor filio, inf. de donat. inter vir. et uxor.* quod servus acquirit ex re bonæ fidei possessoris id restituendum non est vero domino: idem etiam procedit in hac specie: pater filium exhæredavit immerito, extraneum hæredem scripsit: filio competit petitio hæreditatis de inofficioso. Sed antequam ea experiatur, servus hæreditarius ex ea hæreditate aliquid acquirit, id acquirit hæredi scripto, quia interim est dominus, id est, ante motam et peractam querelam: sed postea agente filio querela inofficiosi, id ita ei restituitur, nisi acquisitum sit ex re hæredis scripti: nam id cedit lucro bonæ fidei possessoris: et hæc est sententia legis, dum ait, per servum acquisitæ res hæredi, scripto scilicet, restituendæ sunt, quod procedit in hæreditate liberti: deinde ait, cum interim essent in bonis hæredis, scripti scilicet, sed restituendæ sunt, ut subjicit lex sequens, nisi ex re hæredis scripti acquisitæ sint: nam hæc semper lucratur hæres scriptus. Postremo loco adjiciendum est, in hanc actionem venire rem legatam sub conditione, et adjudicari posse eam rem interim, quia interim est hæres: ergo interim venit in hoc judicium. Sic igitur dicamus: res legata sub conditione interim in hoc judicium deducitur. Ideo autem subducitur, existente conditione, quia pertinere incipit ad legatarium, atque ita alienatur pendente judicio, vel finito judicio familiæ erciscundæ: nam si extet conditio legati, pendente, vel finito judicio familiæ erciscundæ, res quæ erat in judicium deducta judicio subducitur: quod et accidit si extraneus aliquis cœperit rem hæreditariam possidere, quam neuter hæredum possidebat: hæc res in judicium deducitur, quia adhuc est heredum, licet neuter possideat: quia nondum est usucapta: in hoc judicium venire non tantum ea quæ possident hæredes, sed quæ non possident. Igitur quæ extraneus possidet bona fide, et cœpit usucapere, in hoc judicium deducuntur, sed pendente judicio familiæ erciscundæ, impleta usucapione ab extraneo, judicio hæ res subducuntur: quod videtur esse contra definitionem juris, qua cavetur, hæredes posse alienare partem suam ante litem contestatam familiæ ercisc. dummodo alienent sine fraude, *l. portionem, C. de donat.* At

post litem contestatam nihil possunt judicio subducere, id est non possunt partem suam alienare, *l.* 1. *in fi. comm. divid.* Fateor ipsos sua, sed neque socii post litem contestatam communi divid. voluntate nihil posse judicio subducere, postquam inchoatum est judicium: necessitas tamen et jus ipsum res ipsas subducit, ut cum existit conditio legati, vel libertatis, vel cum impletur usucapio ab extraneo. Ergo inhibetur tantum alienatio voluntaria, non necessaria, quia originem antiquiorem judicio habet, et sic l. Julia de fundo dotali inhibetur fundi dotalis alienatio voluntaria, non necessaria: nam etsi fundus qui cœperat usucapi constituatur dotalis, usucapio procedit, quæ est sententia *l.* 12. *et duarum sequent. inf. eod.* In *l.* 12. res quæ sub conditione legata est, adjudicari potest, cum sua causa scilicet, adjudicata est, vel ut subducatur judicio, si nondum res sit adjudicata, vel ut remaneat apud eum, cui est adjudicata. Ergo tum res alienatur pendente judicio contra regulam.

Ad L. XIV.

Sed et si usucapio fuerit cœpta ab eo, qui hæres non erat, ante litem contestatam et postea impleta fuerit: rem de judicio subducit.

§. 1. *Ususfructus an in judicium deducatur, quæritur: ut puta si deducto usufructu fundus fuit ab hæredibus legatus.*

Sequitur, an ususfructus veniat in hoc judicium: hac de re ita scriptum est in l. 14. h. t. id demonstratur duobus modis contingere, ut ususfructus inter cohæredes communis sit ex causa hæreditaria: uno modo, si fundus ab hæredibus extraneo legatus sit, deducto usufructu, ut scilicet ususfructus remaneat apud hæredes: sic hæredes habent communem usumfructum ex causa hæreditaria, proprietas est legatarii. Altero modo, si servo hæreditario legatus sit ususfructus, quod legatum valere constat, si modo die legati cedente id est adita hæreditate ab hæredibus, a quibus servo legatus est ususfructus, adita etiam fuerit ea hæreditas in qua erat servus *l. usufruct. inf. de stip. serv.* quod ita declaro: finge Titium ab hæredibus suis legasse usumfructum servo hæreditario Caii: adiisse primum hæredes Caii, deinde hæredes Titii: ususfructus legatus cedit ab aditione, cetera legata cedunt a morte: hic vero dies ususfructus legati cedit utiliter, sed jacente hæreditate Caii, id est, si prius adierint hæredes Titii, quam hæredes Caii, inutiliter cedit dies legati ususfructus, quia ususfructus non potest esse sine persona: servus personam non habet, nec usurpat personam domini, cum nondum habeat dominum, et nondum sit adita hæreditas. Et quod dicitur hæreditatem jacentem habere loco domini, id non procedit in usufructu, quia ususfructus est jus personale, et non exigit personam fictitiam, sed personam quæ uti et frui possit facto ipso, et opera sua, *l. hæreditas, inf. de acq. rer. dom.* hæc igitur duo hic proponuntur exempla, quibus ususfructus inter cohæredes est communis ex causa hæreditaria: priore exemplo ex voluntate defuncti, posteriore acquisitione servi hæreditarii: et necessario proposita sunt hæc exempla: nam transmissione hæreditatis non potest ususfructus inter cohæredes esse communis: ceteræ res transmittuntur in hæredem, ususfructus non transmittitur, quia personæ cohæret, et cum persona extinguitur et finitur morte fructuarii. Illis autem duobus casibus, quibus demonstratum est usumfructum esse communem ex causa hæreditaria, quæritur an ususfructus hic veniat in actionem familiæ erciscundæ: idem quæri potest de actione communi dividundo: et constat venire posse, quia ususfructus, licet jus sit, dividi potest: nam constat ex fructibus qui naturaliter divisionem recipiunt, *l.* 1. §. *si ususfructus, ad l. Falc. l. usus, sup. de usu et habitat.* Contra, non videtur venire, in actionem familiæ erciscundæ, vel communi dividundo quia adjudicari uni non potest: quid enim si non possit commode dividi? non comprehendetur judicio, quia nec adjudicari potest. Ea in hæc judicia divisionum veniunt, non quæ dividi solum, sed quæ adjudicari etiam possunt; ususfructus uni adjudicari non potest quin mutetur persona: mutatione autem personæ extinguitur: ergo et adjudicatione: adjudicatio extingueret non constitueret usumfructum: eodem modo ususfructus alteri cedi non potest, quin intereat, *l. si ususfructus, inf. de jure dot.* quia non potest a persona discedere sine interitu sui, adjudicatione et cessione discedit a personis: ideoque receptum est, et venire usumfructum posse, et locari et gratuito concedi, ex causa fideicommissi restitui posse sine interitu sui. Nam jus hæret semper personæ fructuarii, commodum pertinet ad emptorem, vel conductorem, vel fideicommissarium, vel eum cui fructuum perceptio gratuito permissa est, *l. si quis, de usufr. leg.* §. 1. *de usu et habitat. Instit.* his ergo modis ususfructus non discedit a persona, adjudicari autem non potest, quin personæ innitatur: nam adjudicatio dominium plenum transfert: in his judiciis non potest etiam cedi in jure, quin discedat a persona: nam et cessio in jure juris ab alienatio est, personæ mutatio est, ideo hæc fiunt inutiliter. Sic ergo una ratione videtur ususfructus venire, altera non venire in hæc judicia: verius est tamen in hoc judicium venire usumfructum, et in judicium communi dividundo non ipso jure, sed remediis utilibus: et primum veniet ususfructus in hæc ju-

dicia remedio locationis: nam officio judicis ususfructus totus locabitur uni ex sociis, vel extraneo, sive ut ait *l. 7. §. cum de usufructu, tit. seq.* locabitur tertiæ personæ, quæ locatio vix aliter reperietur, ut scilicet hi qui communem usumfructum habent, deinde a conductore sine ulla controversia pensiones percipiunt, sine controversia, inquam, quia pensionum pecuniæ divisio facilis et expedita est: vel etiam ususfructus in hoc judicium veniet remedio cautionum interpositarum officio judicis: nam judex uni adjudicabit totum usumfructum, eumque vicissim certa pecunia alteri condemnabit, et curabit ut alter ei, cui adjudicatus est totus ususfructus, caveat per se vel alium non fieri quo minus toto fundo utatur solus, et fruatur. Sic unus habebit totum usumfructum, alter pretium suæ partis: cautio tuebitur adjudicationem totius ususfructus uni factam, quæ ipso jure fieri non poterat. aut etiam judex uni adjudicabit usumfructum ex certo tempore, puta post quinquennium, vel ad certum tempus, vel alternis annis singulis adjudicabit, ut utantur mutua vice, interpositis scilicet cautionibus, quibus caveant inter se de tempore quo quisque uti frui debeat, *l. 7. cum de usufr. tit. seq.* et hoc est quod ait in *l. 16.* sic usumfructum posse adjudicari ex die vel ad diem, vel alternis annis, interpositis scilicet cautionibus: his remediis utimur cum ususfructus non potest commode dividi: ut si sit ususfructus rei mobilis: sed sublata difficultate divisionis, id est, si ususfructus possit commode dividi, dividetur regionibus, ut hic regionis illius fructus capiat, ille regionis alterius, *d. §. cum de usufr.* sed si non possit commode dividi distinctis regionibus, ut si sit ususfructus rei mobilis, utendum est superioribus remediis, quod etiam comprobatur *l. si cujus §. sed si inter, sup. de usufr.* hujus legis species est: duobus est legatus ususfructus vel conjunctim hoc modo: primo et secundo illius fundi usumfructum do lego, qui sunt re et verbis conjuncti: vel separatim hoc modo: primo illius fundi usumfructum do lego, secundo ejusdem fundi usumfructum do lego: et ita re sunt conjuncti, non verbis: inter eos est controversia de modo utendi fruendi, quid fiet? lex ait, æquum esse, ut Prætor det utilem actionem communi dividundo, ususfructus communis nomine: directa communi dividundo datur dominis, id est, qui rerum sunt domini communiter: fructuarii non sunt domini, sed redditur etiam utilis inter fructuarios vel stipulatione scilicet interposita officio judicis communi dividundo, vel officio Prætoris cavere debent qualiter utantur fruantur, et sic dividere usumfructum. Et Prætor, inquit, pati non debet, ut ad rixam veniant, sive ut controversentur inter se de modo utendi fruendi, quos potest compescere sua jurisdictione, data actione utili, vel exactis cautionibus: ideoque refertur in ea l. ex Juliano, lib. 35. Digestorum, sic legitur vulgo. Florentiæ male 38. recte vulgo 35. nam eo libro Julianus tractavit de usufructu, et ex eodem libro circa eam quæstionem proponitur eadem species in *l. quoties, de usufr.* quæ est ex eodem libro Juliani: quæ tamen in hoc est dissimilis a specie § *sed si inter.* Duo fructuarii sunt conjuncti, vel et re verbis, vel re tantum: in specie *legis quoties*, non sunt conjuncti, quia in ea specie testator legavit, ut uterentur alternis annis: et præterea in specie dicti §. *sed si inter*, Prætor operam suam interponit in sedanda controversia mota inter fructuarios: in specie legis *quoties*, Prætor non interponit operam suam, sed invicem sibi obstant: species est: ita dixit testator: lego Primo, et Secundo usumfructum illius fundi, *ita ut utantur* alternis annis: quis utetur prior? qui prior nominatus est ordine scripturæ: sed quid si ordo non appareat, ut si duo sint Titii, et ita legaverit Titiis usumfructum alternis annis, et non conveniat, uter prior utatur, invicem se impedient: conveniant si velint, alioqui Prætor se non interponet, sicut in *l. invicem, de hæredib. instit.* certum est eum qui non est solvendo, non posse nisi unum servum necessarium heredem facere ex l. Ælia Sentia in fraudem creditorum; et si fecerit plures, qui prior nominatus erit, hic solus erit heres, ceteri removebuntur: sed quid si ordo non appareat, ut si habuerit tres Apollonios, et Apollonios hæredes, et liberos scripserit: quis hæres erit? nullus: *invicem sibi impedient*, inquit, *d. l. quoties*, et nullo modo sunt conjuncti: in *d. §. sed si inter*, sunt conjuncti: in quo §. Celsus citatur vulgo *lib.* 28. *D. gestor.* rectius quam Florentiæ 20. *Digest.* nam 20. non tractavit de usufructu: et hujus quæstionis ex lib. 18. extat vestigium in *l. duos, de usufr. leg.* in qua Celsus hac in re docet differentiam inter legatum usumfructum per vindicationem et legatum per damnationem, quæ differentia etiam intercedit in aliis rebus legatis: differentia vetus est: si duobus legetur ususfructus hoc modo. *Primo usumfructum lego, Secundo eundem usumfructum lego*: sunt re conjuncti, et concursu habent partes: et inter eos est jus accrescendi: sed si per damnationem ita legaverit duobus, *damnas esto Primum sinere uti frui illo fundo, damnas esto sinere Secundum uti frui illo fundo*: hi non sunt re conjuncti, et non habent partes, imo unusquisque habet solidum, uni nempe primo debetur ususfructus realis, alteri æstimatio. Et ideo inter eos non est jus accrescendi: si tamen heres in hac postrema specie per damnationem patiatur communiter utrumque uti

frui, non satisfacit voluntati defuncti: quia qua parte unus fruitur, alter non fruitur: et ideo per æstimationem quod singulis deest, hoc nummis datis repleri debet, quia utrumque solidum habere oportet: hodie hæc differentia sublata est *ex tit. de caduc. tollend.* nam si quibus ita legatum est per damnationem, sunt re conjuncti, et partes habent, non singuli solidum: nisi constet hanc fuisse voluntatem defuncti, noluisse communicari usumfructum, sed voluisse ut unus habeat rem, alter æstimationem. Ex qua constitutione Justiniani etiam Tribonianus inseruit aliquid d. legi duos, dum ait, *si testator utrumque solidum habere voluit.* De usufructu postremo ita additur in hac l. 16. si judex familiæ erciscundæ uni adjudicaverit fundum hæreditarium, alteri usumfructum, ut non sit communis ususfructus, potest judex uni adjudicare fundum alteri coheredi usumfructum ejusdem fundi, *l.* 6. §. *officio tit. seq. l.* 6. *de usufr.* sed ususfructus inter eos non erit communis: nam unus habebit nudam proprietatem, is scilicet cui est adjudicatus fundus, alter habebit usumfructum solus: cur est diversum in legatis? nam si testator uni legaverit fundum, alteri usumfructum, communicabitur ususfruct. quia fundi appellatione significatur plenum dominium. Igitur hæc verba significant, ut is cui legatus est fundus, habeat etiam partem ususfructus, *l. si tibi . de usufruct. ear. rer. quæ usu consum. leg. si alii, de usufr. leg.* In qua ait, testatorem qui vult uni legare nudam proprietatem, alteri usumfructum, errore labi, si ita legat uni fundum, alteri usumfructum fundi illius: nam ex his verbis communicandus erit ususfructus, et plus valebit scriptura, quam mens defuncti. In fideicommissis plus valet mens, in legatis plus valet scriptura: in legatis verborum solemnitates observantur, legatorum erant certæ formulæ, hodie nullæ sunt, sed sublatæ sunt a Justiniano. Igitur cum ita scribit, non scribit quod vult, et potius sequemur quod est scriptum: verum si vult legare nudam proprietatem uni, alteri usumfructum, ita debet concipere legatum: *Titio fundum detracto usufructu, Sejo usumfructum ejusdem fundi do lego*: tunc non communicabitur ususfructus, quia tunc deducit usumfructum. priore casu communicabitur, quia *fundus* significat plenum dominium. In sententiis et adjudicationibus judiciis familiæ erciscundæ, et communi dividundo, accipietur *fundus* pro nuda proprietate, quia natura horum judiciorum est, ut ei communionem tollant, non ut inducant: si accipias fundum proprie, communionem inducet, quod alienum est a natura judicii. Et præterea in sententiis judicum non servantur verborum solemnitates, quæ observantur in testamentis et legatis, non in codicillis.

Usus dividi non potest, *l. usus, sup. de usu et habit.* usus venire, aut locari non potest, §. 1. *Instit. eod. tit.* non potuit ergo uni adjudicari ex hæredibus, vel uni ex servis, quia adjudicatio venditio est: non poterit etiam locari. Denique cessant remedia, quibus utamur in usufructu deducendo, qui dividi potest, et in hanc actionem venire, et venire, et locari: et hoc distat maxime ab usu nudo. Quid igitur dicemus? an dicemus usum non venire in hanc actionem, et communi dividundo, quemadmodum finietur controversia inter usuarios, si non conveniant de usu communi? sane necessitas exigit Prætorem suam operam interponere, et uni adjudicatum usum tueri: ita ut is alteri pro ejus parte quotannis mercedem inferat. Denique utetur solus semper, et mercedem partis alteri præstabit: id inducetur Prætoris auctoritate contra naturam usus, quia usus non potest locari. Et ratio est evidens: nam qui ex usu mercedem accipit, fruitur, non utitur: hoc est plus quam uti, cum tamen ei non datus sit fructus, sed nudus usus. Denique qui nudum usum habet, non potest quæstum facere; admittitur tamen hoc per Prætorem finiendæ controversiæ causa. Et necessitati succumbendum est, ut ait *l. pen.* §. *ult. de excus. tutor.* Et quod jure fieri non potest, id fit Prætoris interventu, id est, extra ordinem. Prætore opus est, quia neque jus, neque natura id patitur. Hæc est sententia legis *item quamvis* §. 1. *tit. seq.* Similiter vero servitutes prædiorum rusticorum vel urbanorum, licet earum usus sit individuus, veniunt in actionem famil. ercisc. et communi dividundo, *l. Lucio, inf. de aq. quot. l. arbor.* §. *ult. tit. seq.* Quæritur an aquæductus veniat in actionem communi dividundo, et ita distinguit: aut aquæductus est in ipso fundo communi duorum, et debetur scilicet fundo vicino, et hic aquæductus non venit in actionem communi dividundo, si socii velint agere communi dividundo non veniet aquæductus, qui competit vicino, cui divisio nostra præjudicium afferre non potest: itaque eum nos attingere non possumus: aut aquæductus est separatus a fundo, ut quia est in fundo vicini, et competit duobus vicinis rivalibus, ut qui communem rivum habent in fundo vicini: et rursus hic aquæductus est divisus mensura, vel temporibus, aut non: si divisus est, non venit cum jam divisus sit, aut inter rivales non est divisus mensura vel temporibus, et hic veniet in actionem familiæ erciscundæ, vel communi dividundo interpositis cautionibus, ut aquæductus inter eos secernatur mensura, veluti digitis, pedibus, fistulis, unciis pedalibus, vel ut secernantur inter eos temporibus, quæ quidem secretio, mensura, vel temporum jus ipsum, id est, servitutem non dividit: una enim servitus manet

indivisa, licet certum modum, et temporis intermissionem habeat: et qui ea utitur, non potest videri pro parte uti, sicut non potest pro parte ire, pro parte non ire, quin et si plures utantur, singuli utentur in solidum, nec minus ego utar, quam alius utatur: fructus dividi potest, usus non potest, *l. si una, de servit. l. sicut certo* §. *si duob. commod.* Denique usus servitutum vel aliarum rerum ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat: non potest dividi usus quin corrumpatur: servituti tamen modus adjici potest intervalla dierum, horarum, vel temporum adjici possunt: at si quæratur an servitutes veniant in petitionem hæreditatis, id erit repetendum ex *l. et non tantum* §. *ult. de pet. hæred.* Species est: fideicommissario via debetur: vicinus cujus fundus hæreditario fundo viam debet, hæredem non patitur uti via, ire, agere, an eo nomine tenebitur petitione hæreditatis? ut scilicet viam restituat: finis petitionis hæreditatis restitutio est, ut cujuslibet vindicationis: lex ait, eo nomine non esse petitionem hæreditatis, quia qui fundum hæreditarium habet, et viam habet: hæret enim fundo: est enim jus in rem jus rei non personæ: sed est propria actio, id est, specialis, nempe confessoria, jus esse mihi ire agere, quæ est arbitraria actio. Igitur si vicinus non patiatur hæredem ire agere, vindicabit servitutem per actionem confessoriam, restitui servitutem non petet per petitionem hæreditatis, quia petitio hæreditatis non datur possessori: hæc est ratio hujus §. vindicationes servitutum dantur possessoribus, et hoc est quod ait Just. in §. *æque, vers. sane, de actionib. Inst. uno casu*, id est, in quæstione servitutum interdum servitutem venire in petitionem hæreditatis, ut si servitus confusa sit aditione hæredis scripti: finge vicinus debebat fundo meo viam: ego vicinum hæredem scripsi, et adivit hæreditatem, aditione confusa est servitus, et fundi dominantis, et fundi servientis. Denique perempta est servitus aditione hæreditatis: postea hæredi scripto evicta est hæreditas petitione hæreditatis de inofficioso, qua egit filius exhæredatus: hoc casu in eam actionem veniet restitutio servitutis, *l. Papinianus, de servitut.* Itaque ille §. *ult. l. et non tantum*, qui negat servitutum restitutionem venire in petitionem hæreditatis, loquitur de servitutibus non extinctis.

Ad §. *Id quod L. XVI.*

Id quod omnis fundo post litem contestatam, alluit, æque venit in hoc judicium.

Dictum est sup. l. 12. in principio in hanc actionem venire partum editum post litem contestatam, et ita hanc actionem accipere accessionem sive augmentum post litem contestatam: idem fieri respondet hoc loco si quid post litem contestatam fundo hæreditario per alluvionem accreverit: nam id etiam in divisionem per adjudicationem deducetur, licet tempore litis contestatæ in hæreditate non fuerit, quia scilicet jure alluvionis rei hæreditariæ, de qua agitur, pendente lite accessit, et augetur hæc lis usque ad sententiam accessione rerum, ut minuitur decessione, veluti si quid fundo hæreditario flumen abstulerit, eo minuitur hæc lis. Et sic notat Accursius citat. *l. si fundus, inf. de pign.* nam si fundus sit pignori datus, quod alluvione accedit erit pignori tacito jure, sive accessionis naturali jure, alluvio definitur incrementum latens, id est, ut Urbicus loquitur, *quod aqua lambendo aufert.* Et Siculus Flaccus: si *rivulus*, inquit, *terras minutatim abstrahat*, etc. et de his alluvionibus est elegans constitutio Theod. et Valen. apud Frontin. *de limitibus agrorum*, in qua Imperatores ajunt, *alluvionum quæ contigere solent in prædiis, quæ ripis quorundam fluminum terminantur, ea natura est, ut semper incerta possessio, incertum sit ejus dominium, quod possessori per alluvionem adcrescit: nam quod hodie possidemus, nonnunquam altero die vicini fundi dominio in alteram fluminis ripam translatum acquiritur. Nec tamen apud quem accrescit remanere, sed plerumque redire ad priorem dominum*, etc. his verbis demonstrat naturam alluvionis, et incertum possessionis, incertum dominii. Id autem quod alluvione flumen aufert, possessor amittit sua negligentia, quia ripam suam munire debuit, *l.* 1. §. *sunt autem, ne quid in flum. publ.* quæ ratio cessat, si quid flumen impetu quodam majore abstulerit: nam adversus vim majorem nulla munitio est, et ideo quod vi majore ablatum est, non amittetur: et hæc est differentia inter alluere sive lambere, et vi majore abstrahere, §. *præterea, Instit. de rer. divis.* Hoc autem jus alluvionum non habebat locum in omnibus agris, sed in occupatoriis sive arcifiniis, qui non sunt distincti limitibus, et quæstoriis agris, id est, per quæstorem venditis, qui cœperunt esse occupatoriæ conditionis. In agris divisis et assignatis non fuit divisioni locus, *l. in agris, de acquir. rer. dom.* quod Urbicus explicat 2. *de limitibus agrorum.* Hoc autem quod ita accedit alluvionis jure, ut si accedat post litem contestatam, veniet in hoc judicium: additur venire in hoc judicium ea, quæ unus ex hæredibus in hæreditate fecit dolo, et culpa, si modo fecerit quasi hæres, id est, cum hæres esset, etiamsi alio nomine competat actio, ut si post aditam hæreditatem deleverit rationes hæredita-

rias: quo nomine est actio legis Aquiliæ, sed non ideo minus deducetur in actionem familiæ erciscundæ: erit ergo generalis actio familiæ erciscundæ, et specialis damni injuria dati. Igitur de deletis rationibus est actio legis Aquiliæ, *l. qui tabulas, in fine, de furt. quia* inquit, *rupisse videtur qui corrupit*, sic est legendum, ut Florentiæ Græci: δοκεῖ τὸν διαλύειν τὰ δικαιώματα ὁ ἀπαλείψας αὐτά, rumpere est frangere, scindere: sed rationes rumpit non tantum qui scindit, sed qui delet, et respicit ad verbum legis Aquiliæ, *ruperit*, quod interpretantur veteres *corruperit, l. si servus* 27. §. *inquit, ad l. Aquil.* et ideo eum teneri lege Aquilia, quæ est de rupto: erit et actio familiæ erciscundæ, si deleverit cum hæres erat post aditam hæreditatem. Sed si deleverit cum nondum hæres esset, vel ante aditam hæreditatem, non erit actio familiæ erciscundæ, sed Aquiliæ, quæ competit ei qui adierit, quia aditione factus est dominus: Aquilia autem tantum datur domino, hero: ergo antequam adierit, hæredi non datur Aquilia, quia non est herus, sed datur de dolo: et ita omnimodo est concilianda *d. l. qui tabulas*, cum *l. si quis tabulas, sup. de dol. l. si quis tabulas* dat de dolo, ante aditionem scilicet: *l. qui tabulas*, dat actionem legis Aquiliæ post aditionem hæreditatis. Intelligimus ergo ex hoc loco cohæredi teneri non tantum doli, sed et culpæ nomine, quia l. ait, in hanc actionem venire id omne quod cohæres admisit in hæreditate quasi hæres, vel dolo, vel culpa deleverit: nam l. Aquilia de qua ait, culpam coercet: ergo cohæres cohæredi tenetur culpæ nomine, id est, desidiæ et negligentiæ. Ergo a cohærede, qui tractat res hæreditarias non tantum bonam fidem exigimus, sed et diligentiam, *l. hæredes §. non tantum, h. t. quia*, inquit, *non contrahimus cum cohærede, sed incidimus in eum*: recte: neque enim eum socium optamus, sed datur nobis cohæres, et incidimus in eum: si enim optaremus, fortasse non præstaret nobis dolum, quia nobis posset imputari: sed nihil nobis imputari potest, cum non contraximus cum eo, sponte scilicet. Igitur alia est societas voluntaria, quæ est contractus alia necessaria sive hæreditaria, quæ est quasi contractus, *l. verum, l. cum duobus §. idem Papinianus, pro soc.* et sic dicitur cum defensore rem non sponte contrahi, *l. defensor, inf. de tutel. et ration. distrah.* pupillum cum tutore non contrahere, *l. ult. rem pup. sal. fore.* Hæredes cum legatariis non sponte contrahere, *l. qui cum alio, de regul. jur.* Hi tamen omnes quasi contrahunt. Ergo exigimus diligentiam a cohærede, et eadem ratione a collegatario, *d. §. non tantum*, sed qualem diligentiam? an exactissimam, quam diligentissimus paterfamilias adhibere solet suis rebus? minime, id est, non præstat cohæres cohæredi culpam levissimam, sed exigimus eam tantum diligentiam quam suis rebus adhibet, ut non minori diligentia curet res communes, quam suas proprias: nam utitur rebus communibus ut suis: qua de causa non habet negotiorum gestorum actionem, ut dicitur in *d. §. non tantum*: cohæres qui hæreditaria bona administravit, si quid impenderit eo nomine, non aget negotiorum gestorum cum cohærede, quia scilicet rem suam potius gessit quam alienam, et quia non ex officio gessit, sed ex necessitate quadam, quia non poterat pro parte sua administrare intacta parte socii: ubi tamen pro parte socii gessit, cum pro sua parte tantum agere posset, non dubium est actioni negotiorum gestorum locum esse, non familiæ erciscundæ, vel comm. divid. *l. si communes, sup. de neg. gest. l.* 6. §. *hoc autem, inf. tit. seq.* Opponit Acc. *l. sive, C. de neg. gest.* et male respondet, esse negotiorum gestorum actionem, cum quid cohæres gessit communiter, si jam actum sit familiæ ercisc. propterea quod jam deficit actio familiæ erciscundæ, quæ non potest iterari, et ideo dari: male: nam si deficiat familiæ erciscundæ, non deficit communi dividundo: et præterea natura actionis negotiorum gestorum id non patitur, ut qui ex necessitate rei suæ negotium gessit, eam actionem habeat. Ideo nihil mutat, sive actum sit familiæ erciscundæ, sive non: verum ita respondendum est ex *l.* 6. §. *hoc autem, tit. seq.* esse actionem negotiorum gestorum ex natura actionis, si cum posset pro parte tantum sua, gesserit pro parte cohæredis vel socii: ut si solverit solidum creditori hæreditario, non poterit solvere solidum pro parte hæreditaria, quia solvit etiam pro parte cohæredis: et ideo non mirum si sit etiam actio negotiorum gestorum. Ceterum si gessit rem socii, quod aliter non posset facere, cessat hæc actio negotiorum gestorum, et competit famil. erciscundæ vel communi dividundo. His quæ diximus de *l. sive, C. de neg. gest.* necesse est addi speciem hujus legis: primum sic statuo: cohæres qui negotia hæreditaria gessit, non habet actionem negotiorum gestorum, *l. hæredes, §. non tantum, h. t.* Obstat *d. l. sive, C. de negot. gest.* utimur hac distinctione: si cohæres id gessit pro parte cohæredis, sine quo partem suam recte administrare non poterit, ut si fundum hæreditarium locavit in solidum, vel si coluit totum, quod pro parte sua tantum non potuit expedite facere, hoc casu non habet actionem negotiorum gestorum, quia id totum gessit propter suam partem, et in rem suam, et quia non potuit suam partem a parte cohæredis secernere, vel necesse fuisset ei, vel totam rem perdere vel colere: igitur non est actio negotiorum gestorum, sed familiæ ercisc. id est, quod pro socio cohærede gesserit, sive impenderit colendo,

quodve pro parte socii perceperit, id venit in actionem familiæ erciscundæ vel communi dividundo, *dict.* §. *non tantum*, *et l.* 6. *tit. seq.* Sed si cohæres id gessit pro parte cohæredis, sine quo recte suam partem administrasset, tum vere alienum negotium gessit, id est, cohæredis, et habet actionem negotiorum gestorum, quia ultro accessit ad negotium cohæredis, quo omisso non minus expedite negotium suum gessisset: actionem familiæ erciscundæ, vel communi dividundo non habet, quia necesse non habuit in solidum gerere, *d. l.* 6. §. *hoc autem*, *et* §. *si damni*, *tit. seq.* et in *d.* §. *si damni* tale exemplum proponitur: ego habebam tecum ædes communes, quæ cum ruinam minarentur, et essent ruinosæ, postulante vicino, ei cavi damni infecti, in solidum scilicet pro mea parte, et pro parti socii, et præstiti ex cautione: quæritur an id quod præstiterim pro parte socii, veniat in actionem communi dividundo; l. ait, non venire, quia necesse mihi non fuit cavere in solidum, sed sufficiebat pro mea parte: ceterum quod præstitero pro socio, erit actio negotiorum gestorum. et hoc est quod ait *l. si communes*, *sup. de negot. gest.* actionem negotiorum gestorum in hac specie esse potius quam communi dividundo, ubi Accursius notat recte, *potius*, accip elective, non comparative: est potius actio negotiorum gestorum, quam communi dividundo, id est, non est communi dividundo: at in *l.* 1. *tit. seq.* actio pro socio *pertinet magis*, id est, non pertinet ad communem rerum divisionem: virtus potius prodest, quam nocet, id est, non nocet. Exposui duas distinctionis species: in prima non est actio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo: in secunda est actio negotiorum gestorum non famil. ercisc. vel communi dividundo, nunquam utraque datur. Imo affirmandum est, nullam esse speciem, in qua ob eandem rem detur et negotiorum gestorum, et famil. ercisc. et communi dividundo. At contra in d. l. sive datur utraque actio simul, et negotiorum gestorum, et famil. ercisc. Duæ proponuntur species in ea l. in prima, est actio negotiorum gestorum, in secunda est utraque actio, negotiorum gestorum et famil. ercisc. Species est: cohæres creditori hæreditario solvit solidum, id est, etiam pro parte cohæredis: potuisset non soluta parte cohæredis suam tantum partem solvere, quia ex 12. tab. cohæredes tenentur tantum creditoribus pro parte hæreditaria non in solidum: egit ergo ultro negotium cohæredis, cum necesse non haberet solidum solvere, ideo habet tantum negotiorum gestorum actionem, non famil. ercisc. eo nomine. Secunda species est: cohæres, ut rem hæreditariam pignori obligatam a defuncto liberaret, solvit creditori solidum: hoc videtur fecisse non tam sua sponte quam necessario, quia est indivisa causa pignoris, id est, pignus nunquam liberatur nisi tota pecunia soluta sit: cohæres qui solvit partem, tollit obligationem personalem pro sua parte, pignus non tollit ulla ex parte, *l. rem*, *de evict. l. hæredes*, §. *idem observatur*, *h. t. l.* 1. *C. de luit. pign.* Igitur in ea specie cohæres non potuit pro sua parte pignus liberare soluta pro parte pecunia, et ei necesse fuit solidum solvere, alioquin non liberasset pignus: qua ratione consequetur quod solvit pro parte hæredis? *eadem*, inquit, *actione negotiorum gestorum, et famil. ercisc.* si ea nondum actum sit, quia hæc actio non iteratur: ergo in utraque specie est utraque actio, sed non ob eandem rem: nam in ea specie cohæres qui pignus liberavit, et solidum solvit, duo egit: primum egit ut soluta omni pecunia tolleretur omnino personalis obligatio, quod tamen poterat expedire pro parte sua tantum: et ideo quatenus solvit pro parte cohæredis, tollendæ personalis obligationis causa, eatenus est actio negotiorum gestorum: sed quatenus luit pignus quod non poterat expedire pro parte, ob indivisam pignoris causam, eatenus est actio familiæ ercisc. et est in ejus arbitrio, ut vel quia sustulit personalem obligationem, agat negotiorum gestorum, vel quia sustulit hypothecariam, agat famil. ercisc. utraque ergo non datur eadem ratione, utraque suam speciem retinet. Denique cohæres in ea specie duo egit: sustulit actionem personalem in totum, et hac ratione aget negotiorum gestorum: sustulit actionem hypothecariam, et hac ratione aget famil. ercisc. Delenda autem sunt ea omnia quæ Accursius annotavit ad *l. sive*, ad verbum *eandem*: hoc etiam addendum est, in hac *l.* 16. §. *sed et si dolo*, *et dict. l. cohæredes*, §. *non tantum*; differentiam hodie non esse inter societatem voluntariam, quæ est contractus, et societatem necessariam, quæ non est contractus: nam sicut cohæres cohæredi tenetur etiam culpæ nomine, si quid culpa admiserit in hæreditate: ita etiam socius cum quo contracta est societas socio tenetur culpæ nomine non tantum doli, *l. socius*, *inf. pro soc.* videtur tamen *d.* §. *non tantum* differentiam constituere inter societatem voluntariam et necessariam. Sed hoc potest tantum afferri, quod in necessaria societate fuit semper certum, cohæredem cohæredi teneri culpæ nomine, quia cohæres sua sponte cum eo non contraxit, id est, eum non sibi elegit socium, sed incidit in eum: ideo nihil potest ei imputari, quo scilicet cohæres qui gessit, defugiat præstationem culpæ. Sed in contractu societatis dubitatum fuit, an socius socio teneatur culpæ nomine: nam sibi elegit socium. Cur non sibi diligentem elegit? sed prævaluit hæc sententia, ut socius teneatur culpæ nomine §. *ult. Instit. de soc.*

Ad §. Item si d. L. XVI.

Item si servus hæreditarius propriam rem hæredum unius subripuerit: Ofilius ait esse familiæ erciscundæ actionem et communi dividundo: furti quoque actionem cessare: quare agentem familiæ erciscundæ judicio consecuturum, ut aut ei servus adjudicetur, aut litis æstimatio in simplum offeratur.

Species est finge servus hæreditarius furtum fecit uni ex hæredibus, id est subripuit rem propriam unius hæredis: non pono eum subripuisse rem hæreditariam, quia hæreditati furtum non fit, jacenti scilicet *l.* 1. §. *Scævola, si quis testa. liber esse jussus fue. l. hæreditariæ, inf. de furt.* Quæritur an ei cui furtum fecit, sit actio furti noxalis cum cohærede? lex ait cessare actionem furti noxalis, idque ex regula juris, quæ dictat, ejus servi nomine furti noxali actione agere non posse eum qui propter eundem servum noxali actione teneretur: si servus extraneo furtum fecit, non aget noxali actione, qui pati solet noxalem, *l. si servus* §. 1. *et l. cum servus, de noxal. act. l. apud, C. de furt. l. si servus communis, de furt.* Idem servatur in ceteris noxalibus actionibus, *l. si servus servum, inf. ad l. Aquil. l. si servus, de injur.* quæ igitur actio debetur cohæredi cui servus hæreditarius furtum fecit? Hoc damnum, inquit, lex deducetur in actionem familiæ erciscundæ, vel communi dividundo et ex ea causa servus ille adjudicabitur hæredi cui furtum fecit veluti pro damno vel damnum præstabit in simplum. Dicam igitur in his judiciis famil. ercisc. et communi dividundo venire condictionem furtivam, quia simplum damni venit venire rei tantum persecutionem: non dicam venire actionem furti noxalem: nam in actione noxali servus qui noxam nocuit, a domino deditur in noxam si hoc maluit dominus quam litis contestationem sufferre: in his judiciis ille servus adjudicatur a judice: item in noxali actione ex causa furti is æstimatur in duplum, vel id quadruplum, *l.* 9. *sup. de nox. act.* in his judiciis is æstimatur in simplum quia hæc judicia pœnalem causam non recipiunt, cum sint bonæ fidei: omnis pœnalis causa est stricta: sed quid dicendum est e contrario si hæres ipse vel servus hæredis proprius aliquid ex hæreditate sustulerit? ac primum loquendum est de hærede proprio, ita distinguimus: si ipse hæres aliquid ex bonis defuncti sustulerit vivo testatore, furti tenetur cohæredi, famil. ercisc. non tenetur: id non potest deduci in actionem famil. ercisc. quia tempore furti facti non erat hæres, *l.* 26. *si jacente,* id est, nondum adita hæreditate unus ex hæredibus aliquid sustulerit, non tenetur furti, quia hæreditati furtum non fit, sed tenetur crimine extraordinario expilatæ hæreditatis, non tenetur familiæ erciscundæ, quia nondum erat hæres, cum furtum fecit. Quod si post aditionem furtum fecerit, et famil. ercisc. tenetur, et furti sicut tenetur socius socio, et furti et communi dividundo, si rem communem et nondum divisam habuerit furti animo, *l. si socius, inf. de furt.* Ita cohæres cohæredi tenetur furti et familiæ ercisc. si cum adiisset hæreditatem, sustulerit rem communem, sicut dictum est de lege Aquilia in hac l. 16. cohæredem qui delet rationes hæreditarias teneri et l. Aquilia, et famil. ercisc. sed annotandum est nonnihil interesse utrum cohæres post aditionem furtum fecerit, an damnum dederit: nam furto facto in actionem famil. ercisc. venit condictio furtiva, id est, simplum, hoc est res furto ablata, furti actio non venit, quæ est mere pœnalis. Igitur etiamsi eo nomine actum sit familiæ erciscundæ, et simplum præstitum fuerit, tamen integra est actio furti in duplum, vel quadruplum, sicut cum actum est condictione furtiva, manet integra actio furti: una enim actione rem, altera pœnam persequimur, et ideo una alteram non extinguit. At damno dato, ut rationibus deletis, dico in actionem familiæ erciscundæ venire actionem legis Aquiliæ, quæ est mixta, id est, rem et pœnam persequitur, sed venit in simplum tantum, id est, quatenus rem persequitur, non in duplum ob inficiationem, id est, etiamsi cohæres neget se damnum dedisse vel delevisse rationes hæreditarias: nam actio legis Aquiliæ in confitentem est in simplum, in negantem in duplum: cohæres negat se delevisse rationes hæreditarias: si cum eo agatur l. Aquilia et convincatur, damnabitur in duplum: sed si cum eo agatur famil. ercisc. damnabitur tantum in simplum: inest huic actioni l. Aquilia pro simplo tantum, quia hæc actio familiæ erciscundæ pœnæ severitatem non admittit, quia bonæ fidei est, et est quod ait in *l.* 17. *damno,* et cetera: quod non fieret in actione legis Aquiliæ: et ita etiam dicitur in *l. item veniunt,* §. *cum prædixerimus: de pet. hære l. sup.* in petitionem hæreditatis venire actionem legis Aquiliæ in simplum tantum, non in duplum, etiamsi res nobis sit cum inficiatore, quia petitio hæreditatis est actio φιλάνθρωπος et bonæ fidei, id est, cum sit benigna, et bonæ fidei, non admittit condemnationem in duplum, sed necesse est speciem repræsentari: petitione hæreditatis tenetur non tantum qui possidet corpora, sed et qui jura, ideo debitor hæreditarius tenetur petitione hæreditatis quasi juris possessor, et hoc sive sit debitor ex contractu, sive ex maleficio, ut si damnum dederit in bonis defuncti, vivo testatore, vel ante aditam hæreditatem, *l. sed utrum, eod. tit.* nam hic debitor est hæreditarius, quoniam contraxit obligationem vivo testatore, aut

jacente hæreditate: secus est si damnum dederit post aditam hæreditatem : tunc non tenetur petitione hæreditatis, quia hic non est debitor hæreditarius, sed debitor hæredis : a debitore hæredis non potest peti hæreditas : *l. quod si in diem*, §. *non solum*, *eod. tit.* hæredis actio legis Aquiliæ proprie effecta est, quia ipse dominus erat cum damnum dedit, *l. si a patre*, §. *si possess. eod. tit.* tenetur hæredi proprio nomine, non hæreditario : et ideo id non venit in petitionem hæreditatis : qua ratione etiamsi hæres post aditionem impleverit usucapionem cœptam a defuncto, actio ipsius propria effecta est, id est, dominium habet suo nomine hæreditario : et ideo non venit in petitionem hæreditatis, *l. et non tantum* §. *quod si pro emptore*, *de pet. hæred.* Denique actiones hæredis propriæ effectæ, non veniunt in petitionem hæreditatis. Igitur fingendum est in specie §. *quod si*, aliquem damnum dedisse vivo testatore, vel ante aditam hæreditatem : et ideo est debitor hæreditarius : ideoque actio legis Aquiliæ deduci poterit in petitionem hæreditatis. Sed quæritur, an ea actio deducatur sua natura, puta in duplum, si inficietur se damnum dedisse : I. ait, eam venire in simplum tantum, et eum qui damnum dedit, simplum duntaxat soluturum, licet initio negaverit se damnum dedisse, quia bonæ fidei est actio : plerique Jurisconsulti petitionem hæreditatis inter actiones bonæ fidei numerabant. Justinianus hoc primus non introduxit, sed primus definivit, §. *actionum*, *Instit. de action.* quia hac de re erat controversia inter Jurisconsultos, utrum petitio hæreditatis esset numeranda in bonæ fidei judiciis, an vero in strictis : at plerique de petitione hæreditatis judicabant ac si bonæ fidei esset. Et sic etiam in actionem familiæ erciscundæ eadem ratione actio legis Aquiliæ venit in simplum tantum. Sed videndum si actum sit petitione hæreditatis, aut familiæ erciscundæ ob damnum datum, an tollatur actio legis Aquiliæ, id est, an possit agi lege Aquilia de eo quod pluris est, plus est in l. Aquilia : quæritur an posteaquam egit famil. ercisc. possit agere de eo quod pluris est in ea : videtur posse, arg. *l. unde, commod. l. qui servum, de obligat. et action.* Si ob damnum datum rei commodatæ sit actum commodati superest actio legis Aquiliæ in id quod pluris in ea est: nam idem dicemus in his actionibus, petitione hæreditatis, et familiæ ercisc. quia scilicet actio commodati sui natura rei persequutionem continet. Et cum ea actum est, superest actio legis Aquiliæ in id quod in ea amplius est : petitio autem hæreditatis et familiæ ercisc. actio non proprie continet simplum damni dati ex l. Aquilia, sed substituitur vice actionis legis Aquiliæ, ideo officio judicis qui uti maluit his actionibus vice actionis legis Aquiliæ debet cavere se non acturum lege Aquilia in id quod pluris in ea est, *l. si a patre*, §. *si possessor*, *de pet. hær.* Idem fit in vindicatione rei, *l. 13. et 14. de rei vind.* Eademque pene est ratio ejus qui juravit, *l. eum qui juravit*, *de jurejur.* Quidam egit l. Aquilia : defertur ei jusjurandum, ut juret sibi deberi ex l. Aquilia: ille potest non uti conditione jurisjurandi, et ab inficiatore duplum exigere si habeat probationes quibus dicere possit, reum damnum dedisse. Igitur. potest persequi duplum si velit, sed accipit conditionem jurisjurandi, et jurat sibi deberi ex l. Aquilia : an post jusjurandum persequitur duplum ? Minime, sed simplum tantum, quia videtur jurisjurandi conditionem accepisse, ut exoneraret se probandi necessitate : videtur simplo fuisse contentus, videtur simplum duplo substituisse, ut se exoneraret probationibus : quid dicendum si servus hæredis proprius aliquid ex hæreditate sustulit ? ita est distinguendum : si quid sustulit jacente hæreditate, non est actio furti noxalis, quia hæreditati furtum non fit, sed coercetur servus extra ordinem quasi expilator : si subripuit aliquid, vivo testatore, est actio furti noxalis quæ competit cohæredi cujus interest : non est tamen hoc casu actio familiæ ercisc. et sic furtum cohæredis venit in actionem familiæ ercisc. quod fecit post aditionem : furtum servi non venit, quod generaliter proditum est de omni dolo, ut dolus quilibet servi cohæredis proprii non veniat in actionem familiæ ercisc. nisi culpa cohæredis, vel dolo servus furtum fecerit, ut quia servum non idoneum præposuit rei communi, *l. si quid contendis* §. *dolus*, *h. t.* Igitur dolus aut culpa cohæredis venit in hanc actionem, si cum hæres esset, dolo vel culpa quid in hæreditate admisit : servi hæredis proprii, ne dolus quidem venit in hanc actionem, nisi dolum participaverit ipse cohæres, aut culpam commiserit, *d. l. si plures*, *h. t.*

Ad L. XVIII.

His consequenter Julianus ait : si ex pluribus hæredibus uni servus sit generaliter per optionem legatus, et hæredes Stichum tabulas hæreditarias interlevisse dicant, vel corrupisse, et propter hoc renunciaverint, ne optaretur servus, deinde optatus vindicetur : poterunt, si eis vindicetur, doli mali exceptione uti, et de servo quæstionem habere.

Ulpianus a *l. 16.* cœpit recensere præstationes personales, quæ in hoc judicium famil. ercisc. venire solent, ut si quid unus ex hæredibus dolo vel culpa in hæreditate fecerit tanquam hæres, si rationes hæreditarias deleverit, et si servus hæreditarius unius hæredis rem propriam subripuerit. Nunc idem Ulp. quo cœpit pergens, *his consequenter*,

inquit, *Julianus ait* : his scilicet quæ dicta sunt in *l.* 6. de rationibus deletis, et præstationibus personalibus. Sententia hujus legis est: testator cum amplam familiam haberet, uni ex hæredibus legavit generaliter optionem unius servi, hoc modo : *hominem optato*, quæ verba sunt vindicationis: et ideo ejus quem optaverit vindicatio ei datur, ut *l.* significat, *et l.* 3. §. *item si optare, ad exhibend.* unus ex servis hæreditariis rationes hæreditarias interlevit, ut non possint legi : cohæredes eum, cui optio data est, ei renuntiaverunt ne optaret qui delevit rationes hæreditarias, ut de eo possent quæstionem habere, et ita posset institui notitia rationum amissarum: ipse tamen eum servum optavit et vindicat : repelletur, inquit, exceptione doli mali. Exceptio doli mali inest bonæ fidei judiciis, tacito jure, *l. sed si ideo*, *sol. matrim.* Hæc actio est bonæ fidei, ergo ei inest exceptio doli mali: hæc si omittatur, nihil nocet, *l. ex parte, in princ. h. t.* nam ut in specie proposita judex familiæ erciscundæ, sive opposita ea exceptio, sive omissa, semper curabit ne servus quem hæres ideo legatarius optavit, ante ei adjudicetur quam de eo quæstio habita sit de rationibus interletis : quod procedit etiam in servo specialiter legato : ut si specialiter legatarius hæredi malitiose rationes hæreditarias deleat, non antea adjudicabitur hæredi, quam de eo quæstio sit habita, *l. servus de leg.* 1. Idem procedit in servo dispensatore legato: quia et hic non ante traditur, quam rationes hæreditarias reddiderit, *l.* 8. *sup. h. t. l. servo legato*, §. *servus, de leg.* 1. Igitur Ulpianus ait *renuntiaverint*, Græci, διαμαρτύρωνται. Ergo renuntiare est testato denuntiare, non omnino male : nam et *d. l. servus* nullam mentionem facit denuntiationis : venit autem in arbitrium famil. erciscundæ hæc quæstio de servo, quod sint deletæ rationes hæreditariæ, quoniam cognitio maxime pertinet ad divisionem hæreditatis, id est, non potest commode dividi hæreditas ab arbitro qui non cognovit rationes hæreditarias. Ideo non mirum si habeatur quæstio de servo qui rationes deleverit, cum is servus legatus est, vel specialiter, vel generaliter. Sed idem non fiet in specie quæ sequitur, id est, quæstio de servis nihil pertinet ad divisionem hæreditatis, ut cum servus uni ex hæredibus legatis vindicatur a cohærede, cohæredes autem volunt de ea quæstionem habere ob necem testatoris, vel uxoris, vel liberorum ejus, an hoc deducetur in hoc judicium ? minime: nam quæstio de nece testatoris nihil pertinet ad divisionem hæreditatis : separato judicio habetur quæstio hac de re, hoc est, quod sequitur, *sed an etc.* in superiore specie quæstio de servo maxime pertinet ad divisionem hæreditatis : in hac specie nihil pertinet. Sciendum est ex Senatusconsulto Syllaniano, occiso testatore de servis qui sub eodem tecto fuerunt, quæstionem haberi, et de noxiis supplicium sumi, et hæredes scriptos aut legitimos non posse adire hæreditatem, aut petere possessionem ante quæstionem habitam de servis qui sub eodem tecto fuerunt : usus est Senatus verbo *suffuerunt*, quod ita Festus interpretatur, id est, *sub eodem tecto fuerunt.* Habetur etiam quæstio de servis testatoris, occisa uxore ejus, et ita de servis qui occisi proprii non sunt, quia scilicet una est domus et commixta familia idque ex Senatusconsulto Neroniano sive Claudiano, *l.* 1. §. *si vir*, *ad Syllan.* Paulus *quinto Sentent. eod. t.* Item habetur quæstio de servis testatoris occisis liberis, *d. l.* 1. §. *domini.* Sed habenda est quæstio de servis ante aditam hæreditatem, alioqui si adierit prius quam habuerit quæstionem de nece testatoris, bona publicantur, id est, eripiuntur hæredibus ut indignis: hoc explicatur late in tit. *de Senatusc. Syllan.* verum in specie hujus §. post aditam hæreditatem servi postulantur in quæstionem de morte testatoris: sero igitur et male, quia non jure adierunt ante quæstionem habitam et bona ad fiscum pertinent. Unde sequitur, eos inter se non jure agere familiæ erciscundæ, cum bona sunt publicata, dilata quæstione servorum: quo argumento utitur Accurs. et respondet, fisco quidem deberi hæreditatem ex hac causa cum adierit ante habitam quæstionem de morte testatoris, sed bona nondum esse vindicata fisco, rem in suspenso adhuc esse nondum esse institutam accusationem aperti testamenti et aditæ hæreditatis contra Senatusconsultum Syllanianum, quæ forsan extinguetur tempore, quod velim ad Accursium addi: nam hæredes extranei hac accusatione quinquennio liberantur, id est, si quinquennio siluerit fiscus liberantur hæredes, *l. in cognitione ad Syllan.* interim ergo ipsi adibunt : non omnino male, et post aditionem quærent de morte testatoris, et interim agent inter se familiæ erciscundæ, et hoc ita Accurs. voluit non improbabiliter. Verum præterea potest dici, fieri posse, ut et omnino recte post aditam hæreditatem habeant quæstionem de servis testatoris, ut si ignorantes occisum adierint, non erit superflua quæstio post aditionem, *l.* 3. §. *si quis ignorantis*, *et l. si antequam*, *ad Syllan.* et si servi hæreditarii perfugerint, et post aditionem demum reperti fuerint, hoc casu non culpabuntur hæredes, cum eos non habuerint in potestate sua, qui post aditionem servos in quæstionem vocant, *l.* 3. §. *de his*, *et l. lege*, *ad Syllan.* Adduntur in hac l. quædam aliæ præstationes personales quæ veniunt in hanc actionem familiæ erciscundæ : ut si caverit testator testamento, ut servus quidam exportandus veneat, ne scilicet eo loci moretur, ne cum hæredes

retineant eo loci, officio judicis familiæ erciscundæ continetur, ne intercidat voluntas defuncti ut tueatur defuncti voluntatem, ut servus ita subducatur divisioni, pretium dividatur, *l. 5. C. eod. tit.* ut servus exportandus veneat, Græci dicunt, ἐπ' ἐξαγωγῇ, et ita Dio lib. 54. τῆς ἡλικίας τὸ πλεῖον ἐπ' ἐξαγωγῇ ἀπέδοτο, id est, adolescentum quosdam exportandos tradi. Addit, venire in judicium familiæ erciscundæ quod testator jussit sibi monumentum fieri, et curabit judex familiæ ercisc. ut pareatur defuncti voluntati: et adjicit, agi posse eo nomine præscriptis verbis, ut si jusserit unum ex hæredibus sibi monumentum facere, ceteri cum eo experiri possunt, vel hac actione, vel actione præscriptis verbis, ut monumentum faciat: quia interest hæredum quos monumentum sequitur, nisi aliud cautum sit nominatim, ut in antiquis monumentis notari solet: *hoc monumentum hæredes non sequitur*, quod non adjicitur frustra: nam hoc non adjecto, hæredes omnes sequitur, et si unius tantum impensa factum sit. Igitur interest hæredum monumentum fieri, et qui facere jussus est, obligatur eis familiæ erciscundæ et præscriptis verbis. De actione familiæ erciscundæ non est dubium, de actione præscriptis verbis dubitatur: actio præscriptis verbis datur ex contractu, qui nomine vacat, ut do ut des, qui dicitur permutatio, et do ut facias, et facio ut facias: nullum hic negotium est tale inter hæredes: cur ergo inter eos redditur actio præscriptis verbis? puto non dari præscriptis verbis nisi post divisionem hæreditatis. divisio fit genere quodam permutationis, nempe partibus utrinque permutatis, *l. cum pater §. hæreditatem, de leg. 2.* et ideo ex divisione quasi ex permutatione datur actio præscriptis verbis, *l. si filia §. si pater, h. t. l. licet, l. si familiæ, C. eod. tit.* et *l. si fratres, C. comm. utr. jud.* et ideo non est existimandum dari actionem præscriptis verbis, nisi post divisionem: ante divisionem non est nisi familiæ erciscundæ hoc nomine. Sed contra, quod Accurs. objicit, nulla videtur esse actio ut monumentum faciat ex *l. hæreditas, sup. de petit. hæredit.* ubi ait, hæredes nulla actione teneri ad monumentum faciendum, sed compelli extra ordinem, auctoritate principis, vel pontificis, actionem ordinariam non esse, hic tamen locus dat duas actiones. Res explicanda est ex *l. Quintus §. Pomponius, inf. de ann. leg.* In testamentis duo sunt scriptorum genera: quædam quæ obligationem pariunt, ut legata quædam quæ obligationem pariunt, et legata quædam, quæ non pariunt, sed pertinent tantum ad auctoritatem scribentis: jure non fulciuntur, licet justissima esse censeantur: ut si testator unum tantum ex asse hæredem scripserit, et eum jusserit sibi facere monumentum: nulla est actio, ut faciat monumentum, quia non est cui obligetur, cujus intersit monumentum fieri: sed compelletur auctoritate principis, vel pontificis. Verum si plures hæredes scripti sint, et unum jusserit facere monumentum, ex hoc scripto nascitur obligatio. Idem est si omnes hæredes jusserit facere monumentum, omnes invicem tenentur actione familiæ erciscundæ, vel post divisionem præscriptis verbis. Et ideo cum dicitur, nulla eos actione teneri, hoc procedit si nullus sit cujus intersit. Sequitur in hac l. præter præstationes personales superiores, in hanc actionem venire sumptus quos unus ex hæredibus bona fide fecit in rem hæreditariam, §. *idem si, Instit. de oblig. quasi ex contr.* Nam a cohæredibus consequetur partem sumptum imo, et consequetur fructuum sumptus, usuras ex die moræ: nec mirum, cum hæc actio sit bonæ fidei: in actionibus bonæ fidei veniunt usuræ ex mora. In §. *Celsus* adjicitur, id etiam venire in hanc actionem, ut creditori hæreditario cohæres solvat pro parte sua, pignoris luendi causa, quia hæredum interest pignus lui, et liberari: non potest autem liberari pro parte soluta pecunia. Si nullum fuerit pignus crediti ejus nomine, cohæres id non poterit deducere in hoc judicium, ut alter cohæres solvat partem ejus pecuniæ, quia tunc nihil ejus interest: neque etiam interest cohæredum solvere pro sua parte: sicut cum intercessit pignus quod liberari interest, *l. rem, inf. de evict.* Postremo hæc proponitur species quæ pertinet ad *l. frater a fratre, de cond. ind.* Filiusfamilias obligatus est creditoribus peculiaribus, id est, ex causa peculii eis est obligatus in solidum ex suo contractu: proprio nomine filiusfamilias obligatur ex omni cuasa, non servus. Si filiusfamilias patri hæres extiterit pro parte tantum, nihilominus creditori peculiari manet obligatus in solidum ex suo. Cohæredes autem ejus, sunt ei, id est, creditori peculiari obligati, sed non in solidum sunt obligati, sed de peculio tantum, qua actione et pater tenebitur creditori peculiari. Qua de re si testator tenetur, tenentur et ejus hæredes pro rata peculii: nam obligatio peculiaris sequitur peculium, prout ad quemque pervenit. Creditor peculiaris egit cum filiofamil. in solidum, et solidum consecutus est: cum cohæredibus non egit: debet creditor filiofamil. cedere actionem de peculio adversus cohæredes, et si non cesserit, id filiusfamil. deducet in actionem famil. erciscundæ, quasi cohæredes liberaverit actione de peculio: in actionem familiæ erciscundæ id deducet, quia necesse habuit solidum solvere: erat enim in solidum obligatus suo nomine, sed actione familiæ erciscundæ consequetur a cohæredibus quod creditor peculiaris ab eis consequi potuisset actione de peculio, etiamsi ei non sit cessa actio: nego-

tiorum gestorum actio cessabit hoc casu, ut dixi in *l.* § 16. non sequentibus casibus videlicet, si cohæres solidum solverit pignoris Prætorii, aut conventionalis luendi causa: pignus conventionale conventio constituit: pignus Prætorium missio in possessionem, ut si legatarii, cum eis non caveretur legatorum nomine, missi sint in possessionem, *l. misso, pro empt. l. qui legati, Cod. ut in poss. legat.* quo exemplo et hic utitur Jurisconsultus. Finge igitur: cohæres ejus pignoris luendi causa solidum solvit, est actio familiæ erciscundæ. Adjici potest his casibus esse actionem negotiorum gestorum, *l.* 3. *C. de negot. gest.* Est actio familiæ erciscundæ, quia necesse habuit solidum solvere pignoris luendi causa et tollendi: est actio negotiorum gestorum, quia necesse non habuit solidum solvere tollendæ obligationis personalis causa: nam utrumque egit, et in duplici re duplex est actio: in prima autem specie, cum scilicet filiusf. cohæres creditori peculiari solidum solvit, in ea sustulit tantum obligationem personalem, et non potuit eam tollere pro parte, quia in solidum erat obligatus suo nomine creditori peculiari, qua de causa cessat negotiorum gestorum actio, et competit familiæ erciscundæ, quod etiam definit *l. frater a fratre, vers. idque maxime, de condict. indeb.* in qua idem proponitur quod in §. *filiusfamilias, hac l.* argumenti causa tria ponenda sunt, priusquam ponatur species dictæ legis *frater a fratre,* quib. cognitis, facile quilibet assequetur mentem auctoris. Primo loco sciendum est obligationem aut civili, aut naturali jure constitui: civili inter duos extraneos liberos homines, et inter patrem et filium emancipatum: nam sunt extranei invicem, ut si pater filio emancipato crediderit, et si filius emancipatus patri crediderit, civilis obligatio contrahitur: naturali jure constituitur obligatio inter servos ipsos, et patrem et filiumfamil. quia natura alia est persona patris, alia filii: civili jure una est persona patris et filii propter vinculum patriæ potestatis, quod arctissimum est, et unitatem illam facit, *l. ult. de impub. et aliis subst.* §. *ei vero, de inutilib. stipul. inst.* una et eadem persona sibi obligari non potest, qua de causa et inter patrem et filiumfamil. non est civilis obligatio; est tamen naturalis, et eadem ratione non contrahitur obligatio civilis inter fratres qui sunt in ejusdem patris potestate, si unus alteri crediderit pecuniam de peculio pagano quod habent permittente patre, quia omnes habentur pro uno, sicut unius potestati subjiciuntur. hanc unitatem parit vinculum potestatis: contrahitur tantum inter eos fratres naturalis obligatio: quid distat civilis obligatio a naturali? Civilis obligatio actionem parit, et est proprie obligatio: definitio obligationis quæ est in Instit. civili tantum convenit, actionem parit, adstringit, ut est in d. defin. naturalis obligatio necessitatem non ponit, sed deductionem compensationem, retentionem, ut quod patri debet filiusfamilias, naturaliter id pater deducat ex peculio filiifamilias, si conveniatur de peculio a creditore filii, et eo deducto in reliquum tantum condemnatur. Item quod patri filiusfam. debet naturaliter id si forte emancipatus solverit patri, indebiti condictionem non habet *d. l. frater* §. *quæsitum*, quia natura debuit, et retentionem soluti habuit pater vi naturalis obligationis: et ita si frater fratri quod natura debet solverit, indebiti condictionem non habet, quia manente naturali obligatione justam retentionem habet is, qui solutum accepit. Ceterum sublata naturali obligatione si solverit, indebiti condictionem habet si errans solverit: quia quod solvit nec natura debuit, et ideo ei cui solvit, jus retentionis non est ullum, quod fusum est per totum titulum *de condictione indebiti.* Est etiam alia differentia inter civilem et naturalem obligationem, quia civilis obligatio ex quacunque causa per filiumfamil. patri acquiritur jure potestatis, ut si filiusfamil. extraneo pecuniam crediderit, si quid emerit, si testamento legatum acceperit, civilis obligatio acquiritur patri statim. Ideo pater filiofamil. non potest obligari civiliter: quia si obligaretur civiliter mox obligatio recurreret ad patrem, et idem statim existeret debitor et creditor. Naturalis tamen obligatio per se sola extra causam peculiarem per filiumfamilias patri non acquiritur: alioquin filiusfamilias patri, vel pater filiofam. obligari non posset naturaliter, nam recurreret semper obligatio ad patrem, quod est falsum, et ita recte Accursius censuit in *d. l. frater, et l. si id quod, eod. tit. et l. placet, de acquir. hæred.* naturalis tamen obligatio ex causa peculii per filiumfamil. patri acquiritur, quia jus omne peculii ad eum pertinet, nec peculii concessio alienatio est, aut mutatio dominii: ut si frater ex suo peculio fratri pecuniam crediderit, unde naturalis tantum obligatio constituitur, eademque peculiaris: proinde si duo sint fratres Primus et Secundus in familia patris, et unusquisque separatim habeat suum peculium sibi concessum a patre, quod alter ab altero mutuum, vel quod Primus a Secundo mutuum accepit, id debebit patri naturaliter, quia per Secundum acquisita est patri obligatio peculiaris. Et hoc in *d. l. frater*, hæc verba indicant, *filio, eidemque debitori*, cujus dicitur filius, ejus et dicitur debitor, ex causa scilicet pecuniæ peculiaris a fratre acceptæ mutuo. Secundo loco constituendum est, confusione tolli civilem obligationem, id est, si debitor creditori, vel creditor debitori succedat, confusio fit personarum,

quia jus debitoris et creditoris in eandem personam concurrunt: ergo necesse est confundi obligationem, denique perire et tolli. Sed videndum est an etiam confusione tollatur naturalis obligatio, ut si filiusfamil. patri cui debet pecuniam mutuam, cohæres existat an per confusionem tollitur naturalis obligatio? sic videtur, quia tollitur solutione naturalis obligatio: solutione ejus quod debetur tollitur omnis obligatio, omnis, id est, nàturalis et civilis: confusio solutio est, non minus quam numeratio, *l. si id quod, de liberat. leg.* ubi I. ait, si debitor creditori successerit, tolli obligationem ratione confusionis, et quasi corrigit postea, vel potius successionis potestate, ac si diceret: non debemus confusionem a solutione separare, qua de causa sublata per confusionem obligatione principali, fidejussoria consumitur, *l. Uranius*, *inf. de fidejuss.* cum tamen fidejussoria naturali obligationi adhærere possit, *l.* 1. *de fidejuss.* omni obligationi fidejussor accedere potest: omni, id est, naturali et civili accedere, ergo, et adhærere ubi accesserit, quamdiu manet obligatio naturalis, cui soli potuisset ab initio adhærere. Consumptio igitur obligationis fidejussoriæ argumentum est consumptæ naturalis obligationis. Confusione etiam tolli naturalem obligationem natura ipsa docet, quia natura non patitur, ut quis sibi debeat, ut idem sit debitor et creditor, ut idem secum agat et pugnet. Dico igitur, confusis personis debitoris et creditoris omnem obligationem tolli, id est, naturalem et civilem, omnem obligationem, personalem scilicet: obligatio pignoratitia non tollitur confusione, quæ realis est, non personalis: confusio personarum non mutat causam rerum. Et ideo propter pignus solum dicam remanere naturalem obligationem, id est, persecutio pignoris salva est, quæ est in rem, et quod ad pignus attinet confusionem solutionis potestatem non habere: solutione totius pecuniæ tollitur pignus, confusione totius pecuniæ non tollitur. Et ideo Paulus in *l. debitor*, *inf. ad Trebell.* ait, propter pignus remanere naturalem obligationem. Nam obligatio in personam per confusionem et civili et naturali jure constituitur: de hac obligatione pignoratitia nullum verbum in *l. frater*: tota est de obligatione personali: itaque verissimum est in specie leg. *frater*, naturalem obligationem confusione esse sublatam, idque ea lex demonstrat non tantum initio responsi, sed etiam in §. *quæsitum*: nam in §. *quæsitum* pater crediderat pecuniam filiofamil. contraxerat ergo naturalem obligationem tantum: deinde filium emancipavit, et non retinuit peculium pater, sed id reliquit emancipato: emancipatus solvit patri, an condicet? minime: quia manebat naturalis obligatio, quandoquidem pater non retinuit peculium: sed si pater, filio emancipato, retinuerit peculium, confunditur obligatio naturalis contracta ex causa peculiari, et si solverit filius post emancipationem condicet: quia sublata erat obligatio naturalis confusione: igitur tollitur obligatio naturalis in personam. Tertio loco sciendum est, peculia extingui non tantum morte filiorumfamil. sed etiam morte patris, et confundi ceteris bonis paternis, *l.* 1. §. *sed et si morte*, *quando de pecul. act.* et communicantur et dividuntur inter fratres sicut cetera bona patris, nisi prælegata sint *l.* 12. *C. famil. ercisc. l.* 12. *C. de collat. d. l. frater*, illo loco, *ita peculium dividi*: verum quamvis desinant esse peculia morte patris tamen non statim desinit esse actio de peculio, sed datur ex edicto prætoris intra annum tantum creditoribus peculiaribus adversus omnes hæredes patris, pro parte peculii scilicet, quæ ad eos jure hæreditario pervenit, *l. quæsitum* §. 1. *de pecul.* datur etiam creditoribus peculiaribus. Semper, id est, perpetuo et in solidum actio civilis adversus cohæredes ejus de peculio tantum prætoria et intra annum, *d.* §. *si filius.* Finge ergo: duo sunt fratres in familia patris, Primus et Secundus: Primus extraneo, puta Cajo, debet centum. Cajus Primum habet obligatum in solidum jure civili, patrem autem Primi obligatum jure prætorio in solidum: si jussu patris filius cum Cajo contraxerit, actione quod jussu, vel si non jusserit pater, creditor filii patrem obligatum habet actione de in rem verso, quatenus in rem patris versum est: vel si neque jussu patris contraxerit, neque in rem patris versum sit, tum creditor filii patrem obligatum habet de peculio, tantum id est, pro parte peculii, seu pro qualitate peculii: si perierit omnino peculium, non est obligatus pater: si perierit tantum pro parte, pro parte tantum obligatur. Nunc pone: post mortem patris duo fratres Primus et Secundus patri hæredes extiterunt. Primus creditori solvit solidum, id est solida 100. quia solidum debuit jure civili: potest filius in solvendo pro parte nomen cohæredis redimere, id est, efficere, ut creditor cui solidum solvit, cedat sibi actionem quod jussu, vel ut cedat actionem de in rem verso pro parte cohæredis, vel ut cedat actionem de peculio, si peculium locuples sit, *d. l. quæsitum* §. *sin vero*, *de pecul.* et Accurs. male ea verba, *si peculium locuples sit*, hoc modo interpretatur, *si peculium locupletius factum sit*: et ideo dicit, idem esse si non sit locuples: ego sic interpretor, *si peculium locuples sit*, id est, si solvendo sit peculium quod ad cohæredem pervenit, cedetur actio filio solventi solidum adversus cohæredem. Quid tamen si creditor non cesserit his actionibus filio, qui solidum solvit? hoc casu ex §. *si filius-fam.* qui §. est ex Juliano, ut superiora fere omnia,

et esse ex Juliano docet *d.* lex *frater*, illo loco, *idque maxime*: hoc igitur casu filius, cui solidum solvit creditori, cuique non sunt cessæ actiones, consequetur officio judicis familiæ erciscundæ quod creditor a cohærede consequi potuisset, vel ex peculio, vel ex verso in rem patris, vel quod jussu, *d.* §. *si filiusfamil.* sed quid dicemus si nondum solverit filius solidum? hoc casu officio judicis familiæ erciscundæ re integra, id est, nondum soluta pecunia, hoc consequetur, ut cohæredes ei caveant de indemnitate, interpositis cautionib. id est, ut promittant se soluturos pro sua parte, si creditor peculiaris ab eo solidum exegerit, vel etiam omissa hac cautione, officio ejusdem judicis familiæ erciscundæ, si filius sit obligatus jussu patris, percipit ex bonis patris omne debitum: quia etiam omne debuit pater actione quod jussu, et conventus in solidum creditori solvet: ait, *si in rem patris*, præcipiet omne quod versum est in rem patris: reliqua bona dividentur: vel si nec jussu patris contraxerit, nec in rem patris versum sit, præcipiet quod in peculio erit pro modo debiti: nam si plus fuerit in peculio quam in debito, id quod pluris fuerit non præcipiet, et hæc est sententia leg. 20. §. *si filiusfamil. hoc t.* qui ad hunc tractatum pertinet. His cognitis veniamus ad leg. *frater*. Species est: duo sunt fratres in ejusdem patris potestate, Primus et Secundus. Primus a secundo mutua decem accepit ex causa peculiari, quia scilicet cum singuli peculium haberent sibi a patre concessum, Secundus Primo ex peculio suo 10. mutua dedit: ea decem Primus patri suo mox debere cœpit naturaliter, quia per secundum qui mutua decem dedit Primo, patri confestim acquisita est obligatio peculiaris. Primus ergo debet patri ea decem: mortuus est pater, et duo fratres Primus et Secundus hæredes extiterunt ex æquis partibus: quæro cui nunc Primus ea decem quæ debuit patri, debeat? sane debet ea pro parte sibi ipsi, id est, pro parte primi confusa est obligatio, quia cum ipse debitor esset, pro ea parte successit patri, pro altera autem parte Secundo fratri suo debet quinque, et huic debet utiliter et efficaciter: nam quoties debitor creditori ex parte hæres existit, ex parte quidem ejus consumitur obligatio, ex parte cohæredis manet. Ergo in hac specie Primus debet tantum quinque fratri suo: at Primus errans Secundo fratri suo solvit integra decem: quæritur an totius summæ condictionem habeat quasi indebiti? respondet pro sua parte utique eum condictionem, sive repetitionem habere: utique, id est, omnino et indistincte et certissime: quia pro sua parte constat ratione confusionis sublatam esse obligationem, quod pro ea parte debitor et creditor hæres extiterit, id est, quod pro ea parte idem sit debitor et creditor. Igitur pro parte sua Primum repetiturum certum est scilicet quinque repetiturum pro sua parte: de parte Secundi quæritur. In Secundo ita distinguendum est: aut ex peculio Primi pars dimidia pervenit ad Secundum, puta quia diviserunt peculia inter se, ut cetera bona paterna cum succederent ex æquo: aut ex peculio Primi nihil pervenit ad Secundum, vel quia totum peculium prælegatum est Primo: si ex peculio Primi nihil pervenit ad Secundum, id est, si prælegatum est peculium Primo, hoc casu pro parte Secundi manet obligatio peculiaris, quia in eam partem successit creditori, id est, patri: et invenitur Secundus esse creditor tantum, id est, successor creditoris in partem dimidiam: qua ratione etiam Secundus ex peculio Primo prælegato potest hoc debitum deducere, hoc est, eo minus Primo præstare ex peculio. Denique potest deducere quinque quæ sibi debentur, reliquum peculium Primo cui prælegatum est, præstare. Ergo etsi Primus ultro solverit quinque Secundo, retentionem habebit Secundus, repetitionem non habebit. Primus, quia natura debitum solvit, vel si Primus solvit integra decem, repetet quinque, quia pro sua parte confusa est obligatio: alia quinque non repetet, sed ea retinebit Secundus quasi natura debita. Sequitur altera pars distinctionis. Si ex peculio pars dimidia pervenerit ad Secundum, ut quia divisum est peculium inter fratres cum ceteris bonis paternis, hoc casu pro parte Primi, ita etiam pro parte Secundi tollitur obligatio peculiaris confusionis ratione, quia et pro sua parte Secundus hoc casu invenitur esse debitor et creditor: creditor, quia succedit creditori, id est, patri; debitor, quia successit in peculium: ergo debet onus peculii agnoscere pro parte sua, quod probat argumento quod est tale: si Primus extraneo creditori peculiari deberet decem, post mortem patris æqualiter diviso peculio inter Primum et Secundum, fratris creditor ille posset partem petere a Primo, partem a Secundo actione de peculio, qua tenebatur pater: posset etiam a Primo solidum petere cum quo contraxit actione directa et civili: si ex ipso contractu solidum solveret, partem reciperet a Secundo actione familiæ erciscundæ, quod solidum solvendo liberasset Secundum pro sua parte hac actione de peculio, vel re integra, id est, nondum soluta pecunia solida creditori, eodem judicio familiæ erciscundæ a Secundo fratre suo cautionem de indemnitate exigeret, quod exposui latius in eo quod proponendum esse dixi supra. Denique Secundus Primum defendere cogeretur adversus extraneum creditorem peculiarem pro rata et pro parte peculii quæ ad eum pervenit. Ergo multo magis Primum defendere de-

bet adversus seipsum, videlicet ut cum peculio successerit in partem debiti peculiaris, partem neque deducat, neque retineat: proinde hoc casu non tantum pro parte Primi confusa est obligatio acquisitione hæreditatis patris, sed etiam confusa est pro parte Secundi, peculii obventione, et totius summæ condictio Primo competit. Hæc est sententia leg. *frater a fratre.* Summa est stultitia eorum qui initio hujus legis negationem addunt, et ita legunt: *respondit non repetiturum*, cum sit legendum, *repetiturum*: non agnoscunt confusione sublatam esse obligationem naturalem, quod communis sensus docet satis: non agnoscunt unum horum articulorum *utique* et *ita*, quibus significatur Primum qui solvit decem, pro parte sua utique repetiturum: utique, id est, omnino, indubitanter, pro parte Secundi: *non utique repetiturum*: sed ita, si non minus ex peculio ex parte ad Secundum pervenisset, id est, non minorem partem Secundus ex peculio tulisset, quam ex ceteris bonis paternis: non si nihil tulisset Secundus ex peculio, ut si fuisset prælegatum peculium Primo, pro parte Secundi manet obligatio, et deducet pro parte sua debitum peculiare. Nunc legamus verba. *Mutuatur*, ex peculio scilicet. *Utique*, id est certo. *Exstiterit*, Secundus. *Ita repetiturum*, pro sua parte scilicet. *Ad fratrem pervenisset*, id est, si Secundus partem dimidiam peculii accepisset: confusa est obligatio peculii acquisitione. *Exactum esset*, solidum scilicet. Igitur summa legis hæc est: fratrem, quia a fratre accepit mutuam pecuniam cum essent ambo in ejusdem patris potestate, ex peculio solventem post mortem patris, totam summam repetere quasi indebitam, si fratris, peculium inter se diviserint. Nam pro parte ejus qui solvit, confusa est obligatio acquisitione hæreditatis ejus qui solvit, pro parte autem ejus cui solutum est, confusa est acquisitione peculii: nam uterque invenitur esse in sua parte debitor et creditor peculiaris, quod neque lex, neque natura patitur: sed si non sit divisum peculium inter eos, id est, si ei, qui solvit, prælegatum est, pro sua parte condictionem habet, pro parte fratris manet obligatio naturalis sive peculiaris, et ideo pro ea parte non habet repetitionem. In hac lege 18. constituit Jurisconsultus se dixisse antea in actionem familiæ erciscundæ cohæredem deducere sumptus, quos fecit in rem hæreditariam, et sumptuum usuras, et quod in solidum solvit creditoribus peculiaribus, vel hæreditariis, cum solvere cogeretur solidum, ut exprimitur in *l.* superiore. Ita e contrario nunc dicit in *l.* 10. in hoc judicium deduci quod cohæres percepit ex re hæreditaria, id est, ex hæreditate, vel quod stipulatus est: æquum est ut in hoc judicium veniant non tantum commoda sed etiam incommoda. Igitur si quid perceperit, vel stipulatus sit, deducetur in hoc judicium, conferetur autem mutuis reputationibus, id est, compensationibus et deductionibus. Græci interpretantur δι' ἀντελλόγου ἀντέλλογος, id est, compensatio. Theoph. in §. *in bonæ fidei*, *Instit. de act.* Sic sumitur hoc verbum in *l.* 5. *inf. de fidejuss. tutor. et l.* 1. §. *præterea*, *de contr. act. tutel. l. si merces* §. *si vicino*, *loc.* Igitur si quid cohæredes perceperint ex rebus communibus, id inter se pensabunt, vel communicabunt, interpositis cautionibus officio judicis: ut si quid cohæres emerit ex pecunia hæreditaria, id communicabit; videlicet si emerit tanquam cohæres et hæreditario nomine: nam si emerit suo nomine, licet emerit ex pecunia hæreditaria, ea res non est communis, nec communicatur, nisi sint socii omnium bonorum: et ita accipe *l. si quis societatem*, *inf. pro soc.* alioqui non communicabitur, sed indemnitas ceteris cohæredibus præbebitur judicio familiæ erciscundæ, *l.* 4. *C. comm. utr. jud.*

Ad L. XX.

Si filia nupta, quæ dotem conferre debuit per errorem cohæredum ita cavit, ut, quod a marito reciperasset, pro partibus hæreditariis solveret, nihilominus arbitrum familiæ erciscundæ sic arbitraturum, Papinianus scribit, ut etiamsi constante matrimonio ipsa diem suum obierit, conferatur dos: nam imperitia (inquit) cohæredum, jurisdictionis formam mutare non potuit.

Species quæ proponitur initio legis, est difficilis: finge: pater moriens intestatus reliquit duos filios, et unam filiam quæ nupta erat Lucio Titio, et dotata pecunia patris: defertur eis ab intestato bonorum possessio unde liberi: an soror si velit agnoscere et amplecti una cum fratribus, debebit eis conferre dotem a patre profectam: dotem ipsam nondum potest conferre, quia nupta est, quod dos constante matrimonio est in bonis mariti, neque repeti potest: quomodo igitur conferet dotem: conferet si tantum remittat in bonis paternis, quantum est in dote, *l.* 5. *C. de collat. et Novella* 97. §. *ult.* hoc est, si tanto minus percipiat ex hæreditate paterna, quod ita dicimus gallice, *en rapportant sa dot ou moins prenant*: verum an poterit etiam dos conferri cautione? quidni? nam et alia bona ex verbis edicti conferuntur cautione, *l.* 1. §. *quamvis*, *de collat. bonor. l. filium* §. *videamus*, *de bonor. possess. contra tab.* Igitur debebit ita cavere fratribus, si cautione maluit conferre dotem: se dotem ipsam collaturam fratribus pro hæreditariis portionibus, ubi eam re-

ceperit: vel etiam in dividenda hæreditate se eo minus percepturam ex bonis paternis; at in specie hoc loco proposita, soror non ita cavit fratribus de dote conferenda : hoc cavit tantum se quod a marito recuperasset collaturam, et fratres imperitia lapsi, hac cautione fuerunt contenti : errorem dixit initio, deinde imperitiam, ergo errorem juris : nam imperitia est error juris : non facti : unde quæritur qua in re fratres fecerint imperitia; quæ sit hæc imperitia juris: omnes existimant imperitiam juris in hoc esse quod fratres exegerint tantum cautionem de dote, quam ipsi sororve receperassent a marito, non etiam de eo quod ejus hæredes recuperassent, nam quid fiet si nihil ipsa recuperaverit, sed decesserit in matrimonio; an hæredes qui deinde recuperant dotem, non fungentur munere collationis? minime, si cautionem spectas. Nam in eum casum fratres sibi non consulerent, et ideo erraverant in jure, cum utroque casu jus velit collationem fieri : hæc sententia vitiosa est, primum enim hæredes uxoris sive sororis mortuæ in matrimonio non possunt recuperare dotem a marito, itaque nihil de eo opus fuit caveri : deinde etiamsi posset recuperare, quæ de se promisit videtur et de hæredibus promisisse, sicut qui stipulatur, vel paciscitur sibi, videtur stipulari vel pacisci hæredi suo, *l. si pactum inf. de probat.* et vero fratres hoc voluerunt, et intellexerunt scilicet recuperare posse dotem ab hæredibus sororis, et erraverunt præterea in jure, quia existimaverunt dotem profectitiam, mortua uxore in matrimonio, ab hæredibus ejus recuperari posse, quod est falsum : nam dos profectitia mortua filia in matrimonio, redit ad patrem si supersit, si pater non supersit, manet apud virum ut hic non supererat pater : manet igitur apud virum, nec potest repeti ab hæredibus uxoris Ulp. in *Fragmentis tit. de dotibus*, quod tamen hodie sustulit *Just. in l. un. §. illo de rei uxor. act.* et actio ex stipulatu si de reddenda dote stipulatio intervenerat, sive non Justin. fingit intervenisse semper stipulotionem, et dat actionem ex stipulatu de dote, actionem rei uxoriæ tollit et transfundit eam in actionem ex stipulatu. Multæ erant olim differentiæ inter actionem ex stipulatu et rei uxoriæ actionem. Una est, quod ait, rei uxoriæ actionem non transmitti ad hæredes uxoris mortuæ in matrimonio, id est, repetitio dotis non competebat hæredibus, sed dos remanebat penes maritum actio ex stipulatu transmittebatur in hæredes. Nunc Jus in licet transfuderit actionem rei uxoriæ in actionem ex stipulatu, vult tamen hac in re actionem ex stipulatu suam naturam retinere, ut dos repetatur semper ab hæredibus mortua uxore in matrimonio quæ non repetebatur actione rei uxoriæ. Et ita est statuendum in specie hujus legis, ideoque errabant fratres qui putabant dotem posse repeti ab hæredibus sororis mortuæ in matrimonio. Finge igitur, sororem vivam ex dote nihil recuperasse a marito, sed constante matrimonio e vita decessisse, et ita remansisse dotem apud maritum : jure ipso post mortem sororis hæredes ejus sororis agunt cum fratribus famil. ercisc. de hæreditate patris filiæ defunctæ, nec tamen conferunt dotem defunctæ cui hæredes extiterunt, quia dicunt se dotis ejus repetitionem non habere, et in casum tantum repetitionis cavisse defunctam, id est, sive ipsa repeteret, vel hæredes sui : ipsa non repetiit, hæredes sui non possunt repetere. Ergo secundum cautionem non fiet collatio dotis. Lex ait hanc imperitiam fratris nihil eis nocere, sed per arbitrum familiæ ercisc. cogendos esse hæredes sororis dotem conferre, ut fit in *l. 1. in princip. de collat. dotis*, et eam conferent tanto minus percipiendo ex hæreditate patris defuncti: imperitia hæc est imperitia juris: vulgo dicitur errorem juris nocere, at certe error juris in compendiis et in lucris nocet, in damnis rei suæ amittendæ non nocet, *l. 8. de jur. et fact. ignor.* et ideo non nocet fratribus, qui nisi putassent dotem posse repeti etiam ab hæredibus, non ita cautionem concepissent, sed cavissent omnino sibi de dote conferenda, sive morte sororis, vel alio modo solveretur matrimonium sed putarunt hanc actionem posse sufficere, ipsam repetituram, vel hæredes ejus : qua in re lapsi sunt imperitia : nam hæredibus non datur actio rei uxoriæ, sed quia de damno quæritur, hic error nihil eis nocet et ut eleganter Pap. dicebat : *Imperitia cohæredum non mutat formam jurisdictionis*, id est, rationem conferendæ dotis edicto Prætoris propositam, jurisdictionis, id est, edicti de collatione dotis, *l. 2. Cod. de condit. insert.* in qua ait, in principio, *jurisdictionis originem*, in fine, *edicti perpetui negligi formam*, et intellige eo loco edictum de cautione legatorum et fideicommissorum §. *si filiusfamilias* exposui in *l. frater a fratre.*

Ad §. 2. Hoc amplius L. XX., et ad L. XLVI. et LI.

§. 2. L. XX. *Hoc amplius filiusfam. hæres institutus dotem uxoris suæ præcipiet, nec immerito : quia ipse onera matrimonii sustinet. Integram igitur dotem præcipiet, et cavebit defensum iri cohæredes, qui ex stipulatu possunt conveniri : idem et si alius dotem dedit, et stipulatus est, nec solum uxoris suæ dotem, sed etiam filii sui uxoris, quasi hoc quoque matrimonii onus ad ipsum spectet. quia filii onera, et nurus ipse agnoscere necesse habet. Præcipere autem non solum patri datam dotem filium oportere, verum etiam ipsi filio Marcellus scribit : sed filio datam tamdiu,*

quamdiu peculium patitur, vel in rem patris versum sit.

L. XLVI. *Si maritus sub conditione a patre hæres institutus sit, interim uxoris de dote actionem pendere. Plane si post mortem soceri divortium factum sit, quamvis pendente conditione institutionis, dicendum est, præceptionis dotis locum esse : quia mortuo patre, quædam filios sequuntur etiam antequam fiant hæredes, ut matrimonium, ut liberi, ut tutela : igitur et dotem præcipere debet, qui onus matrimonii post mortem patris sustinuit, et ita Scævolæ quoque nostro visum est.*

L. LI. *Fundus, qui dotis nomine socero traditus fuerit, cum socer filium ex aliqua parte hæredem instituerit per arbitrum familiæ erciscundæ præcipi ita debet, ut ea causa filii sit, in qua futura esset si dos per præceptionem legata fuisset: quare fructus post litem contestatam percepti ad eum redigendi sunt, habita ratione impensarum, qui vero ante litem contestatam percepti fuerint, æqualiter ad omnes hæredes pertinebunt, et impensarum ratio haberi debet, quia nullus casus intervenire potest qui hoc genus deductionis impediat.*

Incipit ab hoc §. tractare de præceptionibus, id est, de iis, quæ in dividenda hæreditate præcipua deducuntur priusquam cetera dividantur : et docet filiumfam. scriptum hæredem ex parte, officio judicis familiæ ercisc. præcipere integram dotem uxoris suæ : ea in re ita distinguendum est : aut ipsemet filiusf. dotem uxoris suæ recepit initio nuptiarum, aut pater ejus sibi datam a nuru, vel a patre nurus, vel ab extraneo : si patri dos nurus data est, post mortem patris filius eam dotem præcipiet integram, quia post mortem patris solus sustinet onera matrimonii, quæ erant patris sed mortuo patre in eum transferuntur : æquum est igitur ut et dos eum sequatur, ne uxorem habeat indotatam, id est, incommodum sine commodo, *l. si dos socero, C. ad leg. Falcid. l. 2. C. famil. ercisc.* sed cavere debet cohæredibus suis, dum præcipit dotem totam de indemnitate, si forte soluto matrimonio dos ab eis repetatur, *l. 1. §. cautione, C. de rei uxor. act.* vel etiam si hæc cautio sit omissa per errorem, id est si non opposita hac cautione filiusfamil. dotem uxoris suæ præceperit, et postea solvatur matrimonium, uxor si dotem repetat a cohæredibus pro portionibus hæreditariis, et non sint solvendo, æquum erit ei subveniri, et uxori dare actionem utilem adversus maritum, quamvis maritus dotem non acceperit, et cum eo contractum non sit, sed pater, cui tantum maritus hæres est pro parte, sustinebit tamen utilem actionem in solidum ut exonerentur cohæredes, *l. pater dotem in fine, de dote præleg.* eadem ratione filiusfamil. præcipit dotem uxoris filii sui, id est, nurus suæ qui scilicet morte patris recidit in ejus potestatem, quia et ejus matrimonii onera sustinet, sicut vivus pater utriusque matrimonii onera sustinebat, id est, matrimonii filiæ et nepotis. Nunc ipse filius sui matrimonii, et filii sui onera sustinet : ergo æquum ut dotem præcipiat. Onera matrimonii hæc sunt, liberi et uxor quos maritus alere, tueri, et curare cogitur : sic accipienda est *l. si is qui Stichum, §. post mortem, de jure dot.* ait, *post mortem patris onera matrimonii filium sequuntur, sicut liberi, sicut uxor* : hæc verba sunt exempla onerum matrimonii, et in *l. 46. inf. h. t.* adduntur tutelæ quæ sunt onera, scilicet legitimæ, vel fiduciariæ liberorum emancipatorum. His igitur rationibus filiusfam. dotem præcipiet totam, cum et onus totum sustineat matrimonii, vel sui ipsius, vel filii sui: et si forte præcepta dote uxor moriatur in matrimonio, dotis præceptæ retentio erit, nec communicanda erit cohæredibus, *l. 2. C. fam. ercisc.* imo mortua uxore, vel divortio facto, antequam sit acceptum judicium familiæ erciscundæ, nihilominus est dos præcipienda quod pertinet ad *l. 46. h. t.* quæ explicanda est. Species hæc est, pater qui dotem nurus acceperat, filium suum hæredem instituit sub conditione : ergo eum exhæredavit in defectum conditionis, alioquin inutile esset testamentum : quæritur, an pendente conditione institutionis hæredis possit dotem præcipere : proponit initio hanc sententiam ex Sabino : nam existimo priorem sententiam esse Sabini, ad quem scribit Paulus, quemque postea videtur reprehendere: ergo ait Sabinus pendente conditione pendere actionem de dote uxoris : loquitur de actione familiæ erciscundæ, quod hic titulus exigit, et sane verum est pendere actionem familiæ erciscundæ, cum nondum sit hæres : interim igitur non potest præcipere dotem actione familiæ erciscundæ: sed significat postea Paulus, esse utilem actionem ad dotem præcipiendam, id est, actionem in factum, nam deficiente conditione institutionis, hic filius dotem præciperet actione utili, eo quod æquum sit, semper ut ibi sit dos, ubi sunt onera, *l. 1. §. Celsus, de dote præleg.* Ergo cur non datur etiam actio utilis ad dotem præcipiendam pendente conditione, licet hæres nondum sit, nam et antequam hæres sit, fert onera, id est, pendente conditione, sicut matrimonium, sicut liberi, sicut tutelæ legitimæ et fiduciariæ. Ergo interim præcipiet etiam dotem, non actione familiæ erciscundæ, cum nondum sit hæres, sed utili actione, *d. §. Celsus* præceptioni locum esse per actionem utilem, et ad hæc omnia pertinet lex *si dos a soc. ad leg. Fal-*

cid. hic omitto hanc actionem utilem ei dari, ut marito, non ut hæredi, et ideo esse in factum actionem, non familiæ erciscundæ, alioquin exhæredato daretur utilis familiæ erciscundæ, quod falsum est. Igitur datur ei actio utilis ut marito, non ut hæredi: proinde non utilis famil. ercisc. sed in factum, quæ datur ex variis causis, *l. sancimus*, *C. de sacrosanctis eccles.* male Accurs. *l.* 46. ita accepit, ut initio loquatur de divortio facto vivo patre, postea de divortio facto mortuo patre, et inquit, divortio facto vivo patre dotis repetitionem habet uxor adversus omnes hæredes, hoc verum est. Ex hæredibus unus est maritus scriptus sub conditione, interim pendet actio dotis, id est, repetitio dotis, nos accipimus de actione familiæ erciscundæ, alioquin non pertinet lex ad hunc titulum. Deinde ait, interim pendet repetitio dotis, hoc est falsum: nam poterit repeti a ceteris cohæredibus pro parte hæreditaria, a marito non poterit repeti: in secundo casu, inquit, non pendet: hoc falsum: nam pendet pro parte mariti, cujus conditio nondum extitit: nam hæres obligatur reddendæ doti, non qui dotem præcepit. Igitur et si ante conditionem dotem præcipiat, non ideo obligatur doti reddendæ, *l. si dos socero*, *ad l. Falcid.* Sententia est: certissimum est, in ponenda ratione legis Falcidiæ ante omnia deducendum esse æs alienum defuncti, *l. in imponenda*, *Cod. ad leg. Falcid.* unde ea l. ait filio hæredi scripto ex asse patri ejus eidemque testatori, a nuru datam dotem quasi æs alienum deduci, quia licet dies reddendæ dotis nondum venerit, quia adhuc constat matrimonium, tamen eam pater debet, vel hæres patris hanc debebit reddere soluto matrimonio: quod si hic filius habeat cohæredem adjectum, utique filius pro sua parte hæreditaria dotem deducet quasi æs alienum: cohæres ejus ita dotem deducet pro sua parte si nondum eam integram filius præceperit judicio familiæ erciscundæ: nam si filius eam integram præcepit; uti potest per arbitrum divisionis, hoc casu cohæres filii pro sola parte nihil deducit, quia cum filius habeat totam dotem, cohæres cum effectu non tenetur, id est, soluto matrimonio non convenitur cum effectu, quia sive sit ei cavendum, sive non, semper ei subvenietur, et utilis actio dotis dabitur uxori adversus maritum, licet marito non dederit dotem, sed socero, cui non solus maritus hæres extitit sed et alius adjectus. Igitur hic cohæres nihil deducit tota dote præcepta, quia nihil debuit cum effectu, et semper ei subvenietur, *l. pater dotem, in fine de dote præleg.* Pertinet et ad eam quæstionem lex *fundus qui dotis*, *hoc t.* quæ adjicit de fructibus dotis quid sit statuendum: hæc est species: nurus dedit dotem socero: filius ei hæres extitit pro parte: præcepit dotem uxoris suæ officio judicis famil. erciscundæ: an et fructus dotis venient in hoc judicium, et ex quo tempore? ait, dote præcepta per arbitrum divisionis fructus dotis venire, sicut solet venire dote prælegata: dotis prælegatæ fructus veniunt ex die litis contestatæ, *l.* 1. *C. de usur. et fruct. legat.* Ergo et dotis præceptæ arbitrio judicis famil. ercisc. fructus venient post litem contestatam tantum: fructus percepti ante litem contestatam dividentur æqualiter inter cohæredes: nam præceptio illa dotis non plus potest quam prælegatio dotis, et nihil refert sive dotem præcipere jubeatur a judice, sive a patre. Etiam illud adjicit ea lex *fundus*, quod est generale in utroque casu sive fructus percepti sint ante litem contestatam, sive post, fructus semper intelligi deductis sumptibus factis fructuum ferendorum, colligendorum, vel conservandorum causa, id est, fructus esse eos qui supersunt deductis sumptib. et nullus casus incidere potest, qui impediat hanc deductionem sumptuum: nam et malæ fidei possessores, ut prædones dum restituunt fructus dominis, deducunt impensas, quas fecerunt in fructibus cogendis, *l. si a domino*, §. *ult. de pet. hæred.* et hæc de dote patri, nunc de dote ipsi filio data. Quæro an filiusf. qui erat in potestate patris, dotem datam ab uxore possit præcipere, mortuo patre: hoc casu ipse filius qui dotem accepit, tenetur in solidum jure civili, pater autem ejus in cujus erat potestate, in solidum tenetur, si jussu ejus filius dotem acceperit, vel tenetur de in rem verso, vel de peculio, *l. si cum dotem*, §. *transgrediamur*, *sol. matr.* Ergo secundum generalem definitionem §. 1. hujus legis, et §. *Neratius* per arbitrum familiæ ercisc. filius præcipiet totam dotem ex communi hæreditate, quamvis ipse eam acceperit non pater, scilicet si jussu patris eam acceperit vel si sine jussu patris receperit, id præcipiet, quod versum erit in rem patris, vel si nihil horum intervenerit, præcipiet quantum peculii vires patientur, quia eatenus pater tenebatur nurui etiam dote data filio, non sibi: idque præcipit filius, quia est æs alienum patris. Igitur hæc sit conclusio: debita patris communia sunt onera omnium hæredum, licet filius principalis debitor unus sit ex hæredibus, quæ demonstrabitur postea in §. *idem scribit:* nota dici in hac *l. tamdiu quamdiu*, pro eatenus quatenus.

Ad §. 3. *Si pater L. XX.*

§. 3. *Si pater in filios sine scriptura bona divisit, et onera æris alieni pro modo possessionum distribuit: non videri simplicem donationem,*

sed potius supremi judicii divisionem, *Papinianus ait*. *Plane*, *inquit*, *si creditores eos pro portionibus hæreditariis conveniant*, *et unus placita detrectet*, *posse cum eo præscriptis verbis agi*, *quasi certa lege permutationem fecerint*: *scilicet si omnes res divisæ sint*.

Sciendum est, donationem a patre in filiosf. collatam non valere, nec morte confirmari, quia lex deficit, quæ censeat morte confirmari hujusmodi donationem. Donatio inter virum et uxorem confirmatur morte ex oratione Severi. De donatione collata in filiumf. confirmanda morte non fuit lex ante Justin. hodie ex constitutione Justiniani confirmatur morte *l. donationes*, *C. de donat. inter vir. et uxor.* ante Justinianum non confirmabatur. *l.* 1. §. 1. *pro don. l.* 2. §. *ult. pro hær.* nunc finge: pater bona sua inter filios quos habebat in potestate, divisit sine scriptura, et pro modo portionum singulis datarum, etiam onus æris alieni inter eos distribuit: ergo inter eos distribuit commoda et incommoda: si dixeris donasse bona, nihil egit pater: nec confirmatur morte: si diximus patrem supremi judicii divisionem fecisse inter liberos, non est igitur donatio, sed ultima veluti quædam voluntas. Et rata est divisio inter liberos, licet testamenti jure, vel codicillorum non censeatur: nec enim est testamentum, imo nec codicilli, ultima voluntas est. Varia sunt genera supremæ voluntatis, supremi judicii divisio est, ergo suprema voluntas, quæ rata est inter liberos, sive constet scriptura, sive non, quocunque judicio voluntatis *l. si cogitatione*, *C. famil. ercisc.* Cur ergo ponit in hoc §. divisisse sine scriptura, cum nihil referat an fiat cum scriptura? id ita proponitur, quia Papinianus ex quo hoc traditur, ita ex facto consultus fuerat: nam quod hic traditur, est ex Papinian. 2. *responsorum*: hodie tamen divisio inter liberos exigit scripturam ex *Novel.* 18. *cap.* 4. *et Novell.* 107. Hæc autem divisio patris non mutat jura creditorum: nam post mortem patris creditores hæreditarii non convenient filios debitoris pro modo possessionum eis assignatarum, sed pro hæreditariis portionibus, id est, pro virilibus, quia patri ab intestato videntur hæredes extitisse ex æquis partibus, decessit enim intestatus, sunt igitur hæredes legitimi ex æquo, tenere tamen debent divisionem patris factam ab intestato: et ideo finge, creditores agere pro hæreditariis portionibus, singuli hæredes parati sunt injunctum sibi onus æris alieni adimplere in solidum, unus vult æs alienum sibi injunctum solvere pro portione hæreditaria, quid fiet? hic tenetur ceteris præscriptis verbis quasi ex do ut des, id est, quasi ex permutatione: nam hæc divisio paterna cui assensi sunt filii, vicem permutationis obtinet, et permutationis factæ sub hac lege ut quisque certa nomina sibi attributa dissolvat pro solido. Igitur divisioni parere debent per actionem præscriptis verbis. Quæritur an etiam sit actio familiæ erciscundæ? respondet, minime: si pater nihil indivisum reliquerit: nam si omnia sunt divisa, jam de divisione nihil potest agi: sed si quid pater indivisum reliquerit, ut divisioni stetur, agetur etiam judicio famil. ercisc. arg. *l.* 18. §. *sed et cum*, *sup. hoc t.* Exigimus ut indivisum aliquid reliquerit revera: nam indivisum non videtur omne quod in unum ex filiis generaliter contulit his verbis: *ego Titio do decem*, *cetera illi*: hoc modo nihil videtur indivisum reliquisse: hoc etiam in *l.* 32. id indivisum non videtur, quod rem uni datam nominatim in divisione tacite sequitur, ut partus indivisus non videatur esse, si cui mater data sit, *d. l.* 32. at si quid vere indivisum reliquerit, erit actio famil. ercisc. et in eam veniet non tantum hoc, ut indivisum quod est, dividatur, sed etiam ut quod divisum est, non mutetur. Et ideo judicis erunt partes, ut unusquisque prædia sibi assignata percipiat, et onus æris alieni sibi attributum agnoscat, reliqua quæ manserunt indivisa, judex dividet ex æquo, *d. l. si cogitatione*. Idem probatur *l.* 22. *hoc t.* hæc lex quodammodo cohæret nostro § et est ex libro Papiniani secundo responsorum: unde conjectura ducitur certa, id quod traditur ex hoc §. esse ex responsis Papiniani: in *d. l.* 32. est pungendum post verbum *divisionis*, ut Accurs. recte animadvertit: *post datas actiones*. id est, post attributa nomina filiis genere divisionis, ea quæ sunt indivisa, *ad singulos pro hæreditaria portione pertinent*: sup. dixit *actiones*, nunc *res* dicit. Ergo de utroque debet hoc dici, divisisse quasdam res et actiones, quasdam non divisisse. Indivisas ad singulos pertinere pro hæreditaria portione: *d. l. si cogitatione* ait, *pro virili portione* utrumque idem est, et recte Accurs. eadem est ibi portio virilis quæ hæreditaria: sed male subjicit, *quia ibi*, sed debuit dicere, *quia ibi æqualiter* ab intestato hæredes extiterunt: nam divisio illa patris non est testamentum, et ita in §. *ult. Inst. de inoff. test. pro rata*, id est, *pro virili portione*, et in *d. l. si cogitatione*, *pro virili* Græci sic interpretantur, pro rata legitimæ portionis, πρὸς ἀναλογίαν τῶν νομίμων μορῶν, id est, *pro rata portionis hæreditariæ delatæ lege.* Nam si quædam manserint indivisæ, erit etiam actio famil. ercisc. Quod sequitur in §. *si familiæ*, id exposui in *l.* 1. *h. t.* actionem famil. ercisc. non posse iterari: sed adjicit, nisi causa cognita, id est, nisi propter magnam fraudem, ut si in divisione facta a judice aliquis deceptus sit supra modum, nam lis restituetur, *l.* 8. *C. de collat.* Actio famil. ercisc. non iteratur: quid si arbiter

non omnia diviserit, an iterabitur? nihil debuit indivisum relinquere, *l. hæredes inf. h. t.* sed si quid forte indivisum reliquerit, non iterabitur hæc actio, sed erit communi dividundo. Paulus primo Sententiarum tit. 18.

Ad §. 5. *Papinianus.*

§. 5. *Papinianus ait, si uni ex hæredibus onus æris alieni injungitur circa speciem legati, officio judicis famil. ercisc. cognoscentis suscipere eum id oportere: sed non ultra dodrantem portionis suæ, ut quadrantem illibatum habeat: indemnes igitur cohæredes suos præstare cavebit.*

Species est: pater aut testator uni ex hæredib. omne onus æris alieni injunxit, ceteros levare voluit ære alieno: hoc præceptum testatoris non mutat jus publicum, id est, non ideo creditores cum eo agere possunt in solidum, quem testator jussit omne æs alienum dissolvere, sed agent tantum pro hæreditariis portionib. ex 12. tab. *l. Titia* §. *Titius de leg.* 2. Quæ igitur est vis hujus præcepti? ut sc. is qui jussus est omne æs alienum dissolvere, caveat cohæredib. de indemnitate officio judicis famil. ercisc. si ab eis creditores exigant de refundendo eo, quod solverunt ex ære alieno: et hic quidem debet omne æs alienum suscipere, vel deducere pro modo dodrantis suæ portionis: nam Falc. imminutam habere debet, sicuti etiam in divisionem bonorum, et æris alieni facta a patre inter liberos omnimodo conservanda est Falcid. illibata, *l. quoties*, *l. filii*, *l. si cogitatione*, et *l. ult. C. famil. ercisc.* et hoc locum habet, si testator uni ex hæredib. omne æs alienum injunxit citra speciem legati, quod est obscurum. Ideo ait, citra speciem legati, quia si testator ab uno ex hæredib. puta Titio, creditorib. suis legavit omne quod debet eis, quod legatum est, valet, *l. si creditor de leg.* 1. hic Titius solus tenebitur creditorib. cohæredes non tenebuntur, vel si conveniantur, defendent se exceptione doli. Igitur hic non est necesse ut Titius caveat de indemnitate, cum satis indemnes sint, quoties citra genus legati uni ex hæredib. injungitur æs alienum, id Acc. explicat male. Postremo ostenditur in hac *l.* §. *idem scribit*, quomodo debita patris communia sint onera omnium hæredum, licet filius qui est unus ex hæredib. ea contraxerit principaliter. Ponitur exemplum in filiof. decurione qui factus est decurio voluntate patris: hic si vivo patre quædam munera publica susceperit, pater reipublicæ tenetur in solidum pro filio, quasi fidejussor pro filio, *l.* 2. *inf. ad municip.* et ideo si quid in eis muneribus reliquatus sit filius, id pater debet in solidum, debet et filius principaliter, pater quasi fidejussor. Ideoque post mortem patris filius præcipiet id quod reliquatus in eis muneribus: sic Florentiæ, et libris Basilic. καὶ ἐντεῦθεν ἐλοιπάσατο τῇ πόλει, quia in id quod reliquatus est filius pater reipub. tenebatur: legitur, *reliquatus*, antea male, *obligatus*: secus est si non vivo patre, sed post ejus mortem filiusfamil. quædam munera publica susceperit: nam si quid reliquetur in eis muneribus, eo nomine solus tenebitur, pater non tenebitur, nec hæredes patris: et ideo reliquatio illa non præcipietur ex communi hæreditate. *l. Lucius* §. *hoc responsum*, *inf. ad municip. l.* 3. §. *ult. et l. si filium*, *inf. de muner. et honor.* Addatur, *l. ex parte* §. *filius*, *h. t.* cujus species est: pater habet duos filios, vivus pater pro uno gessit munera quædam civilia, pro altero munera nulla gessit, sed post mortem patris alter quædam munera civilia suscepit, et reliquatus est reipub. vult reipublicæ solvi ex communi hæreditate, et utitur hac ratione: munera quæ tu frater gessisti, pater agnovit eaque gessit pro te: volo etiam munera quæ ipse gessi onerare paternam sive communem hæreditatem. Respondetur: eum non audiri, quia contraxit æs alienum post mortem patris. Et possunt esse in hac re disparis conditionis fratres, nisi sunt socii omnium bonorum, id est, nisi non tantum habeant communem hæreditatem, sed etiam contraxerint inter se societatem universorum bonorum tam præsentium quam futurorum tunc debent omnia lucra, et damna communicare ex societate voluntaria. Differentiam facit inter societatem voluntariam, et necessariam. Consequenter his quæ dixi addenda est hæc exceptio filium non præcipere ex communi hæreditate, quod debet reipublicæ, si munus suscepit post mortem patris, nisi pater eum vivus nominaverit: nam etsi munus postea ad quod eum vivus pater nominaverat, gerere cœperit post mortem patris, id quod eo nomine debebit reipublicæ præcipiet ex hæreditate communi, quod ostenditur proposita hac specie in §. *Neratius*, Pater apud acta publica nominavit filium agonothetam, id est, præsidem certaminis cujusdam, ut in *l. 7. de pollicit.* Deinde pater promisit apud acta filium suscepturum agonothesiam, et priusquam susciperet filius, decessit pater: filius hoc munus gessit, et sumptus plurimos fecit, quia qui præsidebat certamini, præmia dabat certantibus de suo. Quæritur an hos sumptus præcipere possit ex communi hæreditate. Respondet, posse, quia pater eo nomine fuit obligatus: denique debita patris sunt onera communia omnium hæredum, licet filius qui est unus ex hæredibus sit debitor principalis, *l.* 1. §. *nec castrense*, *de collat. bono. l.* 1. *C. de peric. success. par. lib.* 10. Quidam male vulgo trahunt ad viaticulum, id est,

quod ministratur adolescenti studiorum causa: id pater si subministraverit pietatis officio functus, non computabitur in portionem hæreditariam filii, *l.* 50. *inf. h. t.* sed post mortem patris, si quid filius impenderit in scholis, an id erit oneri fratribus? minime: et ita Bartolus sensit recte: quia pater nihil debuit. Itaque post mortem patris sumptus faciet de suo, nisi forte pater debuit, ut si filium dederit in disciplinam, et præceptori caverit certam pecuniam in certum tempus, eam pecuniam pater debuit. Igitur erit oneri omnibus hæredibus, alioqui non erit dicitur in hac *l.* §. *Neratius* professum esse apud acta, quod impendisset in præmia certantium *nulla actione idem consequi posse*: ea dictio, *idem*, dividenda est, in *id*, et *em*, em, pro *eum* veteres dicebant. Festus, et *l.* 39. *de statulib. l. si totam, inf. de acquir. hæred. em* pro *eam*, *si totam em partem*, id est, totam eam partem in fraudem legis.

Ad §. 8. *Idem Papinianus.*

§. 8. *Idem Papinianus scribit, si maritus alterum ex hæredibus onus dotis solvendæ, quæ in stipulationem venit, suscipere jussit, et mulier adversus utrumque dirigat dotis petitionem, cohæredem esse defendendum ab eo, qui suscipere onus jussus est. Sed legata quæ ab utroque pro dote data, electa dote, retinentur, in compendio cohæredis esse, qui debito levatur, non oportet, videlicet ut cohæres, qui onus æris alieni suscepit, officio judicis legatum consequatur, et verum est hoc, nisi aliud testator edixit.*

Certum est, divortio facto, mulieri dari repetitionem dotis. At finge: post divortium vir nondum restituta dote, moriens duos hæredes scripsit, et uni ex hæredib. injunxit onus solvendæ totius dotis, officio judic s famil. ercisc. ut generaliter dictum est in §. *Papinianus, sup.* is, cui injunxit onus dotis solvendæ, cohæredi præstare debet cautionem defensionis adversus mulierem, cui in utrumque hæredem ipso jure pro hæreditariis portionib. competit actio ex stipulatu de reddenda dote: dico *actio ex stipulatu*, quoniam ait, testatorem uni ex hæredib. injunxisse onus restituendæ dotis, quæ in stipulatum venerat, et ita in hoc §. *amplius, sup. cavebit*, inquit, *defensum iri*, etc. Ex quibus locis tentari potest, in hæredes mariti non dari actionem rei uxoriæ, sicut et mulieris hæredibus non dabatur, ut dixi initio hujus l. actio tamen ex stipulatu dabatur hæredibus, et in hæredes; actio rei uxoriæ erat inter conjuges tantum. Boetius in Top. Ciceronis: *judicium*, inquit, *rei uxoriæ est quoties de dote controversia est inter virum et uxorem*, et Suidas in verbo ῥευσωρία, quod est res uxoria, *παρὰ ῥωμαίοις ἡ μετὰ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἀλληλοκληρονομία ῥευσωρία*, quod formavit male, pro *res uxoria*: res apud Romanos est inter virum et uxorem mutua successio: debuit dicere, mutua contentio de dote. Uterque auctor, dicit, hoc judicium esse inter virum et uxorem, actio ex stipulatu competebat etiam hæredibus et in hæredes. In hac specie, erat actio ex stipulatu, et ideo ea tenebantur hæredes mariti pro hæreditariis portionibus: at finge, testatorem duobus hæredib. scriptis ab uno jussisse dotem integram solvi, quæ venerat in stipulatum, ab utroque mulieri legatum reliquisse pro dote, ut scilicet eligeret utrum mallet, legatum, an dotem; nec frustra adjecit, se mulieri legare pro dote: nam hoc non adjecto mulier utrumque consequeretur, legatum actione ex testamento, quod non est nominatim relictum pro dote, et dotem actione ex stipulatu, quod non ita procedebat in actione rei uxoriæ: nam in actione rei uxoriæ etiamsi maritus legato uxori, legato non adjecisset pro dote, alterutro mulierem contentam esse oportebat ex edicto Prætoris, quod dicitur de alterutro, de quo in *l. un.* §. *sciendum, de rei ux. act. l. ult. C. Theod. de testam. l.* 6. *quando dies leg.* sed in specie proposita cum esset actio ex stipulatu, necesse fuit legato adjici *pro dote*, quo adjecto efficitur, ut et alterutro mulierem contentam esse oporteat: proinde mulier exegit dotem. Inde quæritur relicta dote, utrum legatum relictum pro dote utriusque hæredis lucro cedat, cum sit relictum ab utroque: an ei potius cedat legatum qui sustinet onus reddendæ dotis, cum legatum illud pro dote relictum proponatur nominatim? et hoc magis probat Papinianus, qui definit, ad officium judicis familiæ erciscundæ pertinere, ut solidum legatum retineat, qui de sua portione solidam dotem solvit, nisi aliud testator caverit. Deinde adjicitur in §. *ult. et l.* 21. finge: duos hæredes scripsit, Primum et Secundum, idemque Stichum servum suum liberum esse jussit sub conditione si Primo decem daret: hic Stichus est statuliber, quoniam statuta est ei libertas in conditionem, nec fit liber, nisi prius dederit decem: porro ea decem potest dare de peculio suo, id est, implere potest conditionem statutæ libertatis de peculio suo. Id quod receptum est *l.* 3. §. *cum igitur, et l.* 13. §. 1. *de statulib. l.* 3. §. *ult. inf. de condict. caus. data*, id receptum est, et probatur, quamvis ratio videatur aliud suadere, quod scilicet peculium apud eum non remaneat qui est manumissus testamento: data libertate testamento non videtur concessum peculium: potest tamen de peculio conditionem datæ libertatis implere, et in ea re est differentia inter manumissionem, quæ fit testamento, et eam quæ fit vindicta inter vivos: nam

qui manumittit testamento, non videtur concedere peculium, nisi nominatim concedat qui manumittit: inter vivos videtur concedere peculium, §. *peculium, Instit. de leg.* unde pendet explicatio legis, *cum dominus, de pecul. leg.* quam Acc. male explicat. Nam putat esse hujus l. sententiam, ea quæ dominus manumittendo servum inter vivos exemit, peculio servo concesso, non videri concessa, quod est stultum dicere: nam perinde est, ac si diceret, quæ non concessit, non videtur concessisse: longe est alia sententia hujus l. ea quæ servus de peculio subtraxit, adempto peculio, non videri concessa: species hæc est: dominus volens manumittere servum inter vivos, jussit a servo edi peculii professionem, id est, describi res peculiares omnes, et ita reddi rationem peculii: servus edidit descriptionem quandam peculii, eamque domino obtulit, dominus existimans eum retulisse omnes res peculiares in inventarium illud, cum tamen servus non omnes retulisset, et quasdam suppressisset, postea servum manumisit, quasi reddito sibi peculio: quæritur an videantur tacite servo concessa, quæ servus peculii inventario subtraxit, id est, quæ non est professus in descriptione? posset dici, eas res videri tacite concessas, quia dominus fuit contentus illa descriptione peculii: respondit tamem, non videri res concessas quas dolo malo dominum celavit, et ideo eas etiam res manumissum non sequi: nam qui jussit peculium reddi, jussit omne peculium reddi est bona fide: sed hoc in manumissione inter vivos: nam manumisso testamento non videtur tacite dari peculium testamento, nisi detur nominatim: potest tamen conditionem libertatis implere de peculio, ut si liber esse jussus sit, *si decem dederit*, potest ea decem dare de peculio: quæritur, si unus ex hæredib. decem ea acceperit a statulibero de peculio conditionis implendæ causa, an veniant in actionem famil. erciscundæ? videntur venire, quia sunt ex hæreditate: est enim ex peculio quod remanet in hæreditate, nec manumissum sequitur: qua de causa ea pecunia imputatur hæredi in Falcidiam *l. id autem, inf. ad l. Fal.* quia peculiaris pecunia hæreditaria pecunia est, cum peculium manumissum non sequatur, sed in hæreditate remaneat: eadem etiam ratione pecunia venit in petitionem hæreditatis, quæ proponitur in *l. nec ullam §. plane si accepta, sup. de pet. hæred.* quomodo venit in petitionem hæreditatis? ut si hæres sit scriptus, et servus etiam liber esse testamento jussus sit, si dederit hæredi decem: nam si dederit decem de peculio, et postea petatur hæreditas ab hærede scripto, puta querela inofficiosi testamenti, vel si sit hæreditas liberti, et petatur a patrono præterito bonorum pos. cont. tab. liberti, in petitionem hæreditatis veniet pecunia data a statulibero, quia pecunia hæreditaria est: eadem quoque ratione restituitur ea pecunia ex Trebell. *l. quod statuliber, de mort. causa donat.* eadem ratione eam pecuniam non potest capere ultra modum legitimum, qui ex bonis defuncti solidum capere non potest, quia ea pecunia videtur esse ex bonis defuncti, *l. quod conditionis §. 1. de mort. causa donat.* Hæc cum ita sint, cur etiam ea pecunia non veniet in cautionem famil. erciscundæ? hæc est dubitandi ratio. Respondet tamen in contrarium Jurisconsultus, hanc pecuniam non venire in actionem famil. ercisc. Ratio decidendi est: si ea pecunia venit in actionem famil. ercisc. aut venit ut percipiatur, aut ut dividatur: non potest venire ut percipiatur, quia eam jam hæres sibi datam a statulibero habet: non potest etiam venire ut dividatur, quia solidum habere unum hæredem defunctus voluit, acceptum a statulibero: et addit *l. 21.* id etiam non venire in actionem communi dividundo, quæ solet concurrere cum actione famil. ercisc. in reb. communibus, *l. inter cohæredes, h. t.* ceterum ea pecunia non est communis, quia defunctus voluit esse propriam unius hæredis, et ait, *nec communicari debere: hic commun.* significat venire in divisionem, ut in *l. 7. h. t. sup.*

Ad L. XXII. et XXVII.

L. XXII. *Item Labeo scribit, si unus hæredum thesaurum relictum a testatore effodit, familiæ erciscundæ judicio eum teneri, etsi cum extraneo conscio partitus sit.*

§. 1. *Familiæ erciscundæ judex ita potest pluribus eandem rem adjudicare, si aut pluribus fuerit unius rei præceptio relicta (ubi etiam necessitatem facere Pomponius scribit, ut pluribus adjudicetur) vel si certam partem unicuique cohæredum adsignet: sed potest etiam, licitatione admissa, uni rem adjudicare.*

§. 2. *Sed et regionibus divisum fundum posse adjudicare secundum divisionem, nemo dubitaverit.*

§. 3. *Sed etiam, cum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat: sed si pure alii adjudicaverit fundum, alium adjudicando, amplius servitutem imponere non poterit.*

In hac l. ostenditur, in hanc actionem venire thesaurum defossum a defuncto, quem unus ex hæredibus effodit: nec mirum, quia est ex hæreditate, et minus dicetur proprie thesaurus, cum ejus memoria extet, cumque dominum habeat. Thesaurus est qui dominum non habet: thesaurus est qui dominum oblivione amisit. Igitur venit in hereditatem, et actionem famil. ercisc. idque certum esse ait

hæc *l.* etiamsi unus hæres eum thesaurum cum extraneo indice, et conscio defossi thesauri, partitus sit, id est, etsi ex thesauro suum tantum partem habeat, tamen totus thesaurus deducetur in actionem famil. ercisc. Cui sententiæ Acc. opponit *l. Lucius, inf. h. t.* Species ejus legis est: duo sunt fratres qui patri hæredes extiterunt et cum essent adulti, curatores acceperunt: post mortem patris curatores nondum divisa hæreditate ex reditib. prædiorum hæreditariorum redactas pecunias singulis quotannis subministraverant: ait ex reditib. redactas: recte: nam reditus a redigendo dicitur, et ideo dicitur *redactus* in *l. defuncta, sup. de usufr.* Igitur curatores ex redactu prædiorum fratrib. pecunias subministraverunt in usus necessarios; postea diviserunt inter eos omnem hæreditatem paternam: de divisione hæreditatis non quæritur hac l. quia probe eam fecerunt curatores inter eos, sed de divisione et subministratione pecuniarum redactarum ex reditu ante divisionem hæreditatis, quæritur, quod negetur eas pecunias ex æquo singulis subministrasse, quod allegetur eos plus uni numerasse quam alteri: sane curatores tenentur actione negotiorum gestorum ei qui minus accepit: videamus etiam, an is qui plus accepit ei teneatur qui minus accepit actione sc. famil. ercisc. alioquin hæc l. nihil pertinebit ad hunc tit. quæ quidem actio famil. ercisc. si divisio redituum non probe facta sit inter cohæredes, sed unus plus acceperit quam alter, alteri tenebitur famil. erciscundæ: si dicatur non plene facta, id est, si divisio facta vel a defuncto, vel ab hæredibus sine judice, vel a curatoribus cohæredum, et dicatur non plene aut non probe facta, erit actio famil. ercisc. *l.* 1. *et l. si cogitatione; C. famil. ercisc.* Igitur si subministratio redituum non bene sit facta, licet prædiorum divisio sit facta, supererit actio famil. ercisc. nam hæc subministratio redituum, divisio quædam est: et sane si unus ex fratrib. ex reditu plus debita parte acceperit, locus est actioni famil. ercisc. ut exæquentur. Sed si plus sua parte non acceperit, minus autem alter acceperit curatorum fraude, quoniam uni integram partem præstiterunt, alteri non integram, huic in cohæredem non est actio famil. ercisc. qui non habet plus sua parte. Idem erit si alimenta adolescentib. decreta a Prætore curatores non probe subministraverint, ut si uni debitam partem subministraverint, alteri minus debita sua parte: hic in curatores habebit actionem negotiorum gest. in cohæredem non habebit famil. ercisc. cum cohæres plus sua parte non acceperit. Male Acc. in ea l. ponit, patrem vixisse, repugnant verba *l. pro hæreditaria portione*: nec repugnat quod ait Acc. alioquin, inquit, frustra poneret de emancipatione: nam in lib. responsorum dum facta recitantur, multa ponuntur frustra. Est autem ea *l. Lucius* ex lib. responsorum. Sunt etiam cetera Acc. vitiosa, imo eam huic legi conciliare nequit, in cujus specie, is qui suam partem tantum habet, tenetur famil. ercisc. in *l. Lucius,* is qui suam tantum partem habet, non tenetur famil. ercisc. Separatio hæc est. In specie hujus l. is qui suam tantum partem habet, fraudavit sua parte, dum eam transtulit in extraneum indicem, et conscium defossi thesauri. In specie *l. Lucius*, cohæres cohæredem non fraudavit sua parte, sed curator: actio igitur est cum curatore, non cum cohærede qui suam tantum partem habet, quique cohæredem sua parte non fraudavit: Acc. solutiones omnes damnandæ sunt. Post hæc, additur in hac l. de adjudicationibus judicem in hoc judicio familiæ ercisc. posse adjudicare eandem rem pluribus pro diviso, assignata cuique sua parte: potest etiam pluribus assignare eundem fundum pro indiviso, quod mirum est, cum sit judex divisionis: non probe igitur pro indiviso adjudicat: hoc plerunque facit ex necessitate, ut cum idem fundus duobus est prælegatus, hunc fundum non potest tunc dividere inter collegatarios, quia non est judex communi dividundo, et ultra id quod in judicium deductum est, excedere et procedere judex non potest, *l. ut fundus. tit. seq.* Igitur necesse est ut fundum adjudicet pro indiviso: potest etiam judex judicio uni adjudicare totum fundum admissa licitatione: nam adjudicabit totum fundum ei qui pretio vicerit: poterit etiam judex fundum divisum regionib. adjudicare, inquit Acc. secundum divisionem a testatore factam: male: rectius Græci, secundum divisionem, id est, fundum regionib. divisum potest adjudicare uti est, id est, secundum divisionem naturalem. Sententia est: fundo eodem naturaliter diviso regionibus, quæ vocant climata, puta diviso in vineam, et olivetum, judicem posse uni vineam, alteri olivetum adjudicare, secundum quod fundus naturaliter divisus est, §. *si familiæ Inst. de off. jud.* et cum eum fundum adjudicat secundum regiones, videtur duos fundos facere: qua de causa potest servitutem imponere, id est, aliam regionem alii servam facere jure exigente, et utilitate cohæredum. Itaque servitus constitui potest in adjudicando, *l.* 7. §. 1. *tit. seq.* unde obstat *l. sicut* §. *sed. si quæratur, sup. si serv. vind.* quæ ait, servitutem non debere constitui a judice, sed eam quæ est declarari: loquitur de judice confessoriæ actionis: hic non constituit servitutem, sed eam quæ est declarat, sicut judex rei vindicationis dominium non addicit, sed cujus sit declarat: non loquitur de judice famil. ercisc. hic dominium addicit per adjudicationem, et servitutem imponit novam, sed eam debet ponere in adjudicando, id est, in ipso articulo quo adjudicat: nam si post adjudicationem fa-

clam pure, optimo jure, alii alium fundum adjudicet, non potest eum fundum, quem adjudicavit pure, servum facere ejus, quem adjudicavit alii: quia semel cohæres in eo optimum jus acquisivit: sicut etiam venditor in tradendo potest servitutem imponere, et legem facere traditioni, post traditionem non item: §. famil. explicui in *l.* 1. *fin. regund.*

Ad §. ult. Papinianus L. XXII., et ad L. XXIII. et XXIV.

§. ult. L. XXII. *Papinianus de re, quæ apud hostes est, Marcellum reprehendit, quod non putat præstationes ejus rei venire in familiæ erciscundæ judicium, quæ apud hostes est: quid enim impedimentum est, rei præstationem venire, cum et ipsa veniat.*

L. XXIII. *Propter spem postliminii, scilicet cum cautione: quia possunt non reverti nisi si tantum æstimatus sit dubius eventus.*

L. XXIV. *Sed et ejus rei, quæ in rebus humanis esse desiit veniunt præstationes, et ego Papiniano consentio.*

§. 1. *Familiæ erciscundæ judicium et inter bonorum possessores, et inter eum, qui restituta est hæreditas ex Trebelliano Senatusc. et ceteros honorarios successores locum habet.*

Ait in hoc §. Pap. *quod non putat præstationes ejus rei venire*, id est, intributiones: et adjicitur in *l.* 23. *quia possunt non reverti.* Et in l. 24. aliud ponitur argumentum: legendum est, *in præstationes*, non, *inter præstationes*: ait, *veniunt, etc.* Papiniani sententia est, in actionem famil. ercisc. venire rem quæ est apud hostes propter spem postliminii, ut servum hæreditarium qui est apud hostes, quia potest reverti postliminio servus *l. ult. de capt. et postl.* si res quæ est apud hostes venit in hoc judicium, adjudicari igitur potest: nam quæ veniunt in hanc actionem et adjudicari possunt, *l.* 12. *in princ. et* §. 1. *sup.* Eadem spes postliminii facit, ut servus qui est apud hostes legari possit, l. 9. *l. servus ab hostibus* 98. *de leg.* 1. nam et quasi omen victoriæ accipitur de testatoris verbis, qui rem quæ est apud hostes legat, vel de judicis verbis qui rem quæ est apud hostes adjudicat. Eadem ratione res, quæ est apud hostes, vendi potest, et in stipulatum deduci, *l. ult. de act. empt. l. qui res §. ult. de solut.* arbitror et ad hæc quæ scribit Ulp. in hac *l.* 23. de re quæ est apud hostest in actionem famil. erc'sc. deducenda adjecisse quod ex eodem Ulp. lib. adjicitur *l. servi qui apud hostes, ad leg. Falcid. et l. si servi de man. test.* servos qui sunt apud hostes dari libertatem posse, licet neque testamenti tempore, ne-

que mortis tempore sint in potestate: nam et simul eis hæreditas dari potest, id est, liberi et hæredes scribi possunt, *d. l. serv. ab hostibus*: virtus populi Romani facit, ut qui sunt apud hostes pro præsentibus habeantur quasi certa spe victoriæ, certa spe postliminii; qua de causa servi reversi videntur postliminio qui reversi sunt post mortem domini nondum adita hæreditate, licet neque mortis, neque testamenti tempore in bonis fuerint, nec redierint in potestatem domini, quod jaceret hæreditas. Et quod attinet ad legem Falcidiam, augent hæreditatem, *d. l. servi qui apud hostes*: sed videamus arbitrio judicis famil. ercisc. quemadmodum adjudicetur servus qui est apud hostes: et ait, eum semper adjudicari cum cautione *quia potest non reverti*, id est, potest mori apud hostes. Igitur si servus qui est apud hostes uni ex hæredibus sit adjudicatus pro 20. is stipulabitur de ceteris cohæredib. hoc modo: indemnem me præstabitis, si servus adjudicatus mihi, moriatur apud hostes: et mortuo ibi servo cohæredes secundum cautionem indemnem eum præstabunt: quomodo? omnibus portionib. denuo ad æqualitatem redactis quasi eo minus fuerit in hæreditate quanto æstimatus fuerat servus qui in captivitate decessit, nisi tantum æstimatus sit dubius eventus: vult dicere, æstimato tantum dubio eventu, eam cautionem non præstari ei cui adjudicatur res quæ est apud hostes: quod ita declaro: finge: servus qui erat apud hostes, dignus erat 20. adjudicatus est pro decem propter incertum postliminii: vilius est æstimatus propter incertum reditionis, atque ita parvo æstimatum eum servum quidam ex cohæredib. accepit pro 10. arbitrio famil. ercisc. videtur in se suscepisse omnem eventum: et ideo ei non est cavendum de indemnitate si ibi moriatur servus: nam etiamsi ibi moriatur, semper videbitur accepisse 10. qui et eo reverso lucrifecisset alia decem. Igitur multum interest servus ipse æstimetur, an incertus eventus: nam servo æstimato, cohæredes debent præstare indemnitatem ei cui adjudicatus est servus: incerto tantum fortunæ æstimato, non præstant ei indemnitatem: nam ipse subiit eam aleam et sic etiam in jure nostro in aliis causis interest, utrum res ipsa spectetur, an fortuna, ut in mutuo fideicommisso, in mutua substitutione precaria, quoties duo hæredes invicem rogantur si sine liberis decesserint, superstiti restituere suam portionem: nam si nondum susceptis liberis paciscantur de fideicommisso præter voluntatem testatoris, nihil agunt, Paul. 4. *Sentent. tit.* 1. nam si conditionis incertum tantum spectaverint, idque conventione finierint, rata est conventio, *l.* 1. *C. de pact. l. cum proponas, C. eod. l. de fideicom. C. de transact.* Sed ad rem. Servus captus ab hostibus, venit in a-

ctionem famil. ercisc. et adjudicari potest : ex eo colligit Papin. venire etiam præstationes ejus servi, sive in præstationes contra Marcell. qui negabat venire præstationem rei quæ apud hostes esset. Et ut hoc intelligeretur, Ulp. in §. *ult. hujus l.* prius admonere voluit, hoc judicium esse mixtum, constare ex rebus quæ in adjudicationem vel divisionem veniunt, ex ex præstationibus personalib. quo præmisso docet Papinianum hoc uti argumento in hac quæstione: quæ res veniunt in actionem familiæ ercisc. consequens est, ut et earum præstationes veniant : res quæ sunt apud hostes veniunt, et adjudicari possunt, modo cum cautione si res æstimata fuerit modo sine cautione : cum cautione si res æstimata fuerit : sine cautione, si eventus tantum incertus fuerit æstimatus. Igitur assumptio hæc est : res quæ sunt apud hostes, venire in hanc actionem, et adjudicari posse uni : exempli gratia, ut si quid ex eis reb. unus ex hæredibus perceperit, ut si quid ex operis sive mercedibus servi captivi solus perceperit, et quæsierit ante captivitatem servi, id veniet in hoc judicium, id est hoc judicio communicabitur : vel etiam si quid in servo redimendo ab hostibus impenderit solus, hoc judicio partem consequetur a cohæredibus, vel si quid in curationem servi impenderit, antequam veniret in hostium potestatem : sic præstationes rei quæ est apud hostes, veniunt in hoc judicium, quæ sunt personales præstationes : nec mirum ut subjicitur in l. 24. si veniant præstationes rei quæ est apud hostes, cum et rei hæreditariæ penitus extinctæ præstationes veniant, ut ædium combustarum pensiones, quas unus ex hæredibus solus percepit, vel servi hæreditarii mortui operæ sive mercedes, quas unus solus percepit, vel curationes et impendia facta in servum mortuum, *l.* 11. *tit. seq.* Si ergo rei extinctæ præstationes veniunt, cur non et captivi præstationes venient ? §. 1. *l.* 24. exposui in *l.* 2. *sup.* initium *l.* 25. et §. 1. exposui in *l.* 2. §. 2. exposui in *l.* 1.

Ad §. 3. *De pluribus*, §. 4. *Si inter*, *et* §. 5. *Item si L. XXV.*

§. 3. *De pluribus hæreditatibus, quæ inter eosdem ex diversis causis communes sint, unum famil. ercisc. judicium sumi potest.*

§. 4. *Si inter me et te Titiana hæreditas communis sit, inter me autem, et te Titium Sejana: posse unum judicium accipi inter tres, Pomponius scribit.*

§. 5. *Item si plures hæreditates inter nos communes sunt, possumus de una famil. ercisc. judicium experiri.*

Si plures sint hæreditates communes inter duos pluresve, inter eos potest reddi hoc judicium de una tantum hæreditate, si nondum velint ceteras dividere ; potest etiam de omnib. hæreditatibus simul agi uno judicio : unum judicium sufficit ad omnes hæreditates, quas habent inter se, sicut una actio pro socio sufficit ad omnes societates, *l. cum duobus* §. *si plures pro soc.* unum est judicium, una actio, licet sint plures hæreditates, sicut unum est testamentum, licet duæ sint hæreditates patris et filii impuberis, §. *igitur, Instit. de pupill. subst.* Igitur in eo non est laborandum, et delenda sunt quæ scripsit Acc. et male hac in re citat *l. bona*, *C. famil. ercisc.* quasi loquatur de plurib. hæreditatib. communib. inter quosdam, cum loquatur de una tantum hæreditate patris vel matris, cujus res omnes veniunt in actionem famil. ercisc. præter nomina scil. ut in *l.* 4. *sup. hoc t.* adjicitur in §. *si inter* : si inter me et te comm. sit Titiana hæreditas, inter me et Cajum Sejana, inter nos tres reddi posse unum judicium familiæ ercisc. de duabus hæreditatibus, licet in una earum alium cohæredem habeamus, quem et eodem judicio ad divisionem provocabimus recte, et sic inter nos tres unum sumetur judicium famil. erciscundæ.

Ad §. 6. *Si testator.*

§. 6. *Si testator rem communem cum extraneo habebat, sive rei suæ partem alicui legavit, aut hæres ante judicium familiæ ercisc. acceptum, partem suam alienavit, ad off. judicis pertinet, ut eam partem quæ testat. fuit, alicui jubeat tradi.*

Obliteranda sunt ea omnia quæ scripsit Acc. in hunc §. Ponuntur tres casus quib. res est quædam communis hæredib. cum extraneo. Primus est : testator habebat rem aliquam communem cum extraneo, ergo communis ea res est hæredibus cum extraneo. Secundus casus est : testator rei suæ propriæ in solidum, sic enim est dicendum, partem extraneo legavit : ergo ea etiam res est communis hæredibus ejus cum extraneo legatario : et hic casus significatur his verbis, *sive rei suæ partem alicui*, extraneo scilicet *legavit.* Tertius casus est : unus ex hæredibus rei hæreditariæ cujusdam partem suam extraneo alienavit ante judicium famil. ercisun. acceptum, quæ alienatio valet post judicium acceptum, non valet, pendente lite, *l.* 12. *et* 13. *sup.* Igitur unus ex hæredibus recte ante litem contestatam, rei hæreditariæ partem suam hæreditariam extraneo alienavit : hoc tertio casu ea res erit communis ceteris cohæredibus cum extraneo. Hic casus significatur his verbis, *aut hæres ante judicium.* Ergo tres sunt casus quib. res est communis hæredibus

cum extraneo, quibus casibus in re quadam partem habet extraneus, partem hæredes pro indiviso: quæritur de parte quæ mansit in hæreditate quemadmodum veniat in actionem famil. erciscundæ: ait, officio judicis convenire, ut uni tota ea pars adjudicetur: verba hujus definitionis hæc sunt: *ad officium judicis pertinet, ut eam partem quæ testatoris fuit*, id est, eam partem quæ mansit in hæreditate, quæque hæredum est. Primo casu testatoris non fuit ea pars quæ fuit extranei. Secundo casu testatoris non videtur fuisse ea pars quam extraneo legavit. Tertio casu testatoris non videtur fuisse ea pars quam unus ex hæredibus ante divisionem hæreditatis extraneo alienavit: facere debet judex ut ea pars quæ mansit in hæreditate, uni ex hæredibus tradatur, aut ut *alicui*, hæredum scilicet *jubeat tradi*, id est, uni ex hæredibus eam adjudicet. Et in hanc interpretationem consentiunt omnes prælegata dicuntur tradi ab hæredibus, *l.* 18. *in princ. h. t.* dicuntur et prelagata adjudicari a judice, *l.* 22. §. 1. *sup. l. servus uni, de leg.* 1. adjudicatur a judice dum jubet tradi. Ergo hoc loco ut *jubeat alicui*, id est, ut alicui hæredi adjudicet eam partem quæ mansit in hæreditate, et Græci utuntur verbo προσκυροῦν, quod est adjudicare. Cyrillus hoc loco: τὸ λοιπὸν μέρος ὡς θέλει προσκυροῖ ὁ δικαστής. Et auctor τοῦ πλάτους δύναται ἐπὶ τῶν κληρονόμων προσκυροῦν τὸ μέρος, ὅπερ ἦν τοῦ διαθεμένου. Igitur hæredib. cur non dividit? an necessario cogitur adjudicare? sic sane: non potest ea pars venire in hoc judicium nisi adjudicetur uni tota, quia inter eos non potest dividi pars quæ est indivisa, quoties cum extraneo nondum est actum communi divid. sed si hæredes prius agerent communi divid. cum extraneo, deinde famil. ercisc. pars certa ei assignata communi divid. posset dividi inter eos judicio famil. ercisc. vel etiam si tota res eis fuisset adjudicata communi divid. posset inter eos dividi judicio famil. ercisc. *l. Mævius in princ. h. t.* sed si nondum rem diviserint cum extraneo, habent in ea re partem incertam pro indiviso id est, in quolibet cespite habent partem, quæ est confusa per totum fundum; pars pro indiviso est velut anima tota in toto, et tota in qualibet parte. Igitur ea pars quæ incerta est, non potest in divisionem deduci, et necessario uni adjudicanda est tota. Ceterum huic §. obstat valde *l. ex hæreditate, h. t.* Ex hoc §. colligitur, uno ex hæredib. ante judicium famil. ercisc. acceptum, rem hæreditariam alienante pro sua parte, partem quæ remanet in hæreditate venire in hoc judicium: lex illa ait, non venire in judicium famil ercisc. ait, neque venire partem alienatam, quia non est hæreditaria, neque partem non alienatam. Sic respondeo: pars quæ non est alienata, sed quæ mansit in hæreditate, venit in hoc judicium inter ceteros hæredes, qui non alienaverunt, quia est communis ex causa hæreditaria, ut in hoc §. inter eum qui alienavit et ceteros hæredes qui non alienaverunt: pars quæ mansit in hæreditate, non venit in hoc judicium famil. ercisc. quia is qui alienavit, in parte quæ mansit in hæreditate, nihil communionis habet: ipse quod ad eam partem attinet, exiit de communione. Itaque ei non poterit adjudicari. Denique quod ad eum attinet, non veniet in hoc judicium. Ceteri inter se deducent eam partem in judicium, ut adjudicetur alicui. Fulgosius aliter: non venire in judicium famil. ercisc. ut dividatur, quia non potest dividi. Ita accipit legem *ex hæreditate*, venire ut adjudicetur, ut in hoc §. male: nam in *l. ex hæreditate* negatur generaliter venire in judicium famil. ercisc. partem non alienatam: et sane quod attinet ad eum, qui alienavit suam partem, neque venit ut dividatur, nec ut adjudicetur, quod voluit lex *ex hæreditate*: nam loquitur de eo, qui partem suam alienavit: et in parte, quæ remansit in hæreditate, vult rationem sui haberi, ut vel sibi adjudicetur. Acc. dum nescit respondere *l. ex hæreditate*, aliter fingit speciem ad hunc §. Ponit tres casus, secundum et tertium aliter, quam fecerim contra verba auctoris: Joannes vero dum nescit respondere *l. ex hæreditate*, ait, unum tantum casum proponi in hanc l. non tres, et vexat verba in primo casu consentiens cum Accursio: secundus casus Accursii hic est. Testator partem, quam habebat in re communi cum extraneo, legavit uni hæredum, vel partis ejus partem: hic casus non convenit verbis: nam ait *rei suæ*, id est, rei in solidum suæ partem alicui legaverit, et ut Græci dicunt τοῦ ἐξολοκλήρου ἰδίου πράγματος, *alicui*, id est, extraneo cuidam legavit, quod non est prælegavit: Accursius autem et Joannes ita exponunt, rei suæ partem, id est, partis partem, vel rei suæ, id est, rei communis, hoc est stultum: *alicui*, id est, uni hæredum: et legavit, id est, prælegavit, quod est ineptissimum: *alicui*, id est, extraneo cuidam. In fine tamen hujus §. cum agit de officio arbitri accepti inter cohæredes, res exigit, ut *alicui*, sic accipiamus, id est, hæredum alicui, sed non utroque loco sic accipiendum: perperam etiam in hac l. uterque eorum subaudit *sive non legavit, sive non alienavit*. Tertius casus est Accursii: extraneus cum quo defunctus rem communem habebat ex parte hæres scriptus suam partem alienavit ante acceptum judicium famil. ercisc. nam Accurs. est hic corruptus: ait Accursius, tertium est *quoniam ille hæredum*: sic est legendum, id est, extraneus qui idem est hæres socii: hic casus refuta-

tur a Fulgosio, et frustra adderet, eum alienasse ante judicium acceptum, cum et post judicium acceptum partem suam quam habet, ex causa hæreditaria posset alienare. Igitur sunt delenda omnia Accursii.

Ad §. 7. *Quod pro emptore*.

§. 7. *Quod pro emptore, vel pro donato (puta) cohæres possidet, in familiæ erciscundæ judicium venire negat Pomponius*.

Hinc colligitur, in actionem famil. ercisc. non venire rem quam cohæres suam propriam esse contendit, non hæreditariam, non communem ex causa hæreditaria, ut quam possidet pro emptore, vel pro donato, non pro hærede, quod comprobat auctoritate Pomponii, quæ extat in *l. si quid contendis, inf. hoc t.* Igitur cum eo cohærede qui aliquid possidet pro emptore, quod ego contendo esse hæreditarium, prius debeo agere rei vindicatione incertæ partis, deinde si vicero agam famil. ercisc. sicut cum cohæres contendit se esse hæredem ex asse, prius agere debeo petitione hæreditatis, quam famil. ercisc. *l.* 1. *h. t.* hoc igitur allegatur, cohæres qui dicit se esse hæredem ex asse, suspendit judicium familiæ ercisc. sive hanc rem judicio famil. ercisc. subducit. Accurs. quidquid scripsit in hanc legem bene scripsit. Sent. hujus §. ita excipit, nisi defunctus ipse emerit rem aliquam, et hæredi tradita sit vacua possessio. Cumque ita illa hæres possidet pro emptore, venit in hanc actionem, *l. veniunt, sup. h. t.* quia origo ejus est a defuncto qui emit eam rem: quod autem ipse cohæres sibi emit, id non venit in actionem famil. ercisc. præterea Accurs. sententiæ hujus §. opponit *l. ult.* §. *quatuor, de leg.* 2. in cujus specie cohæres nomine ejus rei quam emit tenetur famil. ercisc. Species hæc est: quatuor sunt filii hæredes patris, quibus vice mutua fideicommissa pater reliquit, quæ in divisione hæreditatis præcipua haberet, id est, singulis verbis fideicommissi adscripsit prædia quædam præcipua. Fideicommissa vocat ille §. sæpe, initio tamen utitur legandi verbo, sed in libris de legatis passim legandi verbum fideicommissa significat. Igitur quatuor filiis hæredibus scriptis vice mutua pater fideicommissa adscripsit: ea fideicommissa possunt invicem petere, vel actione personali fideicommissorum, vel actione familiæ erciscundæ, *l.* 7 *C. famil. erci c.* at finge: quidam creditor patris universa bona patris occupat pignoris jure: filii eo creditore se liberaverunt, alio facto creditore, id est, versura facta, et huic posteriori creditori eadem omnia bona paterna quæ liberaverunt a priore, pignoraverunt, obligaverunt. Igitur etiam ea omnia bona occupat novus creditor, deinde hic posterior creditor dum ei debitum non solvitur, ea omnia bona vendit suo jure, id est, jure pignoris, et vendit uni ex hæredibus quasi extraneo: quæritur an cum unus ex hæredibus nunc possideat omnia bona paterna jure emptionis, possint ceteri cohæredes persequi fideicommissum. Ita distinguendum est: aut cohæredes solverunt debitum, quod ipse creditori solvit emendo bona, aut non solverunt: si non solverunt, et bona quæ emit a creditore, persequantur jure fideicommissi, repellentur exceptione doli: sed si debitum ei persolverint, tum recte persequentur ea bona quæ frater emit a creditore jure fideicommissi: loquitur tamen ille §. de actione personali fideicommissorum, sed ubi est ea actio fideicommissorum, et actio est famil. ercisc. *d. l.* 7. Igitur soluto debito fratri, quo redemit prædia paterna debita a creditore, frater cohæres tenetur actione familiæ ercisc. Denique quod emit cohæres, venit in actionem famil. ercisc. nam si venit in actionem personalem fideicommissi, venit et in hanc actionem familiæ ercisc. *d. leg.* 7. quæ cum ea concurrit. Sic respondeo: soluto debito cohæredi, id est, reddito pretio quo emit bona paterna jam non videtur ea possidere pro emptore, cum ei pretium redditum sit, sed ea videtur possidere pro hærede. Et ita quasi possessa pro hærede veniunt in actionem familiæ ercisc. Opponit etiam Accurs. *l.* 14. *sup.* quæ lex probat, hæredes deducere in hanc actionem quod extraneus possidet pro emptore, et recte statim respondet Accurs. hunc §. non loqui de eo quod extraneus possidet pro emptore, vel pro donato: id enim hæredes inter se deducunt in actionem familiæ ercisc. si nondum sit usucaptum ab extraneo, loquitur hic §. de eo quod unus ex hæredibus possidet pro emptore: hoc non venit in actionem famil. erciscundæ.

Ad §. 8. *Idem scribit*.

§. 8. *Idem scribit: Cum ego, et tu hæredes Titio extitissemus, si tu partem fundi, quem totum hæreditarium dicebas a Sempronio petieris, et victus fueris: mox eandem partem a Sempronio emero, et traditus mihi fuerit, agente te familiæ erciscundæ judicio, non veniet non solum hoc, quod pro hærede possidetur, sed nec id, quod pro emptore: cum enim per judicem priorem apparuit, totam non esse hæreditatis, quemadmodum in familiæ erciscundæ judicium veniat?*

Quod sequitur in §. *idem scribit*, sumitur ex Pomponio, tribuitur tamen Juliano in *l. si mater* §. *idem Julianus, de except. rei judic.* Et est exemplum superioris §. Species est: ego et tu cohæredes sumus, tu partem fundi quem hæreditarium esse dicebas a Sempronio extraneo possessore petiisti,

et victus es: deinde eam partem emi a Sempronio, quem ejus partis dominum esse judex pronuntiaverat, acceptus inter te et Sempronium: quæritur an ille fundus veniat in actionem famil. ercisc. minime, quia partem tuam possideo pro emptore: partem quidem meam possideo pro hærede: sed hæc pars mea amissione tuæ partis exiit de communione, *l. ex hæreditate inf. h. t.* amisisti tuam partem re inter te et venditorem meum judicata. Ergo in parte mea communionis nihil habes: denique fundus ille non potest venire in actionem famil. ercisc. cetera veniunt. Ex eo autem colligit Accursius, rem inter alios judicatam alii prodesse, quasi scilicet res inter te et venditorem judicata mihi prosit: male: nam quid habeo, quod etiamsi res non esset judicata non haberem? partem meam haberem re non judicata jure hæreditario, partem tuam si velles mihi vendere pecunia compararem, ut a Sempronio comparavi: itaque res judicata inter te et venditorem meum nihil mihi attulit. Colligerem potius secundum regulam juris, rem inter alios judicatam aliis non nocere: id est, rem judicatam inter te et venditorem meum non efficere ut tibi communicare debeam partem meam, sive non inducere communionem partis. Et ita Fulgosius recte hic.

Ad §. 9. *An ea stipulatio.*

§. 9. *An ea stipulatio qua singuli hæredes in solidum habent actionem, veniat in hoc judicium, dubitatur: veluti si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur: quia nec potest: sed verius est, non venire eam in judicium, sed omnibus in solidum competere actionem: et, si non præstetur via, pro parte hæreditaria condemnationem fieri oportet.*

Ab hoc §. exoritur quæstio de individuis obligationibus, sive de obligationib. quæ solutione, vel petitione, vel alterutro, id est, vel petitione tantum, vel solutione tantum divisionem non recipiunt: obligationes aut sunt dividuæ, aut individuæ: obligationes dividuæ dividuntur inter hæredes ex 12. tab. pro hæreditariis portionib. *l. ea quæ C. famil. ercisc.* ut si defunctus certam pecuniam stipulatus sit, vel si promiserit: nam obligationes cum dicimus, tam activas, quam passivas dicimus. Et de his obligationib. dividuis diximus in *l.* 2. *sup.* nunc tractabimus de obligationib. individuis: hæ quæ non poterant dividi l. 12. tab. non erant divisæ, ut hic dicitur, ut si defunctus stipulatus sit, vel promiserit prædiorum servitutem, veluti viam, iter, actum, servitus est individua, quia in usu solo consistit: usus autem omnis individuus naturaliter, *l. viæ, sup. de servitut. l. usus, de usu et habit.* Ergo obligatio servitutis est individua: si res in obligationem deducta individua est: consequens est ut et ipsa obligatio sit individua: qua de causa si plures stipulati sint viam, singulis competit actio in solidum, non pro parte, vel si plures promiserunt viam, singuli tenentur in solidum. Et consequenter, si stipulator viæ plures hæredes reliquerit, singulis hæredib. in solidum competit actio, vel si promissor viæ plures hæredes reliquerit, singuli tenentur in solidum, *d. l. via.* Est igitur hæc obligatio servitutis individua. At quæritur, an hæc obligatio individua, puta servitutis, veniat in hoc judicium remedio saltem aliquo, ut pleraque veniunt remediis, quæ non veniunt ipso jure. *Dubitabatur*, inquit, primo enim si in hoc judicium veniunt res dividuæ, vel divisæ certis remediis, cur non venient individuæ? natura enim hujus judicii hæc est, ut indivisa recipiat, divisa non recipiat. At si divisa quandoque recipit, cur non et indivisa: nam proprius est naturæ hujus judicii ut indivisa veniant, quam divisa: hæc igitur si veniunt, cur illa non venient? in contrarium dici potest, quod est verissimum, longe aliud esse dividua et divisa, longe aliud esse individua et indivisa: hoc dico, non idem esse dividua et divisa, individua et indivisa: hoc judicium non recipit divisa, ut nomina creditæ pecuniæ, dividua recipit. Præterea hoc judicium indivisa recipit, individua non recipit: individua non potest recipere igitur obligationes individuas non recipit. Dices: non potest quidem recipere obligat. individuas ut dividantur, quia natura non possunt dividi, sed recipient eas ut attribuantur et adsignentur uni ex hæred. sicut divisas obligat. hoc judicium non recipit, ut dividantur, sed ut attribuantur, *l.* 3 *sup. h. t.* Dicam obligationem individuam non posse venire, ut attribuatur uni ex hæred. cum jam unicuique sui natura sit attributa. Ex his efficitur in actionem famil. ercisc. obligat. individuam nullo modo venire, neque ut attribuatur, neque ut dividatur. Quid igitur fiet? res uti procedat in stipulatore viæ, docet prius, deinde uti procedat in promissore: videamus de stipulatore. Si stipulator viæ decesserit plurib. hæredibus relictis, singuli viam vindicabunt in solidum actione confessoria, quia non possunt vindic. pro parte: sed si via non fiat omnib. hæredib. condemnatio fiet pro hæreditaria parte nomine ejus quod interest. Condemnatio certæ pecuniæ fieri potest pro parte hæredit. via cedi pro parte non potest, quia natura divisionem non recipit, *l.* 2. *et l. stipul. inf. de verb. obl.* Dicimus, a stipulatore viæ relictis pluribus hæredibus vitiatam videri stipulationem, quod res sit deducta in eum casum a quo incipere non potest: si ab initio plu-

res fuissent domini fundi dominantis, unus non potuisset fundo communi acquirere servitutem: nunc sunt plures domini fundi dominantis, quia plures hæredes. Ergo corrupta est stipulatio, quia venit in eum casum a quo incipere non potuit: et singulis non potest via cedi pro parte, quia individua est: non potest etiam singulis cedi in solidum, quia singuli non habent dominium in solidum fundi dominantis. Igitur vitiata videtur stipulatio successione plurium hæredum: sed receptum est, hoc casu cessare illam regulam, id est, si res sit deducta in eum casum a quo incipere non potuit, et nihilominus durare obligationem, et singulis dari actionem in solidum, *l. 2 de servit. leg.* condemnationem tamen pecuniæ fieri pro parte hæreditaria: nec mirum cum etiam ab initio fundum qui non habet, possit stipulari servitutem, ut singuli hæredes non habeant fundum pro solido, ad quem defunctus est stipulatus viam: sed et si stipulator ipse nullum habuisset fundum stipulationis tempore, non ideo esset inutilis stipulatio viæ, *l. existimo, de verb. obl.* quod melius intelligetur cum demonstravero uti in promissore res procedat. Finge: promissor viæ decessit plurib. hæredib. relictis: singuli hæredes tenentur in solidum ut viam cedant, id est constituant, præstent; et hoc judicio famil. ercisc. inter hæredes hæc obligatio non potest dividi, quia natura non patitur nec potest attribui cum jam sit attributa singulis in solidum. Ergo hoc etiam casu non corrumpitur obligatio, licet in eum casum pervenerit a quo incipere non potest: nam ab uno ex plurib. dominis non potest servitus fundo communi imponi, omnium consensus exigitur, *l. 1. de servit. l. si unus l. fundus mihi tecum, de servit. rustic. præd.* sed placet ut ait in §. *contra* in hac l. hoc etiam casu non observata illa regula de obligatione perimenda, quoties deducitur in eum casum a quo incipere non potest, obligationem durare, licet singuli hæredes non habeant fundum servientem pro solido, et possit ille fundus in divisione hæreditatis uni obvenire totus. Igitur licet eum fundum servientem non habeant in solidum; tenentur tamen viam præstare in solidum: nec mirum, cum etiam is qui fundum nullum habet qui serviat, viam possit promittere, cedere eam non potest cum fundum non habeat, quia via non potest esse sine fundo: aliud est igitur servitutem vel viam cedere: præstare, constituere, aliud stipulari, vel promittere qui fundum non habet, potest promittere servitutem vel stipulari: cedere, vel acquirere non potest: sic dominus fundi non potest imponere servitutem sub conditione sed pure *l. 4. de servit. sup.* promittit vel stipulatur sub conditione: recte. Similiter servitutem servitutis stipulari possumus, cedere non possumus, *l. cum essent §. ult. de serv. rust. præd.* et pariter stipulatio viæ vitiatur et corrumpitur parte fundi vendita, constituto viæ non item, *l. ut pomum, §. 1. l. pro parte, sup. de servit.* Igitur ut in hoc proposito, singuli hæredes promissoris tenentur in solidum, licet verum sit non posse singulis cedere servitutem in solidum, cum fundi servientis domini sunt pro parte tantum: omnes possunt simul cedere, non singuli: quid igitur fiet? æstimabitur lis, et si unus ex eis conveniatur in solidum, præstabit solidam æstimationem litis, quia tenetur in solidum: verum si solidam æstimationem præstiterit stipulatori, postea in actionem familiæ ercisc. deducet quod præstitit, id est, partem pecuniæ solutæ recipiet a cohæredib. ut in *l. 2. §. ex his, de verb. obl.* vel etiam si prius actum sit famil. ercisc. inter eos cohæredes quam quidquam præstiterit stipulatori, invicem cavebunt, ut si quis eorum conventus a stipulatore litis æstimationem præstiterit, partes consequatur a ceteris: et ita nihil damni faciet qui æstimationem solidam præstiterit. Ad ea quæ diximus de individuis obligationibus addenda sunt et illa quæ sequuntur. Primum statuo, difficultatem præstationis non corrumpere stipulationem, *l. 2. §. ex his, de verb. obl.* Et probatur duobus modis: uno quod, etsi servitus non possit præstari ei vel servitutem non possit præstare is qui fundum non habet, tamen stipulari et promittere servitutem potest qui fundum non habet: hæc difficultas præstationis non vitiat stipulationem et contra, *l. existimo, de verb. obl.* Altero modo quod et si cum stipulator vel promissor servitutis plures hæredes reliquit singulis hæredibus stipulatoris præstari, singulive hæredes promissoris præstare in solidum servitutem non possunt, quod non sint domini fundorum in solidum, tamen ex stipulatu actio est in solidum. Et primum hæredibus stipulatoris singulis competit actio in solidum ex stipulatur, viam dari oportere: promissor tamen in id tantum condemnatur quod cujusque hæredis pro hæreditaria portione interest: nam quid præterea desiderant, si quisque consequatur quanti sua interest pro sua parte? moderamur actiones in condemnatione pro modo ejus quod actoris interest, in hæredes autem promissoris stipulatori est etiam actio in solidum, et condemnatio fit in æstimationem servitutis integram, quam tamen si stipulator consecutus fuerit ab uno hærede promissoris, ceteri liberabuntur: præterea sciendum est hæredes stipulatoris hanc stipulationem servitutis in actionem famil. ercisc. nullo modo deducere posse: hæredes promissoris deducunt indemnitatem, ut si quid unus præstiterit solus pro æstimatione servitutis, pro partib. id ei reficiant ceteri. Item sciendum est idem in hæredib. stipulatoris et promissoris jus esse, ut duret obligatio et

individua permaneat, licet præstatio servitutis difficilis sit. Et quod elicitur in §. *contra*, durare obligationem, quoniam viam promittere et is potest qui fundum non habet, id etiam addi potest et dicitur ad *h.* §. durare stipulationem, quoniam viam stipulari potest qui fundum non habet: hic erit utrobique sensus, durare obligationem, id est, non corrumpi propter difficultatem præstationis, quod scilicet singuli hæredes insolidum agant: vel communicatur, licet non possit singulis servitus præstari in solidum, vel licet singuli non possint servitutem præstare in solidum: quod ita probatur, quoniam etsi sit summa et evidens difficultas in præstatione servitutis, cum is qui fundum non habet servitutem stipulatur vel promittit, tamen stipulatio non ideo est inutilis: ut hoc casu, ita et illo difficultas præstationis non corrumpet obligationem, et ita accipiendum quod ait in *d.* §. *contra* nec dubium quin duret, quoniam viam promittere et is potest qui fundum non habet, ubi scilicet est summa difficultas præstationis præstari non potest, promitti potest: et idem dicendum est, ut dicitur in §. *contra*, si quis plurib. hæredib. relictis extraneo viam legaverit: nam ita contrahitur obligatio viæ, et hic singuli hæredes testatoris tenentur in solidum, licet non possint præstare viam in solidum, et lis æstimatur in solidum: eoque nomine ei qui præstiterit litis æstimationem ceteri cohæredes sarcient damnum, vel invicem interponent cautiones de indemnitate.

Ad §. 12. *In illa quoque.*

§. 12. *In illa quoque stipulatione prospiciendum est cohæredibus, si testator promiserat, neque per se, neque per hæredem suum fieri quo minus ire agere possit: quoniam uno prohibente, in solidum committitur stipulatio: ne unius factum ceteris damnosum sit.*

Obligatio servitutis, ut si quis stipuletur viam dari, ejus est generis, ut neque in petitione, neque in solutione divisionem recipiat, quia neque peti pro parte, neque solvi pro parte potest: petitur in solidum et præstatur in solidum: et adjicendum est, huic obligationi servitutis similem esse obligationem legati ita relicti, ut si testator jusserit hæredes statuam ponere in foro, vel opus civitati facere, vel balneum extruere civitati: nam ut hic singuli hæredes in solidum tenentur, a singulis potest peti solidum, nec liberantur nisi præstiterint solidum, non videntur satisfecisse obligationi nisi opus solidum perfecerint et consumaverint, *l. si is qui* 40. §. *ult. ad l. Falcid. l.* 11. §. *pen. de leg.* 3. *l. in executione* §. 2. *de verb. obl.* quæ l. pertinet ad hanc quæstionem. Quamobrem hæredes qui eo legato onerati sunt, eo nomine per arbitrum divisionis se indemnes præstare debent, *l. inter* §. *ult. hoc t.* Species est duo hæredes jussi sunt statuam ponere in foro civitatis: unus posuit suis sumptibus solus, et necesse habuit ponere integram statuam altero cessante, quia non potuit defungi solutione partis, id est, non potuit hoc expedire pro parte: ideoque arbitrio famil. ercisc. a cohæredib. consequetur partem sumptuum boni viri arbitratu: hæ igitur duæ obligationes, neque in petitione, neque in solutione divisionem recipiunt: obligatio autem de qua agitur in hoc §. non est ejusdem generis: nam in petitione quidem divisionem non recipit, in solutione recipit: et est similis ei obligationi de qua agitur in *d. l. in executione* §. *in solidum:* venditor emptori promisit duplam evictionis nomine: decessit relictis plurib. hæredib. emptori fit controversia de proprietate rei emptæ, quid faciet? denuntiabit omnibus hæredib. venditoris, uti liti adsistant, utque rem defendant singuli in solidum. Finge: unus ex eis non defendit, non substitit liti: stipulatio duplæ committitur in solidum ab omnibus, et ab eis qui substiterunt liti, sed non condemnantur nisi pro parte hæreditaria. Et ita divisio in solutione fit pro portionib. hæreditariis: stipulatio in solidum committitur, id est, omnes videntur commisisse in stipulationem, ex ea singuli quodammodo conveniuntur. Eadem est conditio stipulationis, de qua agitur in hoc §. ut si quis promiserit per se vel hæredem suum non fieri quo minus mihi per fundum suum ire agere liceat: hic promissor si decesserit plurib. hæredib. relictis, et unus eorum me tantum prohibeat ire agere, stipulatio in pœnam vel in id quod interest committitur in solidum, quia dum me unus prohibet, perinde est acsi omnes prohiberent id id est, uno prohibente, prohibeor in totum, non in partem. Et ideo stipulatio committitur in solidum ab omnib. et tenentur ex ea singuli in solidum, non tamen condemnantur nisi pro parte hæreditaria, et quod præstiterit is qui contra stipulationem fecit, id non consequitur a suis cohæredib. quia sui facti pœnam præstitit; quod tamen præstiterunt hi qui me non prohibuerunt, id a cohærede qui prohibuit recipient judicio famil. ercisc. vel si nondum actum sit ex ea stipulatione, eodem judicio famil. ercisc. is qui prohibuit, cavebit ceteris de indemnitate, quia æquum non est ut factum ejus cohæredib. noceat, *l. inter* §. *quod ex facto*, *h. t. l.* 2. §. *item si*, *l.* 4. § *Cato*, *l. in executione*, §. *si stipul. de verb. obligat.* Et hoc est quod ait in hoc §. prospicere debet judex ne unius factum, id est, unius prohibitio ceteris damnosa sit: hæc stipulatio consistit in facto, *d.* §. *item si*, in facto, quia, promittit per se vel hæredem suum non fieri quo minus mihi

ire agere liceat : hac promittit se non prohibiturum: non prohibere est facere, non facere est facere: imo vero dum promittit se non prohibiturum, se facturum, et curaturum ut ire agere liceat, *l.* 50. *et l. inter stipul. in princ. de verb. obl.* Et brevitate sermonis hæc stipulatio, *per te non fieri, etc.* ita concipitur in *d.* §. *Cato*; iter fieri, vel iter patefieri: stipulatio superior de qua tractatum est in §. *an ea*, et seq. est, *iter dari*: hæc stipulatio, de qua hic agitur, est *iter fieri*: neque placet nova quorundam sent. qui differentiam faciunt inter stipulationem *iter fieri*, et stipulationem *per te non fieri*: nam huic differentiæ refragatur ratio ipsa, et lectio Flor. *d.* §. *Cato*, in quo ait, *non nisi in solidum peccari posse in illam stipulationem*, id est, non nisi in solidum committi posse in illam stipulationem, et sunt illa verba legenda sine ulla interpunctione, illi legunt, *ut in illa stipulatione*: itaque nihil interest sive iter fieri stipuleris, vel per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat. Ceterum sciendum est huic stipulationi similem esse stipulationem hanc, *a te hæredeque tuo dolum malum abesse, abfuturum esse*: nam hic promissor si decesserit relictis pluribus hæredibus, uno dolum faciente, ab omnibus committitur stipulatio, idest, omnes tenentur, sed condemnantur tantum pro hæreditaria parte. Et quod innocentes præstiterint, repetent a nocente, *l. inter* §. *quod ex facto, hoc t.* Et in *l.* 4. *in princip. de verb. obl.* ubi dicit eadem esse dicenda de stipulatione dolum abesse, quæ dicta sunt *sup.* de stipulatione *per te iter fieri, vel non fieri*: et tamen quidam dicunt id corrigi postea in *d.* §. *Cato* his verbis: *sed videamus ne non idem hic sit*, quod scilicet in stipulatione per te non fieri, et *hic*, id est, in stipulatione dolum malum abesse: locum perspicuum qui est initio legis destruunt loco obscuro, his verbis: *sed videamus ne non idem hic sit*, et non animadvertunt ad *d.* §. *quod ex facto*, in quo Paulus pares facit in hac re duas stipulationes, *dolum malum abesse, et a te hæredeque tuo, et per te non fieri.*

Ad §. 13. *Idem juris.*

§. 13. *Idem juris est in pecunia promissa a testatore, si sub pœna promissa sit: nam licet hæc obligatio dividatur per legem duodecim tabularum: tamen, quia nihilum prodest ad pœnam evitandam, partem suam solvere, sive nondum soluta est pecunia nec dies venit, prospiciendum est per cautionem, ut de indemnitate caveat, per quem factum fuerit, ne omnis pecunia solveretur aut ut caveat, se ei, qui solidum solverit, partem præstaturum: sive etiam solvit unus universam pecuniam quam defuncti promittit ne pœna committeretur, familiæ ercisc. judicio a cohæredibus partes recipere poterit. Idem observatur in pignoribus solvendis: nam nisi universum quod debetur offerretur, jure pignus creditor vendere potest.*

In §. *idem juris* ponitur tertium genus obligationis, quæ scilicet in petitione divisionem recipit, in solutione non recipit, ut si quis promittat certam pecuniam sub pœna vel sub pignore, nisi præstiterit: utrumque intervenit firmandæ nimirum stipulationis causa, id est, ut securus sit creditor, et est utriusque causa individua, pœnæ causa est individua, pignoris causa est individua, *l.* 18. §. *Celsus*, *hoc t. l. rem inf. de evict.* et in *d. l. rem*, ait pignoris causam esse *indivisam*, *pro individuam*, ut in *l. viæ, sup. de servit.* usum servitutum esse *indivisum*, id est individuum: nam si proprie loquamur, aliud est indivisum, aliud individuum: nam indivisa esse possunt quæ sunt dividua. Verum ad rem: promisit quidam certam pecuniam sub pœna, vel sub pignore, et reliquit plures hæredes: stipulator ab uno ex hæredibus non potest petere nisi pro parte hæreditaria: nam obligatio pecuniæ divisa est ex 12. tab. Conventus tamen hæres unus pro parte hæreditaria cogetur solvere solidum, ut pœna evitetur, quæ in solidum committitur, nisi omnis pecunia solvatur, vel ut pignus luatur, et non distrahatur, quod in solidum perseverat, nisi omnis pecunia soluta sit: hac igitur ratione propter accessionem pœnæ vel pignoris cogetur creditori agenti pro parte solvere pro solido: si ergo unus ex hæredibus, pœnæ evitandæ causa, vel pignoris luendi causa, conventus pro parte solidum solverit, recipit partes a suis cohæredib. judicio famil. ercisc. pro quorum partibus eos liberaverat pœna, quorum partibus pignus liberaverat, quod non potuisset liberare nisi solido præstito, vel interponentur cautiones de indemnitate, quod proponitur in hoc §. Idem dicendum erit, si maritus uxori legaverit usumfructum fundi donec tota dos ei ab hæredibus suis solveretur: qua de re pugnant valde *l. inter*, §. *pen. hoc t. et lex cui, ususfruct. de usuf. leg.* dico esse antinomiam veram, et tres Accurs. solutiones non posse explere animum. Sed rem examinemus: igitur testator legavit usumf. fundi, *donec tota dos ei solveretur*: mulier ex stipulatione dotis egit adversus unum ex hæredibus pro parte hæreditaria: is totam dotem solvit ususfructus perimendi causa, an consequetur præstitæ dotis partes ab hæredibus? sic sane: quia non potuisset usumfructum perimere, ne pro parte quidem dotis solutæ, vel etiam ut fit in causa pignoris *l.* 18. §. *Celsus sup.* cohæredes ejus cogentur solvere pro hæreditariis partibus, vel cavere de indemnitate.

Et hoc traditur ex Cassio in *d. l. inter* §. *pen.* Itaque necesse est, totam dotem solvi, ut ususfr. perimatur. Cur ita? quia testator videtur constituisse usumfr. uxori in fundo in vicem pignoris pro dote, donec dos solveretur. Constat pignus sive hypothecam testamento posse constitui, *l. non est mirum. inf. de pignor. act. l.* 6. *commun. de legat.* Constat etiam ante Justin. mulierem pro dote non habuisse tacitam hypotecam: et ideo maritus ei constituit usumf. pro dote vice pignoris: ideoque exemplo pignoris, non extinguitur ususf. nisi tota dos soluta sit, et ita Cassius. Labeo dissentiebat, et censebat soluta parte dotis, vel ubi unus ex hæredib. satisfecisset, aut satisdedisset pro parte, usumf. perimi pro parte *d. l. cui ususf.* ubi citatur Labeo, et est ex posterioribus lib. Labeonis editis a Jaboleno. Diversæ sectæ fuerunt Cassius et Labeo: harum sectarum hoc unum est vestigium: Labeo spectabat naturam ususfr. quæ dividua est: Cassius spectabat voluntatem testatoris, qui pignoris legavit usumf. idemque voluit in hoc usuf. statui quod in pignore, cum pro pignore habeatur donec dos solvatur, et ita merito approbatur sent. Cassii in d. §. pen. Quod diximus in pignore conventionali, et testamentario, idem dicendum in pignore prætorio, ut si legatarius dum ei non cavetur legati nomine, missus sit in possessionem legati nomine, eam possessionem habet vice pignoris. Est id pignus Prætorium: unus ex hæredibus solvit ei solidum legatum ut solveret pignus Prætorium: consequetur partes a cohæredib. hoc judicio famil. ercisc. in *l.* 18. §. *ult. sup. et in* §. *si unus, h. l.* Idem erit in noxæ deditione: servus hæreditarius furtum fecit extraneo: is cui furtum factum est, agit noxali actione in unum ex hæredibus qui sic servum defendit in solidum: nam hæc defensio servi individua est, et pro ea solvet integram æstimationem, id est, duplum vel quadruplum, cum scilicet expediret potius præstare damnum integrum quam servum noxæ dedere: hic rem communem egit probe: et hac ratione partes recipiet a cohæredibus, *d.* §. *si unus,* quoniam id non potuit gerere pro parte, necesse habuit servum defendere in solidum: et generaliter quæ non possunt expediri pro parte, si unus hæres fecerit in solidum, non tam sponte, quam necessario, locus est actioni famil. ercisc. an etiam sit locus actioni negotiorum gestorum diximus in l. 16. et 18. h. t. Hæc de individuis obligationibus, inter quas animadvertendum est non poni stipulationem, *amplius non agi,* vel stipulationem, *rem ratam haberi*: nam hæ sunt dividuæ, id est, ex his stipulationibus ex plurib. hæredib. promissoris is solus tenetur pro sua parte qui non habuit ratum, vel qui egit contra quam fuerat promissum: ceteri non tenentur: hæc enim facta dividua sunt: et ideo uno faciente omnes non incidunt in stipulationem, et ex hæredib. stipulatoris, is tantum habet actionem pro sua parte in quam actum est re rata non habita. Ceteri non habent actionem, *d. l. inter* §. *si quis, et d.* §. *Cato*: in quo stipulationi amplius non agi, comparatur stipulatio de rato in illo versic. *sed videamus quod utraque sit dividua.* Et ostenditur, idem non esse in eis quod in stipulatione *per te non fieri,* in qua uno prohibente omnes incidunt in stipulationem et obligationem, omnibus committitur stipulatio: ut igitur stipulationes dandi sunt aliæ dividuæ, aliæ individuæ, ita stipulationes faciendi aliæ sunt dividuæ, aliæ individuæ: et differentiam inter eas exponit ille §. *Cato*: §. *non tantum,* exposui in *l.* 16. *sup.*

Ad §. 17. *Si incerto.*

§. 17. *Si incerto homine legato, et postea defuncto legatario aliquis ex hæredibus legatarii non consentiendo impedierit legatum, is qui impedit, hoc judicio ceteris quasi intersit eorum, damnabitur. Idem est si e contrario unus ex hæredibus, a quibus generaliter homo legatus est quem ipsi elegerint, noluerit consentire ut præstetur quem solvi omnibus expediebat: et ideo conventi a legatario judicio, pluris damnati fuerint.*

In §. *non tantum sup. h. l.* generaliter definitur, in actione famil. ercisc. venire dolum et culpam cohæredum, qua de re dictum est in *l.* 16. *sup.* Et præterea hujus rei exemplum dedit sup. in hac *l.* §. *in illa quoque stipulatione,* ubi quod cohæredes præstiterunt ex facto unius ex hæredib. qui stipulatorem viæ prohibuit ire agere, de eo indemnes præstantur hac ratione, quia culpa cohæredis nocere ceteris non debet. Dantur etiam alia exempla in *hoc* §. quib. culpa cohæredis venit in actionem hanc: ait, *si incerto homine legato, etc.* paulo post ait, *generaliter homine legato*: utrumque idem est: ut si quis legaverit ita, hominem lego, incertum hominem legavit, hominem generaliter legavit: optionis legatum, ut si dixerit hominem optato, vel hominem eligito, idem non est prorsus, licet comparentur in multis, *l.* 3. *qui et a quib. manumis. l.* 2. *et* 9. §. 1. *de opt. leg.* et in utroque legatarii est electio sive sit legata optio hominis, sive homo generaliter; sed legatum optionis in hæredem non transmittitur, quia est conditionale, legatum hominis incerti transmittitur, *l. ult.* §. *in primis C. comm. de leg.* qua de causa, et hic cum de plurib. hæredibus legatarii quæreretur, non optionem, sed hominem generaliter legatum proponitur, hæredis tamen etiam optionis legatum in hæredem transmittitur, et pro puro habetur ex constitutione Justiniani, §. *optionis, Instit. de legat.* ante

non transmittebatur, et hoc distabat a legato hominis. Item ante eam constitutionem Justiniani homine generaliter legato, si legatarius plures hæredes reliquisset, et non consensissent hæredes in homine eligendo, invicem se impediebant, ut in specie *l. quoties*, *sup. de usufr.* id est: legatum inutile constituebatur etiam uno dissentiente: nam in eligendo omnes debent consentire: is tamen qui dissensisset, doli vel culpæ nomine ceteris tenebatur judicio famil. ercisc. in id quod interest: hodie si hæredes non consentiant in eligendo homine, res sorte dirimitur, sive optio legata fuerit, sive homo incertus, et is eligit hominem cui electionem sors dederit, *l. ult. C. commun. de leg.* quo casu etiam hodie poterit dici, esse actionem famil. ercisc. videlicet si quid cohæredum intersit ob unius dissensum rem in sortem non fuisse deductam, id est, quod uno dissentiente coacti sint rem in sortem deducere, ac non potius consentire in eo eligendo quem eligi omnib. expediebat. Itaque hodie potest esse locus definitioni hujus §. re finita sorte: et sic ex diverso si testator homine generaliter legato electionem reservaverit hæredib. nominatim, ut si dixerit, *hominem lego quem hæredes elegerint*: et hæredes non consentiunt in præstando homine quem præstari omnib. expedit, et ideo legatario pluris condemnandi sunt, id est, judice litem æstimante pluris ob contumaciam: is qui dissensit, tenetur ceteris in id quod interest actione famil. ercisc. *§. pecul. in fine, Instit. de leg. l. 2. de opt. leg.* Ex hoc §. præterea colligitur, homine generaliter legato legatarii esse electionem: nisi aliud testator dixerit, quod verum est in legato relicto per vindicationem, veluti *hominem do, lego*: in legato relicto per damnationem hæredis est electio, ut *hominem dato, dare damnas esto*, Ulp. in Frag. *tit. de leg. l. si a substituto* §. 1. *de leg.* 1. Cic. 2. de inventione: *hæres vasa dato*, inquit, quod est legatum damnationis, et ait etiamsi non scribat quæ volet hæres, non est dubium quin det quem volet hæres, quia in his legatis damnationis, hæredis est electio: vera est opinio Rogerii, ab initio hæredis esse electionem, videlicet si legatus sit per damnationem: vera etiam est opinio Bulgari, ab initio legatarii esse electionem, videlicet si legatus sit per vindicationem: vera est opinio Joannis quam subjicit Acc. hæredis esse electionem si homo generaliter sit legatus per vindicationem si nulli sint homines, et servi in hæreditate, quia tunc alienum hominem videtur testator legasse, cum ipse non habeat homines: alienæ autem rei vindicationem legatarius non habet, quia perinde est ac si legasset per damnationem ex SC. Neroniano, ut Ulp. scribit in *Frag. tit. de leg.* Igitur ei dabitur actio ex testamento quasi legato relicto per damnationem, non etiam rei vindicatio; ideo electio erit hæredis, non legatarii, sicut si nominatim legasset per damnationem: sed hoc male Joannes probat ex *l. 3. et 4. de trit. vino et oleo leg.* Qui vinum non habebat, legavit vinum amphorarum 100. vel qui oleum non habebat, legavit certum pondus olei: lex ait, hæredem empturum et soluturum, hæredem electurum: eo non probatur, quod Joannes dixit de servis quia illæ leges non loquuntur de servis, sed de rebus quæ pondere, numero, vel mensura constant, quæ in hoc tractatu semper sunt separanda a corporibus: veluti in servis, cujus sit electio quæritur, quia incertus homo legatus est: in illis reb. nunquam quæritur cujus sit electio, quia quantitas legata est certa, quæ sola spectatur in his reb. non species ipsa: ea vero est certa, ut si legentur nummi 100. et nulli sint nummi in hæreditate, an quæremus cujus sit electio? minime, quia quantitas legata est tantum. Ea vero est certa. Præstabit ergo nummos 100. hæres quos volet, etiam exiguiores et viliores, *l. nummi de lega'.* 3. Itaque ad servos male argumentum ducimus a quantitatibus. Cetera quæ in hoc §. notat Acc. ex Joanne sunt verissima, sed magis pertinent ad quæstionem *l. legato generaliter, de leg.* 1.

Ad §. 18. *Item culpæ.*

§. 18. *Item culpæ nomine tenetur, qui cum ante alios ipse adiisset hæreditatem, servitutes prædiis hæreditariis debitas passus est non utendo amitti.*

Ostendit etiam alio exemplo, culpæ nomine cohæredes alios alii teneri hoc judicio, ut si cum unus prior adiisset hæreditatem, passus sit servitutes debitas prædio hæreditario non utendo amitti. Hic merito culpatur hoc judicio: nam ipse utendo servitute totam servitutem retinuisset, et sibi et cohæredibus .i. fundo quia servitus est individua, et qui ea utitur, pro solido utitur: usus non potest scindi. Itaque ipse utendo totum jus usurpasset, *l. 5. et 6. sup. quemadmod. servit* in fundo secus esset, qua de causa, et hic ponitur exemplum servitutis rei individuæ, non fundi: nam si forte fundum hæreditarium possideat extraneus bona fide unus ex hæredibus qui prior adiit, non potest interpellare usucapionem fundi pro parte omnium, pro sua parte potest. Itaque si interim usucaptus sit fundus, culpæ vitio verti non potest, quia non potuit interrumpere usucapionem fundi. Et ideo caute exemplum servitutis posuit, quod Fulgosius animadvertit hoc loco: exceptio autem recte additur ab Acc. ad hunc §. *nisi paucissimi dies*, inquit, *supererant ad amittendam servitutem*, tunc non culpatur si amiserit servitutem, ut *l. si fundus, de fun. dot. inf.*

Ad §. 19. *Si filius.*

§. 19. *Si filius, cum patrem defenderet, condemnatus solverit, vel vivo eo, vel post mortem, potest æquius dici, habere petitionem a cohærede in familiæ erciscundæ judicio.*

Sententia est: filius emancipatus patrem judicio defendit, id est, suscepit litem pro patre, et condemnatus est: solvit ex causa judicati vivo aut mortuo patre: quæritur cum ipse hæres extiterit patri, adjecto cohærede, an possit a cohærede consequi pro parte, quod solvit quasi defensor patris: I. ait, eum posse consequi judicio famil. ercisc. quia debitum testatoris solvit, et coactus est totum solvere, ex damnatione sc. Contra hoc: non videtur venire in judicium famil. ercisc. quia non tanquam hæres solvit si solvit vivo patre, certe non solvit quasi hæres: imo et si solvit mortuo patre, non solvit quasi hæres, quia non est conventus quasi hæres, sed quasi defensor patris ex causa judicati. Ergo id non potest deducere in actionem famil. ercisc. *l.* 16. §. *sed et si dolo, sup.* nam in hoc judicium veniunt ea tantum quæ quis facit tanquam hæres: dicendum est, hic etiam non dari directam actionem famil. ercisc. eo nomine: nam I. ait, *potest æquius dici*, quibus verbis significat utiliem actionem dari, ut *l. qui erat, inf. hoc tit.*

Ad §. 20. *Judex.*

§. 20. *Judex famil. ercisc. nihil debet indivisum relinquere. Item curare debet, ut de evictione caveatur his quibus adjudicat.*

Subjicitur de officio judicis: sententia generalis duo injungit judici, ne quid indivisum relinquat, et ut curet caveri de evictione eis quibus adjudicat rem totam, quia adjudicatio veluti venditio est: potest tamen hæc omittere, et non exigere cautionem evictionis, sed supererit actio præscriptis verbis, quasi contractu habito proximo venditioni, id est, quasi permutatione partium facta, *l. si famil. C. h. t.* Et stulta est opinio Othonis quam hic refert Acc. qui existimabat, deficiente conditione, non competere actionem de evictione. Imo et si judex omiserit, erit actio præscriptis verbis: potest etiam judex aliquid forte indivisum relinquere, et eo casu supererit actio communi divid. *l.* 20. §. *famil. h. t.* Actio famil erciscund. non erit ob rem quæ indivisa remansit, quia non potest iterari. Dico actio famil. ercisc. nam si hæredes sine actione diviserint bona, id est, si conventione diviserint, et aliquid indivisum reliquerint, supererit actio famil. erciscund. qua nondum actum est, *l.* 1. *C. h. t.* et rursus si in actione famil. ercisc. judex aliquid indivisum reliquerit, supererit actio communi dividundo. Nec obstat quod dicitur de eadem re non posse agi alia actione: hoc est verum, id est, de re judicata semel, neque eadem, neque alia actione iterum agi potest, *l.* 5. *sup. de except. rei jud.* Ergo de re, quæ mansit indivisa in actione famil. ercisc. postea non poterit agi communi divid. hoc nego: nam non agitur de eadem re: actum fuit priore judicio de universa familia: nunc agitur de speciali, quæ indivisa remansit: multum interest utrum quid universaliter, an specialiter, tractetur: fuit quidem illa res in universa familia, nec debuit indivisa relinqui, sed vitio judicis vel litigatorum injuria indivisa relicta est, cur non supererit actio de ea dividenda? Ad hæc quærunt, cur non iteratur actio famil. ercisc. petitio tamen hæreditatis iteratur, quæ est etiam de universo jure, *l.* 1. §. 1. *sup. si pars hæred. pet.* Hic distinguo: aut adversus eundem iteratur, aut adversus alium: adversus alium utraque iteratur, et petitio hæreditatis et actio familiæ: ut si habeam plures cohæredes, et cum paucioribus egero famil. ercisc. ut possum, postea cum ceteris agam famil. ercisc. et ita hanc actionem iterabo adversus alios, *l.* 2. §. *pen. h. t.* Adversus eundem non iteratur famil. erciscundæ actio: petitio hæreditatis adversus eundem iteratur: differentiæ ratio est, quia in actione famil. ercisc. judex pronuntiat de universo jure hæreditario: et ideo de eo jure lis denuo iterari non potest cum eodem adversario, quia sententia judicis consopivit omnia. In petitione hæreditatis, licet hæc actio sit de universo jure inspecta intentione, et assertione actoris, judex tamen non pronuntiat de universo jure, sed tantum de eo restituendo, quod adversarius possidet: et ideo si idem adversarius postea aliam rem hæreditariam occupaverit, eadem actio potest repeti in eum. Denique in actione famil. erciscund. non tantum actio, sed etiam condemnatio formatur ex persona litigatorum omnium, qui omnes permixtim sunt actores et rei: in petitione hæreditatis actio formatur ex persona actoris, condemnatio ex persona rei, id est, ex eo solo, quod tunc possidet reus: et ita explicanda sunt ea quæ tradit Acc. in *l.* 20. §. *famil. h. t.* Sed ex iis colligitur, sent. judicis famil. ercisc. valere etiamsi aliquid indivisum reliquerit ex *d.* §. *famil.* Obstat valde *l.* 27. *inf.* quæ ait, *in hoc judicio, etc.* Dico l. 27. esse accipiendam de præstationib. personalib. non de reb. idque his verbis demonstrari, *condemnationes, et absolutiones in omnium persona facienda sunt*: et id totum ita declaro: hoc judicium constat ex duobus, ex rebus et præstationib. personalib. est enim mixtum: res in hoc judicium deducuntur uno titulo familiæ sive universitatis, non specialiter: præstationes personales deducuntur specialiter: nam quisque petit, quod sua interest,

et causam affert, alioqui vaticinari judicem oporteret: et præterea rerum nomine adjudicationes et condemnationes fiunt, absolutiones nunquam fiunt, vel omnibus adjudicatur sua cuique pars, præstationum personalium nomine fiunt condemnationes et absolutiones: ut si unus ex hæredibus petierit sumptum sive impensam aliquam, quam dicit se fecisse in rem communem, condemnatur cohæres ut partem præstet, vel absolvitur: denique de reb. id est, de hæreditatis divisione videtur judex recte pronunciasse etiam si quid indivisum reliquerit, *d.* §. *famil.* quia res deductæ sunt generaliter, non specialiter, et facile est aliquid prætermittere cum res deducuntur generaliter non specialiter. Et sic e contrario si judex diviserit, quod non debuit dividere, non ideo minus valet divisio hæreditatis, *l. quædam h. t.* quæ repetitur in *l. ult. de jure patron.* proponitur in ea decretum Severi et Antonini, licet ibi non nominentur Imperatores: sed inscriptio id indicat. Est enim ex libris Pauli decretorum, quibus collegit decreta Severi et Antonini: et species est: ego et tu hæredes sumus Titii, qui testamento jussit nos alimenta certa præstare libertis suis quotannis: sumpsimus arbitrum famil. erciscund. arbiter divisit non tantum res hæreditarias, sed et libertos in solidum, ut ego essem illorum libertorum patronus, tu illorum, et divisit alimenta, quæ jussi sumus præstare libertis: non videbatur mihi judex jure divisisse libertos et alimenta: ideoque appellavi ad principes, sed appellationem executus non sum: appellanti licet pœnitere etiam post libelli dationem, *l. si quis libellos, C. de appellat.* quinimo consensi divisioni ab arbitro factæ, et secundum eam divisionem multis annis alimenta libertis præstitimus: ideoque præscriptione sum exclusus a jure appellationis, quia multis annis alimenta præstiti, et ideo præscriptione sum exclusus a jure appellationis, quia multis annis tacui, et parui sententiæ: nunc tamen eam causam introduco apud principem, an possum? sic sane: quia licet sim exclusus a jure appellationis propter præscriptionem temporis, tamen verum est ipso jure nullam esse divisionem libertorum: *Qu'il y a nullité.* De nullitate agi potest semper sine metu præscriptionis, *l. si expressum, de appellat.* ipso jure nulla est divisio libertorum, quia non erant in hæreditate liberti, non augent hæreditatem liberti, locupletiorem non faciunt hæreditatem, sicut non dicitur locupletior qui libertum acquisivit, *l. nemo de reg. jur.* Igitur nulla fuit ipso jure divisio libertorum, atque ita principes pronunciarunt divisionem hanc nullam esse, omnes hæredes esse patronos libertorum omnium, cum testator nemini eos nominatim adsignaverit, divisionem tamen hæreditatis valere. Et ita sicut valet sententia judicis hujus familiæ ercisc. licet aliquid non diviserit, quod dividere debuit, ita quoque si quid diviserit quod non debuit. De præstationib. personalibus judex non videtur recte pronuntiasse, nisi pronunciaverit de omnibus quæ in judicium deductæ sunt specialiter: non videtur dixisse sententiam qui non finit omnes cautiones, omnes species, omnia capita litis in judicium deductæ, alioqui sententia est ipso jure nulla, id est, non potest pro parte valere, pro parte non valere, id est pro parte rem finire, pro parte non finire. Itaque de præstationibus personalibus quod hæ deducantur specialiter in omni persona judex statuere debet.

Ad §. 21. *Si pecunia.*

§. 21. *Si pecunia, quæ domi relicta non est, per præceptionem relicta sit: utrum universa a cohæredibus præstanda sit, an pro parte hæreditaria, quemadmodum si pecunia in hæreditate relicta esset. dubitatur: et magis dicendum est, ut id præstandum sit, quod præstaretur, si pecunia esset inventa.*

Species est: tres sunt hæredes: uni ex eis prælegata sunt trecenta: aut in hæreditate sunt nummi, aut non: si in hæreditate sunt nummi, jure legati a cohæredib. capiet 200. jure hæreditario capiet debitum pro sua portione, *l. legatum* §. 1. *de leg.* 1. Quod si in hæreditate non sint nummi, dubitatur an cohæredes universa 300. debeant ei præstare de suis portionibus, quasi scilicet testator qui legavit nummos, qui domi non erant, videatur voluisse onerare hæredes tantum ad præstanda universa 300. de suis partibus: an vero præstabunt tantum 200. perinde ac si inventi fuissent nummi in hæreditate? Et hoc verius est: præstabunt igitur ducenta tantum, vel officio judicis familiæ ercisc. distracta re communi hæreditaria una vel pluribus: et ita de communi conficient trecenta, quæ dabunt legatario sive prælegatario. Igitur nihil interest inventa sit pecunia in hæreditate an non: nam etiam non inventa pecunia, is cui prelegata sunt 300. a se ipso, id est, de sua portione capiet 100. jure hæreditario, a cohæredibus jure legati capiet 200. et huc pertinet *l. propemodum. de verb. sig. l. si pecunia, de leg.* 2. Paulus 3. *Sentent. tit. de legat. in princ.*

Ad L. XXVIII.

Rem pignori creditori datam si per præceptionem legaverit testator: officio judicis continetur,

ut ex communi pecunia luatur, eamque ferat is, cui eo modo fuerat legata.

Sententia est : si testator uni ex hæredibus prælegaverit rem suam quam pignori obligatam tenet creditor hæreditarius, creditori hæreditario luenda est ea res ex communi pecunia officio judicis famil. erc isc. Ergo is cui prælegata est ea res eam luet pro sua parte hæreditaria, cohæredes pro sua, et ita repignorabitur, id est luetur de communi pecunia : nec lex distinguit utrum scierit testator rem esse pignori obligatam, an nescierit : non distinguit etiam *l.* 33. *h. t.* Cujus species est : quidam duos hæredes scripsit ex æquis partib. Primum et Secundum : vice divisionis Primo prælegavit fundum Cornelianum, qui solutus erat omni pignore, qui erat optima conditione. Secundo prælegavit fundum Livianum, qui erat pignori obligatus: officio judicis famil. ercisc. alter alteri debet præstare semissem fundorum, *l. ex facto, inf. de hæred. inst.* verum Secundus partem suam, quam habet in fundo Cornel. dimidiam sc. non cogetur præstare Primo, antequam Primus partem suam, quam habet in fundo Liviano luerit et liberaverit: satis est lui partem: nam pignus luendum est de communi : nec distinguit ea lex inter scientem et ignorantem. Accurs. tamen distinguit hoc loco ex *l. si res, de leg.* 1. quæ tamen non loquitur de prælegato, sed de legato extraneo relicto, inter quæ arbitror esse differentiam : nam si testator extraneo legaverit rem quam ignorabat esse pignoratam creditori suo non inducemus facile, voluisse testatorem onerare hæredes ut hæredes luerent, et legatario præstarent : sed ipse debet luere, si vult consequi legatum : nisi scilicet proximæ personæ vel uxori, vel alumnæ, vel alii tali personæ legaverit, cui legaturus fuisset etiamsi scivisset rem pignori obligatam, *l. cum alienam, C. de legat. l. in testam. de fid. libert. l. præd. de fideicom.* At prælegato relicto rei pignoratæ cohæredi, etiam ab ignorante rem esse pignoratam quasi honore quodam præcipuo, et affectione singulari erga eum hæredem, facilior videtur esse voluntas testatoris onerandorum cohæredum, ut scilicet luant pro suis portionib. et partibus, et ipse prælegatarius pro sua parte nec videtur hic admittenda differentia inter scientem et ignorantem ; nam l. generaliter ait, *et rem* et cetera.

Ad L. XXIX.

***Si pignori res data defuncto sit : dicendum est,** in familiæ ercisc. judicium venire : sed is, cui **adjudicabitur, in familiæ ercisc. judicio pro parte** cohæredi erit damnandus : nec cavere debet cohæredi, indemnem eum fore adversus eum, qui pignori dederit : quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione petitæ litis æstimatio oblata sit : ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuendus sit. Contra quoque si is hæres cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit audiendus est. Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit : adjudicatio enim necessaria est, emptio voluntaria : nisi si objiciatur creditori quod animose licitus est. Sed hujus rei ratio habebitur : quia quod creditor egit, pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset : et ejus quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.*

Lex superior est de re pignorata a defuncto, hæc lex est de pignorata defuncto : ut illa, ita, et hæc venit in actionem famil. ercisc. sicut in petitione hæreditatis, *l. et non tantum, sup. de pet. hæred.* Et in actionem communi divid. *l.* 7. §. *si duo, et* §. *inter eos, tit. seq.* priusquam ponatur species, observandum est illud, de actionib. pignoratitiis, de quib. futurus est sermo, duplicem esse actionem pignoratitiam, aliam in rem, aliam in personam : pignoratitia in rem dicitur in *d. l.* 7. §. *inter*, quæ dicitur etiam hypothecaria, et Serviana. Igitur habet tres appellationes, pignoratitiæ, hypothecariæ, et Servianæ, et quod ait in h. l. hypothecaria vel Serviana, illud *vel*, sumitur pro id est, ut in *l.* 4. §. *si quis autem, de except. doli mali* : hæc actio quæ has tres appellationes habet, est in rem, id est, vindicatio pignoris, personam non obligat, *l.* 2. *C. si unus ex plurib. hæred.* Et datur hæc actio creditori amissa possessione pignoris adversus quemlibet possessorem. Alia est pignoratitia in personam, de qua est *tit. de pig.* Et hæc rursus est duplex, alia directa, alia contraria. Directa est quæ datur debitori soluta omni pecunia, vel alio modo liberato pignore, ut pignus quod dedit, recipiat sublata causa pignoris, extincto pignore. Contraria est, quæ ex diverso datur creditori ex variis causis, ut si quid impenderit in rem pignoratam, et ex multis aliis capitib. His actionib. cognitis ponenda species est. Finge : duo sunt hæredes instituti ex æquis partib. Primus et Secundus : sumpserunt arbitrum familiæ ercisc. erat in hæreditate res pignori data testatori a Titio debitore suo, puta in 100. Eam rem arbiter adjudicavit Primo totam, quia scilicet admisit licitationem, vel potius coegit ad licitationem cohæredem, ut fit in hoc judicio. Et Primus pretio vicit Secundum, et ita totum pignus ei adjudicatum est : condemnatus autem vicissim is est Secundo, quod defuncto debuit Titius solvere pro parte hæreditaria: debuit Titius centum, condemnatus est solvere Secundo 50. et solvit, et ita totum pignus accepit adjudicatione judicis : quæritur an Secundus qui pro sua parte a Primo consequutus est debitum Ti-

tii. Primo cavere debeat indemnem eum præstare, et defensum iri adversus debitorem, videlicet si debitor forte experiatur actione pignoratitia in personam directa. Potest debitor ea experiri quasi soluto pignore, si modo quod reliquum est pecuniæ obsignet et deponat: nam 50. pro eo jam solvit Primus nunc ipse si alia 50. offerat, obsignet et deponat: nuda oblatio non liberat pignus, necessaria est oblatio, obsignatio et depositio *l. nec creditores*, *C. de pignorat. action.* igitur nunc ipse si alia 50. obtulerit Primo, obsignaverit, et deposuerit, quasi soluta omni pecunia et extincto pignore, competit ei repetitio pignoris, id est, actio pignoratitia directa: et ita si agat et repetat pignus, Primus versabitur in damno ejus pecuniæ quam numeravit Secundo: nam numeravit 50. Secundo: numerantur ei totidem et extorquetur pignus: in damno versabitur alterius partis, quia sua pars ei solvitur tantum, pars Secundi quam ipse solvit Secundo ei non redditur; et tamen debitor jure agit pignoratitia directa, quia verum est communem pecuniam esse solutam: ipse solvit 50. Primus pro eo solvit alia 50. an igitur Secundus cavere debet Primum indemnem præstare adversus debitorem? minime: quia supervacua est cautio. Nemo onerari debet supervacua cautione, *l. hæc stipulatio, in fi. ut legator. nom. caveat.* quia Primus satis tutus est adversus debitorem exceptione doli mali: nec enim sufficit obsignare 50. Primo pro sua parte, sed debet etiam debitor Primo obsignare alia 50. quæ Primus solvit Secundo: alioquin ab actione pignoratitia debitor repelletur exceptione doli mali, et comparatur Primus extraneo possessori pignoris, optime: nam si creditor amissa possessione pignoris egerit hypothecaria cum extraneo possessore pignoris, et abstulerit omne debitum ab eo, et ita possessor rei possessionem retinuerit soluto debito creditori, si postea dominus ab eo rem vindicet, vindicationem tantum habet, pignoratitiam non habet, quia cum eo non contraxit pignus, et est ea actio ex contractu. Si igitur dominus ab eo rem vindicet, postea repellet extraneus possessor dominum rem vindicantem exceptione doli, nisi offerat debitum, quod possessor pro eo solvit creditori, *l. si creditor*, *inf. de pignor. act. l. 2. et l. sicut* §. *ult. inf. quibus modis pig.* Eodem prorsus modo si adjudicato pignore toto uni ex hæredibus, puta Primo, Primus solverit cohæredi quod pro ejus parte debebatur, debitorem agentem pignoratitia directa, et offerentem alteram partem tantum, repellet exceptione doli mali. Igitur uterque est tutus exceptione doli mali, id est, extraneus possessor pignoris, et cohæres cui adjudicatum est totum pignus: ergo frustra cavetur utrique de indemnitate vel defensione. Si debitor offerat Primo totum debitum, id est, centum, tunc erit efficax actio pignoratitia, *d. l. 7.* §. *inter eas. tit. seq.* Sed si offerat partem Primo tantum, non partem solutam Secundo, repelletur exceptione doli. Itaque Primus non eget cautione indemnitatis: nec mirum, ut colligit Jurisconsultus, si prius detur exceptio doli, cum ei detur actio: nota est regula juris, cui damus actionem, multo magis et damus exceptionem: datur autem Primo actio pignoratitia contraria adversus debitorem, ut debitor totum pignus quod sibi adjudicatum est recipiat, soluta scilicet sibi omni pecunia, quæ actio Primo est valde utilis, quia efficit ut totum ei solvatur cum paratus est totum pignus reddere: nam ex principali contractu, veluti creditæ pecuniæ, non posset agere, nisi pro parte hæreditaria, quia Secundus ei non cessit suam actionem: verum ex obligatione accessoria, id est, pignoris contraria totum pignus reddet invito debitori: et consequenter totum debitum creditor accipiet. Contraria actio quælibet moveri potest, sive agatur directa, sive non, licet appellatio ejus id ferre non videatur: nam dicitur contraria quod moveatur alio agente ex contrario. Ceterum etiamsi non agatur directa, potest agi contraria, *l. in commodato*, §. *1. commod.* Et dum movetur sine directa, tum dicitur moveri ultro, quia non lacessitus agit, *l. sed an ultro. de negot. gest.* Itaque in hac l. hi duo articuli *contra* et *ultro*, significant Primo esse pignoratitiam contrariam. Dicitur actio contraria quod detur ex diverso, et e contrario latere, *l. 2. et l. ult. de negot. gest.* quod est contra: dicitur autem dari ultro contraria, cum ea prius agitur quam directa: dicitur autem hic actionem contrariam esse, non autem contra, dum agitur directa, sed etiam *ultro* dari Primo cui adjudicatum est pignus: diversum est si Primo non sit adjudicatum pignus. Sed finge, uterque hæres Primus et Secundus pignus tenebat communiter. Primus sua sponte emit a Secundo partem pignoris, soluta parte debiti: hoc casu agente debitore actione pignoratitia, tuebitur se Primus exceptione doli mali, nisi debitor id etiam offerat, quod Primus Secundo pro eo solvit: non tamen Primo dabitur actio contraria pignoratitia, ut totum reddat invito debitori: nam cur emit partem Secundi? nemo eum cogebat ad emendum. Adjudicatum est autem pignus necessitate quadam judicis. Igitur multum interest utrum emptione totum pignus acceperit, an adjudic. si acceperit emptione, ei non datur contraria actio: si adjudic. Acceperit, datur ei contraria actio. Imo vero uno tantum casu, etsi acceperit adjudicatione totum pignus non dabitur ei actio contraria, si scilicet animo se licitus sit, id est, si incaluerit licitando, dum vult pretio vincere coh re-

dem, ut apud se pignus totum remaneat: nam huic etiam objici et imputari potest, cur incaluisti licitando? cur magnum pretium fecisti, ut rem pignoratam solus haberes? nemo te cogebat tanti licitari. Itaque si postea velit is cui pignus adjudicatum est, agere contraria actione, et cogere debitorem ad luendum pignus, et debitor nolit, non audietur, et exceptio ei non denegabitur adversus actionem pignoratitiam directam. Et generaliter quod gessit unus ex creditoribus æstimandum est eodem modo quo æstimaremus rem gestam a procuratore debitoris: nam hic etiam creditor solvendo alteri creditori sive cohæredi pro debitore, procuratoris voluntarii officio fungitur: qui solvit pro alio, procurator est voluntarius scilicet, id est, gestor. Igitur ut procurator, quod impendit pro alio necessitate quadam, id repetit actione contraria mandati, vel negotiorum gestorum: ita hic creditor quod propter necessitatem adjudicationis præstitit pro debitore, id etiam contra vel ultro repetit a debitore contraria pignoratitia: et sicut si procurator nomine domini rem aliquam supra modum fraudulenter licitus esset, id ei imputaretur ita etiam stulta licitatio imputatur ei creditori qui animose licitus est. Sequuntur notæ ad verba legis: ait lex: *pro parte erit damnandus*, scilicet pro parte debiti, id est, solvet partem debiti cohæredi, nec debet cavere. Accurs. recte, priore loco cohæres, scilicet cui debitum solvitur pro parte, is cui solvitur, quem diximus Secundum, solet cavere de indemnitate, *l.* 20. §. *hoc amplius*, *sup.* sed hic non cavebit, quia supervacanea est cautio cohæredi, cui adjudicatur pignus adversus eum agentem pignoratitia directe, obsignata tantum parte debiti: *litis æstimatio*, id est, debitum, *ut et is*, ut, pro ut quemadmodum. Sententia est, ut is qui creditori agenti hypothecaria debitum obtulit adversus dominum vindicantem, tutus est exceptione, nisi reddat, quod pro eo solvit: ita et cohæres cui adjudicatum est pignus soluta cohæredi parte debiti adversus dominum agentem pignoratitia directa, tuendus est exceptione doli: utrique igitur frustra cavetur exceptione: doli scilicet: quotiescunque in libris nostris additur exceptio, intelligitur exceptio doli, *l. sicut* §. *ult. quibus modis pign. vel hypoth.* Exceptio doli, est exceptio generalis, quæ aptatur omnibus negotiis: *Contra quoque*, id est, non tantum exceptio datur ei cui adjudicatum est pignus, sed etiam contraria pignoratitia, qua cogit debitorem totum pignus recipere et solvere: extraneo possessori nulla eo nomine est actio. Sequitur: *non idem dici potest*, dari scilicet actionem contrariam ei qui emptione totum pignus accepit: ei qui adjudicatione accepit datur: *nisi si objiciatur*, significat etiam in eo qui adjudicatione pignus accepit, idem dici posse, non dari ei contrariam, videlicet si dum stulte, et animose licitetur, per adjudicationem acceperit. Sequitur: *sed hujus rei ratio habebitur*, id est, hoc casu cum animose licitus est, non dicam, non idem esse quod in emptore voluntario, sed hujus rei ratio habebitur, id est imputabitur ei a judice animosa licitatio: *quod propter necessitatem impendit*, non animose licitando, non sponte emendo: *etiam ultro*, id est, sine directa. Ergo datur hæc actio pignoratitia, et contra, et ultro creditori, sicut procuratori. His quæ dixi congruit *d. l.* 7. §. *inter eos*, *et* §. *debitor. tit. seq.* in ea *l.* 7. §. *inter eos*, proponitur, actionem communi dividundo dari inter duos pluresve creditores, qui rem pignori acceperunt: datur utilis, non directa, quia rei dominium non habent: utilis datur, quia etsi dominium non habent, vindicationem tamen rei habent, id est, Servianam sive hypothecariam. At quæritur inter eos quale sit officium judicis commun. divid. ut scilicet admissa licitatione, uni ex creditorib. qui pretio vicerit, totum pignus adjudicet, et condemnet eum alteri solvere, quod ei pro sua parte debetur, et ita parte debita præstita alteri, ipse rem obtinebit: videnda sunt verba *d. l.* 7. §. *inter eos*: ait *et si assignetur*: *si*, est omnino tollendum. Igitur pignus totum adjudicatur uni creditori, et hic alteri creditori solvit partem debiti non quanti revera est pars rei pignoratæ. Alias res judex comm. divid æstimat vero pretio, *l.* 10. *in princ. h. t. l.* 3. *C. eod.* sed partem pignoris non æstimat vero pretio, *l.* 7. *C. communi divid.* et hoc proponitur initio hujus §. *inter eos*: partem vero pignoris æstimat, æstimando totum, ut in aliis rebus fieri solet, quia res tota pignorata ad licitationem deducitur non pars rei: contradicit tamen Accurs. in *l.* 2. *communi divid.* dices: si verum est, partem pignoris non æstimari vero pretio sed in tantum duntaxat quantum pro ea parte debetur, quid opus est rem ad licitationem deducere? dicam, idem quæri posse de omnibus aliis rebus cum a judice æstimantur justo et vero pretio, quid opus sit licitari? Et tamen constat in aliis rebus licitationem admitti, et cum dicitur, æstimationem fieri vero pretio, hoc significatur, licitationis modum, et apicem esse justum pretium, *d. l.* 3. *comm. divid.* id est, ei qui justum pretium fecerit, et obtulerit, rem addici: ac similiter in pignore admittitur licitatio inter creditores, et licitationis modus est non veri pretii, sed debiti quantitatis tantum, id est, ei qui debitum obtulerit, licet verum pretium rei pignoratæ non obtulerit, pignus adjudicatur. Adjudicato autem pignore uni ex creditorib. licebit debitori, oblato integro debito, agere pignoratitia in personam directa, et quidem cum effectu sine metu

exceptionis licebit ei pignus suum luere oblato omni debito, et recuperare per actionem pignoratitiam: oblata autem parte tantum debiti aget etiam pignoratitia, quia et altera pars debiti soluta est uni ab altero creditore, quia omnis pecunia soluta est, licet non ab eodem ipso debitore, sed repelletur exceptione doli mali, nisi totam summam offerat, et deponat. Idem procedit in extraneo possessore pignoris, qui creditor agenti hypotecaria persolvit omne debitum, et pignus retinuit: nam et domino pignoris licebit oblato integro debitorem ab eo possessore vindicare sine metu exceptionis, debito integro non oblato vindicationi obstabit exceptio doli mali: hæc est sententia §. *inter eos*. Sequitur §. *si debitor*, *l.* 7. *comm. divid.* Ut intelligatur hic §. sciendum est, quod si duo communem fundum habeant, reddi potest actio communi dividundo non tantum inter socios, sed etiam inter unum eorum et creditorem alterius, cui alter partem fundi pro indiviso pignori dedit, et fiet æstimatio justo pretio, quia de dominio dividendo quæritur, litigante socio *l.* 2. *comm. divid.* et ibi Accurs. Sciendum est etiam, hoc judicium communi dividundo reddi non tantum inter duos creditores qui simul ab eodem debitore eandem rem pignoratam acceperunt, sed etiam inter duos creditores, qui separatim a dominis fundi communis ex separata debiti causa partem in eo fundo pignori acceperunt, et tum fiet æstimatio pignoris, non vero pretio, sed pro modo debiti, quia inter eos de pignore dividundo agitur. Nunc finge: ego et tu communem fundum habemus: ego partem meam pignori obligavi Primo, tu partem tuam obligasti pignori Secundo, agis communi dividundo cum Primo creditore meo, ut potes, vel cum eodem creditore meo agit eadem actione Secundus creditor tuus: res ad licitationem deducitur, et in eo judicio Primus creditor meus vincit, et res tota adjudicator præstita alteri creditori parte debiti. Deinde ego creditori meo offero quod debeo, et pignus repeto actione pignoratitia, id est, partem meam fundi, quam solam pignori dedi: obstat mihi exceptio doli mali, nisi paratus sim alteram quoque partem adjudicatam creditori meo recipere, et solvere quod is pro ea parte præstitit. Itaque creditori meo competit exceptio eo nomine: quinimo competit actio pignoratitia contraria, qua cogit me totum fundum recipere, quia non sua sponte totum fundum habet, sed compulsus necessitate adjudicationis, sicut in specie *l. si pignori eod.* uni ex heredibus creditoris adjudicato pignorato fundo, is non tantum debitorem agentem pignoratitia directa doli exceptione repellit, si totum debitum offerat: sed etiam contraria pignoratitia agit retro vel ultro, ut debitor totum recipiat, et consequenter, ut totum solvat. Denique is creditor cui adjudicatum est pignus, et exceptionem, et actionem habet: exceptionem doli, actionem pignoratitiam contrariam: sed utroque casu addenda est hæc exceptio, nisi si creditori objiciatur, quod animose licitus est, id est, quod affectavit habere totum: nam quod affectavit habere totum, is actionis jure non potest cogere dominum recipere totum: et quidquid diximus in pignore, procedit in venditione, ut est in §. *si debitor*. Finge: ego et tu communem fundum habemus: ego partem meam pro indiviso vendo Titio ante acceptum judicium comm. dividundo: nondum trado: deinde tu antequam eam partem tradidissem Titio emptori mecum agis communi dividundo, et te licitatione vinco: et ita totus fundus mihi adjudicatur præstita tibi parte pretii: tum Titius agit mecum ex empto, ut partem ei tradam quam vendidi: repellam eum exceptione doli mali, nisi paratus sit et alteram partem mihi adjudicatam recipere, et quod ob eam rem tibi condemnatus sum reddere. Quinimo ex vendito possum Titium emptorem convenire, ut totum recipiat, et partem quam vendidi, et partem quam non vendidi, quæ mihi invito adjudicata est; nam æquum est, ut eadem sit conditio emptoris, quæ futura esset, si mecum nunquam actum fuisset communi dividundo, *et hæc ita*, inquit §. *si debitor*, *nisi fraus aliqua venditoris intervenerit*, quod perinde est, ac si diceret, nisi venditor animose licitus sit. Igitur si animose licitus sim, eo nomine non habeo actionem ex vendito: hoc casu animose liceor, si plus æquo offero, quam res valeat, si socio plus solvo, quam pars ejus valeat: quod supra verum pretium adjicio, animi vehementia id facio: nam hoc casu licitationis modus est: est verum et justum pretium: in superioribus casibus de pignore animose liceor, si plus offero quam debeatur, si alteri creditori plus solvo, quam ei debeatur pro sua parte, ut mihi cedat toto pignore, quod totum maxime cupio habere: nam his casibus licitationis modus est debiti quantitas, qui hunc modum excedit, facit animose, et recte Græci in *d. l. si pignori*, interpretantur, ὑπέρ τὸ δέον .i. supra modum, in pignore est debiti quantitas, non verum pretium: in alia re est verum pretium: quod si ego non vicero licitatione, ut posuimus, sed tu viceris et totam rem consequutus fueris sententia judicis comm. divid. tunc actione ex empto emptori id tantum præstabo quod ob eam rem a te sum consequutus, id est, pretium partis meæ petam: emptor partem meam quam vendidi, sed necessario contentus esse debet partis meæ pretio quod consequutus sum a socio cum tota res adjudicata est, *d.* §. *si debitor, et l. Jul.* §. *Idem Celsus*, *de act. emp.* Additur in ipso §. *si*

debitor, idem servari in mandato, quod scil. dixi in pignore, et venditore, quod etiam significat *l. si pignori*, quæ comparat creditorem procuratori. Finge igitur tuo nomine quasi procuratorio suscepi judicium comm. divid. et totus fundus mihi adjudicatus est, præstita certa pecunia socio tuo: ego non tantum agentem te mandati repellam exceptione doli mali, nisi velis totum fundum recipere, sed etiam ultro agam mandati contraria, ut totum fundum accipias, et quod socio præstiti mihi reddas, nisi scilicet ego animose licitus sim: nam tum hæc mihi objicies: cur tam vehemens fuisti in licitando? cur incaluisti in licitando? Idem Accursius in fine hujus legis servari ait in ceteris hujus generis negotiis, veluti tutelæ, et negotiorum gestorum. Bulgarus recte interpretatur, *hujus generis*, id est, bonæ fidei, quod æquum sit te vicem subire eam quam subires, si tecum actum esset communi dividundo. Idem Bulg. mandati adfert duo exempla: primum nihil valet, secundum valet, tertium quo nunc usus sum non posuit: hæc est sententia totius §. *si debitor l. 7. comm. divid.* ex quo intelligitur omnia congruere cum sententia *l. si pignori*. Nunc necesse est ut recenseamus ea quæ Accurs. notavit ad *d. leg. si pign.* primum quod adnotat ad hæc verba, *pro parte*, est verissimum, et consentit cum his quæ diximus. Deinde id etiam omne quod notat ad hæc verba, *nec cavere debet*, .i. suæ interpretationis assertio, et contrariæ opinionis confutatio est, id omne verum est: tamen displicet unum, quod censorem agit linguæ Latinæ, et putat Jurisconsultum non satis latine loqui cum ait, *indemnem eum fore adversus eum*, pro indemnem fore ab eo qui pignori dedit, hoc est stultum: quod scribit ad verba, *quia pro eo*, id est rectum, præter id quod ait in extremo, eum cui adjudicatum est, præstita cohæredi parte debiti adversus debitorem habere actionem negotiorum gestorum, id est falsum; quia etsi revera gesserit negotium debitoris pro eo solvendo, tamen id suæ partis beneficio fecit, et ideo non est actio negotiorum gestorum, *l. 25. §. non tantum, sup. eod.* Id denique fecit necessitate adjudicationis, non sua sponte: de eo quod quis gessit pro alio, urgente necessitate, non est actio negotiorum gestorum, nisi in uno casu, si officii necessitate suscepti gessit, ut curator qui gessit negotia adolescentis, ea gessit urgente necessitate officii sui, et ex ea causa est actio negotiorum gestorum, sed utilis tantum, non directa: nam actio qua tenetur curator, vel qua agit dicitur utilis semper, ut in titulo, *de contr. tutelæ, et utili actione*, de contraria tutelæ, quæ datur tutori, et utili, quæ datur [illegible] et ita accipiunt omnes recte *l. 5. § hac actione, de negot. gest.* Quod deinde Accurs. in hac l. notat ad verbum *obtulerit*, scilicet partem pecuniæ cohæredi; id notat male: debuit dicere obtulerit pecuniam totam creditori agenti hypothecaria: loquitur enim de possessore convento hypothecaria, non de cohæredibus agentibus famil. ercisc. de quibus si loqueretur subjiceret, adversus debitorem agentem pigneratitia, non adversus dominum vindicantem: et sane hic error non erat ferendus, nec excidit Accursio: corruptus fuit hoc loco Accurs. nam veteres libri sic legunt: *obtulerit pecuniam, et habet rem.* Ad verbum *contra*, Accurs. multa peccat: intelligit Acc. his verbis, *contra quoque*, etc. dari actionem contra debitorem cohæredi cui adjudicatum est pignus, soluta alteri cohæredi parte debiti: Sed non intelligit qualis hæc actio sit: primum ait esse hypothecariam, ut si is cui pignus adjudicatum est, amiserit possessionem, et pervenerit possessio ad debitorem, qua actione non absolvetur nisi omni pecunia soluta, et videtur cohæres qui ei cessit pignus, pro sua parte cessisse actionem hypothecariam: ergo actionem hypothecariam habet solus: fateor cessisse hypothecariam, quia pignus cessit, judice jubente: neque enim fit adjudicatio sine traditione adversarii, *l. 25. §. si testator, sup. l. 2. C. commun. divid.* at de hac actione hypothecaria sensisse jurisconsultum nego: primum, quia his verbis, *si velit hæres totum reddere*, significat eum nondum amisisse possessionem pignoris: nam totum pignus intelligit: præterea si sensit de actione hypothecaria, falsum est quod subjicit, non idem dici posse si alteram partem creditor emerit: nam quid vetaret ei creditori qui emerit alteram partem, actionem hypothecariam dari amissæ possessionis? postea Accurs. mutat sententiam, et ait dari actionem neg. gest. quod refutavi sup. et male interpretatur hæc verba, *si velit. totum reddere*; id est, si velit debitorem reddere totum, id est, totam pecuniam debitam: quod sibi debetur ex sua persona: et quod solvit cohæredi: eam interpretationem verba non ferunt. Nam si hoc sensit jureconsultus, ita debuit dicere, *si velit totum reddi*, vel, *si velit totum repetere*: ego sic interpretor hæc verba, si velit totam rem pignoratam, id est, utramque partem reddere debitori, ut in *l. 7. §. si debitor, inf. comm. divid.* ut recipiat totum, inquit, id est, totam rem, non totam pecuniam, et ita Cyrillus Græcus interpres interpretatur: *καὶ ἔχει ἀγογὴν, εἰς τὸν χρεώστην ἀναγκάσας ἀναῤῥύσασθαι τὸ ἐνέχυρον*, id est, *et habet actionem ad cogendum debitorem, ut totum pignus luat*, et sic etiam *κατὰ πόδας* eodem modo: *ἔξεστι τῷ κληρονόμῳ ἀναγκάζειν, καὶ μὴ βουλόμενον ἀναλαβεῖν τὸ ἴδιον ἐνέχυρον*, *licet hæredi cogere etiam invitum recipere suum pignus.* Igitur illud totum accipiunt de pignore, non de pecunia.

Falso etiam Accurs. ait, hic hac actione cohæredem cui adjudicatum est pignus repetere quod plus debito solvit cohæredi: quod etiam notat ad verbum *totum*, etc. nam qui solvit plus debito, is animose licitus est, et ideo actionem non habet, nec infra modum debiti, id est, nihil potest actione repetere. Ad extremum, ait Accurs. in fine mutata sententia, esse aliam actionem adversus debitorem principalem, scilicet, veluti ex mutuo: nam ait in fine: *sed antiqua actione*, mutuo forte, id est, antiquo, quod est adjectum Accursio, et quidem falso: nam ex 12. tab. non competit ei actio principalis nisi pro parte hæreditaria: et ideo valde est illi necessaria actio contraria pignoratitia, qua consequitur solidum, quod non posset consequi principali actione ex mutuo, et ei non fuit cessa actio principalis pro parte cohæredis, et cessa actione hypothecaria non videtur cessa actio personalis: alias personalis videtur esse accessio, et sequela hypothecariæ actionis: cessa tamen personali, verum est sequi hypothecariam, ut Accurs. ait recte *l.* 6. *et* 7. *C. de obl. et act.* non e contra: nec moveri debemus *l. ult. C. de ann. except.* quæ docet, si actum sit hypothecaria non personali interrumpi præscriptionem utriusque actionis. Sed ab interruptione non recte argumentatur ad cessionem. Ad hæc verba, *alteram partem*, recte adjicit, scilicet pignoris: sed statim id male explicat sumpta specie de actione communi divid. ex *l.* 7. §. *si debitor*, *tit. seq.* In qua specie, etsi verum sit constituendam esse differentiam inter adjudicationem et emptionem, tamen non convenit cum specie in hac *l.* proposita de actione famil. ercisc. et abscindi legis propositum dissentaneum est. Species quam proponit Accurs. hæc est: ego et tu communem fundum habemus: ego meam partem pignori obligavi Primo: tu egisti cum Primo creditore meo communi dividundo, et te licitatione Primus vicit, et ita ei totus fundus adjudicatus est: est hoc casu Primo contraria actio pignoratitia adversus me ut totum recipiam: non est eadem actio si Primus tuam partem emerit sua sponte, et hoc verum est: sed non convenit huic legi, cujus species alia est, illi tamen persimilis in jure ipso, hæc scilicet est: ego et tu creditores hypothecarii hæredes sumus: sumpsimus arbitrum famil. ercisc. arbiter mihi adjudicavit totum pignus: est mihi adversus debitorem contraria actio pignoratitia, ut totum recipiat: non est ea actio si a te partem tuam emero mea sponte: aliud est emere simpliciter, aliud emere per adjudicationem: adjudicatio est emptio necessaria et coacta: alia est emptio voluntaria, et hanc etiam Accurs. esse priorem speciem tandem constituit: non tamen recte constituit differentiam inter adjudicationem et emptionem. Primum refert ex veteri interprete aliquo, eum cohæredum qui adjudicatione totum pignus accepit, experiri cum debitore de toto debito: eum qui emptione accepit, experiri cum debitore de parte tantum sui debiti, quæ differentia est vera: nam is qui adjudicatione pignus accepit, experitur de toto debito contraria actione pignoratitia: is qui emptione accepit, experitur de sua tantum parte hæreditaria actione principali, veluti ex mutuo: totius pignoris reddendi, totius pecuniæ repetendæ actionem non habet. Sed Accurs. calumniatur verbum *experiri*, quo usus est interpres scilicet, dum verbum hoc *experiri*, accipit generaliter non specialiter: constat illud verbum *experiri* esse generale, id est, commune tam actoris quam rei, uterque enim experiri dicitur de suo jure. Accurs. accepit generaliter, et ideo refellit hanc differentiam, quod verum sit eum etiam qui emptione totum pignus accepit, de toto debito experiri per exceptionem oppositam directæ pignoratitiæ. Vetus interpres accepit verbum *experiri* specialiter, id est, de actione, non de exceptione: actiones totius debiti non dari ei qui emptione sua sponte totum pignus accepit: iniquum est captare verba, *l. pen. inf. ad exhib.* alioquin esset captio etiam semper in verbo *agendi*, quod etiam constat esse commune actoris et rei. Idemque est agere quod experiri: sumuntur hæc vocabula modo generaliter, modo specialiter. Igitur qua mente quis eis utatur spectandum est. Post hæc Accurs. immerito rejecta illa differentia, aliam differentiam constituit dicens eum, qui emptione totum pignus accepit, repetere a debitore verum debitum in solidum: eum vero qui adjudicatione coactus totum pignus accepit, repetere id quod plus debito cohæredi solvit: nisi, inquit, immensum pretium in licitatione fecerit: hanc differentiam probat valde, ego improbo valde: nam licitationis modus est debiti quantitas: hunc modum qui excedit animose licetur, immensum pretium facit, et ideo repetitionem non habet: immensum est quodcunque modum excedit: error hic Accurs. et Bart. de repetendo eo vel retinendo, quod plus debito cohæres cohæredi solvit, id est, ultra partem debitam cohæredi: hic, inquam error natus est ex depravato contextu hujus legis: nam legerunt in fine *ultra*, cum hodie constet esse legendum, *ultro*: et est similis error in *l.* 6. *in fin. C. ad leg. Falcid.* Ubi legendum est, *ultro*. Tertia opinio quam affert Accurs. ridicula est: in hac l. non constituit differentiam inter adjudicationem et emptionem, et hæc verba legis *non idem dici potest*, esse hæsitantis, non affirmantis, et subaudiendam esse emendationem. *Imo idem dici potest*: usus est auctor hujus opinionis ea licentia: *Sed hujus rei ratio*, etc. in hæc verba multa peccat Accurs. primum

quia ejus, quod supra debitum cohæredi solutum est, repetitionem dari putat: deinde quod hæc verba, *animose liceri*, aptat non tantum ad eum qui adjudicatione pignus accepit, ad quem dumtaxat proprie et vere pertinent, sed etiam ad eum qui emit sua sponte, si modo supra quam cohæredi deberetur, emit: nam is qui emit non licetur, nemo licetur solus, et animi vehæmentia sive animositate procedit emptor qui sua sponte ad emptionem accedit, licet non supra quam cohæredi debeatur, a cohærede emat. Ideoque hæc lex etiam emptorem voluntarium cujus cujus pretii, parem facit ei cui in judicio fam. ercisc. animose licetur: nam emptor voluntarius, emit semper animose quoquo pretio emat, sed liceri non dicitur. Itaque hæc verba *animose liceri* pertinent tantum ad arbitrum fam. ercisc. sive adjudicationis causam. Præterea in eo etiam error est, quod nonnunquam Accurs. putat cohæredem posse licitando plus offerre quam debeatur citra animositatem, in rem debitoris scilicet, ne rem pignoratitiam amittat, quam fortasse alter cohæres dissipaturus sit, et tum ait debitorem teneri negotiorum gestorum: male, nam ubi est licitandi necessitas, non est actio negotiorum gestorum: quia nullum officium intercedit, actio negotiorum gestorum sicut mandati, ex officio proficiscitur, *l.* 1. *inj. mand.* officium non est pro me solvere plus quam debeo, pecuniam profundere, aut si est aliquod officium hac in re, quod plus est in soluto, quam in debito, ejus repetitio non est, quia qui solvit ei oneravit dominum, *l.* 2. *l. sed an ultro* §. 1. usque ad finem, *de negot. gest.* Ostendo eo loco actionem negot. gest. dari tantum ei qui gessit utiliter, sed in æstimanda hac utilitate quæritur utrum æstimetur ex eventu, ut plerique hominum solent omnia æstimare ex eventu. Ita Accurs. notat ad finem legis; *sed an ultro*, prolata sententia Boetii ex lib. de consolatione: nota est illa Demonsthenis in prima Olynt. plurimum homines æstimare omnia ex postremo eventu: igitur tantum quæritur, an utiliter gesserit negotium gestor, eventus ne solus spectetur: nam ut sit hæc actio, utiliter gestum esse oportet; ita distinguit, aut utiliter cœpit gerere negotium, aut non: si cœpit gerere utiliter, eventus non spectatur, ut si domum fulserit utiliter, aut nesciens ruinosam, et postea domus exusta sit casu fortuito, erit actio negot. gest. quia fecit utiliter, licet eventus non sit sequutus, sicut et si servum ægrum curavit, et postea suo fato obierit, non ideo minus erit actio negotiorum gestorum: sed si non utiliter, ex eventu æstimantur omnia. Nam fieri potest, ut quod initio est inutile, fiat postea utile, sed utilitatem semper exigimus in actione negotiorum gestorum. Porro nulla est utilitas, si quis pro me solvat plus quam debeam: at inquis, hoc facio rei pignoratæ servandæ causa: nihil tamen agis utiliter: nam perdis pecuniam ut rem serves, si vis agere utiliter, utrumque serva: ergo hoc casu nulla est actio negot. gestorum: cetera quæ Accurs. tradit ex Azone, sunt vera in se, sed non sunt consentanea huic legi, ut Bartolus notat recte: nam l. loquitur de eo qui a cohærede suo emit jus pignoris pro parte, vel de eo qui jus quod habet in pignore pro sua parte correo credendi vendit. Azo loquitur de eo qui jure creditoris, et lege pignoris partem pignoris correo credendi, distraxit, quod ei pecunia non solvatur: hæc alienatio mutat dominium, etsi fiat a non domino illa non mutat dominium, cum quis cedit pignore toto correo credendi, id est, cum ei cedit jus pignoris, non quasi distrahens lege pignoris Bartolus etiam recte dissentit ab Accursio in eo quod ait, in fine legis contrariam pignoratitiam dari adversus debitorem ei cui pignus adjudicatum est: quod vero negat in vers. *contra*, eandem actionem dari et dari tantum pignoris retentionem pro eo, quod plus debito solutum est: pessime. Nam et in §. *contra*, datur pignoratitia contraria citro, id est, ex adverso directe qua debitor experitur, et in fine legis eadem datur ultro, id est, etiamsi debitor directe non experiatur: quod scribit Accursius ad verbum *creditor*, est corruptum: ita legit, *debitor cui est adjudicatum*, legendum est, *creditor* qui est unus ex hæredibus creditoris, cui est adjudicatum: delenda est vox *debitor*: delenda est etiam ea glossa ad verbum, *necessitatem*: ad verbum, *cohæredi* cohæredis scilicet: recte: *l.* 30. exposui in *l.* 1.

Ad L. XXXI.

Si servus pignori obligatus luatur ab uno ex hæredibus, quamvis postea decedat, officium tamen arbitri durat: sufficit enim communionis causa, quæ præcessit, quæque hodie duraret, si res non intercidisset.

Ait, si unus ex hæredibus rem pignoratam defuncto luat soluto omni debito, alioquin non lueret, constat id eum posse deducere in actionem famil. ercisc. *l.* 18. §. *ult. l.* 25. §. *idem juris*, *h. t.* Sed quæritur an re extincta pignorata quam luit, postea id possit deducere in actionem familiæ erciscundæ, ut si servum pignoratum liberavit post mortem servi, an potest id deducere in actionem familiæ erciscundæ, quod pro parte cohæredum solvit luendi servi causa: l. ait, officium arbitri durare, quod sufficiat causa communionis servi quæ præcessit, et quæ duraret si non periisset servus: recte Accurs. durat, inquit, ut jubeat partem pecuniæ præstari ei qui luit, et l. quam citat nomi-

hil facit: *l.* 32. exposui in *l.* 20. §. *si pater*, *l.* 34. in *l.* 28. *rem pignori*.

Ad L. XXXIV.

Servos inter cohæredes tempore divisionis æstimatos non emendi, sed dividendi animo pretiis adscriptos videri placuit; quare suspensa conditione mortuos, tam hæredi, quam fideicommissario deperiisse.

Ad hanc l. Bart. nihil scripsit præter summarium, quod adnotatum est in libris nostris et corrupte legitur. Æstimatio quæ fit tempore divisionis, non facit emptionem; sed hoc summarium vim ac potestatem legis non comprehendit, neque præcipua legis capita. Tirones non ad summaria Bart. vel aliorum, nec ad species a Viviano factas advertere debent. Species l. ita ponenda est: duo sunt hæredes instituti, Primus et Secundus: Primus rogatus est sub conditione aliqua partem suam Titio restituere: est fideicommissum universale: interim, id est, antequam existat conditio fideicommissi, duo cohæredes sumpserunt arbitrum famil. ercisc. qui æstimatione facta servorum hæreditariorum et aliarum rerum, atque admissa licitatione, bona omnia inter eos divisit. Primo adjudicati sunt quidam servi, et alia mobilia vel immobilia: sunt etiam ei forte attributa nomina quædam, sed mortui sunt servi qui Primo per divisionem obtigerant, pendente conditione fideicommissi: postea extitit conditio, quæritur an mortui servi hæreditarii veniant in restitutionem fideicommissi, id est, an æstimatio eorum veniat. Titius fideicommissarius contendit venire in restitutionem quasi perierint Primo non sibi, Primo, id est, hæredi rogato restituere suam partem. Imo ait periisse, quod eos per adjudicationem accepit, qui enim per adjudicationem accepit, emit, *l.* 7. *si debitor*, *ti'. seq.* emptori autem cuique suo periculo res emptæ pereunt; dicemus eum emisse tantum partem servorum per adjudicationem, totos quidem servos æstimari, *l. Mævius* §. *ult. h. t. l. si idem* §. *ult. de jurisd. omn. judic.* sed non ideo totos emptos videri, et hoc etiam concedam: sed de parte empta superest semper eadem quæstio cui perierint: partem hæreditariam constat periisse fideicommissario, *l. mulier* §. *sed eum, ad Trebell.* de altera parte quæritur, quæ beneficio partis hæreditariæ per adjudicationem accessit: et fideicommissarius eam dicit periisse Primo quasi emptori: contra Primus dicit, se eos servos emisse necessitate adjudicationis coactum a judice dirimendæ communionis causa. Aliud esse, emere specialiter simpliciter, aliud per adjudicationem: hanc esse necessariam, illam voluntariam, *l. si pignori*, *sup.* Sane quæ fit per adjudicationem non tam emptionis quam tollendæ communionis causa fieri: ei qui emerit simpliciter rem emptam perire: ei hæredi qui per adjudicationem emerit rem adjudicatam non perire hæredi pro quadrante l. Falcidiæ, fideicommissario pro dodrante, et hoc magis verum est: nam et ita idem Papinian. eodem libro scribit in *l. cum pater* §. *hæreditatem, de legat.* 2. hæredem oneratum fideicommisso non astringi periculo prædiorum adjudicatorum, sicut et hic demonstratur eum non astringi periculo servorum adjudicatorum, nisi pro quadrante, dodrantem perire fideicommissario. Igitur si servi hæreditarii decesserunt, quod hæres per adjudicationem accepit, oneratur fideicommisso universali, vel si aliæ res quas eodem modo accepit, perierint, vel si attributa nomina deteriora facta sint pendente conditione fideicommissi, hæres non cogitur fideicommissario reddere quod non habet: hæc cedent periculo hæredis, id est, pro quadrante, pro Falcidia, periculo fideicommissarii, pro dodrante: verba legis hæc sunt *non emendi* principaliter scilicet: *pretiis adscriptos*, id est, licitatione adjudicatos: in his judiciis judex debet adscribere, adjudicare, assignare, attribuere: *suspensa conditione*, id est, pendente conditione: vulgaris species, quam omnes ponunt ad hanc l. hæc est: duos hæredes scripsit, legavit vel per fideicommissum reliquit Titio servos aliquos sub conditione: hi servi pendente conditione veniunt in actionem familiæ ercisc. et adjudicari possunt uni hæredum, quod sup. dixi in *l.* 12. §. *res quæ* et hoc ait prima glossa: *servos*, inquit, *legatos*, scilicet sub conditione. Igitur posita specie, verum est servos legatos sub conditione interim venire in judicium familiæ erciscundæ, et uni posse adjudicari, sed existente conditione eximetur ab eo cui sunt adjudicatæ, deficiente conditione legati remanebit apud eum: ita vero ut ponunt, servos legatos sub conditione interim judex uni ex hæredib. adjudicavit admissa licitatione: is qui licitatione vicit, pretium quo licitus est cohæredi non solvit statim, sed cavit sive promisit, se soluturum deficiente conditione legati, id est, si apud eum remanerent servi: ita esse ponendam glossa ostendit in verbo *dividendi*, ut condictione deficiente valeat divisio illa, et tunc, id est, cum deficit conditio legati, alteri debetur pecunia pro adjudicatione. Ergo qui vicit pretio, non solvit statim cohæredi pretium, sed cavit se soluturum, si deficeret conditio legati, mortui sunt servi pendente conditione legati, lex ait eos periisse, tam cohæredi, quam fideicomissario; periisse fideicommissario certum est, quia fideicommissi petitionem non habet, *l. necessarius* §. 1. *de peric. et comm. rei vend.* Stipulationes, legata, fideicommissa conditionalia perimun-

tur si pendente conditione res extincta fuerit: verum est igitur, fide commissario fideicommissa periisse: hæredi etiam pereunt, inquit. id est ei cui pretium licitationis cautum est a cohærede: sive debetur, quia ei desinit deberi mortuis servis adjudicatis apud eum qui de pretio cavit. Ita Acc. interpretari debere constat ex glossa, in verbo *tam hæredi*, cui inquit erat pecunia solvenda: hunc dicimus esse sensum hujus l. Et adjiciunt nihil obstare, quod videatur servos emisse is cui adjudicati sunt, quia non emptionis principaliter, sed divisionis negotium gestum est, neque omnes emptores sunt similes: si principaliter, et simpliciter rem sub conditione legatam cohæres a cohærede emisset, plurimum periret emptori: hic non est emptio simplex, sed adjudicatio: et ideo res perit venditori, id est, hæredi cui debetur pretium licitationis. At demonstrandum est, re empta simpliciter a cohærede, eam rem emptori plurimum perire: demonstratur hac distinctione: aut hæres a cohærede emit spem, aut rem ipsam: si emit spem, id est, dubium eventum conditionis sub qua res legata est, si emit incertum rei, et quasi alcam, spei emptio valet: nam spei emptio est, *l.* 8. *de contr. empt. l. si jactum*, *de action. empt.* ut si quis emat captum piscium, id est, sortem. Si igitur emit spem hoc modo, ut sive existat conditio legati, sive deficiat, tanti rem emat, quo genere semper emit rem vilius, qui suscepit in se omnem eventum, et eo casu res perit emptori, et debet semper satisfacere venditori, etiam re perempta, et hoc Accurs. voluit in verbo *emendi*, *emendi* scilicet spem, non speciem. Tunc enim esset solvendum pretium licitationis, res periret emptori. Ita legisse Accursium constat ex glossa in verbo, *tam hæredi*, dum ait et hoc: nisi, ut dixi, dubius eventus fuerit æstimatus: rursus si emit rem, aut emit pure, aut sub conditione: si emit pure, sane perit emptori, et ita Fulgosius recte hic Accursium interpretatur. Et quod tradit Accursius postea in eadem glossa de eo qui rem emit, interpretatur de eo, qui rem legatam sub conditione, emit sub conditione: hæc res si pereat pendente conditione, perit venditori, *l. necessario*, *de peric. et comm. rei ven.* Et hoc est, quod dicitur in eadem glossa, *secus si rem*, etc. Ut plurimum cum est emptio simplex, res perit emptori: hic non est emptio simplex, sed ajudicatio, et perit venditori, id est, cohæredi qui tradit suam partem constituto pretio et cauto: hæc est omnium interpretatio, quæ displicet his rationibus: primum, quia pretium licitationis solvi solet statim: hæc pecunia solvitur sine mora, sine cunctatione, sed ei qui licitatione vicerit, si sit ei legata res sub conditione cavetur de indemnitate, *l. propter*, *sup.* sic solet geri hoc negotium, nec aliter fuisse gestum hic proponitur. Deinde etiamsi id ponas, eum qui pretio vicit, non solvisse statim, sed cavisse tantum se soluturum deficiente conditione legati, et moriantur servi pendente conditione, nego pretium alter. cohæredi desinere deberi, nam ei debetur ex stipulatione: quod debetur ex stipulatione vel alia causa, certis tantum modis ei deberi, desinit, *l. obligationem fere* §. 1. *de obligat. et action.* veluti solutione, acceptilatione, novatione: at morte rei jam traditæ pretium deberi non desinit, quia hic modus non numeratur inter modos tollendæ obligationis: sunt enim certi et finiti, nec alios adjicere licet, et utamur argumento Ciceronis pro Cæcinna. Si voluerint certis modis liberari debitorem, intelliguntur aliis noluisse: ergo factus sum dominus servorum: servi mihi sunt traditi quasi ex emptione: moriuntur suo fato, cur ergo pretium ei non reddam cui cavi? conditio legati non defecit, sed ea pendente mors contigit: itaque casus cautionis non extitit, id est, non defecit conditio. Præterea hæc verba, *tam hæredi quam fideicommissario* accipiuntur manifesto de hærede qui debet, et de fideicommissario cui debetur fideicommissum, de hærede cui adjudicati sunt servi, non de hærede cui pretium licitationis cautum est dilata solutione, et consequenter accipiuntur de fideicommissario universali, non de particulari, ut recte Græci exceperunt: nam si sit fideicommissarius particularis nisi forte interveniat lex Falcidia, ei soli fideicommissario servos deperire dicendum est, non hæredi, quia in eis hæres nihil habebat, et præstaret eos in solidum si viverent: at cum est fideicommissarius universalis, semper tam hæredi pereunt quam fideicommissario: hæredi pro quadrante, fideicommissario pro dodrante: nam hæres habet semper quadrantem illibatum.

Ad L. XXXV.

Pomponius Philadelphus dotis causa prædia filiæ, quam habebat in potestate, tradidit: et reditus eorum genero solvi mandavit: an ea præcipua filia retinere possit, cum omnes filios hæredes instituisset, quærebatur: justam causam retinendæ possessionis habere filiam, quoniam pater prædia, de quibus quærebatur, dotis esse voluit, et matrimonium post mortem quoque patris steterat, respondi: filiam etenim, quæ naturaliter agros tenuit, specie dotis cujus capax fuisset, defendi.

Hæc l. non est in libris Basilicon, quia ex ea colligitur ex testamento inter liberos collationem bonorum non fieri, id est, institutos liberos ceteris fratribus cohæredibus nihil conferre, quod Justinian. sustulit in *Novella* 81. quæ vero Justinia-

nus sustulerat, exemerunt libri Basil. sed ante eum non erat collatio ut in *l.* 1. *et* 7. *de liber. natural. l.* 1. §. *ult. inf. eod. l. ult. C. comm. utr.* Species hujus l. hæc est, pater filiæ quam habebat in potestate, et quam nuptum collocaverat, tradidit prædia dotis causa: filiafamilias dotis capax est, donationis capax non est, quia in filiamfamilias dos conferri potest et debet, donatio in eam confertur inutiliter quandiu est in potestate: videtur ergo recte tradidisse prædia dotis nomine. Sed jussit filiam marito suo reditus prædiorum solvere: deinde pater facto suo testamento omnes filios et filias suas hæredes scripsit, et mortuus est, matrimonio filiæ constante, quæritur an filia in divisione hæreditatis prædia sibi tradita dotis nomine præcipua retineat: non dico an præcipiat, quæ jam tenet, sed an retineat quæ jam habet, in his judiciis vel præcipua, retinemus, vel præcipua præcipimus: potest tamen dici filiam non habere retentionem, quia non est dos nisi quæ marito tradita est, *l. dotale* §. *dotali, de fun. dot. l. de divisione, solut. matrim.* Et hæc dos non est tradita marito, sed est tradita filiæ, non genero: donatio potius est, et hoc in quæstionem venit, an sit donatio vel dos: si est dos, proculdubio retinebitur præcipua, nec conferetur ex testamento, *l.* 1. §. *videamus, C. de rei uxor. act.* Si est donatio, commiscenda est ceteris bonis paternis, quia nulla est donatio, et morte non confirmatur ante constitutionem Justiniani: hodie confirmatur ut dixi *sup. l.* 10. §. *si pater.* Ex jure veteri morte non confirmatur: obstat *l. filiæ. C. famil. ercisc.* quæ videtur morte confirmari. Breviter, potest accipi ea l. de filia emancipata quæ non loquitur nominatim de filiafamilias, sed accipitur etiam de filiafamil. Dicam, donationem collatam in filiamfamil. non confirmari morte sola patris, sed ut ait ea lex si non contrarium ejus judicium probetur, id est, si probetur eum perseverasse in ea voluntate, extremo die mortis, quo casu confirmabitur non ipso jure, sed officio judicis famil. ercisc. *l.* 2. *C. Gregor. famil. ercisc. et Paul.* 5. *Sentent. tit.* 2. Imo videntur prudentes exegisse constantem et manifestam perseverantiam *patris, l. pen. inf. de coll. dotis.* Et si perseverantia animi appareat liquido, non adhuc dicam confirmari donationem morte, sed interventu judicis familiæ erciscundæ. Verum ad quæstionem utrum est donatio, an dos? verius est, dotem esse, quia pro eo est ac si tradita marito fuisset, cum filia ei jussa sit omnes reditus inferre. Denique videtur ipse maritus possidere prædia dotalia per uxorem, maritus ea possidet civiliter: mulier naturaliter: et ideo *l. ait, in fine, quæ naturaliter agros tenuit.* Denique sicut in dote si quæratur de domino, dicam maritum esse dominum civiliter, sicut possessorem, mulierem esse dominam, et possessorem naturaliter, *l. in rebus, C. de jure dot.* nam cujuslibet dotis hæc est definitio: si quæratur uter conjux sit dominus dotis, dicam maritum esse dominum civiliter, mulierem naturaliter. Dominium aliud est civile, aliud naturale, ut in servis olim aliud erat dominium in bonis, quod erat naturale, aliud jure Quiritium, alii domini bonitarii, alii domini Quiritarii. Unde *l. unicam, de nudo jure Quiritium tollendo.*

Ad L. XXXVI.

Cum putarem te cohæredem meum esse idque verum non esset, egi tecum familiæ erciscundæ judicio, et a judice invicem adjudicationes, et condemnationes factæ sunt. Quæro, rei veritate cognita, utrum condictio invicem competat, an vindicatio: et an aliud in eo, qui hæres est, aliud in eo, qui hæres non sit, dicendum est. Respondi: qui ex asse hæres erat, si, cum putaret se Titium cohæredem habere, acceperit cum eo familiæ erciscundæ judicium, et condemnationibus factis solverit pecuniam, quod ex causa judicati solvit, repetere non potest. Sed tu videris eo moveri, quod non est judicium familiæ erciscundæ, nisi inter cohæredes acceptum. Sed, quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem, quod quis se putat condemnatum. Quod si neuter eorum hæres fuit, sed quasi hæredes essent, acceperint familiæ erciscundæ judicium: de repetitione idem in utrisque dicendum est, quod diximus in altero. Plane si sine judice diviserint res, etiam condictionem earum rerum, quæ ei cesserunt, quem cohæredem esse putavit, qui fuit hæres, competere dici potest: non enim transactum inter eos intelligitur, cum ille cohæredem esse putaverit.

Species est. Ego existimans te cohæredem meum esse cum non esses, cum ego essem hæres ex asse, vel cum neuter nostrum hæres esset, egi tecum judicio familiæ erciscundæ: lis peracta est, adjudicationes et condemnationes factæ: quæritur an possim tibi condicere reo quæ tibi obtigerunt per divisionem, an possim condicere pecuniam qua tibi condemnatus sum, vel an possim vindicare: ubi est vindicatio, non est condictio indebiti, et e contrario, ubi est condictio, non est vindicatio, *l. si dominus, l. si in area, de condict. indeb. l. servus, de fidejuss.* in hac specie non est vindicatio, quia adjudicatio judicis dominium alienavit, §. *ult. Inst. de off. judic.* quæritur, an sit condictio indebiti, et respondetur, non esse condictionem indebiti, quia ex causa judicati solutum, aut traditum est, ergo

non indebite: res enim judicata parit civilem obligationem et actionem judicati. Ea est auctoritas rei judicatæ, res judicata pro veritate habetur, neque de ejus iniquitate queri licet, nisi provocationis remedio: qua de causa si non appellaveris, sed acquieveris et solveris, judicati soluti repetitio non est, *l. servo §. cum præter, ad Trebell. l. si fidejussor §. in omnibus, mand. l. 2. de compensat.* nam et hæc est vera ratio juris antiqui: actio judicati olim inficiatione crescebat in duplum, Paulus *Sentent. tit.* 19. Cicero pro Flacco. Est autem regula juris: solutum, ex ea causa, quæ inficiatione crescit in duplum, licet falsa sit causa sive nulla, non condici, *l. 4. C. de condict. indeb. §. ult. de obligat. quasi ex contr.* Quia scilicet præsumitur solutum a sciente propter metum pœnæ, *arg. l. illud, sup. de petit. hæred. l. si non sortem §. sed si falso, de condict. indeb.* Sciens autem non repetit: ea ratione solutum, ex causa judicati, non repetitur, et recte in *l. servo, inf. de cond. indeb.* additur, *sine judice*, et in hac l. subjicitur, si cohæredes falsi, vel si verus hæres cum falso cohærede diviserint bona sine judice, erranti condictionem dari, quia inquit, non videtur transegisse: quod notandum est: *non enim transactum* etc. Ratio est, quia sine judice plerumque fit divisio inter cohæredes transactionis genere quodam *l. qui Romæ §. 1. de verbor. obligat l. tres fratres, de pact.* Duo diviserunt sine judice, an videntur ergo transegisse? minime: qui erraverunt, id est, ego qui putavi te cohæredem meum esse: non videor tecum transegisse de hæreditate: errantis nulla est transactio: si esset transactio, non competeret condictio indebiti, quia solutum ex causa transactionis non repetitur, *l. in summa §. 1. de condict. indeb. l. cum solus, inf. de usurp. et usucap.* At si judex divisionem fecerit factis adjudicationibus, et condemnationibus, hoc casu non est condictio indebiti, sed tentari posset, etiam hoc casu esse condictionem indebiti: quia nullum judicium familiæ erciscundæ est quod inter eos qui non sunt cohæredes redditur: judicatum ergo nullum est, et verum est, nullum esse judicatum ipso jure: quod igitur solutum est, ex nulla causa videtur repeti posse: nam si dicas, me solvisse ex causa judicati, negabo, cum nullum sit judicatum ipso jure, cum nihil actum videatur: sed spectanda est opinio solventis: is opinione judicati, et condemnationis solvit: ideoque etsi nulla sit condemnatio, ipso jure solutum non repetit, *l. de qua re, §. ult: sup. de judic. etc.* Et hoc est quod ait in hac *l. sed quamvis non sit judicium, etc.* quod quis se putet condemnatum, id est, quod solvat opinione condemnationis, quia scilicet opinione ejus causæ solvit quæ inficiatione crescit in duplum: ideoque præsumitur consulto solvisse in omnem eventum pœnæ evitandæ causa: aliud est si promiserit putans se condemnatum, aliud si solverit: si solverit, non habet repetitionem, si promiserit tuebitur se exceptione doli, *l. 5. inf. de action. emp.* facilius datur exceptio quam actio. L. 38. exposui in *l. 1. sup. finium reg.*

Ad L. XXXIX.

Ex parte hæres institutus, causam de totis bonis quam omnes hæredes patiebantur ob inultam mortem, suscepit, et obtinuit: cohæres ab eo partem suam petebat, nec partem sumptum factorum in litem præstare volebat. Quæsitum est, an doli exceptio noceret. Respondi, si idcirco amplius erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset, habendam rationem sumptuum. Sed, et si omiserit doli exceptionem, agere potest de recipienda portione sumptuum.

§. 1. *Intestato moriens codicillis prædia sua omnia, et patrimonium inter liberos divisit: ita ut longe amplius filio, quam filiæ relinqueret. Quæsitum est, an soror fratri dotem conferre deberet. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur: si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.*

§. 2. *Servo libertatem dedit, qui erat annorum quindecim, Cum erit annorum triginta: eidem ex die mortis suæ, quod viveret, cibariorum nomine denarios denos, vestiarii, denarios vigintiquinque præstari se velle significavit. Quæsitum est, an utile esset cibariorum, et vestiariorum legatum, cum Stichus ante libertatis tempus decesserit: et an, si non est utile, hæres, qui præstiterat, a cohærede repetere possit, apud quem morabatur. Respondi, non quidem debita fuisse: sed si id, quod datum est in alimenta consumptum sit, repeti non posse.*

§. 3. *Filius reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hæreditaria reputare non potest: si non in omnibus socii essent: licet hæreditatem paternam communem haberent et pater pro altero filio in patria magistratu functus decessit.*

Sciendum est, hæredem qui non vindicat necem defuncti, amittere hæreditatem, idest, fiscum ei eripere hæreditatem quasi indigno, *l. 1. et l. cum fratrem, C. de his quæ ut indign. l. necessarios, §. ult. ad Syllanian.* nunc finge: duo sunt hæredes scripti, fiscus ab omnibus vindicat hæreditatem quasi caducam: ob inultam mortem defuncti, unus hæredum defendit totam causam, et vincit fiscum. Quæritur, an sumptuum repetitionem habeat, si utriusque causam egit communiter, si et suam, et cohæredis causam egit: lex ait, eum repetitionem

sumptuum habiturum, idque hoc judicio: ideoque sumptus venient in actionem familiæ erciscundæ, vel judicii potestate vel opposita exceptione doli: nam licet bonæ fidei judiciis insit exceptio doli, adeout possit omitti, *l. sed si adeo, sol. matrim.* tamen opponitur plerumque, ut in *l.* 3. *C. de except.* in qua actioni tutelæ opponitur exceptio doli: igitur venient sumptus litis in hanc actionem, vel opposita exceptione doli: vel etiam omissa, judicii potestate, et natura. In contrarium contendere potest quis, eos sumptus non venire in actionem familiæ erciscundæ hoc arg. quia cohæres potuit pro parte tantum sua litigare, et in *l. ult. C. depos. l.* 5. *Titius, et l. seq.* §. *si cum tres, pro soc.* non habuit necesse litigare pro parte cohæredis, ergo non est actio familiæ erciscundæ, ut dixi, *l.* 16. *sup.* sed est actio negot. gestorum: non ideo dimoveri debemus a priore sententia: nam manifestum est in hac l. non dari actionem familiæ erciscundæ. Sed respondendum est hoc modo: in his quæ cohæres gessit, ut si exegit, si solvit, si cavit, si contraxit, non est actio familiæ erciscundæ, si non fuit necesse in solidum agere, vel solvere, vel cavere, id est si potuit pro parte hæc exequi. Alia est ratio sumptuum factorum in res hæreditarias: nam cohæres factos sumptus necessarios hoc judicio repetit, licet potuerit pro parte sumptum facere, pro parte non facere, *l.* 18. §. *sumptus, hoc t.* §. *item si inter, Instit. de obligat. quasi ex contr.* Eodem modo venient sumptus facti in litem hæreditariam rem communem defendendo, scilicet, non agendo. Itaque quod hic tradunt interpretes de actione negot. gestorum nihil pertinet ad hunc locum, quia manifestum est dari actionem familiæ ercisc. quod sumptus factus sit in rem hæreditariam: hæc causa excipienda est semper. Deinde in §. 1. hic ostenditur, dotem conferri ab intestato, non ex testamento, uti dixi, in l. 36. in hoc §. additur exceptio, nisi sit contraria defuncti voluntas: videtur fuisse contraria si codicillis factis ab intestato bona omnia diviserit inter filium et filiam et filio plus assignaverit, quam filiæ, uterque succedit ei ab intestato. Sed non videtur voluisse pater filiam onerari collatione dotis, cui minus assignaverat facta divisione bonorum omnium, et ideo hoc casu ex voluntate testatoris ab intestato non fiet collatio, sed exigimus, ut omnia bona diviserit inter filium et filiam; nam si quod indivisum reliquerit, et velit filia venire in partem ejus quod indivisum relictum est, tum debebit conferre dotem, et arbiter familiæ erciscundæ curabit conferri. Ceterorum bonorum divisionem idem arbiter conservabit, et sic etiam ex voluntate defuncti testamento, non jure fiet collatio dotis, *l.* 1. *et* 7. *C. de collationib. l. pen. inf. de collat. dot.* At similiter hodie ex *Novella* 18. ex testamento fit collatio dotis cum ea exceptione, nisi alia mens fuerit defuncti. Ultimo aperta est species quæ proponitur in §. *servo.* Testator servo annorum 15. testamento libertatem dedit, cum esset annorum 30. quod adjecit prudenter: nam ex l. Ælia Sentia minor 30. annis testamento manumissus fiebat Latinus, non civis Romanus, Theoph. *tit. de libertin.* et Ulp. in frag. *tit.* 10. *et. l.* 2. *C. communia de manumiss.* ut igitur testamento manumissus ad civitatem Romanam perveniret adjecit ut tum liber esset, cum esset 30. annorum: alioqui Latinum fecisset, non civem Romanum: et frequenter solebat adjici hæc conditio, *l. Aristo, sup. de manumiss. test. l. ult. de reb. dub. l. si quis ita,* §. *ult. de statuliber.* Igitur servum testamento liberum esse jussit, cum esset 30. annorum: deinde ex die mortis suæ ei alimenta legavit. Itaque voluit ei alimenta præstari ante libertatem, sed dixit se legare servo ex die mortis cibarii nomine tot, vestiarii nomine tot: alimentis legatis videntur hæc omnia legata, cibaria et vestiaria, et calcearia, et habitatio: imo et salaria præceptorum, sed cibariis legatis non videntur vestiaria legata, et l. 5. *et l. diariis, de alim. legat.* Ideoque cibariis hic adjecit vestiaria: quæritur, an valeat legatum: et constat non valere ante libertatis tempus: nam servo proprio sine libertate legatur inutiliter. Igitur legatum non valet, nec debetur servo: sed tamen ex constitutionibus extra ordinem officio judicis favore alimentorum receptum est, ut hæres cogatur præstare alimenta, *l.* 16. *de annuis legat. l. servo alieno* §. 1. *de legat.* 1. Ideoque si unus ex hæredibus, pendente conditione, pro sua parte huic servo alimenta præstiterit, qui morabatur apud alterum cohæredem, ea non repetet judicio familiæ erciscundæ, licet moriatur servus ante libertatem adeptam: quia solvit indebita quidem jure civili, debita extra ordinem. Itaque non potest ea repetere a cohærede, qui accepit quod servus apud eum morabatur, nisi forte si quæ vestes, aut si qua cibaria extent. Ea enim repetentur, cetera non repetentur: quia quodammodo debuit, extraordinaria persecutione scilicet: servis propriis non invident constitutiones alimenta, quod valde notandum est. §. *filius* exposui in *l.* 20. §. *idem scribit.*

Ad §. 4. *Duos filios.*

§. 4. *Duos filios scripsit hæredes, et certos homines unicuique eorum prælegavit, in quibus uni Stephanum cum peculio: is vivo testatore manumissus decessit, deinde pater. Quæsitum est, an id, quod in peculio habuit Stephanus priusquam manumitteretur, ad utrosque filios pertineat, an*

vero ad eum solum, cui cum peculio prælegatus fuerat. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, ad utrosque.

In §. pen. hic traditur species: quidam duos filios hæredes scripsit, uni inter cetera prælegavit servum cum peculio, et postea idem ipse testator vivus servum manumisit, eodem ipso vivo servus mortuus est: constat extinctum esse legatum servi tum manumissione, tum morte. De peculio quæritur, an sit extinctum legatum peculii, quod servus habuit manumissionis tempore: respondetur, extinctum esse legatum peculii: et ideo peculium venire in judicium familiæ erciscundæ, ut dividatur quasi commune inter fratres, ut non præcipiatur, quia prælegatum extinctum est duplici ratione, manumissione, et morte, quarum alterutra sufficeret: servo cum peculio legato manumisso vivo testatore, extinguitur et servi, et peculii legatum, puta si legatus sit servus cum peculio: eo autem servo manumisso post mortem testatoris, puta libertate contingente legis beneficio, quod forte servus prodiderit desertorem militiæ, qua ex causa ipso jure liber fit pro præmio delationis. Eo autem manumisso, extinguitur quidem legatum servi, sed non legatum peculii, quia semel dies legati cessit utiliter a morte testatoris: et sic etiam mortuo servo vivo testatore extinguitur legatum peculii: mortuo servo post testatorem, durat legatum peculii: quia ejus dies semel cessit utiliter, *l.* 1. *et* 2. *et l. tunc inutile*, *de pecul. leg.* in hac specie servus legatus cum peculio non tantum manumissus, sed etiam mortuus est vivo testatore: ideoque duplex est ratio extincti legati peculii, manumissionis, et mortis: posterior ratio si deficeret, id est, si servus mortuus esset post testatorem, vel si mortuus non esset, prior ratio sufficeret: nam manumisso servo vivo testatore, et servi et accessionis, id est, peculii legatum extinguitur.

Ad §. 5. Pater.

§. 5. *Pater in filios divisit bona: et eam divisionem testamento confirmavit: et cavit, ut æs alienum, quod unusquisque eorum habet, sive habebit, solus sustineret: postea unus ex filiis cum pecuniam mutuaretur, intervenit pater: ejusque consensu prædia, quæ filio adsignaverat, pignori data sunt: post mortem patris eadem prædia idem filius possedit, usuras solvit. Quæro, an familiæ erciscundæ judicio, si prædia pignori data distrahat creditor, aliquid ei a cohærede præstandum sit. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non esse præstandum.*

Sciendum est quod si duo, vel plures sunt filii in potestate patris, qui patri hæredes existant; debita peculiaria quæ quisque contraxit vivo patre pro quantitate peculii cujusque de communi pecunia dissolvuntur: nam etsi viveret pater, teneretur pro modo peculii, et actio de peculio durat in hæredes intra annum, *l.* 18. §. *si filiusfam. et l.* 2. §. *si filiusfam. hoc t.* hoc cognito, finge: pater inter filios suos bonorum divisionem fecit, quam testator confirmavit, et adjecit in testamento, ut unusquisque æs alienum quod habet vel habebit, solus sustineret, id est, ut unusquisque quod ex causa peculii debitum contraxit de sua portione, de pecunia communi dissolveret, sequemur voluntatem defuncti, et hoc procurabit judex familiæ erciscundæ, ut defuncto pareatur, qui si hoc non cavisset, debita omnia de communi dissolverentur. Sed quid dicemus in specie quæ sequitur: si pater facto eo testamento et eodem præcepto dato filiis, ut unusquisque es alienum suum solus agnoscat, post testamentum uno ex filiis mutuam pecuniam accipiente, intervenerit pater, et ejus consensu prædia quæ ei filio in divisione bonorum assignaverat, pignori obligata sunt: deinde mortuus est pater: post mortem patris filius ea prædia possidet, et ejus debiti usuras solvit solus. Quærebatur, an debitum dissolvi debeat de communi quod non tam obligatio videretur esse filii quam etiam patris: pater non cavit de ære alieno suo, sed de ære alieno cujusque filii, ut id quisque pro sua portione dissolveret: hoc æs alienum est utriusque: lex ait, *intervenit pater*: non est adfuit, sed intercedit obligationi: intercedimus et intervenimus varie, ut explicatur in tit. ad Vellejanum: quid hoc est intervenit? Id explicat statim; *ejusque consensu*, etc. quia ejus consensu pignori prædia data sunt; hic consensus facit, ut pro filio creditori sint obligata prædia quæ erant paterna, filio tamen in divisione assignata: nihil præterea hic consensus facit; nam non ideo pater tenetur in solidum quod jussu, sicut si fid jusserit pro filiofamil. tenetur ex stipulatu, non tamen tenebitur quod jussu, *l.* 9. *C. quod cum eo qui*, *l.* 1. §. *quid ergo*, *quod jussu*, *l. si domini*, *ad Vellejan.* Ratio est, quia utroque casu, id est, sive fidejussit pater pro filio, sive prædia sua obligavit, pro filiofam. intervenit ut extraneus non ut pater: solus pater tenetur quod jussu, qui jubet pro imperio quod habet in filium fieri aliquid vel dari; multum interest an pater teneatur quasi fidejussor, et ideo quasi extraneus, an ut pater quod jussu; nam fidejussio accessio est; pater qui jussit habetur pro accessione, *l. si servum*, §. *an filiusfamil. de verbor. obligat.* habetur etiam pro reo principali: adeo ut non tantum propria actione quod jussu cum eo agi possit, sed directo possit ei condici, §. *ult. Instit. Quod cum eo.* In hac autem specie

pater pignoris obligationem contraxit pro filiofamil. unde dubitabatur an pignus lui deberet communi pecunia secundum *l.* 28. *et* 33. Respondetur, non esse luendum pignus communi pecunia, quia æs alienum principaliter filius contraxit, et prædia ei assignata pro eo ære pignori data sunt, consentiente patre. Dum vero pater voluit quemque æs alienum suum dissolvere, voluisse etiam videtur ut prædia quisque sibi assignata et pro se obligata solus liberaret et lueret. Itaque prædia sibi assignata filius liberabit de sua parte, non de communi, quia sunt obligata pro ære alieno suo quod solus sustinere jussus est. Leg. 41. exposui in *l.* 2. *sup.* leg. 32. in *l.* 26. §. *judex sup.*

Ad L. XLII.

Si ita legatum fuerit uni ex hæredibus, Quod mihi debet præcipito, *officio judicis familiæ erciscundæ continetur ne ab eo cohæredes exigant : nam et si, quod alius deberet, præcipere unus jussus fuerit officio judicis actiones ei præstari debebunt, pro portione cohæredis.*

Hæc lex pertinet non tantum ad hunc titul. sed ad tit. de liberatione legata. De quo genere legati multa disputavit auctor hujus l. ex *l.* 2. *et* 8. *de liberat. legat. et l. boves*, §. *ult. de verb. sign.* qui §. est conjungendus cum *d. l.* 8. §. *et qui reddere.* Quæstio est : quidam ex æquis partibus duos hæredes scripsit, Primum et Secundum. Primus defuncto debet 100. adita hæreditate hoc debitum confunditur pro semisse tantum : alter semis, id est, 50. debentur Secundo cohæredi, *l. debitori, de fidejuss.* Secus erat dicendum, si testator Primum jusserit præcipere 100. quæ debebat, quo jure videretur ei prælegasse liberationem, ideoque officio judicis familiæ erciscundæ continetur ne quid Secundus exigat a Primo, et ut ei remittat actionem in 50. quam habet pro sua parte, quia pro ea parte non est confusa ea obligatio, et ut omnino eum liberet per acceptilationem secundum voluntatem defuncti : nam etiamsi testator Primo legasset, quod sibi extraneus debebat, officio judicis familiæ erciscundæ Secundus Primo cederet actionem suam pro sua parte, quia nomine legato hoc tantum est in legato ut actiones cedantur, *l. servum*, §. *eum qui, l. si sic legatum*, §. 1. *de legat.* 1. proinde hæc lex ita argumentatur : quod Secundus debet præstare adversus extraneum, multo magis adversus seipsum : quo argumento utitur lex *frater a fratre* : adversus extraneum Primo cohæredi nomine prælegato, actionem suam concedere debet. Ergo et liberatione cohæredi legata debet actionem suam concedere, et remittere. L. 44. exposui in *l.* 1. initium leg. 45. exposui in *l.* 1. *sup. fin. regund.* in tractatu de adjudicationibus, §. *si cohæres* exposui in *l.* 7. *sup.* §. *fructus* expos. in *l.* 1. *fin. regundor.* §. *qui fambasiæ* expos. in *l.* 10. *fin. regundorum.* Cetera quæ sunt in hac *l.* expos. in *l.* 26. *sup.* leg. 46. expos. in *l.* 1. *et l.* 26. §. *quod pro emptore* in *l.* 16. §. *ult.* leg. 47. explicui in *l.* 20. §. *hoc amplius.*

Ad L. XLVII.

In judicio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, si, dum res in arbitrio, sit, de jure prædii controversia sit, placet, omnes eos inter quos arbiter sumptus sit, et agere, et opus novum nunciare pro sua quemque parte posse : et cum adjudicationes ab arbitro fiant, si uni adjudicetur totus fundus, caveri oportet, ut quæ ex his actionibus recepta fuerint, reddantur, aut quæ in eas impensæ factæ fuerint, præstentur, et si cum res in judicio esset, eo nomine actum non fuerint, eum sequi integram actionem, cui totus fundus adjudicatus fuerit: aut pro quacunque parte adjudicatus erit.

§. 1. *Item quæ res moveri possint, et in ea judicia veniant, si interea subreptæ sint, furti agere eos, quorum istæ res periculo fuerunt, posse.*

Sententia est. Post litem contestatam familiæ erercisc. inter cohæredes, vel post litem contestatam communi dividundo inter socios, *dum res* inquit, *in arbitrio est*, et paulo post ait, *dum res in judicio est*, pendente lite. Finge : movetur controversia de jure prædii hæreditarii vel communis, omnes, inquit, agere debent de jure prædii, id est, de servitute, *l. creditori, inf. de novi oper. nunt.* omnes agere debent pro qua parte cujusque interest : nam etsi singuli vindicent servitutem in solidum, non tamen fit condemnatio in solidum, sed pro parte hæreditaria, *l.* 25. §. *an ea stipulatio, hoc t.* sic igitur omnes servitutem vindicabunt lite pendente divisionis, et consequenter quod interest pro parte : interim ergo omnes agunt : possunt enim omnes pendente lite novum opus nuntiare vicino, id est, prohibere ne quid moliatur novi operis sine remissione Prætoris, vel satisdatione. Jus nunciandi habent qui dominium, vel servitutem habent, *l.* 1. §. *jus, de remiss.* nec obstat *l. qui viam, de op. no. nunt.* Eam explicui in observatione prima. Ergo pendente lite omnes agere possunt, omnes novum opus nuntiare : sed si sententia judicis vel familiæ erciscundæ, vel communi dividundo factis adjudicationibus is fundus, eave domus, de cujus jure controvertebatur, uni tota fuerit adjudicata, cautiones interponentur de reddendis sumptibus litium, cohæredibus scilicet ; actarum pendenti judicio fa-

miliæ erciscundæ, vel communi dividundo, et vicissim de reddendis ei cui totum prædium est adjudicatum his omnibus, quæ ex eis actionibus recepta fuerunt, id est, ex vindicationibus sumptuum, et ex nuntiatione novi operis, nempe quia nuntiatio novi operis præstat actionem damni infecti, vel interdictum quod vi aut clam: fit enim nuntiatio novi operis, ut novis caveatur damni infecti ab eo qui in publico, vel privato aliquid molitur, *l.* 1. §. *nunciamus*, *de op. no. nunt.* et is qui facit contra nuntiationem, non impetrata remissione, vel non præstita satisdatione, tenetur quod vi aut clam, *l.* 5. §. *meminisse*, *de op. no. nunt. l. per procuratorem*, *de procur.* Tenetur etiam speciali interdicto ex nova operis nuntiatione, quod adversus edictum factum sit, de quo agitur multis locis in tit. famil. ercisc. Igitur si pendente judicio familiæ ercisc. omnes egerunt de jure prædii, omnes novum opus nuntiarunt, et postea prædium uni fuerit adjudicatum totum, quæ ex illis actionibus receperunt, debent restituere officio judicis famil. erciscundæ; vel etiam si pendente lite non egerunt, hæ actiones sequentur eum, cui totum prædium adjudicatum est. Idem erit in actione furti, nam pendente judicio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo si furtum fiat rei communis, vel rei quæ hæreditate obvenit, omnes possunt agere furti pro sua parte: et si jam exegerunt omnes, is cui res postea fuerit adjudicata, recipiet a ceteris quod exegerunt actione furti, vel si non egerunt interim furti, adjudicatione rei uni facta, is solus agit furti, quia ejus duntaxat interest, ejus solius periculo res esse cœpit: idem sequemur in ceteris omnibus actionibus, quæ dum res in arbitrio est, agitabuntur, id est, dum pendet lis famil. ercisc. vel com. dividundo.

Ad L. XLVIII.

Si famil. ercisc. vel communi divid. vel finium regundorum actum sit, et unus ex litigatoribus decesserit, plurib. hæredib. relictis: non potest in partes judicium scindi: sed aut omnes hæredes accipere id debent, aut dare unum procuratorem, in quem omnium nomine judicium agatur.

Ponendum est, plures egisse familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, vel finium regundorum: unus ex eis pendente lite decessit pluribus hæredibus relictis: auctus videtur numerus litigantium, imo vero auctus non est: nam pro ratione hæredum quos reliquit unus ex litigatoribus, lis ea non scinditur in partes, sed omnes hæredes unius personæ vice funguntur, et debent omnes hanc litem simul suscipere, et procuratorem dare, in quem omnium nomine agatur, et qui omnium nomine agat: nam duplex est actio, et hoc ideo ne fiat injuria ceteris litigatoribus in plures personas divisa lite. Sic in specie *l.* 5. §. *pen. judic. solvi*, si sint plures fidejussores judicatum solvi, qui enim fidejubet de judicato solvendo, fidejubet etiam de lite defendenda. Sunt igitur plures qui fidejusserunt rem defensam iri, et volunt defendere, an possunt defendere pro parte, substituto defensore suo pro sua parte ab unoquoque? minime. Debet omnes simul defendere desiderante actore, et unum defensorem dare, qui omnium nomine defendat, ne defensio in plures personas divisa actorem aliquo incommodo afficiat. Eadem est ratio in *l. quod si nolit*, §. *quod si*, *de ædilit. edic.* Finge: servus venditus est vitiosus, et morbosus: emptori decepto competit redhibitoria, per quam reddat servum, et recipiet pretium: vel si nolit redhibere et emptionem restituere, competit actio quanti minoris, quæ dicitur æstimatoria qua recipiet soluti pretii portionem aliquam. Ergo competit ei duplex actio, redhibitoria, et æstimatoria: ita tamen ut unam eligat earum. Nunc finge: emptor priusquam eligeret actionem, decessit, relictis pluribus hæredibus: unus vult agere redhibitoria, alter quanti minoris: hoc non permittitur, omnes debent redhibere servum, vel agere debent omnes quanti minoris: diversis judiciis uti non possunt, ne scilicet incommodo reus afficiatur, si unus agat redhibitoria, alter æstimatoria: incommodum hoc erit, quod ab agente redhibitoria, recipiet partem servi, et reddet partem pretii, ab eo qui egerit æstimatoria nihil recipiet, sed ei condemnabitur in partem pretii quanto minoris. Ne ita adstringatur reus, melius est, ut omnes consentiant in actione instituenda, et ut dent unum procuratorem, sicut in specie hujus legis plures hæredes dant unum procuratorem, qui scilicet hæredes extiterunt uni ex cohæredibus litigantibus de divisione hæreditatis, vel uni ex sociis litigantibus de divisione rerum communium, vel uni ex vicinis litigantibus de finibus regundis. Idem non fiet e contrario, si plures agant famil. erciscundæ, vel communi dividundo: nam tunc lis necessario dividitur in partes, adeo ut inter pauciores ex pluribus lis accipi possit, *l.* 1. §. *pen. sup. hoc t.* imo non possunt, aut eis permitti non debet dare unum procuratorem, quia si unus sit procurator, qui omnium hæredum nomine experiatur, res non poterit expediri circa adjudicationes et condemnationes: an idem sibi tradat accipietque? Itaque necesse est rem dividi in partes, et unius rei plurium personarum plures esse procuratores, et ita accipe *l. si qui procuratorio*, §. *unus* et *l. licet* §. *pen. de procurat.* cui §. male opponitur *d. l.* 5. §. *pen. jud cat. solvi*: quæ non loquitur tan-

tum de fidejussoribus pluribus judicatum solvi, vel de hæredibus pluribus judicatum solvi, ad quem casum non pertinet d. §. sed ad alios, videlicet ad casum *d. l. licet*, §. *pen.* nam plures hæredes agant famil. erciscund. nam tunc unius litis non erit unus procurator, sed plures rerum expediendarum causa circa adjudicationes et condemnationes.

Ad L. XLIX.

Qui erat hæres ex parte institutus, testatorem jussus a Prætore sepelire, servum, cui erat testamento data libertas, ideo distraxit: duplamque promisit: et ex ea cautione conventus præstitit. Quæsitum est, an familiæ erciscundæ judicio consequatur, quod ex duplæ stipulatione abest. Primo videamus, an hic debuerit duplam cavere: et mihi videtur non debuisse. Hi enim demum ad duplæ cautionem coguntur, qui sponte sua distrahunt: ceterum, si officio distrahentis fungitur, non debet abstringi: non magis, quam si quis ad exequendam sententiam a Prætore datus, distrahat: nam et hic in ea conditione est, ne cogatur implere quod coguntur hi, qui suo arbitrio distrahunt: nam inter officium suscipientis, et voluntatem distrahentis multum interest: quapropter re quidem integra stipulationem duplæ interponere non debuit: sed decernere prætor debet, esse actori, adversus hæredem existentem: actionem ex empto, si res distracta fuisset evicta: si autem hæres erravit, et cavit, et servus perveniat ad libertatem: stipulatio committetur: quæ si fuerit commissa: æquum erit, utilem actionem ei adversus cohæredem dari, defecto judicio familiæ erciscundæ, ne in damno moretur: nam ut familiæ erciscundæ judicio agere quis possit, non tantum hæredem esse oportet, verum ex ea causa agere vel conveniri, quam gessit, quodque amisit postea quam hæres effectus sit: ceterum cessat fam. erciscundæ actio: et ideo, si antequam quis sciret se hæredem esse, in hæreditate aliquid gesserit, famil. ercisc. judicio non erit locus, quia non animo hæredis gessisse videtur. Quare qui ante aditam hæreditatem quid gessit veluti si testatorem sepelivit, famil. erciscundæ judicium non habet: sed si post aditam hæreditatem id fecit: consequenter dicemus famil. ercisc. judicio consequi eum posse sumptum, quem fecit in funus.

Disputat Ulp. in hac l. de hac specie: duo sunt hæredes scripti, unus cum solus extaret, et inveniretur, absente forsitan altero, jussu Prætoris, ne testator insepultus maneret servum hæreditarium testamento manumissum vendidit, cui nondum obtigerat libertas ante aditionem, et ex venditione redacta pecunia testatorem sepelivit, funeravit, eique justa fecit: non ideo videtur hic hæres se pro hærede gessisse, et hæreditatem acquisivisse, *l. 4. et l. 14. §. plerumque, de religios. l. 20. de acquir. hæred.* nam et is jussu Prætoris fecit extra ordinem, non sua sponte deliberans adhuc et concoquens, an sibi adeunda hæreditas necne: postea tamen uterque hæreditatem adiit: at ille hæres qui jussu Prætoris servum vendidit testatoris sepeliendi causa, in eo servo distraendo promiserat emptori duplam pretii evictionis nomine, deinde adita hæreditate servo perducto ad libertatem, et ita evicto emptori conventus ab emptore, ex stipulatu duplam præstitit: quæritur an id quod præstitit, possit a cohærede conseqi pro parte judicio famil. erciscundæ: hæc est quæstio, cui Ulp. priusquam respondeat, proponit hunc hæredem non debuisse promittere duplam emptori: nam is demum debet cavere de dupla qui suo arbitrio vendit hominem ex ædilitio edicto: nam non in venditione rerum omnium dupla promittitur: sed in venditione hominis tantum ab eo qui vendit sua sponte, *l. emptori* §. *pen. de eviction. l.* 5. §. *item dupla*, *de verbor. obligat.* et omnino ex ædilitio edicto in venditione hominis duplex stipulatio ædilitia intercedere solet, una est sanum eum præstari. *Alioquin,* inquit, *quæ ab Ædilibus proponitur, in venditione,* mancipi scilicet, *inutilis erit, quod utique nemo sanus probavit:* quibus verbis Ulp. alludit ad formam stipulationis ædilitiam, sanum esse, et eo modo varro *de re rustica* 2. de venditione caprarum: *capras suas*, inquit, *nemo sanus promittit, nunquam enim sine febri sunt.* Altera stipulatio ædilitia, est stipulatio duplæ, quæ interponitur cum homo mancipio non datur, id est cum traditur, non mancipatur: aliud est traditio, aliud mancipatio rei alienæ: mancipatio non est rei alienæ traditio, est venditio: rei alienæ per mancipationem non est venditio, rei alienæ per traditionem est: nam satis est duplam promitti evictionis nomine, vel si ita pacti sint simplum, ex pacto promittitur simpla, ex ædilitio edicto dupla in venditione hominis, et in venditione pretiosarum rerum, *d. l. emptori* §. 1. *Varro lib.* 2. *cap. de empt. pastor.* ac is tantum venditor, ut dixi, cavet duplam qui sua sponte vendit: qui jussu Prætoris vendit coactus, non debuit cavere de dupla: nam hic est similis apparitori, qui exequitur: id est, ad finem perducit sententiam sive decretum Prætoris, captis distractisque pignoribus, quem constat de evictione non teneri, vel non cavere debere, *l. si pignora, de evict.* Nam et apparitor et hæres in specie proposita uterque id facit ex officio, id est, necessitate quadam, Græci dicunt ἐξ ἐπιτάγματος quod eis ita sit injunctum,

et ut ajunt multum interest inter officium suscipientis, et voluntatem distrahentis, id est, multum interest inter eum qui ex oficio, quod suscepit vendit, et eum qui ultro vendit: hic qui ultro vendit: cavet de dupla: ille non cavet. Jure igitur in hac specie hæres non debuit cavere de evictione: et ita si forte hæres non cavisset, quid fieret, si jussu Prætoris hæres servum distraxisset, et non cavisset, sicut non cogitur, et evictus fuisset servus emptori, quomodo consulitur emptori? id hæc l. explicat: Prætorem dari emptori utilem actionem ex vendito pretii nomine adversus utrumque hæredem post aditionem: perinde ac si uterque vendidisset eum servum sua sponte, sicut et re distracta ab apparitore ex causa judicati, et evicta emptori, neque datur quidem actio emptori adversus apparitorem: sed datur utilis ex empto actio adversus debitorem judicatum et condemnatum, perinde ac si ipse suo arbitrio distraxisset, quia ejus lucro pecunia ex venditione confecta cessit, *l. si plus*, *inf. de evict.* Et eodem modo pignore distracto lege pignoris a creditore, quo casu creditor non tenetur de evictione, re evicta datur emptori utilis actio ex empto adversus debitorem, *l. scriptum* §. 1 *de distract. pig.* His tribus casibus emptori consulitur data actione ex empto: primo casu adversus hæredes omnes, adversus eum, qui vendidit jussu Prætoris pro sua parte, adversus alios qui non vendiderunt, pro suis partibus, ut sequentibus casibus adversus debitorem: utilis hæc dicitur quod detur æquitatis ratione, ne ex aliena jactura hæredes, vel debitor sibi lucrum acquirat, *d. l. rescriptum* §. 1. quæ æquitatis summa est ratio: et dari utilem actionem in hac lege significatur his verbis *decernere Prætor debet adversus hæredem*, id est, adversus utrumque: nam omnis actio utilis decernitur, omnis actio utilis est decretalis, *l. si post constitutam*, *de constit. pecun. l. pen. de acquir. hæred. l. 2.* §. *interdum*, *de vulg. substit.* et quoties decerni actionem legitur, intelligendum est, esse utilem actionem: et quoties non est directa, exquirendum est cur deficiat: directa est edictalis, non decretalis: his explicatis Ulp. redit ad quæstionem propositam. Hæres qui jussu Prætoris distrahebat servum hæreditarium sepeliendi testatoris causa, non debuit cavere de evictione, cavit tamen duplam quia hominem vendebat per errorem: hic est error juris, quia scire debebat cavere eum non debere qui ex officio vendit, non ex voluntate libera: sed putabat se teneri de evictione: errabat in jure: et ita per errorem juris cavit, et non modo cavit, sed etiam ex ea cautione duplam præstitit. Servo libertatem adepto ex eo testamento post aditionem, quæritur an id quod præstitit ex stipulatione duplæ hæres possit deducere in actionem familiæ erciscundæ: primum negatur posse, quia id non gessit quasi hæres: nondum enim adierat cum servum vendidit, et cavit emptori: postea adierunt ambo, et ideo cessat actio familiæ erciscundæ, *l. 16.* §. *sed si dolo*, *sup. h. t.* nam ut ait in fine hujus legis, *ut familiæ erciscundæ judicio agere quis possit*, *non tantum hæredem esse oportet*, *verum ex ea causa agere*, *vel convenire quam gessit*: ut si locavit rem hæreditariam, si coluit fundum, si quid exegit vel solvit ex ea causa, quam admisit, ut si quid deliquit, vel dolo fecit, si pecuniam hæreditariam sustulit ante aditionem: necesse ergo est ut agat ex ea causa quam gessit, vel admisit post aditionem: nam de eo quod gessit, vel admisit ante aditionem, non habet actionem familiæ erciscundæ, cum non gesserit tanquam hæres: et hoc est quod sequitur in hac lege, *ceterum* etc. *Ceterum*, id est, alioquin, ceteroquin. Ergo in hac specie non est actio familiæ erciscundæ directa, datur tamen actio utilis: quæ ratio æquitatis? *ne*, inquit, *in damno moretur*, ne in damno versetur, quod non est satis, nisi adjiciatur, ne in damno is versetur, qui dum pietatis officio fungitur in errorem juris lapsus est: sicut et in specie leg. 25. §. *si filius*, datur utilis actio familiæ erciscundæ filio eidemque hæredi patris ex parte, qui antequam hæres existeret, patrem vivum pie et officiose defendit in judicio, et condemnatus solvit. Igitur interdum datur actio utilis familiæ erciscundæ etiam ex his causis, quas quis gessit ante aditam hæreditatem. Et ita fit, ut in unum idemque judicium quædam veniant directo, quædam ex utilitate quadam, id est, ut una eademque actio partim sit directa, partim utilis secundum varietatem causarum, quæ in hanc actionem deducuntur. Hæc est sententia hujus legis: ex ea interpretes colligunt hanc generalem sententiam, eum qui errore juris quid promisit, cum effectu teneri ex stipulatu, quod nostra lex probat: hæres jussus vendere servum, errore juris promisit duplam, cum effectu tenetur ex stipulatu præstare duplam, et vero proponitur etiam præstitisse. At dices quo valde movetur Accursius, juris errorem non nocere *l. 7. et 8. inf. de jur. et facti ignor.* Hæres errans in jure cavit: si dixeris teneri, hoc videberis dicere, errorem juris nocere, quod est falsum. Error juris non nocet, id est, non afficit damno, nihil damni adfert, sed damno etiam non eximit: et hæc differentia est inter errorem juris et facti. quod error facti lucro afficit, damno non afficit, imo damno liberat et eximit: error autem juris lucro non afficit: ignorantia juris non juvatur præmio, sed omnes potius ad jus discendum invitandi sunt: non afficit: etiam damno: et in hoc nihil distat

ab errore facti: damno non liberat: exempli gratia, si quis errans in jure confiteatur se debere quod non debet, an quod erret in jure habebitur pro confesso? non, *l.* 2. *de confessis*. Sed retro quod ignoraverit jus non ideo etiam non habetur pro non confesso. *l.* 2. *tit. de confess.* Sententia est: qui errans in facto fatetur, non fatetur: ut cum hæres ignorans esse multos creditores hæreditarios singulis legatariis fatetur se debere solida legata, non habetur pro confesso: quia autem errans in hoc fatetur, utique fatetur, et tenebitur pro confesso: ut si quis ignorans leg. Falcidiam, fateatur se debere solida legata, utique fatetur, fatetur jus, quia errat in jure: nam error juris non nocet in damnis amittendæ rei suæ, d. l. 8. sed fatetur, quia fatetur, et quia errat in jure, non ideo non fatetur: nam error juris non eximit damno, sed neque involvit damno. Ac proinde qui errore juris quid promittit, cum effectu tenetur. Acc. multa alia opponit: opponit leg. 4. §. *ult. sup. Si quis caution.* et falsa respondet, speciale esse in judiciis: vult dicere in cautione judiciali sine ratione: neque tamen speciale quiddam constituere debemus sine ratione certa: longe alia est ratio leg. 4. Finge: qui non debebat satisdare judicio sisti, ut qui erat locuples et possessor prædiorum, qui non satisdat sed promittit tantum et jurat. Igitur is qui non debebat satisdare, per errorem juris dedit fidejussores, quæritur an fidejussoribus si conveniantur, detur exceptio, quia scilicet intercesserunt ex ea causa, ex qua non debuerant. Lex ait, dari: ergo non est efficax satisdatio: respondeo: nos loquimur de reo principali, qui promisit per errorem juris. Illa lex loquitur de fidejussoribus, quibus datis errore juris subveniri æquum est: ipsi non erraverunt in jure, sed qui eos adsumit: huic non subvenitur, fidejussoribus ejus subvenitur: et eadem est ratio leg. *si quis, de fidejuss.* Quidam liberatus tempore, errore juris dedit fidejussorem, quia scilicet actionem qua tenebatur, putabat esse perpetuam, cum esset temporalis: erroris fidejussio nulla est: licet tamen dicat nullam esse, non tamen dicendum est nullam esse ipso jure, sed exceptionem dari fidejussoribus errore debitoris adhibito: et eadem est ratio in *l.* 1. §. *quid deinde, ut in poss. legat.* si quis legatarius sub conditione prohibitus sit a testatore exigere cautionem legatorum nomine, hæres liberatur ex actione cautionis vulgaris legatorum nomine, si tamen existimans se nihilominus adstringi ad cautionem, id est, non potuisse testatorem hoc prohibere contra jus publicum, sicut etiam non potuit ante constitutionem divi Marci remittere cautionem legatorum: si inquam hæres existimans etiam non potuisse hodie, id est, ignorans constitut. D. Marci cavit, et fidejuss. dedit: et ait, fidejussoribus dari exceptionem, quia ex ea causa intercessit ea stipulatio, ex qua non debuit: at l. 1. plus dicit quam ceteræ: ait benigne succurri hæredi qui cavit, ut scilicet ipse hæres condicat liberationem incerti, et satisdationem quam præstitit: sed lex ait, benigne, quia scilicet ea fuit voluntas testatoris non caveri: benigne hoc datur ei ut condicat obligationem: cui se subjecit contra voluntatem defuncti. Sed quod benigne conceditur, non est trahendum ad consequentiam, *l. qui benigna, inf. mand.* Itaque ex eo loco male ducitur argumentum adversus juris regulas ex iis quæ benigne recepta dicuntur: nam quæ sunt benigne recepta, non sunt trahenda ad consequentiam. Præterea opponit Accursius leg. *si patronus, inf. de donat.* Ex qua efficitur, subveniri promissori, qui errore juris promisit aliquid. Species est: libertus patronum hæredem instituit ex portione debita, quæ debebatur lege Julia et Papia sine ullo onere, et tamen patronum libertus oneravit fideicommisso quodam, quod non potuit, maxime cum ex debita tantum parte faciebat hæredem: post mortem liberti, fideicommissario promisit se soluturum fideicommissum, quæritur an cogatur solvere? ait lex indistincte non esse cogendum, ne scilicet pars debita legibus Julia et Papia verecundia patroni minuatur, id est, reverentia, ut Acc. recte. Et hic in *l. donationes* §. *ult. C. eod. tit.* verecundiæ maternæ. Intelligitur autem l. ea de patrono qui sciens promisit, et multo magis locum habet in errante. Sed sicut ex ea l. male colligeres generaliter, scienti subveniri, quod est falsum: ita falso colliges, erranti subveniri: nam id datur tantum specialiter reverentiæ patroni: non enim est arctandus ut debitam sibi partem omittat, etiamsi promiserit, quod tamen in extraneo hærede locum non habet, qui ipso jure habet Falcidiam: nam si sciens vel errans in jure promittat se soluturum integra legata, cogitur solvere integra *l. ult. C. ad l. Falcid.* Falso hic Accurs. ait, in ea *l. si patronus*, patronum promisisse vivo liberto, quæ stipulatio turpis esset, *l.* 2. §. *interdum, de vulg. substit. l. quædam* §. *ult. de donation.* et nulla esset promissio, aut non adstringeretur promissione patronus, non propter reverentiam suam, sed propter turpitudinem, quod contra bonos mores fideicommissarius vivo testatore festinarit stipulari fideicommissum. Ita verius est, in ea l. patronum promisisse post mortem liberti: ad hæc opponit Acc. *l.* 1. §. 1. *ut in possessio legat.* ubi jus nescienti promissori et satisdanti succurritur, sed benigne, ut exposuimus, ratione ultimæ voluntatis, ut recte ait Acc. quia voluerat defunctus hæredem non cavere legatariis, quæ voluntas est rata ex constit. Marci, quam ignorans hæres caverat, ei benigne hoc casu succurritur. Ergo hoc

casu tantum non ceteris, hoc non potest porrigi ad cetera: benigne etiam in specie hujus legis, hæredi, qui duplam cavit, non adversus stipulatorem, sed adversus cohæredem utilis actio datur, licet caverit antequam hæres esset, ne inquit, *in damno moretur*, quæ est utilitatis ratio, ut in *l. quæ utiliter in fi. sup. de negot. gest.* Deinde opponit Acc. *l. si quis postquam, inf. de fidejussor.* Sed jam ante respondi, eam loqui de fidejussoribus, et in hac quæstione separandos esse fidejussores a reo principali, qui eos errore juris adhibuit, qui satisdato promisit, huic non subveniri adversus stipulatorem: fidejussoribus subveniri, quod et Azo docuit. Postremo opponit Acc. *l. 7. et 8. de jur. et fact. ignor.* quibus jam respondi. Sed quid de eis dicat Accurs. examinemus: ait ut se expediat ab illa *l. 7. et 8.* juris ignorantiam non nocere, quia, inquit, per errorem juris emptori cavetur de dupla, quæ solet caveri omnibus emptoribus: fallitur: cavetur aliis ementibus a voluntario venditore, hic venditor non est voluntarius, et præstare cautionem duplæ non debuit, quam errore juris præstitit: quia tamen ea cautio committitur cum effectu, juris error videtur promissori nocere, et vero nocet, id est, non prodest, ut liberetur obligatione, vel ut adversus actionem se exceptione tueri possit: et quod dicitur, juris errorem in damnis non nocere, hoc significatur, non esse damno, damnum non adferre: postea Accurs. omnibus his legibus quas opposui, medetur una solutione Azonis, in qua falso constituit Azo, in specie hujus legis stipulationem quidem committi, sed non in duplam, id est, in id tantum quod interest: repugnant verba legis, *duplam promisit et ex ea cautione conventus præstitit*. Item illa, *quod ex stipulatione duplæ ei abest*. Deinde Acc. differentiam facit inter exequutorem merum, et exequutorem non merum: priorem partem legis intelligit de mero exequutore: posteriorem de non mero: dum tamen manifestum sit Jurisconsultum, tota l. in eadem specie perstare, et ille hæres qui antequam hæres existeret jussu Prætoris funus duxit testatoris, et servum distraxit funerandi testatoris causa, non dicitur exequutor: exequutor est apparitor, sed dicitur hac in re officio sibi injuncto fungi, non ultro hoc facere: est ea differentia inter exequutorem merum et non merum: exequutorem merum dicit eum cui Prætor jubet ut vendat servum, atque motus solo imperio Prætoris vendit: exequutor non merus est, qui jussu quidem Prætoris vendit, sed ut suum non potuit vendere qui nondum hæres erat, tota l. vendidit eodem modo ex jussu Prætoris, nec mutatur species: non constituuntur duo genera parentium jussu Prætoris.

Ad L. L.

Quæ pater filio emancipato studiorum causa peregre agenti subministravit, si non credendi animo pater misisse fuerit comprobatus, sed pietate debita ductus, in rationem portionis, quæ ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari æquitas non patitur.

In hac l. hoc ostenditur: pater filio cui postea hæres extitit pro parte, peregre agenti studiorum causa necessaria subministravit, lex ita distinguit: aut id facit credendi animo, aut pietatis studio: si credendi animo, rursus aut filius est in potestate, aut emancipatus: lex loquitur tantum de emancipato, sed tamen tractatur de utroque: si filius est in potestate cui credidit pecuniam studiorum causa, obligatio naturalis confunditur partim acquisitione hæreditatis pro parte filii: partim obventione peculii pro parte cohæredis, nisi totum peculium sit prælegatum filio, *l. frater, de condict. indeb.* si filius est emancipatus, obligatio civilis confunditur pro parte filii tantum, durat pro parte cohæredis, *l. debitori, de fidejuss.* At si pater pietate ductus non credendi animo filiof. vel filio emancipato studiorum causa necessaria subministraverit, ea in rationem hæreditatis ab arbitro famil. erciscundæ non admittuntur non imputantur filio in portionem hæreditariam, sive debitam, non conferuntur fratri. Donatio simplex confertur ab intestato, et etiam ex testamento hodie, *l. ut ceteris in fi. C. de collationibus.* Quod Acc. negavit perperam. Separanda est donatio simplex a viatico: viaticum, quod pater filio subministrat, non confertur, nec imputatur filio in portionem: placet Accursio etiam non imputari libros, non conferri: meretur studiorum ratio hunc favorem: placet etiam Accursio non conferri arma, quæ filio emit in militiam, quæ dedit pater: meretur etiam militia hunc favorem: arma quæ dedit filiofamil. deputantur castrensi peculio, quod non confertur, *l. 1. §. nec castrensi, de collat. bon.* His addi debent ea quæ diximus in *l. 20. §. idem scribit, sup. h. t.* notandum quod ait, *æquitas*, hujus arbitrii scilicet, ne hæc l. sit ἀπρόσφορος, tit. Initium l. 51. exposui in *l. 20. §. hoc amplius*, §. *si ego*, exposui in *l. 1. fin. reg. et l. 1. et 2. §. ult. hoc tit.*

Ad L. LII.

Mævius qui nos hæredes fecit, rem communem habuit cum Attio: si cum Attio communi dividundo egissemus, et nobis eæ res adjudicatæ essent venturam eam in familiæ erciscundæ judicio, Proculus ait.

§. 1. *Servus liber et hæres esse jussus, id quod ex rationibus, quas patrifamilias gessisset, et penes se retineret judicio famil. erc**i**sc. cohæredibus suis præstabit.*

Servus gessit actum domini, fuit actor rerum domini, et testamento manumissus est, adscripta etiam hæreditate: reliqua rationum quas gessit in servitute venient in hanc actionem: obstat lex *prox.* §. *ult. sup.* quæ dicit ea quæ hæres defuncto debuit, non venire in hanc actionem: respondeo hunc servum qui testamento hæres, et liber scriptus esset, non debere reliqua, id est, non teneri ex antegesto, quod gessit in servitute, *l. eum actum sup. de neg. gest.* et ea etiam reliqua non veniunt in actionem famil. ercisc. quasi debita, sed quasi extantia in hæreditate: nam ponitur ea servum apud se habere.

Ad §. 2. Arbiter, et §. 3. Cum familiæ.

§. 2. *Arbiter familiæ erciscundæ inter me, et te sumptus, quædam mihi, quædam tibi adjudicare volebat: pro his rebus alterum alteri condemnandum esse intelligebat: quæsitum est, an possit pensatione ultro citroque condemnationis facta, eum solum, cujus summa excederet, ejus dumtaxat summæ, quæ ita excederet, damnare: et placuit, posse id arbitrum facere.*

§. 3. *Cum fam. ercisc. vel. com. divid. agitur: universæ res æstimari debent, non singularum rerum partes.*

Finge: duo sunt hæredes, ego et tu: judex familiæ erciscundæ mihi adjudicavit rem dignam quadringentis, me tibi condemnari oportet in 200. tibi porro adjudicavit rem dignam ducentis, te in centum condemnari oportet: imo vero compensatio fiet summarum ultro citroque. Sic ego tibi solus condemnabor in 100. *l. 3. C. com. divid.* §. *ult.* exposui in l. 34.

Ad L. LIII.

Pecuniam quam filius emancipatus ita credidit, ut patri solveretur, ita demum in hæreditatem patris numerari, si patri adversus filium ejusdem quantitatis nomine actio competebat.

Sententia est: quod mihi non debetur, tamen mihi solvi potest, quasi adjecto solutionis gratia, quia scilicet ego non sum in obligatione, sed sum in solutione: non est in mea hæreditate, et ideo non venit in hanc actionem: dubitabis et dices: imo etsi patri deberetur non veniret in hanc actionem, quia nomina non veniunt. Dicam, nomina venire remediis *l. 3. h. t.* et ita explicanda est dubitatio hæc Acc. actionem accepit pro rei vindicatione, cur ita interpretatur non dicit, ut quia est pecunia patris: movet eum superior dubitatio, quod nomina veniant: sed verum est ea non venire ipso jure, sed venire remediis, et apertum est actionem hic significare conditionem certe pecuniæ: et vero cum actionem dicimus, intelligimus actionem in personam, actio in rem dicitur petitio proprie, *l. 27. inf. de oblig. et action. l.* 54. exposui in leg. 25. §. *si testator, et* §. *item scribit.* lege 55. est de adjudicationibus apertissima, ut ad eam nihil notari necesse sit, ait, *et divisio tam difficilis sit, ut pene impossibilis esse videatur*, est similis loquutio in *l. 4.* §. 1. *de statulib.* L. 56. explicui in l. 1. *sup. fin. regund.*

Ad L. LVII.

Arbitro quoque accepto, fratres communem hæreditatem consensu dividentes, pietatis officio funguntur quam revocari non oportet, licet arbiter sententiam jurgio perempto non dixerit, si non intercedat ætatis auxilium.

Divisio hæreditatis aut fit consensu, aut arbitrio judicis. Finge: fratres consortes petierunt arbitrum divisionis, et priusquam arbiter divisisset, ipsi consensu diviserunt hæreditatem, pietatis officio funguntur, inquit, et ita *Ambros. lib 3. de fide. Bona pietas refugit arbitros, etiam in divisione patrimonii:* lex autem ait, hanc divisionem consensu factam non ideo rescindi, quod ab arbitro recesserint, quodque arbiter sententiam non dixit, quia nec debuit dicere: jurgio perempto per divisionem consensu factam: recte jurgio, cum jurgium sit potius inter fratres, quam lis, ut inter vicinos et conjuges. Hic igitur dicemus, ratam esse divisionem consensu factam, dum res erat in arbitrio, et utemur ratione *l. 1.* §. *inde quær tur, inf. de nov. op. nunt. quid aliud agebat arbiter,* inquit lex, *quam hoc ut controversias dirimeret?* addit tamen lex exceptionem: nisi ætatis auxilium intercedat: nam beneficio ætatis si manifesta circumscriptio intercedat, rescinditur diviso consensu facta, cum et ab arbitro facto eodem beneficio ætatis rescindatur per restitutionem in integrum, *l. 4. C. comm. divid.* Ergo rescindetur quidem divisio ætatis auxilio, non quod recessum sit ab arbitro, quinimo ita possumus generaliter constituere: si pendente lite de tota re conveniat inter litigatores, vel sententia non fertur ut hoc loco, vel reus absolvitur, quod est vetus verbum juris, omnia judicia esse absolutoria, §. *pen. de perpet. et temp. act.* id est, omnem reum absolvi, si pendente lite ei cum actore bene de re tota convenerit: invito actore non absolvitur, etiam si rem de qua agitur principaliter offerat: ut si quis rem alteri vi eripuerit, et aga-

tur cum eo vi bonorum raptorum, quæ est actio mixta in quadruplum, et pendente lite offerat rem raptam, an absolvetur invito actore? minime: non ideo evitabit pœnam tripli, *l. pen. inf. vi bonor. rapt. Seneca 4. declamat. Tam teneri* inquit, *eum qui vulneravit, licet vulnus sanaverit, quam qui surripuit, licet deprehensus reddiderit.* Igitur volente actore omnia judicia sunt absolutoria: invito et non contento actore, sive non impleto actore, non sunt absolutoria, nisi scilicet sint arbitraria judicia: ut si egerit actor quod metus causa, quæ est actio mixta in quadruplum, sicut vi bon. raptorum, sed vi bon. rapt. est stricta: quod metus causa, est arbitraria. Si igitur egerit quod metus causa, et reus offerat rem metu abreptam, absolvitur, etiamsi actor perseverat triplum petere: natura actionum arbitrariarum est, ut sint absolutoriæ re restituta arbitrio judicis, id est, ut pœna non inferatur, vel id quod interest, §. *præterea, Instit. de act.*

JACOBI CUJACII. J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. III. Communi dividundo.

Hæc actio est simillima superiori: est enim ex 12. tab. est bonæ fidei mixta, duplex, tricennalis, quasi ex contractu, de divisione; idem in utraque officium judicis, *l. 6. §. pen. h. t.* Est enim eadem ratio hæreditatis, et cujuslibet alterius rei communis. Cic. in orat. pro Roscio Com. *simillima et genuina societas hæreditatis est*, ut enim hæres sibi soli non cohæredibus petit, sic etiam socius uterque pro sua parte petit. Sunt autem paucæ differentiæ, quas exposuimus in *l. 1. sup. familiæ ercisc.* Actio commun. dividundo datur inter socios: familiæ ercisc. inter cohæredes. Sociorum sunt duo genera, alii sunt socii consensu, ut qui pariter eandem rem emerunt, qui societatem fecerunt ad eandem rem emendam, et communiter possidendam *l. 2. h. t.* et hi proprie socii sunt: societas nihil est aliud, quam consensio utilitatum communicationis inter aliquos: alii socii sunt re, non consensu, *l. 25. §. non tantum, sup. familiæ ercisc.* ut sunt cohæredes et collegatarii, et hi quibus eadem res donata est, et qui separatim a duobus qui rem sciebant communem, emerunt partem eorum, et qui simul eandem rem emerunt in communem per nuntium, dum scilicet nolunt inter se contendere de pretio, mittunt nuntium qui pretium faciat, et emat eis rem in commune, societate tamen non contracta *l. ut in conductionibus, et duabus seq. inf. pro soc.* Et inter omnes hos socios sive sint re socii, sive consensu, redditur actio comm. divid. *d. l. 2. h. t.* ergo et inter cohæredes, *l. inter, sup. tit. prox.* Actio autem familiæ ercisc. redditur tantum inter cohæredes: actio communi dividundo iteratur familiæ erciscundæ non iteratur. Actio communi dividundo datur de una re ex pluribus, familiæ erciscundæ non datur de una re ex pluribus: in actione communi dividundo non veniunt res depositæ, commodatæ, in actione familiæ erciscundæ veniunt. Nunc videamus quod tractatur in l. 1. quid distet hæc actio ab actione pro socio: actio communi div. est quasi ex contractu, pro socio est ex contractu: communi dividundo est mixta, id est, in rem et in personam: pro socio, est in personam tantum: et hoc est quod ait lex, *magis*, id est, pro socio actio non est in rem, nam magis, ut Acc. ait, accipitur elective. Græci dicunt θετικῶς, Diogen. Laert. in Pyrrhone, virtus magis prodest, quam nocet, id est, non nocet. Sic actio pro socio magis pertinet, id est, mere personalis est: communi dividundo datur principaliter ad rerum communium divisionem: nam est etiam in personam: ideoque cessat, si res non sit communis. Et hoc est quod subjicit, dum ait, *denique*, id est, proinde, quia colligit ex superiori sententia: ait præterea, *si res communis non sit*, quia scilicet principaliter intenditur ad rei communis divisionem. Sunt et aliæ differentiæ: actio communi dividundo non est famosa, pro socio est famosa: communi divid. adjudicationem admittit, nomina et jura non admittit: pro socio nomina admittit, non adjudicationes, *l. si actum sit, inf. pro soc.* Item in actione pro socio, id venit quod pro socio communiterve gestum est, in actione communi divid. venit hic etiam quod pro socio gestum non est, ut si post distractam societatem veluti renuntiatione communione nondum distracta socius aliquid impenderit in rem communem de eo non est actio pro socio, quia finita est societas, sed communi divid. quia communio manet, *l. actione §. si post, inf. pro soc.* Ubi lex ait, ideo non esse actionem pro socio, quia non est verum pro socio, communiterve id gestum esse, finita scilicet societate, ex quibus intelligitur hanc fuisse formulam actionis pro socio, *Quod pro socio communiterve gessit.* Ideoque in eo tit. Juriscons. explicant, quid proprie sit societas, et quid communiter gestum: nam formula videtur differentiam facere inter hæc duo: et ita definiunt, societatem esse communionem, quæ tractatu habito contrahitur: communionem, quæ sine tractatu re ipsa coaluit, ut cum duobus res legata est. Græci ut hoc distinguant, vocant societatem κοινωνίαν communiter gestum, κοινοπραξίαν: igitur duo significat communiter gestum sine societate, et

societatem omnium bonorum: intelligimus quid proprie societas, quid communiter gestum. Sed in illa formula actionis pro socio, disjuncta sunt accipienda pro conjunctis ut sæpe fit in jure, *l. sæpe, ff. de verb. sig.* quia de communiter gesto non agitur separatim in personam, sed est actio mixta communi divid. id est, de communiter gesto, et pro socio competit actio contracta societate, hoc est, de communiter gesto pro socio ex contractu societatis: nam ut est actio pro socio, ita non est separata actio communiter gesti, nec poteris de communiter gesto agere, nisi gesseris communiter pro socio. Ultima differentia est: actio pro socio datur etiam sublata communione, *d. l. si actum*, actio com. divid. non datur sublata communione, *l.* 1. *h. t. l.* 9. *C. eod.* Sane communi dividundo nunquam datur sublata communione per divisionem, sed alio modo sublata communione duobus casibus datur actio communi divid. utilis. Unus casus est, si interitu rei sublata sit communio: nam eo casu de eo quod impensum est in rem communem antequam interiret, est actio communi divid. licet sit sublata communio, quia sufficit quæ præcessit; quaque manente nata est actio impensarum nomine, et quæ duraret hodie, si res non interiisset, *l.* 24. *sup. famil. ercisc. l.* 9. *et* 11. *h. t.* Alter casus est, si sublata sit communio, alienatione partis mutato pretio: nam hoc etiam casu de eo quod ante alienationem expensum est in rem communem competit utilis actio communi dividundo, *l.* 6. *in pr. h. t.* Tota hæc quæstio continetur tribus legibus *l.* 6. *in princ. l.* 14. *et* 29. *h. t.* quæ simul nunc explicabuntur. Finge: ego scio me socium habere, sed nescio qualem: puto esse Titium cum sit Mævius, error est in persona socii, non in re, quam scio esse communem: sumptum feci in rem communem, quæro errore comperto, an possim agere cum Mævio communi divid. sumptuum nomine: l. 6. ait, mihi dari utilem actionem communi dividundo: utile judicium dicit, ad differentiam directi, non utilis ut putavit Acc. sic etiam dixit utile judicium dari *l.* 14. §. 1. *vers. quæ cum ita sint*: *l.* 29. ait, hoc casu sufficere actionem com. divid. id est, posse agi communi dividundo utiliter, non esse necessariam actionem negotiorum gestorum, quia nolui gerere negotium socii, sed meum, id est, propter partem meam in commune sumptum feci. Nec obstat, quod errabam in persona: nam ut ait *d. l.* 29. *hæc actio communi dividundo magis nascitur ex re, quam ex persona.* Omnes actiones mixtæ constant ex re et ex persona, sed magis ex re, quia non nascuntur ex contractu: et ideo pupillus, qui non potest obligari ex contractu sine auctoritate tutoris, his judiciis obligatur etiam sine tutoris auctoritate, quoniam ex re ipsa actio nascitur, non ex conventione, *l. furiosus, inf. de obligat. et act.* quæ explicatur ex *d. l.* 29. *l. Marcellus, inf. de fidejuss.* Igitur ita concludamus actionem com. divid. utilem dari ei qui sumptum fecit in rem communem, licet erraverit in persona socii. Et eodem modo actio negotiorum gestorum, datur ei qui sumptum fecit in rem alienam, veluti Mævii, cum tamen putaret se gerere rem Titii, et Mævius ei tenetur, *l.* 5. *in fi. sup. de neg. gest.* et utilem dari negotiorum gestorum significat *d. l. quæ utiliter*, dum ait, *ne in damno versetur*, quæ est ratio utilitatis, *l. qui hæres erat, sup. tit. prox.* Porro additur in *l.* 6. *in pr. h. t.* actionem utilem com. divid. quæ datur sumptum facienti in rem communem, licet erraverit in persona, durare, etiamsi postea quam sumptum eum fecit in rem communem, errans in persona partem suam alienaverit: nam actio semel nata temere non extinguitur, et alienatione partis tollitur quidem communio inter eum et Mævium, sed non tollitur actio com. divid. jam nata, sumptuum nomine factorum ante alienationem, quia sufficit communio quæ præcessit, et qua manente sumptus fecit. Et hoc est quod sequitur in *l.* 6. *quare et si fundum Titius alienaverit* (*quare*) id est cum jam sit nata actio com. divid. delenda est hæc vox (*Titius*) necessaria ratione: nam cum Titio non fuit fundus communis, sed putabat tantum esse cum Titio communem, ut proposuit initio: et ideo Titius non habuit jus fundi alienandi, est quidem venditio rei alienæ, at non alienatio. Nam alienatio est dominii translatio: interpretes heic non accipiunt Titium pro illo Titio de quo dixit initio, sed pro eo cum quo habebat rem communem, quem fingunt fuisse ejusdem nominis, et fundum alienasse. Ego dico, eum qui sumptum fecit, alienasse, non socium ejus, quia id res exigit ut dubitatio augeatur, et ut inde constituamus, eum qui sumptum fecit habere actionem com. divid. licet in persona erraverit, et licet facto suo, alienato postea fundo, is qui tum socius erat, socius esse desierit, et per alienationem sublata sit communio: nam actio semel nata sumptuum nomine, diremptione communionis non perimitur, atque ita proponitur in *l.* 14. §. 1. *versic. igitur.* Eum scilicet qui sumptum fecit alienasse: ideoque ut in illo loco sic etiam hic legamus, *quare etsi fundum alienaverit*, ille scilicet qui sumptum fecit, actio perdurat. Quid dicendum est de eo qui erravit in re? Finge: ego feci sumptum in rem communem putans me facere in rem propriam: erro in re: an hoc nomine erit mihi actio communi dividundo? lex 29. ait, ne utilem quidem esse, quoniam actio utilis non datur in casu absimili, *l. si mensor, inf. si mensor fals. mod. dix.*

l. si vero §. *de viro*, *inf. solut. matr.* §. *ult. Instit. de lege Aquil.* Directa actio communi dividundo datur, si quasi socius in rem communem sumptum feci socii mei non ignarus. Utilis autem datur si quasi socius in rem communem sumptum feci errans in socio: hic casus non est valde dissimilis priori, quoniam in re non erravi, quæ caput est in hoc judicio: constat enim magis ex re, quam ex persona. At si quasi socius non gessi, sed quasi dominus in solidum, id est, si in re erravi, ne utilis quidem communi dividundo mihi datur, quia in eo quod caput est, erravi, hoc est in re, et neminem obligare mihi volui sumptum faciendo, quia putabam in rem meam me impendere, sed dabitur mihi retentio sumptuum, vel ei, qui a me eam rem emerit, id est, si mecum agatur communi dividundo, retinebo sumptum per exceptionem doli, *l.* 14. *h. t.* petitionem non habeo, sicut fit in negotiis gest. si impendi in rem alienam, quam putabam propriam, non habeo actionem negotiorum gestorum ne utilem quidem, sed habeo retentionem sumptuum, si mecum agatur vindicatione, *l. Paulus*, *inf. de doli excep. l. idque* §. 1. *inf. de action. emp.* Priore casu erravi in persona tantum, quo datur actio utilis, posteriore, quo ne utilis quidem datur, erravi in re, et neminem mihi obligare volui, in *l.* 29. *recte dicitur etiam communi dividundo judicium ei sufficere.* Sufficere, id est, posse accomodari utiliter: et paulo post, *neque enim negotia socii gero, sed propriam rem tueor*, id est, propter partem meam impendo. Deinde ait: *diversa causa est ejus qui putat se in rem propriam impendere, cum sit communis, huic enim nec communi dividundo judicium competit, nec utile dandum est.* Idem est si putet in rem propriam impendere, cum sit aliena, quia hoc casu ne utilis quidem negotiorum gestorum ei dabitur, retentio dabitur utroque casu, d. l. 14. Postremo subjicit rationem differentiæ inter errantem in re, et errantem in persona in §. *pen. l.* 29. ubi ita legendum est: *ille enim qui scit rem esse communem*, errat tamen in socio, *vel alienam*: deinde est interpungendum, hoc pertinet ad neg. gest. actionem, et errat tamen in domino, *negotia eo animo gerit, ut aliquem, sibi obliget, et in persona labitur.* Addendum, non in re, non in eo quod caput est: nam hæc actio est magis ex re, et ideo datur utis neg. gest. vel comm. divid. prior in re labitur, et ideo ne utilis quidem actio ei dabitur. Nunc restat ut ostendamus hæc omnia convenire cum *l.* 14. in qua Accurs. tres casus facit: si non erro, primus, si erro in re, secundus, si erro in persona, tertius; et de primo agit statim initio. Ego duos tantum facio, nam sicut idem Paulus in *l.* 29. *hoc tit.* duos tantum casus tractat, ita idem in hac *l.* 14. duos tantum facit, de errante in re, et errante in persona, et statim initio loquitur de errante in persona: ait (*ab eo qui scit se socium habere*) id est, qui scit rem esse communem, et non labitur in re, sed nescit qualem socium habeat: hic habet actionem communi dividundo cum vero socio, et vicissim ei tenetur eadem actione, si quid in re communi fecerit, contra quod deberet, et negligentia ejus quid de perierit. Igitur prior sententia legis est intelligenda de errante in persona. Quod sequitur (*impendia autem*) est de errante in re. Et sententia est ejusmodi, si quis nescierit se socium habere in fundo, ut si fundum suum esse existimaverit, atque adeo si erraverit in re, ei actio communi dividundo, vel repetitio sumptuum non dabitur: sed retentio tantum, sive cum eo agatur communi dividundo, sive vindicatione partis indivisæ, nam vindicatione agitur etiam de parte indivisa et incerta. Per retentionem igitur servabit sumptus, actione non repetet. Itemque retentio erit sive cum eo agatur, sive cum successore ejus in rem, id est, emptore cui ipse fundum vendiderit, nam ut emptori licet uti exceptione pacti ex persona venditoris, *l. si tibi* §. *pactum*, *inf. de pact.* Ita etiam licet emptori uti exceptione doli retentionis causa ex persona auctoris sui, quod traditur aperte hic in lege 14. Dixi retentionem esse impensarum, sive agatur communi dividundo, sive vindicatione. Est tamen in hoc differentia, nam si agatur communi dividundo, retinebuntur sumptus æquitate hujus arbitrii, quod est bonæ fidei: hoc est ipso jure etiam non opposita exceptione doli, vel in factum. Sed si agatur rei vindicatione, quæ non est bonæ fidei, retinebuntur per exceptionem doli, quæ si non opponatur, non retinebuntur: retentio alias fit ipso jure, ut in judiciis bonæ fidei, alias exceptione tantum, ut in aliis judiciis. Verum addendum est, quod si est retentio, potest etiam esse actio non communi dividundo, non negotiorum gestorum, sed indebiti soluti, ut si ignorantia facti non sit usus retentione cum ab eo res vindicaretur, vel cum in eum ageretur communi dividundo, si fundum restituerit sine deductione sumptuum, quos bona fide fecerat, et quos deducere poterat retentionis jure ignorans factum, dabitur ei condictio incerti, id est, possessionis, quam poterat retinere, sed ignorantia facti non retinuit, *l. qui exceptionem*, §. *si pars*, *inf. de condict. indeb. l. hæres ad Trebell.* Nec obstat lex *si in area*, et lex, *ex quibus*, *infr. de condict. indeb.* quæ dicunt, ei qui retentionem habet, petitionem non habet, si solverit non dari condictionem, loquuntur enim de condictione certi: dabitur ergo condictio incerti, id est, possessionis quam retinere poterat sed errore non retinuerat. Sequitur in hac *l.* 14. *quæ cum ita sint*, id est,

quia erranti in re non datur communi dividundo utilis, quia hoc ita est ut proposuit, *rectissime dicitur*, ab Ulpiano scilicet in *l.* 6. *hoc t.* et ita idem Paulus in *l.* 29. *recte*, inquit, *dicitur etiam com. divid. judicium ei sufficere*, deinde sequitur in *l.* 4. *utile judicium dari debere mihi in socium*, qui erravi in persona, non in re, *etiam manente rei communione*: hoc est obscurum: nam *etiam* iteratum plus adjicit, imo vero nihil adjicit si legas affirmate. Nam hoc est vulgare: actionem communi dividundo dari manente communione, ut distrahatur. legendum est ex *d. l.* 6. et ex eo quod repetitur in hac ipsa lege vers. *igitur etiam non manent rei communione*, id est, etiam sublata communione, puta alienatione fundi, significat actionem communi dividundo semel natam et quæsitam non amitti etiamsi communio tollatur, actionem communi dividundo, quæ fuit in ea causa ut dari deberet ante alienationem manente communione, durare etiam post alienationem non manente communione, et dandam esse ei, atque in eum, ut comprobat *l.* 17. *in pr. inf. pro soc.* Errat Accurs. qui existimat in *l.* 8. §. *venit*, *hoc tit.* actionem communi dividundo dari etiam non agenti de divisione, quod est absurdum, sed agenti de personalibus præstationibus tantum, id est, posse agi communi dividundo integra communione de præstationibus tantum, hoc non probatur, quia non agitur communi dividundo, quin agatur ut divisio fiat: est enim principaliter de divisione, *l.* 1. *hoc t. l. in re*, *sup. de servit. urb. præd.* Præstationes consequentiæ sunt hujus judicii. Igitur manente communione, agere non poteris de præstationibus hoc judicio, nisi agas et de divisione. Sublata tamen communione, duobus casibus agitur communi dividundo de præstationibus, si divisione, et alienatione, vel interitu, sublata sit communio. Igitur quasi adhuc maneat communio, cum divisio non intercesserit, agitur communi dividundo, et in eam deducitur, quod status rei deduci patitur, deduceretur divisio si res extaret, quia interiit, non ideo personales præstationes deducentur, ait: *diversum est enim.* Superius docuit differentiam esse inter errantem in re, et errantem in persona: incipit hic docere quæ sit ratio differentiæ: ait, diversum est, cum erro in re, quia scilicet tunc ne utilis quidem actio mihi datur: cum erro in persona, utile judicium datur, *l.* 29. Nunc de errore in persona, *at cum puto*, id est, cum erro in persona, volo aliquem mihi obligare, ita ago ut aliquem mihi obligem, *ita et in proposito*, dabitur communi dividundo in verum socium: deinde Paulus colligit: *Igitur si abalienavero prædium.* Ita colligit: nata est mihi actio utilis in verum socium, ergo durabit, licet alienavero meam partem, quod etiam colligit in *l.* 6 §. 1. *sup. eod. quare etsi fundum alienaverit*: ait igitur, et si, id est, etiam non manente rei communione: nam repetit quod dixerat supra *quia in ea causa fuit*, quia semel mihi quoque quæsita est: delenda est parenthesis quia includit verba, *Julianus quoque scribit*: delenda sunt etiam postrema verba, *negotiorum gestorum.* Nam Jureconsultus loquitur de eo, qui rem communem alienavit, non alienam, nam rei alienæ alienatio non est, et hunc nodum agnoscens Accurs. ut solvat, ait, *cum potuit expediri pro parte*, quod sumit ex eo quod proditum est, actionem communi dividundo ita dari, si quis gesserit aliquid pro sua parte, et pro parte socii, cum non potuerit gerere pro sua parte tantum: sed si potuit pro sua parte tantum, et gesserit etiam pro parte socii, tunc non est actio communi dividundo, sed negot. gest. *d. l.* 6. §. *hoc autem*: sed considerandum est, heic agi de sumptibus factis in rem communem, quorum nomine constat semper esse actionem com. dividundo, non negotior. gestor. ut diximus in *l. ex parte*, *sup. famil. ercisc.* unde arbitror statim Accurs. mutavisse sententiam: nam aliam rationem adfert: ait: *vel dic*, danda erit communi dividundo actio: ut daretur in prædicto casu negotiorum gestorum. Accur. maluit inepte verba contorquere, quam quod verum est fateri, hæc verba *negotiorum gestorum*, non esse Pauli, sed pessimi interpretis: nam Jurisconsulti ita finiunt suas sententias, *ut Sabinus quoque scribit*, *ut Pomponius scribit*, sic in hac *l. ut Julianus quoque scribit*, id est, non Ulp. tantum quem tacite nominaverat supra. Igitur danda mihi erit actio communi dividundo jam mihi quæsita, licet postea res communis esse desierit alienatione, ut dicitur in *d. l.* 6. Hæc explicari necesse erat propterea quod dicitur in *l.* 1. *cessare actionem communi dividundo, si res non sit communis.*

Legem 2. exposuimus partim in *l.* 10. *fin. reg. sup.* partim in *princ. hujus tituli.*

Ad L. III.

In communi dividundo judicio nihil pervenit ultra divisionem rerum ipsarum, quæ communes sint, et si quid in his damni datum, factumve est, sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum, aut ad eum pervenit ex re communi.

§. 1. *Si quid ipsi sine dolo malo inter se pepigerunt, id in primis, et familiæ erciscundæ, et communi dividundo judex servare debet.*

Hæc actio est mixta: constat enim ex rebus, et præstationibus personalibus: ait, *ipsarum quæ communes sint*, et post, *datum factumve est*: hæc est personalis præstatio: est autem conjunctio, ut in edicto, *de his qui dejec. vel effud.* duo sunt

verba pro uno. Adnotandum, id procedere, sive agatur cum socio, sive cum hærede ejus: veniunt etiam præstationes personales, *l.* 4. §. *sicut inf. eod.* ut si quid socius deterius fecerit, forte servum vulnerando, aut animum ejus corrumpendo, aut arbores ex fundo communi excidendo, *l.* 8. §. *venit. h. t. et l.* 10. *in pr.* quæ ostendit esse differentiam inter actionem l. Aquiliæ, et communi dividundo: l. Aquilia est de damno dato, actio l. Aquiliæ non datur in hæredem, quia est pœnalis, actio communi dividundo datur in hæredem socii, damni a defuncto illati nomine. Postremo adjicitur, judicem communi dividundo servare pactiones sociorum: hoc est quod sequitur, *l. si quid ipsi inter se sine dolo malo pepigerunt*, quod arbitror esse ex 12. *tab. et l. Solonis*, ut ea pacta serventur, quæ inter se pacti sunt socii, et eorum pacta servari 12. tab. probat *l. ult. infr. de colleg. illic.* quæ lex probat ex 12. tab. et. lege. Solonis, rata esse pacta sociorum, qui scilicet coierunt societatem ad nundinas, ad negotiationem aliquam, probat pacta, εἰς ἐμπορίαν ἐρχομένου, id est, sociorum qui contraxerunt societatem negotiationis. Judex probavit primum pactum divisionis, si quod fecerint, et judicem adierint ut judicaret res nondum traditas, quia pactum tantum fecerant divisionis, non permutandi animo, ut perficeret divisionem, vel ob rem aliquam indivisam relictam, judex omnino tuebitur pactum divisionis, *l. si divisionem*, *C. famil. ercisc.* Species est: divisio facta est consensu, sequuta est traditio, aut non sequuta est: si sequuta, est contractus, et dominium translatum. Sed qui fiet si res usque ad pactum steterit, id est, intervenerit nudum pactum divisionis. Pactum nudum est conventio quæ placiti fine stetit, *l. si tibi*, *C. de loc.* id est, quæ traditione vel stipulatione non sumpsit effectum. Nam si sequuta est traditio, permutatio est non pactum. Quid igitur fiet? lex ait, arbitrum debere finire communionem. Græci adjiciunt πρὸς τὰ δόξαντα, id est, *secundum placitum divisionis.* Accurs. male, *non ex pacto*: imo vero ex pacto finiet communionem: est aliud exemplum in *l.* 13. *hoc t.* lex ait, *communes res omnes venire in actionem communi dividundo*, nisi quid pacto exceptum sit ne veniret: nam non dividetur, sequetur judex consensum sociorum. Et ita etiam in *l.* 21. *hoc t.* ait, *Judicem communi dividundo sequi, quod omnibus utilissimum est*, non quod uni tantum; nam fieri potest, ut uni expediat communionem dirimi, alteri nondum expediat, quo casu arbiter nondum dividet quoniam non est divisio ex utilitate omnium, *l. actione* §. *Labeo, inf. pro soc.* et adjicit, *sequi eum debere quod malint litigatores*, ubi quærit Accurs. an duo possint communione inter se retenta tertium provocare ad communionem, et recte concludit, posse quod probat. arg. *l.* 2. §. 1. *sup. famil. ercisc.* Aliud exemplum est in *l. si convenerit, et l. idemque est pro soc.* Ut si conveniat ne intra certum tempus divisio fiat, conventio est rata, eamque servabit judex. Ideoque si ante tempus agat commun. divid. vel si is, cui vendidit suam partem, commu. divid. repelletur exceptione pacti, ut in *l.* 14. potestas hujus pacti hæc est ut non agatur communi dividundo, non ut ne alio quovis modo communio dissolvatur: nam poterit quis eorum intra illud tempus vendere suam partem, quo genere dissolvet suam communionem, et non plane videbitur facere contra pactum: facit contra pactum vere, sed venditio rata est: verum si emptor agat de divisione intra illud tempus, repellitur exceptione pacti: valet hæc pactio ne socius suam partem petat, quo pacto tollitur actio communi dividundo effectu, non ipso jure, *d. l.* 14. §. *ult.* non valet tamen hæc conventio si conveniat inter socios, ne a communione unquam discedatur: hæc est contra bonos mores, maxime cum soleat communio parere discordiam, *l. cum pater* §. *dulcissimis, de legatis*, 2. Quo argumento utuntur philosophi, dum improbant communionem rerum omnium: nam communes servi difficilius habentur: qua de causa nemo adstringetur perpetuæ communioni, et hanc pactionem judex non admittet.

Ad L. IV. et V.

L. IV. *Per hoc judicium corporalium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus: non etiam hæreditatis.*

§. 1. *De puteo quæritur, an communi dividundo judicio agi possit, et ait Mela, ita demum posse, si solum ejus commune sit.*

§. 2. *Hoc judicium bonæ fidei est: quare, si una res indivisa relicta sit, valebit utique et ceterarum divisio, et poterit iterum communi dividundo agi de ea quæ indivisa mansit.*

§. 3. *Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præstationes veniunt: et ideo si quis impensas fecerit consequatur, sed si non cum ipso socio agat, sed cum hærede socii, Labeo recte existimat, impensas, et fructus a defuncto perceptos venire. Plane fructus ante percepti, quam res communis esset, vel sumptus ante facti, in communi dividundo judicium non veniunt.*

§. 4. *Ea propter scribit Julianus, si missi in possessionem damni infecti simus, et antequam possidere juberemur, ego insulam fulsero, sumptum istum communi dividundo judicio consequi me non posse.*

L. V. *Sed si res non defenderetur, et ideo jussi sumus a prætore eas ædes possidere, et ex hoc dominium earum nancisceremur: respondit Proculus, communi dividundo judicio partem ejus impensæ me servaturum esse.*

In l. 4. ait, *Per hanc actionem rerum corporalium divisionem fieri.* Nomina non sunt res corporales, et nominum etiam divisio per hoc judicium non fit, *l. si actum, inf. pro soc.* nam ut nominum hæreditariorum divisio fit ipso jure, non per arbitrum, ita etiam nominum communium, *ipso jure*, id est, ex duodecim tabulis, non sumpto arbitro. Cic. *pro Roscio Comœdo. Uterque pro sua parte solvit æs alienum.* Nomina igitur inter cohæredes et socios ipso jure divisa sunt: hæreditatis quoque communis divisio non fit, quod exposuimus in *l. 1. sup. famil. ercisc.* Sed adjicit in hac lege: *Earum rerum corporalium divisionem fieri quarum dominium habemus*, imo vero hoc latius est porrigendum et dicendum, *quarum vindicationem habemus*: nam omnium rerum, et jurium quorum vindicationem habemus, licet dominium non habeamus, divisio fit hoc judicio, *l. 7. h. t.* De puteo in §. 1. quæritur, an veniat in hoc judicium, et sane si puteus communis est, venit in hoc judicium. Communis autem puteus is est cujus solum est commune: is igitur puteus venit tantum in hanc actionem, cujus solum est commune: nam quorum solum est commune, eorum etiam puteus, qui ibi effossus et ædificatus est, est communis. Superficies soli conditionem sequitur, et agent de dividundo inter se. Quid tamen fiet si unius sit puteus, alterius aquæ haustus, id est, si solum non sit commune? Alter habeat jus aquæ hauriendæ ex puteo alieno, quod potest constitui si modo puteus aquam vivam habeat. *l. un. §. hoc interdictum, inf. de fonte.* Aquæ haustus non potest constitui ex cisterna, quia non habet aquam vivam: concipitur enim imbribus: omnis servitus debet habere perpetuam causam, *l. foramen, sup. de servit. urb. præd.* Ex lacuna non potest constitui aquæ haustus: ex puteo potest, et lacu, et piscina; si modo aquam vivam habeant, ut ex fonte. Quid igitur si unius sit puteus, alterius aquæ haustus? inter eos nihil est commune. Ergo inter eos non est hoc judicium. Inter eos non est communis puteus, non aquæ haustus: nam in puteo meo non habeo aquæ haustum sicut in fundo meo non habeo usumfructum. Ususfructus est servitus, aquæ haustus est servitus. Servitus est jus in re aliena res sua nemini servit, *l. in re, sup. de servit. urb. præd.* Sed hic est alius casus. Si plures sint qui habeant aquæ haustum in alieno puteo, inter eos potest hoc judicium reddi, ut aquæ usus secernatur temporibus, sicuti inter corrivales, *l. arbor §. ult. inf. eod.* Alia est quæstio de puteo, alia de aquæ haustu: male hic Acc. negat hanc actionem dari inter duos pluresve, qui habent aquæ haustum: nam cum detur de aquæductu inter rivales, cur non dabitur de aquæ haustu? Sequitur in hac *l.* 14. quæ ait, huic judicio inesse exceptionem doli, et in eo retentionem fieri æquitate judicis sine allegatione exceptionis quia est judicium bonæ fidei: hic quoque ait, ex hoc judicio rem judicatam non ideo non valere, quia res una indivisa relicta sit: quia est judicium bonæ fidei. Ergo mite et moderatum, et lenius accipiendum. Omnes quidem res communes in hoc judicium veniunt, et venerunt, *l. 15. h. t.* nec debuit ulla indivisa prætermitti: sed si sit una prætermissa, non ideo minus valet ceterarum divisio. Quod etiam servatur in actione famil. ercisc. *l. 20. §. familiæ, sup. famil. ercisc.* In judiciis strictis nihil agitur, nisi omnia, quæ in judicium venerunt, sua sententia finierit judex, et imitantur actiones personales, veluti de damno dato, quæ insunt judicio famil. ercisc. vel com. divid. *l. 27. sup. famil. ercisc.* quæ est de actionibus personalibus tantum: et quæ imitantur strictas actiones. Horum judiciorum varia natura est: primum enim sunt tam in rem, quam in personam: et quandoque in personam tantum. *l. 6. h. t.* sublata communione, hæc judicia sunt tam directa, quam utilia pro varietate rerum, ut diximus, in *l. qui erat, sup. famil. ercis.* familiæ ercisc. actio est semper quasi ex contractu: quod attinet ad actionem personalem comm. divid. videtur esse ex contractu si societas contracta sit: nam res potest esse communis inter aliquos sine societate, *§. item si inter aliquos, Instit. de obligat. quasi ex contractu.* Sic ergo actio communi dividundo alias est ex contractu, alias quasi ex contractu. Consimili mobilitate in his judiciis, alias res disceptatur ex bona fide, alias stricto jure. Ex bona fide fit divisio, præstationes personales fiunt plerumque stricto jure. Doctores nostri faciunt actiones anomalas, veluti condictionem furtivam, quam dicunt (non vere) partim videri esse ex maleficio, vel quasi: partim ex contractu, vel quasi, *l. si pro fure §. ult. inf. de condict. furt.* dicitur in hanc *l.* 4. hanc actionem communi dividundo iterari posse: et præterea mixtam esse in §. *sicut*, ideoque in hanc venire fructus quos unus ex sociis solus percepit jure præstationum personalium: venire etiam sumptus, quos unus fecit in rem communem, ut eorum partem consequatur a sociis, et venire sumptus quos fecit, quasi socius: nam si quid socius non quasi socius egerit, id non venit in hanc actionem, *l. 29. h. t.* Quod observatur etiam in actione famil. ercisc. excepto casu *l. 25. §. si filius, et 39. sup. fam. ercisc.* et ideo fructus percepti

ante aditam hæreditatetem non veniunt in judicium famil. ercisc. *l. inter §. fructus, sup. famil. erc*isc. Sumptus facti ante communionem non veniunt in actionem communi dividundo: sumptus facti post communionem veniunt, si modo communi nomine facti sunt. Exemplum proponitur in §. *ult. hujus l. 4. ea propter scribit Julianus* ad Ursejum Ferocem, ut indicat inscriptio *l. 5. inf. eod.* Finge: duo sumus qui damnum veremur ex ædibus vicini ruinosis et vitiosis, desideramus nobis caveri damni infecti, vicinus non vult caveri, prætor interponit duo decreta: priori nos mittit in possessionem ædium, quæ non facit nos possessores, sed cautionis vice nos in possessionem constituit. Aliud est juberi possidere, aliud in possessione esse. Denique eas ædes ex eo decreto non possidemus: sed sumus in earum possessione custodiæ causa. Et dominum non ejicimus de possessione. *l. si finita §. si quis, inf. de dam. inf. l. 3. et 10. de acq. poss.* Si vero nobis moratis aliquandiu in possessione ex primo decreto, vicinus non velit caveri, tum Prætor interponit secundum decretum, quo nos possessores facit, et tum dominum dejicimus de possessione, *d. l. si finita §. ubi autem.* Secundo decreto nos non facit dominos: nam neque hæredem facere potest, sed facit nos possessores. Possidendo autem acquirimus dominium, quia justa est causa possessionis, cujus auctor est Prætor. Atqui dicitur quibusdam locis Prætorem secundo decreto dominos facere, *d. l. si finita §. Julianus, et seq. l. 1. inf. de fun. dot.* Dominos, id est, possessores, qui habent dominium possessionis, non proprietatis, et possessio est ejus conditionis, ut usucapere possint, *l. 5. in pr. l. in quibus, l. damni §. non solum. inf. de dam. infec.* ut recte sensit Jacobus contra Joannem. Finge: Prætor misit nos in possessionem ædium vicinarum, ego ante secundum decretum eas ædes fulcivi, et refeci. Quæritur an hunc sumptum consequar actione communi dividundo. Julianus ait me non consequuturum, quia ædes nondum erant communes quia neque possessionem habebamus, neque dominium ædium: sed tamen eramus in possessione custodiæ causa: et est quod dicitur in fine hujus *l. 4. antequam possidere juberemur*, id est, ante secundum decretum. Secus dicendum, si secundo decreto Prætor nos fecerit possessores harum ædium, et acquisierimus dominium usucapione. Nam sumptus postea facti veniunt in hoc judicium. Sed existimant vulgo, *l. 5.* loqui de sumptibus factis post secundum decretum, ut hi veniant in hanc actionem: ait *l. 5. sed si res non defenderetur*, a vicino scilicet, vel præstita cautione, vel disceptando cur non debeat caveri damni infecti: ait *possidere*, secundo decreto scilicet: *dominium eorum nancisceremur*, usucapione biennii. Nam delendum est, quod scribit Accurs. nimirum missum ex secundo decreto fieri dominum, si prior possessor erat dominus. Igitur ex his colligimus, in hoc judicium non venire eam impensam, quæ facta est ante communionem, et ante secundum decretum. Obstat *d. l. si finita, §. cum autem plures*, ubi ponitur eadem species. Plures missos primo decreto in possessionem ex causa damni infecti, et unum fecisse impensas, unum fulcisse ædes; deinde jussum possidere secundo decreto: ponitur ergo sumptus factus ante secundum decretum, et quæritur in ea l. an sumptus factus possit peti, et quo judicio, respondet: et *placet, communi dividundo consequi eum posse:* quidam adjecerunt, *utili*, quod est spurium. Pugnat etiam *l. 8. sup. de nox. act.* ubi hæc est species: servus communis plurium tibi noxam nocuit, singuli domini tenentur tibi in solidum noxali actione: nam si velint fungi noxæ deditione, non liberantur nisi totum servum cedant post acceptum judicium noxale: nam ante litem contestatam poterit unus ex dominis partem suam cedere: atque evitatur ita noxalis actio, et transferetur ea pars in eum cui servus noxam fecit. Sic igitur is cui nocuit servus, fit dominus servi nocivi cessione partis: ideoque jam non potest agere noxali actione adversus socios, quia qui tenetur noxali actione alii cuidam, non potest ipse agere noxali actione. Ergo acquisitione partis amisit noxalem actionem. Quid ergo fiet? An erit noxa impune servo? dices, dari actionem communi dividundo adversus socios damni nomine: recte si id admisisset post communionem: ergo non potest deduci in actionem communi dividundo. Quid igitur? hic evidenti injuria afficietur, si denegetur ei noxalis actio, et communi dividundo. Ideoque melius est dicere, ei dari communi dividundo. Datur ergo communi dividundo de eo quod gestum est ante communionem. Sic respondeo ad *l. si finita*, §. *cum autem plures*, fuisse jus controversum. Julianus putabat non venire in actionem communi dividundo sumptuum factum ante secundum decretum. Hic porro Julianus erat ex Sabinianis, et tamen retulit, ut explicat *l. 5.* sententiam Proculi, qui existimabat sumptum factum ante secundum decretum venire in actionem communi dividundo, si modo postea interponeretur secundum decretum: quasi scilicet secundum decretum retrotrahatur ad primum, et quasi videatur a primo decreto intercessisse communio: et hæc sententia obtinuit. Ad l. 8. facile est respondere, in qua ideo datur actio communi dividundo de gesto ante communionem, quia scilicet is cui damnum dedit servus, servi dominium acquisivit non sua sponte, sed necessitate coactus dum ei cederetur pars servi, ne injuria afficiatur, et rem amittat: ex æquo et bono non re-

cto jure accommodatur actio communi dividundo: æquitatis ratio est evidens injuria.

Ad L. VI.

Si quis putans sibi cum Titio fundum communem esse, fructus perceperit, vel sumptum fecerit, cum esset cum alio communis, agi poterit utili communi dividundo judicio.

§. 1. *Quare et si fundum Titius alienaverit, licet hic communi dividundo judicio locus non sit, quia a communione discessum est, utili tamen locum futurum, quod datur de præstationibus, quotiens communis esse desiit.*

§. 2. *Sive autem locando fundum communem, sive colendo, de fundo communi quid socius consecutus sit: communi dividundo judicio tenebitur, et si quidem communi nomine id fecit, neque lucrum, neque damnum sentire eum oportet: si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus, magis esse oportet, ut et damnum ad ipsum respiciat. Hoc autem ideo præstat communi dividundo judicio: quia videtur partem suam non potuisse expedite locare. Ceterum non alias communi dividundo judicio locus erit (ut et Papinianus scribit) nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem, eaque tenetur.*

§. 3. *Si quid post acceptum communi dividundo judicium, fuerit impensum, Nerva recte existimat, etiam hoc venire.*

§. 4. *Sed et partum venire, Sabinus et Attilicinus responderunt.*

§. 5. *Sed et accessionem, et decessionem hoc judicium accipere, iidem existimaverunt.*

Initium l. 6. exposui in *l.* 1. *sup. eodem.* §. *sive autem locando* est de fructibus in re communi perceptis et de sumptibus in rem communem factis: et generaliter de omni lucro ac damno societatis, communicari hic debere lucrum, quod socius fecit ex re communi, communicari semper damnum, quod socius accepit, et ita demum communicari, si bona fide communi nomine rem gessit. Nam hoc casu partem damni sentiet alter socius, et eam invitus agnoscet. Sed si unus ex sociis suo nomine mala fide rem communem gessit, damnum non communicari, sed ad eum solum pertinere, qui rem improbe gessit ut lucrum faceret solus. Accurs. citat casum similem §. *manet*, *Instit. de societ.* cujus species videtur esse dissimilis, non est, tamen, quia in hoc §. *sive autem*, agitur de lucro quod obvenit manente communione, §. *manet* loquitur de lucro quod obvenit sublata societate per renuntiationem, sed idem non est societas et communio: potest manere communio sublata societate, *l. actiones*, §. *si post*, *inf. pro soc.* et interim manente communione, licet sublata sit societas, communicabitur lucrum, ut ait §. *manet*, quod captavit is qui societati callide renuntiavit, ut scilicet, quam prospiciebat sibi advenire hæreditatem haberet solus, et omnino ita res contigit. Unus ex sociis videns futurum brevi, ut sibi deferatur cujusdam hæreditas, renuntiavit societati, ut hoc lucrum solus caperet, nec in communionem redigeret, cum esset contracta societas omnium bonorum: finita est societas renuntiatione, manet communio rerum: in communionem deducetur lucrum, quod accessit post renuntiationem societatis manente communione, quia callide renuntiavit societati, et lucrum semper communicari oportet sive quis bona fide, sive mala rem communem gerat. Deinde citat *l. si contra quem*, *C. de ædif. privat.* quæ ait eum qui ædificat in solo communi mala fide, id est, non communi nomine, sed sui lucri causa, ut solus habeat ædificium, non repetere impensas ædificii: nam ædificanti mala fide impensæ repetitio non est. Igitur superficies inædificata erit communis, cum solum sit commune, et superficies solo cedat, impensæ damnum ad eum solum pertinebit, qui impensam fecit, et ipse quidem tenebitur actione communi dividundo, ut ædificii partem tradat socio: agere communi dividundo non poterit ut a socio impensæ portionem recipiat, sicut in specie *l.* 4. *h. t.* Is qui errans in re sumptum fecit conveniri potest communi dividundo, agere communi dividundo non potest. His duabus legibus quas citavit Accurs. addo *l. si pupilli*, §. *sed et si quis*, *sup. de negot. gest.* Est ille §. de actione negotiorum gestorum, sed frequenter solet conferri actio negotiorum gestorum cum actione communi dividundo, ut in *l.* 14. *et* 29. *h. t.* Itaque hic non male adplicabimus exemplum negotiorum gestorum. Species: ego tua negotia gessi, non tui contemplatione, id est, non tuo nomine, sed mei lucri causa, ut tibi rem tuam eriperem, non, ut illic Joannes interpretatur, *non tuo commodo.* Ego quidem teneor tibi negotiorum gestorum, quia re vera tuum negotium fuit, tu non teneris nisi negotiorum gestorum sumptuum nomine quos mala fide feci, impendia ad me solum respiciunt. Sed hic generaliter videamus quid in hac re distet possessor bonæ fidei a malæ fidei possessore quæ quæstio est quotidiana: de impensis, quas fecit bonæ fidei possessor in rem alienam, vel malæ fidei possessor, neutri repetitio datur, sed retentio. Est tamen in hoc differentia, quia bonæ fidei possessori datur retentio omnium impensarum in omnibus judiciis, malæ fidei possessori datur tantum retentio impensarum necessariarum et utilium in judiciis bonæ fidei, quia æquitas horum judiciorum

non patitur, ut quis ex aliena jactura lucrum faciat, *l. plane et seq. sup. de pet. hæred.* in aliis autem judiciis datur tantum retentio necessariarum, *l. domum, C. de rei vind.* Hæc est generalis definitio: cui obstant quidam. Primum *l. si servus* §. *si olivam, sup. ad leg. Aquil.* Quidam uvas maturas decerpsit: quæritur an domino teneatur *l.* Aquilia, minime: quia damnum non dedit, damnum non dat, maturam vindemiam colligit. Quinimo, inquit, videtur donasse impensas quæ fieri solent in collectione fructuum, dum scilicet temere vindemiam colligit sciens eam esse alienam: si videtur donasse non ergo est ei retentio, impensæ rei donatæ non est retentio, neque repetitio. Donatio non potest revocari non potest etiamsi ad nos casu redierit, retineri. Videtur malæ fidei possessori non esse retentio impensarum quia sciens donavit. Sic respondeo: nos loquimur de impensis necessariis et utilibus, quæ ad rem ipsam conservandam pertinent, a quibus separandæ sunt, quæ tantum ad colligendos præsentis anni fructus pertinent, *l. 7. et ult. inf. de impens. in reb. dotal. fact.* Has impensas quæ ad fructus præsentis anni pertinent uterque possessor deducit, si fructus ab eo petantur. *l. si a domino* §. *ult. sup. de pet hæred.* Bonæ fidei possessor has impensas deducit, etiamsi nulli fructus obvenerint, *l. quod si sumptus, eod. tit.* Malæ fidei possessor non deducit, si fructus ab eo non petantur: quia videtur donasse: et ita accipio *d.* §. *si olivam.* Sed si quis petat fructus etiam a malæ fidei possessore, æquum est, ut sumptum fructuum percipiendorum causa factum agnoscat. Et generaliter verum est in jure fructus intelligi deductis impensis eorum causa factis: verum si fructus non retinuerit malæ fidei possessor, non est ei deductio horum sumptuum. Præterea opponitur *l. domum. C. de rei vind.* quæ loquitur de rei vindicatione, qua agitur cum malæ fidei possessore, et quærit de sumptibus ab eo factis in rem alienam, et ait, servum non habere petitionem impensarum, nisi necessarios sumptus fecerit. Ex eo colligunt eum habere repetitionem si necessarios sumptus fecerit, quod negavimus supra, et non est admittenda ea argumentatio, cum sit vitiosa, quoniam dat actionem malæ fidei possessori impensarum nomine, quod nec possessor bonæ fidei habet. Omnes ita interpretantur illa verba: *Quos non repetunt quidem, sed retinent per exceptionem doli, vel officio judicis, æquitatis ratione:* nam rei vindicatio est arbitraria. Postremo obstat *d. l. si pupilli,* §. *sed et si quis,* quoniam ponit lex me fecisse impensam in rem alienam mala fide, mei lucri causa, prædonis more, non gestoris, et ait mihi quidem non dari actionem, impensarum nomine, in id quod mihi abest, quia improbe gessi, sed dari actionem, in id quo dominus locupletior factus est. Dabitur ergo actio impensarum nomine: nam lex aperte ait, ei esse actionem in id quo alter locupletior factus est. Denique probat aliquo modo malæ fidei possessori dari repetitionem sumptuum. Res est difficilis. Constituit in hoc §. Jureconsultus primum denegari actionem negotiorum gestorum ei qui gessit mala fide: ait, *ei non esse actionem in id quod ei abest*, *l. 2. eod. tit.* denegatur ergo actio negotiorum gestorum, qua denegata cum subjiciat dari actionem in id quo alter locupletior factus est, de alia actione intelligit, vel de reputatione, et compensatione, quam patitur qui agit directa negot. gest. vel potius de condictione, quod retentionem habuerit utilium impensarum et necessariarum ex negotiis gestis: nam ubi est retentio, ibi est et retentionis condictio, ut diximus in *l. 14. hoc t.* et ideo ait, dari actionem in id quo locupletior factus est dominus rei. Nam condictio semper datur in id tantum, quo locupletior factus est, *l. cum ii* §. *sane cum is*, *sup. de transact.* et ita actio pro condictione indebiti accipitur in *l. 1.* §. *si legatarius, inf. ad l. Falc.* Unde et in proposita specie hujus §. dicemus, socio qui mala fide sumptum fecit in rem communem, dari condictionem in id quo res melior facta erit pro parte socii vel ejus impensæ eatenus rationem haberi officio judicis communi dividundo. Nam *l.* ait, damnum solum modo ad eum respicere, damnum intelligit deducto lucro, *l. Mutius*, *inf. pro socio*, igitur lucri ratio habebitur eo deducto, quod superit damni, id solus agnoscet, quia mala fide gessit. Deinde in §. *sive autem* hac L. hoc ostenditur, actionem communi dividundo dari de eo quod gestum est in solidum, id est, quod unus ex sociis gessit in solidum, si id pro parte commode expediri non potuit. Nam ex gesto in solidum, quod pro parte expediri potuit, non datur actio communi dividundo, sed negot. gestorum, ut si pro ædibus communibus caverit damni infect, in solidum aget negot. gest. quia necesse non habuit cavere in solidum: potuit pro sua parte rem defendere, *l. si communes, sup. de neg. gest.* §. *si damni hac lege,* quod exposui, *sup. l. 17. et l. 18. sup. famil. ercisc.* denique secundum hanc definitionem, culturæ sumptus venit in actionem com. divid. vel culturæ fructus, quem unus percepit solus, quia non videntur hæc expedite pro parte geri posse. Eademque ratione sumptus communis litis venit in actionem com. divid. et famil. ercisc. *l. ex parte, sup. famil. ercisc.* Obstat. *l. quæ alia* §. *ult. sup. de negot. gest.* Species est. Prædium Titii debet aquam prædio communi inter me et te. Titius agit negatoria, ego rem defendo te cessante, et vinco. Sententia, inquit, prædio datur, id est, mea victoria tibi

proficit, qui causam non defendisti, quia sententia non est dicta personæ, sed prædio. Ergo mea victoria tibi proficit, sed refundes mihi partem sumptus facti in rem communem: qua actione? negot. gestorum, inquit: imo vero com. divid. quia non potuit servitutem defendere pro parte. Servitus est individua et vindicatur, et defenditur in solidum: quia ergo necesse habui defendere in solidum, videtur mihi competere com. divid. non neg. gest. Pro hac sententia facit, quod ait *l. cum in duobus*, §. *item, inf. pro soc.* qui §. loquitur de aqua, cum loquatur de rivo, quem unus ex sociis refecit sua pecunia, cui Cassius ait dari actionem pro socio. Ergo est communi dividundo: eodem modo Pomponius, qui fuit ex Cassianis, non in aqua, sed etiam in via dedit actionem com. divid. et pro socio, cum scilicet via est communis inter duos, et unus aliquid in locum viæ impendit, *l. arbor* §. *si per eundem, inf.* Sed in eo §. reprehenditur Pompon. hac ratione: *Quæ enim communio juris separatim intelligi potest?* id est, cum via competit duobus vel aqua debetur duobus, nulla est communio, non Potest esse communio ubi est separatio, quia unusquisque suo jure viam sibi vindicat in solidum, nec unius est jus, unusquisque habet idem: cur non dixero in aqua, uniuscujusque esse in solidum: nec quidquam mutat causa rivi, vel fistularum plumbearum in quibus posset videri esse communio. Rivus cedit solo, sicut in corpore loci, per quem via constituta est, non est communio, *l. loci, inf. si servit. vind.* ergo non est actio com. divid. Et durius est quod Pompon. ait, esse com. divid. et ideo concluditur potius esse agendum com. divid. *d. l. qui aliena*, §. *ult.* Constituo, servitutem communem venire in actionem com. divid. ut usus hujus secernatur mensura, aut temporibus, *l. arbor*, *in fi. h. t.* veluti viam aut aquam quæ mihi soli non competit, sed etiam alteri; et hanc tamen proprie communem non esse: quod est mihi in solidum, et alteri in solidum competit. Res aliæ communes dominii cujusque sunt pro parte. Servitus est singulorum in solidum, ea propter impensa facta in servitutem communem, non venit in actionem com. divid. quia nulla videtur esse communio servitutis, quæ cuique in solidum competit: venire tamen eam in actionem negotiorum gestorum: quia etsi servitus mihi qui sumptum feci, in solidum competat, non tamen quasi mihi soli competeret, sumptum feci, sed collegam etiam obligare volui, *l. arbor* §. *si per eundem*, *h. t. l. quæ aliena* §. *ult. sup. de negot. gest.*

Explicui §. *si quis post acceptum* in *l.* 10. et 11. *sup. famil. ercisc.*

Ad §. 6. *Si quis post, et* §. 7. *Si damni.*

§. 6. *Si quis in communem locum mortuum intulerit: an religiosum fecerit, videndum est: sane jus quidem inferendi in sepulcrum unicuique in solidum competit, locum autem purum alter non potest facere religiosum. Trebatius autem et Labeo, quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum.*

§. 7. *Si damni infecti in solidum prædibus caveris: Labeo ait, communi dividundo judicium tibi non esse: cum necesse tibi non fuerit in solidum cavere, sed sufficere pro parte tua: quæ sententia vera est.*

Sciendum est, eum qui infert mortuum in alienum locum non facere locum religiosum, et teneri actione in factum, quæ est prætoria, ut tollat mortuum, vel loci pretium præstet, *l.* 7. *inf. de relig.* Quæritur, an etiam is qui mortuum infert in communem locum, teneatur, et qua actione: locus communis aut est religiosus, aut purus, id est, profanus, quem nondum occupavit religio: in communem locum religiosum, veluti in commune sepulchrum est jus inferre etiam invito socio, *l. cum tamen* §. *pen. de rer. divis. sup.* et religiosus ille locus non venit in actionem com. divid. nec famil. ercisc. *l. fundus sup. tit. prox.* in locum autem communem purum non licet mortuum inferre, nisi consentiente socio, et qui infert non facit locum religiosum, sed qua actione tenetur? Ulp. ait, verius est, ut teneatur com. divid. vel famil. erc. *l.* 2. §. *an et socius inf. de relig.* Quia cum locus non sit factus religiosus, consequens est manere communionem, et ideo id posse deduci in actionem com. divid. ut tollatur corpus, vel præstetur loci pretium, neque necessaria est actio illa in factum. Aliud tamen judicium fuit Trebatio et Labeoni, qui putant locum non esse religiosum, si socius in eum mortuum intulerit invito socio, et tamen putant socium qui intulit teneri actione in factum: male: nam si locus non est religiosus, communio manet, et sufficit actio com. divid. quæ est, civilis, et ideo supervacua est in factum Prætoria, *l.* 1. *in pr. sup. de Public. in rem act.* maxime cum actio civilis semper sit melior prætoria, *l. si creditori de legat.* 1. atque ideo tacite hic reprehenduntur Trebatius et Labeo. Nam his verbis: *Trebatius autem et Labeo quamquam putant.* Ulp. deridet eorum sententiam, et alioquin obstaret *d. l.* 2. §. *cum et socius, inf. de relig. et sumpt. fun.*

Ad §. 8. *Si fundus*, §. 9. *Idem Julianus*, §. 10. *officio*, §. 11. *Cetera*, *et* §. 12. *Ursejus.*

§. 8. *Si fundus communis nobis sit, sed pignori datus a me: venit quidem in communi dividundo, sed jus pignoris creditori manebit etiamsi adjudicatus fuerit, nam et si pars socio tradita fuisset, integrum maneret. Arbitrum autem communi dividundo hoc minoris partem æstimare debere, quod ex pacto vendere eam rem creditor potest, Julianus ait.*

§. 9. *Idem Julianus scribit, si is, cum quo servum communem habebam, partem suam mihi pignori dederit, et communi dividundo agere cœperit, pignoratitia exceptione eum summoveri debere: sed si exceptione usus non fuero, officium judicis erit, ut cum debitori totum hominem adjudicaverit partis æstimatione eum condemnet: manere enim interim jus pignoris. quod si adjudicaverit judex mihi: tanti duntaxat me condemnet, quanto pluris pignus sit, quam pecunia credita: et debitorem a me jubeat liberari.*

§. 10 *Officio judicis etiam talis adjudicatio fieri potest, ut alteri fundum, alteri usumfructum adjudicet.*

§. 11. *Cetera eadem sunt, quæ in familiæ erciscundæ judicio tractavimus.*

§. 12. *Ursejus ait, cum in communi ædificio vicinus nunciavit, ne quid operis fieret, si unus ex sociis ex hac causa damnatus fuisset, posse eam pœnam a socio pro parte servare. Julianus autem recte notat, ita demum hoc verum esse, si intersit ædium hoc fieri.*

Fundus est communis inter duos: unus ex sociis eum pignori obligavit creditori suo obligavit partem suam pro indiviso: nam alienæ partis pignus non contrahitur. Actum est inter eos judicio com. divid. et fundus divisus est, vel uni adjudicatus totus. Quæritur an sit peremptum pignus? minime, sed integra est creditori persequutio pignoris, et res dividitur cum sua causa; sicut statuliber, qui interim est hæreditatis: existente autem conditione ad libertatem pervenit, *l.* 22. §. *res sup. famil. ercisc.* Igitur diviso fundo pignorato ab uno ex sociis, pignori erit post divisionem non ea pars, quæ obtigit ei, qui pignus contraxit, sed utraque pro indiviso. Non socius partem quam nunc habet obligavit, sed partem quam habuit ante divisionem: tum vero etiam habuit partem in socii parte, quæ nunc est, et ideo utraque pars tenetur pro dimidia, *l. si consenserit* §. *ult. inf. quibus mod. pig. vel hyp. sol. l.* 15. *inf. de usufr. leg.* quod si fundus pigneratus ab uno ex sociis uni totus adjudicetur, constat hoc casu jus pignoris manere creditori indiviso, ... communem habet pignus cum dominio, *l. justo* §. *non mutat*, *inf. de usurpat.* et sic usucapione dominium mutatur, pignus non mutatur. Sic etiam divisione et adjudicatione dominium mutatur, non pignus. Sed ut docet Ulp. in hoc §. dum rem pignoratam ei, qui pignus non contraxit, adjudicat judex com. divid. qui omnia debet æstimare justo prætio, *l.* 10. *in fine h. t.* partem fundi obligatam eo minus æstimabit, quod lege pignoris avocari possit, et etiam distrahi a creditore, et adjicit, *ex pacto*: nam sine pacto distrahi non potest, *l.* 4. *inf. de pig. act.* et ad hæc Acc. hic quærit satis supervacuo, an si totus fundus ei adjudicetur qui pignus contraxit pro sua parte pro indiviso, post adjudicationem sit obligatus creditori totus fundus? et respondet non totum esse obligatum, quia non ita pignus contractum est, sed partem tantum dimidiam pro indiviso. Itaque nihil refert cui sociorum totus fundus adjudicetur: nam semper manet jus pignoris interim: sed Acc. objicit *l. Julianus* §. *idem Celsus*, *inf. de action. empt. l.* 7. §. *ult. h. t.* Si ego vendidi tibi partem meam pro indiviso, et ante traditionem tota res mihi adjudicetur, cogam te ut totam rem accipias, et mihi reddas quod ob eam rem socio condemnatus sum. Simili modo, si tibi obligavi partem fundi, et interim mihi adjudicetur totus, videtur tibi totus fundus esse pignori. Priori specie agitur, ut exoneretur qui vendidit partem meam, ut scilicet emptor totam rem accipiat, vel nullam partem. Idem si dixeris in posteriori specie non exonerabis debitorem aucta pignoris causa JC. proponit speciem: servus est communis inter me et te: ego partem meam pro indiviso tibi obligavi, deinde ago com. divid. repelles me exceptione pignoratitia his verbis: *Si non convenit ut pars tua mihi obligata esset*: non recte agis com. divid. quia servus totus quodammodo meus est, una pars jure dominii, altera jure pignoris: debes igitur prius partem tuam luere: deinde agere com. divid. id alias contigit in hac specie. Duo erant fratres consortes qui habebant hæreditatem patris: unus sumpsit ab altero mutuam pecuniam, et obligavit omnia sua bona, deinde nondum reddita pecunia agit com. divid. an recte agit? Minime, quia non luit suam partem, et omnis hæreditas paterna pertinet ad fratrem, pars jure dominii, pars jure pignoris; sed quid dicemus, si omiserit hanc exceptionem pignoratitiam, quale erit officium judicis com. divid. in actionibus bonæ fidei omissæ exceptiones supplentur officio judicis, et ideo non desideratur exceptio doli. *l. ex parte*, *sup. tit. prox. l.* 14. *hoc t.* non desideratur exceptio pacti, *l.* 3. *inf. de resc. vendit.* omisso exceptionis nihil nocet in judiciis bonæ fidei, quæ nocet in ceteris judiciis: in proposito autem tale est officium judicis, ut hominem de quo agitur vel mihi, vel tibi

adjudicet, quia homo divisionem non recipit, et si mihi adjudicet qui sum debitor sub pignore partis meæ, officium judicis est, ut me vicissim condemnet non tantum in æstimationem tuæ partis, sed etiam in æstimationem partis obligatæ usque ad quantitatem quæ debetur: et ita sunt accipienda hæc verba, *partis æstimatione*, partis obligatæ, ne dum partis creditoris. Accurs. accipit male de parte tantum creditoris. Nam æstimabitur utraque pars: sed si judex hominem adjudicet creditori, officium ejus erit ut te non condemnet, sicut fit in aliis causis, præstare mihi æstimationem partis meæ, nisi quid sit pluris in pretio partis meæ, quam in pecunia debita: quia te in superfluum condemnare debet, quia et si tu pignus distraxisses, de superfluo mihi tecum actio esset, *l.* 6. §. *ult. de pignor. act.* atque ita sive mihi, sive tibi adjudicetur homo quem tibi obligavi pro parte mea judex com. divid. supplebit pignoratitiam actionem, et efficet ut debitor et pignus liberentur. In fine hujus *l.* proponitur hæc species. Communes sunt ædes inter me et te: in eis aliquid novi operis molimur, vicinus prohibet novum opus, et nuntiat in communi ædificio, ut ait lex, recte. Nam nuntiatio novi operis fit in rem, non in personam, *l. ult. de novi op. nunt.* adeo ut si nuntietur uni, qui sit in ædibus, videatur nuntiatum omnibus: debet fieri nuntiatio in rem præsentem, in foro si fiat invento domino ædium, non fit recte, debet fieri in ipso opere, *l. de pupillo* §. *si quis forte, inf. de novi op. nunt.* igitur vicinus nuntiavit novum opus, ego feci contra nuntiationem, quia opus peregi, et ob id condemnatus sum interdicto quod vi aut clam, quo ipse tenebar solus, socius non tenebatur, *d. l. de pupillo* §. *si plurium res*, et præstiti vicino id quod interest: quæritur an possim a socio id quod præstiterim consequi pro parte. Ursejus Ferox adhibita nota Juliani, qui scripsit libros ad Ursejum Ferocem, ait, me consequi posse partem a socio, si interfuit ædium communium contra nuntiationem fieri, ut quia institueramus eas reficere, et res exigebat celeritatem: sed si culpa mea arguatur, quod fecerim contra nuntiationem, cum id utilitas ædium non exigeret, tum nihil consequar a socio actione com. divid. quia in ea actione doli et culpæ ratio habetur, ut damnum sarciatur quod accepi culpa socii, non quod accepi mea culpa: nam facti mei pœnam merui, *l.* 9. *sup. de noxal. actio. l. inter* §. *quod ex facto, sup. tit. prox.* §. *pen.* exposui in *l.* 16. *sup. tit. prox.*

Ad L. VII.

Communi dividundo judicium locum habet et in vectigali agro. Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum: magis autem debet judex abstinere hujusmodi divisione, alioquin præstatio vectigalis confundetur.

§. 1. *Neratius scribit, arbitrum, si regionibus fundum non vectigalem divisum duobus adjudicaverit, posse, quasi in duobus fundis, servitutem imponere.*

§. 2. *Qui in rem Publicianam habent, etiam communi dividundo judicium possunt exercere.*

§. 3. *Ex quibusdam autem causis vindicatio cessat: si tamen justa causa est possidendi, utile communi dividundo competit, utputa si ex causa indebiti soluti res possideatur.*

In hoc *l.* tractatur inter quos reddi debeat judicium com. divid. cujus tractationis summam statim initio dicam: alii habent vindicationem rei sive proprietatis, alii vindicationem pignoris, alii vindicationem servitutis, alii non habent vindicationem, sed possessionem et retentionem: et hi vel justam possessionem habent vel injustam, civilem vel naturalem: civilis est quæ possidetur animo domini: naturalis, quæ actu et corpore possidetur, non animo domini. Rursus hi qui rei vindicationem habent, vel civilem habent, ut domini rerum: vel prætoriam, ut superficiarii, vel Publicianam, ut bonæ fidei possessores, vel vectigalem, ut emphyteuticarii: et inter hos omnes redditur actio com. divid. directa, vel famil. erc. sc. *l.* 10. *sup. tit. prox.* qui habent vindicationem pignoris, inter eos non redditur directum judicium, sed utile, *l. si pignori, sup. tit. prox.* item inter eos qui habent vindicationem servitutis, *l. sed et si, sup. de usufr. et* §. *cum de usufr. hac lege*, quod tractatum est latius in *l.* 14. *tit. prox. sup.* qui autem possessionem habent, si injustam habent, ne inter eos utile quidem com. divid. judicium datur. Itemque si naturalem possessionem habent, qui civilem habent, et justam possidendi causam, inter eos datur utilis com. divid. actio, licet vindicationem non habeant, sed justam possessionem tantum: hæc est hujus quæstionis summa. Nunc singulas partes excutiamus. Initio l. ostenditur, hanc actionem com. divid. dari de agro vectigali inter emphyteuticarios, sed dicit tamen, melius facturum judicem si abstinuerit divisione fundi: venit ergo in hoc judicium ager vectigalis, non ut dividatur, sed adjudicetur uni, alioquin ut dicitur in hac lege, *Præstatio vectigalis confundetur*, qui locus est singularis de agro vectigali. Confundetur, id est, perturbabitur et permiscebitur, ut *l. arbor*, *h. t.* Livius 5. *Aurum quod Gallis ereptum erat, eum in quæ referri oporteret, confusa memoria esset*: confundetur, inquam, præstatio vect. quia vect. quod unus fundus debebat, fundi duo debebunt, quod unius præstationem plerumque conturbat: et ob id melius est agrum

vectigalem non dividi, quod etiam indicat §. 1. hujus leg. his verbis *fundum vectigalem non divisum*, quem omittam, quod de eo dixerim in *l.* 29. *inf. eod.* Ex initio hujus legis Acc. definit quæstionem, quam vocat Sabbatinam. Solebant olim studiosi in Italiæ Scholis publice tractare disputationem aliquam. Unus est emphyteuticarius, cum quo dominus contraxit: is plures reliquit hæredes: quæritur, an possint fundum regionibus dividere: et ex hac l. definit Acc. eos quidem posse dividere, sed melius facturos si abstinuerint divisone, ne vectigal confundatur: quo jure utimur: ut scilicet hæredes abstineant divisione, et uni assignent totum fundum, vel unum constituant, qui domino quotannis inferat solidum vectigal, ne dominus qui cum uno contraxit, distringatur in plures. Accurs. idem hoc loco transfert ad feudum, ut non dividatur inter vassallos, male: nam vassalli fidem tantum dant, non vectigal, et quo plures sunt in fide domini, melior est ejus conditio, et ita recte Fulgosius in *l. mihi* §. *si vis*, *de transact.* Præter Acc. hic quæro, cum demonstretur hæc duo judicia reddi inter emphyteuticarios, cur etiam non sit tractatum in hoc loco de dominis quibus vectigal debetur, an possint inter se agere de dividendo vectigali: et respond. olim privatos non habuisse vectig. prædia, sed Remp. communitatem, fiscum *l.* 1. *sup. si ager vectig. l. si domus* §. 1. *de legat.* 1. Respublica autem una est semper, una civitas, unus fiscus: ideoque non potest quæri an inter eos quibus debetur vectigal, divisionis judicia reddantur, cum non possint esse plures. Habuere etiam templa hujusmodi prædia, sed templa unius personæ vicem sustinent: verum hodie etiam privati contrahunt emphyteusim: unde si quæratur hodie, an inter privatos qui fundum dederunt in emphyteusim agi possit communi dividundo vel familiæ erciscundæ: dicam, agi quidem posse; sed adjudicatione potius, quam divisione rem esse finiendam: nam pluribus solvere incommodum est, l. 3. *sup. famil. ercisc.* Itaque adjudicatio utilior est omnibus, licet divisio non inhibeatur omnino. Alius est locus in hac *l.* in §. *ex quibusdam:* dixit supra de emphyteuticariis, qui habent vindicationem: dixit de bonæ fidei possessoribus, qui etiam habent vindicationem, quæ dicitur Publiciana: et his omnibus dari actionem communi dividundo. Nunc tractat de his qui non habent vindicationem, et tamen habent communi dividundo, si modo habeant justam causam possidendi, sed utile judicium tantum habent. Priores habent directum judicium, id est, emphyteuticarii et bonæ fidei possessores. Ideoque male quidam existimant hunc §. esse explicationem præcedentis §. ubi dixit communi dividundo actionem dari inter eos qui Publicianam habent, quod falsum est. Primum: qui Publicianam habent, vindicationem habent: in hoc §. *ex quibusdam*, ponit cessare vindicationem: deinde qui Publicianam habent, habent directum communi dividundo judicium, §. *plane si jam*, *inf. hac lege:* hic §. loquitur tantum de his qui utile habent: itaque non potest coaptari §. superiori. Et Jurisconsultus sententiam mutat in his verbis: *ex quibusdam autem.* Si vera est illorum sententia, ita debemus scribere: *ex quibusdam enim*, ut recte ait Accurs. Hi qui habent vindicationem rei, habent directam actionem communi dividundo: qui non habent vindicationem, sed tantum justam causam possidendi, habent utilem. Exemplum est obscurum, nec convenit: nam qui possident ex causa indebiti soluti, si acceperint a domino, civilem vindicationem habent, quasi dominio translato solutione: alioqui dominus qui solvit, non habet condictionem indebiti, si res sua esse non desiit, quia rei suæ condictio non est: condicit rem indebite solutam, ergo alienaverat: si alienaverat, competebat vindicatio civilis iis qui acceperat a domino in solutum, *l.* 4. *sup. de Pub. in rem. act.* quia et usucapere possunt, *l.* 7. *inf. pro suo*, et qui usucapere potest habet Publicianam, *l.* 2. §. *Marcellus*, *sup. de Publ.* qui autem habent civilem vindicationem, vel Publicianam, inter eos non est locus judicio utili, sed directo, §. *plane suam*, *inf. hac l.* Ubi loquitur de his qui ex causa damni infecti jussi sunt possidere ex secundo decreto: cur? quia vindicationem habere possunt, Publicianam scilicet antequam usuceperint, *l. quæcunque*, *in pr. sup. de Public.* Nam secundum decretum non facit nos dominos, sed præstant tantum occasionem usucapiendi. Igitur ex eo §. intelligimus, inter eos qui habent Publicianam non esse utili judicio locum. Unde sequitur, hoc exemplum de his qui ex causa indebiti soluti possident, non convenire propositioni: nam hi vindicationem habent: propositio est de non vindicantibus. Scio Jurisconsultum ita scripsisse: *ut puta, si ex causa jurisjurandi res possideatur.* Sic habent Basilicas: notas Tribonianus explanavit male: non debemus moveri tanto errore: nam omnes hoc probaverunt, alio loco, ubi est scriptum, *fideicommissum*, esse legendum, *fraudandorum creditorum.* De his autem qui possident ex causa jurisjurandi, certum est cum juraverint rem petitoris non esse, eos retentionem habere, vindicationem non habere, *l. et non tantum* §. *veniunt*, *sup. de petit. hæred. l.* 7. §. *si petenti*, *sup. de Public. l. sed et si possessori*, *inf. de jurejur.* quibus adjungendi sunt hi qui mittuntur in possessionem legatorum causa, qui justam causam habent possidendi. Sicut etiam duo ventres, qui

mittuntur in possessionem, mortuo communi parente, §. *item si duo, hac lege*, ut in specie *l.* 1. §. *si quis prima, de ventre in poss. mitt.* Si quis primam uxorem reliquerit prægnantem, et statim duxerit secundam, eamque etiam prægnantem reliquerit, et decesserit, duo ventres mittentur in possessionem, et inter se agent communi dividundo licet vindicationem non habeant, quia nec possessores sunt, sed justa ex causa sunt in possessione, et ob id accommodabitur utilis communi dividundo.

Ad §. 4. *Inter prædones*, §. 5. *Julianus*, §. 6. *Si duo*, §. 7. *Sed et si*, §. 8. *Item si*. §. 9. *Plane si* §. 10. *Cum de usufructu* §. 11. *Neque*, §. 12. *Inter eos, et* §. 13. *Si debitor*.

§. 4 *Inter prædones autem hoc judicium locum non habet, nec si precario possideant, locum habebit: nec si clam, quia injusta est possessio ista, precaria vero justa quidem, sed quæ non pergat ad judicii vigorem.*

§. 5. *Julianus scribit, si alter possessor provocet, alter dicat eum vi possidere, non debere hoc judicium dari, nec post annum quidem, quia placuit, etiam post annum in eum, qui vi dejecit, interdictum reddi, et, si precario* (inquit) *dicat eum possidere, adhuc cessabit hoc judicium, quia et de precario interdictum datur. Sed et si clam dicatur possidere, qui provocat; dicendum ait, cessare hoc judicium. nam de clandestina possessione competere interdictum inquit.*

§. 6. *Si duo sint qui rem pignori acceperunt: æquissimum esse: utile communi dividundo judicium dari.*

§. 7. *Sed et si de usufructu sit inter duos controversia, dari debet.*

§. 8. *Item si duo a Prætore missi sint in possessionem legatorum: est enim justa causa possidendi custodiæ gratia. Ergo, et si duo ventres, idem erit dicendum: quod habet rationem.*

§. 9. *Plane si jam damni infecti missus, jussus sit possidere: non erit huic utili judicio locus, cum vindicationem habere possit.*

§. 10. *Cum de usufructu communi dividundo judicium agitur: judex officium suum ita diriget, ut vel regionibus eis uti frui permittat, vel locet usumfructum uni ex illis, vel tertiæ personæ, ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant: vel si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniant, caveantque, per tempora se usuros et fruituros: hoc est, ut apud singulos mutua vice certo tempore sit ususfructus.*

§. 11. *Neque colonis, neque eis, qui depositum susceperunt, hoc judicium competit, quamvis naturaliter possideant.*

§. 12. *Inter eos, qui pignori acceperunt, talis divisio fieri debet, ut non vero pretio æstimetur pars, sed in tantum duntaxat, quantum pro ea parte debetur, et adsignetur quidem pignus uni ex creditoribus: licentia tamen non denegetur debitori, debitum offerre, et pignus suum luere. Idemque dicitur, et si possessor pignoris æstimationem pignoratitiam in re agenti offerat.*

§. 13. *Si debitor communis prædii partem pignori dedit, et a domino alterius partis provocatus creditor ejus, aut ab alio creditore alterius debitoris, licendo superavit, et debitor ejus, cui res fuit adjudicata, velit partem suam prædii reciperare soluto eo, quod ipse debuit: eleganter dicitur non esse audiendum, nisi et eam partem paratus sit reciperare, quam creditor per adjudicationem emit. Nam et si partem vendideris rei, et prius, quam traderes emptori, communi dividundo judicio provocatus fueris, aliaque pars tibi ajudicata sit: consequenter dicitur, ex empto agi non posse: nisi totam rem suscipere fuerit paratus: quia hæc pars beneficio alterius venditori accessit: quinimo etiam ex vendito posse conveniri emptorem, ut recipiat totum; solum illud spectandum erit, num forte fraus aliqua venditoris intervenit. Sed et si distracta parte, ces erit victus licitatione venditor: æque pretium ut restituat, ex empto tenebitur. Hæc eadem et in mandato, ceterisque hujus generis judiciis servantur.*

Ait, hoc judicium non dari inter prædones, quia justa non est possidendi causa, et ne utile quidem judicium datur. Prædones sunt qui vi possident rem alienam. Idem ait de his qui possident clam rem alienam, quia maleficii nulla communio esse intelligitur, injusta est causa si clam possideat, aut vi: horum autem qui precario possident, justa est causa possidendi, quia possident voluntate domini: sed quæ non pergat ad judicii vigorem, id est, quæ non cadat in actionem comm. divid. quia non possident civiliter animo domini, *l.* 6. §. *is qui* *l. ult. de precar.* Civiliter non possident, naturaliter possident, id est, actu solo, et nihil etiam attinet in eo contendere de divisione quod mox domino reddituri sunt: nam precarium revocatur quandocumque dominus voluerit, *l. quæsitum* §. *pen. eod.* Eadem ratione colonis, vel depositariis hoc judicium non datur, quia naturaliter tantum possident, §. *neque hac l.* Ibidem ex Juliano traditur, eum qui precario possidet, si agat communi divid. esse repellendum, etiam post annum, quia interdictum de precario est perpetuum, quod est restitutorium: ergo non aget utiliter comm.

divid. sicut etiam, ut ait in §. *Julianus*, is qui vi possidet, si agat communi divid. repelletur ab eo, a quo vi possidet, et repelletur (inquit) etiam post annum, quoniam perpetuo tenetur interdicto de vi armata: interdicta solent esse annua. Sed interdictum de precario, et de vi armata sunt perpetua. M. Tullius in 15. Epistolarum epistola quæ incipit, *puto te jam supputare*, et Jureconsultus docuerat in *l.* 3. §. *hoc interdictum*, *inf. de vi arm.* cui manus attulit Tribon. Et hic Jurisconsultus ait in §. *Julianus* interdictum de vi reddi post annum, de vi armata scilicet: nam interdictum unde vi, est annuum, *l.* 1. *inf. de vi et vi arm.* Eodem modo si is qui clam possidet, agat communi dividundo cum eo a quo clam possidet, repelletur, quod teneatur interdicto de clandestina possessione: qui locus est singularis, nec ullus est alius similis: speciale est interdictum de vi, de precario, speciale etiam fuit interdictum de clandestina possessione, et omnia restitutoria. Tribus modis aliquid mala fide possidetur: *vi*, *clam*, *precario*, et ob id tria etiam interdicta sunt proposita, *de vi clam, de precario*. Speciale est interdictum de clandestina possessione *non vi*, aut *clam*, ut ait Accurs. Cetera explicuimus in *l. si pignori*, *sup. tit. prox.*

Ad L. VIII. et IX.

Et si non omnes qui rem commune habent, sed certi ex his dividere desiderant, hoc judicium inter eos accipi potest.

§. 1. *Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat inter legatarium et hæredem, communi dividundo agi potest: aut incertæ partis vindicatio datur. Similiter fit, et si peculium legatum sit: quia, in quantum res peculiares diminuit id quod domino debetur, incertum est.*

§. 2. *Venit in communi dividundo judicium, etiamsi quis rem communem deteriorem fecerit, forte servum vulnerando, aut animum ejus corrumpendo, aut arbores ex fundo excidendo.*

§. 3. *Si communis servi gratia, noxæ nomine plus præstiterit; æstimabitur servus, et ejus partem consequetur.*

§. 4. *Item si unus in solidum de peculio conventus, et damnatus sit: est cum socio communi dividundo actio, ut partem peculii consequatur.*

L. IX. *Sed postquam socius, servi communis nomine de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium res peculiares intercidunt, nihilominus utile erit judicium communi dividundo ad recipiendam partem pecuniæ; alioquin iniquum fore, si tota ea res ad damnum ejus, qui judicium acceperit, pertineat, cum utriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat. Nam et eum, qui mandatu domini defensionem servi susceperit, omne, quod bona fide præstiterit, servaturum, quamvis peculium postea interciderit. Hæc ita si neutrius culpa intervenerit. Etenim dominum, cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus peculiaribus petitori cedere, ex causa audiendum putavit: scilicet si sine dolo malo, et frustratione id faciat.*

Initio l. 8 hoc ostenditur, inter portiones ex pluribus sociis dari posse actionem communi dividundo. Ita scilicet, ut communio solvatur, inter eos maneat cum ceteris. Quod etiam de actione familiæ erciscundæ est proditum in *l.* 2. §. *pen. sup. tit. prox.* ait in hac lege: *dividere desiderant*, societatem scilicet: nam res communes non possunt partiri, nisi consentiant omnes, qua de causa Accurs recte notat hoc loco, paucioribus agentibus communi dividundo, rem esse finiendam adjudicatione, et citat *l.* 25. *si testator*, *sup. tit. prox.* Et ex hoc loco præterea definiri potest quæstio proposita ab Accurs. in *l.* 21. *inf. h. t.* an ex tribus sociis duo retenta inter se communione possint provocare tertium ad divisionem: qui respondet posse: quæ sententia comprobari potest hoc arg. Si ex tribus sociis duo possint inter se agere comm. divid. et non agere cum tertio, ut in hac l. 8. ait, cur etiam duo non poterunt non inter se agere communi divid. et agere cum tertio? Sequitur in hac lege: *Si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat.* Constat actionem familiæ ercisc. dari inter hæredem, et fideicommissarium, cui rogatus est hæres restituere partem hæreditatis, *l.* 48. *sup. famil. ercisc.* Inter hæredem autem et legatarium, vel fideicommissarium rerum singularium non potest agi famil. ercisc. quia nec cohæres est, nec cohæredem imitatur: fideicommissarius universalis cohæredem imitatur. Verum inter hæredem et legatarium potest agi communi dividundo, si incertum sit, an lex Falcidia locum habeat: hoc est, si æs alienum, quo demum deducto, Falcidia locum habet, incertum sit, ut si de ære alieno lis cœpta sit nec finita, *l.* 1. §. *si autem*, *inf. Si cui plus quam per leg. Falcid.* Legatarius potest petere arbitrum communi dividundo, quia interveniente lege Falcidia communio est inter hæredem, et legatarium, *l. Plautius*, *inf. ad leg. Falcid.* Arbiter constituet partem hæredi et legatario, nec uni adjudicabit rem totam. Potest etiam legatarius, si nolit agere communi dividundo, uti vindicatione incertæ partis, *l.* 1. *in fine*, *sup. si pars hæred. pet. l. qua de tota* §. *si incertæ*, *sup. de rei vindic.* Ait in eo §. incertæ partis vindicationem dari, si justa sit causa: quæ verba videntur esse edicti, quo Prætor pollicetur vindicationem

incertæ partis ex justa causa, ut actor effugiat periculum plus petitionis: justam causam interpretatur, si lex Falcidia interveniat, quæ vix apud judicem examinatur: vix, significat difficultatem rei: non est ergo mirum si propter difficultatem rei detur incerta petitio: nam justam ignorantiam habet legatarius, cui legatus est servus, si hæsitet quotam partem vindicare debeat: ergo datur vel communi dividundo vel vindicatio incertæ partis; et proprie communi dividundo datur, si non negetur esse legatarius: vindicatio datur si negetur esse legatarius, quomodo etiam actio familiæ erciscundæ distingui solet a petitione hæreditatis: communi dividundo datur legatario tantum, hæredi non datur, argum. *l.* 14. *hoc t.* quia hæres Falcidiæ retentionem habet, non vindicationem, et ideo habet communi dividundo: legatarius habet vindicationem legati, aut portionis, quæ remanet in legato, et hoc si incertum sit de Falcidia, si incertus sit modus æris alieni: e contrario quid fiet, si certum sit locum habere Falcidiam? si certa sit quantitas legatorum, si certum sit quota pars legatario competat, statim ei dabitur vindicatio certæ partis: neque enim partem habent pro indiviso, sed pro diviso, quia lege Falcidia ipso jure fit divisio singularum rerum divisarum in quadrantem, vel dodrantem: ubi autem sunt certæ partes, cessat actio communi dividundo, cessante Falcidia. Eadem est ratio legati peculii. Falcidia minuit legata, legatum peculii, etiamsi non interveniat Falcidia, minuit id quod domino debetur, vel conservis vel liberis domini: nam peculium intelligitur deducto quod domino debetur, vel conservis, vel liberis domini: et si certum sit quod debeatur domino, utique cessat actio communi dividundo, quia certæ sunt partes: scilicet si incertum sit quod debeatur, hæredi non datur actio communi dividundo, quia retentionem, et deductionem tantum debiti habet, non petitionem: legatario datur actio communi dividundo, ut certæ partes constituantur, et ut in singulis rebus legatis legis Falcidiæ ratio diminutionem inducit, id est, ex singulis sumit quadrantem, *d. l. Plautius*, *d. l. quæ de tota* §. *si incertæ*, *l.* 2. *C. ad leg. Falcid.* Ita legato peculio singulæ res peculiares pro rata minuuntur ob id quod domino debetur, vel conservis, vel liberis domini, *l.* 6. *in princ. inf. de pecul. leg.* In §. *venit*, ostenditur, in actionem communi dividundo venire præstationes personales, de quibus dixi in *l.* 3. *sup.* sed subjiciuntur aliæ in §. *ult.* Species est: servus est communis inter duos, unus ex sociis conventus est in solidum actione noxali ex delicto servi communis, et æstimata lite, et damno plus præstitit: lex ait: æstimari servum communem, et eum qui plus præstitit ejus servi nomine, a socio consequi partem tantum servi, non partem totius æstimationis litis, quam solvit, et hoc si plus præstiterit, quam scilicet quanti est servus: nam cum litis sive noxæ æstimatio superat pretium servi, debuit socius noxæ dedere servum, non plus præstare: quod si non fecerit, non consequetur partem ejus quod plus solverit, quam est in pretio servi: in eo enim culpa ejus arguitur, quod non potius functus sit noxæ deditione. Sed si servus pluris erat quam noxa, et sarcierit noxam, æstimata lite, tum solutæ æstimationis litis partem consequetur a socio, *l.* 25. §. *si unus*, *inf. tit. prox.* quia rem pro te gessit. Idem servatur in actione de peculio, si unus ex dominis conventus sit in solidum de peculio communi ex contractu servi communis, et damnatus solverit: nam actione communi dividundo consequetur partem pecuniæ solutæ, quod demonstratur in *l. et ancillarum*, §. *ult. inf. de pecul.* ubi id traditur ex Juliano, ut indicat lex quæ sequitur, et lex *si Stichus*, *inf. eod.* quæ omnes leges sunt conjungendæ. Hæc autem actio communi dividundo de recipienda parte pecuniæ solutæ durat utiliter, etiam si res peculiares quæ erant apud alterum socium, postea interciderint: quia sufficit quod verum est, apud alterum dominum peculium fuisse: quinimo etiam nisi totum peculium interierit, et ideo etiamsi sublata sit communio peculii, hæc actio manebit, *l.* 31. *sup. tit. prox. l.* 21. *et l. si Stichus*, *h. t.* §. in lege *si Stichus*, hoc proponitur. Stichus est communis inter me et te. Stichus habet Pamphilum servum vicarium, id est, peculiarem, et nihil præterea habet in peculio, et hic Pamphilus est aureorum decem: ego conventus sum actione de peculio: Stichi nomine solvi decem, quia tantum erat in peculio, neque teneor ultra modum peculii: deinde Pamphilus decessit, et ita servus peculiaris interiit: tu mihi præstabis quinque actione communi dividundo, quia sufficit communio quæ præcessit, et sufficit quod æs alienum peculiare fuit commune: debes ergo mihi refundere quinque, et multo magis si Stichus postea alium servum peculiarem acquisierit, *l. si Stichus*, *inf. h. t.* Eodemque modo ut proponitur in *l.* 9. si quis mandato domini defensionem servi susceperit in judicio de peculio, repetet sumptus bona fide factos actione mandati, licet postea peculium interierit: nam eventus non spectatur ubi negotium utiliter cœpit, *l. sed an ultro*, *in fine*, *sup. de neg. gest.* Et quod dixi de duobus dominis, ut si unus conventus in solidum de peculio solidum solverit, partem pecuniæ quærat a socio actione communi dividundo, id lex 9. declarat ita procedere, si nullius culpa intervenerit, id est, neutrius domini: quam legem in fine male explicat Accursius. Id autem est, si rem ita geri expediat, id est, solvi eam

pecuniam ex contractu servi ad finem, et modum peculii. At quid dicemus si expediat non solvi pro servo? Nam plerumque dominus qui convenitur de peculio, effugere potest solutionem pecuniæ, si modo sit paratus cedere peculio: et audietur ex causa si desideret se liberari judicio de peculio cessis peculiaribus rebus: atque si ita rem geri expediebat, potius quam pecuniam solvi ei, non ita gesserit, hæc culpa ei imputabitur, et quod plus solverit, ejus partem a socio non consequetur. Unde colligitur audiri quandoque dominum ex justa causa qui paratus est cedere rebus peculiaribus, et auditur, inquit, si sine dolo malo, et frustratione id desideret: videtur esse legendum *fraudatione*, et quod in actione de peculio hæc adjicitur clausula, *et si quid culpæ domini captus fraudatusve sit actor*, *l. in bonæ fidei*, *inf. de pecul.* quæ similis fuit formulæ tutelæ, et de circumscriptione adolescentium ex l. Lætoria, Cic. 3. de officiis, quæ fuit hujusmodi: *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.* Sed hic nihil mutandum est: *sine dolo et frustratione*, id est, non mutandi judicii causa, ut in *l. Divi, inf. ad leg. Falcid.* conjuncta *l. 2. C. de usur. legat.* in una frustrationem dicit, in altera moram: frustratio nihil est aliud quam mora et plerunque litigatores dum volunt morari judicium, multas rationes adferunt in judicium. Recte ergo exigit, ut id fiat sine frustratione.

L. X. exposui partim in l. 3. partim in l. 14. hoc tit.

L. XI. exposui in l. 1.

Ad L. XII.

Si ædes communes sint, aut paries communis, et eum reficere, vel demoliri, vel in eum immittere quid opus sit: communi dividundo judicio erit agendum, aut interdicto uti possidetis experimur.

Aedes vicinorum plerunque communibus parietibus distinguuntur, *l. 4. §. ult. sup. fin. reg.* et ut de alia re communi, ita etiam de pariete est actio communi dividundo, *l. 4. inf. de servit. leg.* communis autem paries est, si ex collatione vicinorum in loco communi ædificatus sit, et hoc genere censetur esse communis naturali ratione, *l. parietem, sup. de servit. urb. præd.* ratio naturalis hæc est, superficiem solo cedere, quæ ratio est perpetua, et valet semper, *l. 3. §. sed si, inf. uti possid.* Et quemadmodum si solum commune est et puteus superædificatus communis est, *l. 4. §. 1. sup. h. t.* et communis naturali ratione: ita paries loco communi ædificatus communis est naturali ratione, et de hoc genere parietis agitur in *l. cum duobus §. item Mela, inf. pro soc.* Lex ait, vicinos inter se semipedes contulisse, ut ibi cratitium parietem ædificarent ad onera utriusque sustinenda: ita factus paries collatione vicinorum sane ratione naturali communis est. Cratitius paries est qui fit ex ligneis cratibus, vel cannis et luto. Hi autem parietes sunt maxime periculosi propter incendia, sed prosunt celeritate prosunt etiam, ut Vitruvius ait *loci laxamento*, quia minus spatii occupant: qua de causa cum legibus nostris ceteri parietes essent sesquipedales, id est, sesqui pedali crassitudine, videntur cratitii fuisse pedales tantum, et ideo narrat vicinos semipedes contulisse: in aliis parietibus extruendis contulissent semipedem, et palmum, nam pes dividitur in duos semipedes, et palmos quatuor. Vitruvius *lib. 2. cap. 8. leges publicæ non patiuntur communem parietem crassiorem esse sesquipede* Plin. 35. cap. 14. *cautum est ne communis paries crassior sit sesquipede*: qua de causa etiam idem narrat, in urbe non fuisse lateritios parietes, quia non sustinent nisi unam contignationem, et in ea majestate urbis, ideoque utebantur lapideis vel testaceis, vel cæmentitiis. In quibus definita erat legibus crassitudo sesquipedis, in cratitiis pedis. Cratitius paries utilior est alio, quia minus occupat spatii. Communis etiam paries intelligitur esse si ab uno ex vicinis sit ædificatus communi nomine: si unus ædificaverit, vel est repetiturus partem impensæ vel donationis causa non repetiturus, ea hoc ait *l. 22. inf. h. t.* Communis etiam paries fit interdum legati jure, ut in specie *l. 4. de servit. leg.* Si dominus binarum ædium unas legaverit uni, alteras alteri, paries quo distinguebantur ædes, fiet communis inter legatarios. Quæramus an alterutri vicinorum jus sit demoliendi parietis communis, vel reficiendi invito altero: et *l. parietem, sup. de servit. urb. præd.* ait, non esse: quia, inquit, non solus dominus est: quod congruit regulæ a Sabino compositæ, quæ proponitur in *l. Sabinus, inf. eod.* in re communi neminem dominorum quicquam facere invito altero, et in ea l. invitus definitur esse non tantum qui contrahit, et prohibet, sed et qui non consentit, ut qui tacet, vel qui abest, dum quid fit in re communi. Sed in hoc differentia est quod si unus ex sociis fecerit aliquid absente altero, tolli opus debet: id qualiter consequetur? actione communi dividundo, si opus tolli societatis intersit: quod si fecerit præsente, et tacente altero, opus non debet tolli, sed damnum sarcitur eadem actione communi dividundo: si fecerit altero consentiente, certum est cessare omnino actionem communi dividundo, et hæc est sententia *l. Sabinus, inf. eod.* Verum *d. l. Sabinus*, et *d. l. parietem* solent opponi huic l. 22. propterea quod hæc l. ait, agi posse communi dividundo, vel interdicto uti possidetis, si opus sit parietem com-

munem demoliri, aut reficere. Est ergo jus demoliendi, et reficiendi, et cogendi socii per actionem communi dividundo, vel interdictum uti possidetis, ut sinat demoliri vel reficere, aut immittere aliquid, aut projicere in parietem communem. Res non est difficilis explicatu: ita constituo: unus ex sociis si aliquid faciat in re communi invito altero, non jure facit videlicet si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti re communi velit: quia præripit socio jus suum, et non est jus ei agendi confessoria hoc modo: *jus sibi esse faciendi in re communi*, *l. et an unus. sup. si servit. vind.* quia nemini res sua servit, *l. in re comm. sup. de servit. urb. præd.* Ceterum non opus est: et ita societati expedit agere per socium communi divid. vel pro socio si contracta sit societas, vel interdicto uti possidetis, quibus judiciis consequitur, ut sibi facere liceat, quia res exigit: confessoria actione hic consequi tentabit frustra, quod voluit, *d. l. parietem*, et fuit eadem sententia Accurs. in hac lege, qui ait, agi de necessitate voluntaria, in aliis de necessitate necessaria, et sic fuisse conventum ut liceat facere, in aliis non fuisse conventum, quæ opiniones sunt vaticinantis. Tertio ait, hic in rem societatis fuisse, quod unus agebat in re communi, et hoc est verum. Ceterum in aliis legibus non fuisse, in rem societatis fieri aliquid in re communi: postremo ait, jure servitutis non posse socium in re communi aliquid facere, et non posse agere confessoria, sed alia esse remedia, veluti commun. divid. vel uti possidetis: magis obstat *l. in re comm. de serv. urb. prædior.* Colligit, socio jus esse prohibendi: quia Sabinus ait, jus non esse faciendi, invito altero, significat jus esse alteri prohibendi, et in pari causa potiorem esse eum qui prohibet. Idemque Pomp. scribit ad Sabinum in *l. sed si inter me §. ult. sup. de servit. urb.* Paulus tamen in *d. l. in re comm.* adjicit ad Sabinum, nec jus esse prohibendi quo minus socius faciat aliquid in re communi. Respond. Paulus ait, non esse jus prohibendi per actionem negatoriam, sicut non est jus faciendi per confessoriam: hoc tamen Marcellus admittere videtur, jus esse prohibendi per negatoriam in *d. l. an unus*, sed id non admittit incunctanter, sed ait, non esse jus faciendi: nam plus facit qui facit, quam qui prohibet facere: nam ad suum arbitrium utitur re non sua. Ideoque videtur potius jus esse prohibendi, quam faciendi: sed non adfirmat jus esse prohibendi per negatoriam: nam possumus tantum prohibere judicio communi dividundo, vel per Prætorem, *l. in provinciali §. plane et §. seq. inf. de no. op. nunt.* quoniam, inquit, alia ratione prohiberi potest socius, ergo non potest prohiberi superioribus actionibus veluti negatoria, aut novi operis nuntiatione, sed per arbitrum communi dividundo aut per Prætorem, puta interdicto uti possidetis, vel quod vi aut clam, *l. de pupillo §. meminisse, inf. de novi oper. nunt.* Igitur ita concludamus: remedia dantur ei qui cum res exigit, vult reficere vel demoliri, vel immittere aliquid in ædes communes: ea autem remedia sunt actio communi dividundo et interdictum uti possidetis: eadem etiam dantur ei qui justam causam habet prohibendi quo minus id fiat, *d. l. in re com.* Et ideo datur interdictum uti possidetis, quod unus faciendo, vel prohibendo non juste, videtur totius parietis communis sibi possessionem vindicare, id est, alter videtur alterum inquietare in possessione rei communis: quo nomine comparatum est interdictum uti possidetis, *l. 3. §. si vicinus, inf. uti possid.* Sed ad hæc rursus quæritur, quale fit officium judicis in actione communi dividundo de pariete communi dividundo non quale sit in actionibus personalibus, quarum nomine certum est condemnationem, vel absolutionem fieri debere: et sane quia communis paries expedite dividi non potest, necesse est rem finiri adjudicatione, et æstimatione parietis, ut scribit etiam Vitruvius in *lib. 2. cap. 8. Cum arbitria cammunium parietum sumuntur*, id est, cum sumitur arbiter *communi dividundo*, lateritios parietes ad perpendiculum stantes tanti æstimari, quanti olim facti fuerint, id est, quanti locati fuerint. Cæmentitios autem parietes non æstimari tanti quanti fuerint, sed sententiam pronuntiari ab arbitro; eos non posse plus durare quam annos 80. et quolibet anno ex pretio deduci octogesimam partem. Atque ita in æstimatione cæmentitii parietis præteritorum singulorum annorum octogesimas pretio deduci, et ex reliqua summa partem reddere vicino eum cui totus paries adjudicatus est: *lateritios* sic accipit, ac si perpetuo sint duraturi, ut narratur etiam hodie extare illud sepulchrum lateritium, quod dicitur *Mausoleum*, et ideo semper æstimari quanti locati sunt. Igitur in eo apparet rem finiri adjudicatione: nam non fit æstimatio nisi cum adjudicandum est. Legem 13. explicui in *l. 3. sup. eod.* Legem 14. exposui partim in *l. 1.* partim in *l. 3. sup. eod.*

Ad L. XV.

Si socius servi communis nomine conventus, et condemnatus sit, aget communi dividundo, et antequam præstet: nam, et si noxali judicio cum uno actum sit, statim aget cum socio, ut ei pars traderetur: cautionibus interpositis, ut si non dederit, reddet.

Sciendum est quod diximus in *l. 8. sup.* unum ex sociis deducere in actionem communi dividundo, quod servi communis nomine conventus noxali ju-

dicio, vel de peculio ei condemnatus solvit, id est recipit hac actione partem a socio: hoc amplius adjicitur in hac *l.* unum ex sociis conventum hoc vel illo judicio servi communis nomine, post condemnationem antequam solverit, agere communi dividundo, ut socius solvat pro sua parte, quod congruit cum *l.* 18. §. *Celsus*, *sup. tit. prox.* Imo vero, ut ait hac lege, etiam ante condemnationem, statim atque actum est cum eo noxali judicio, potest agere communi dividundo, ut socius tradat partem socii, quo possit eum servum noxæ dedere, si ita expediat: nam jubetur noxæ dedere sub disjunctione, hoc modo: *Noxæ dedere*, *vel damnum sarcire*: scilicet, si velit sibi partem servi tradi ante condemnationem, debet cavere socio de reddenda parte servi, *si non dederit*, sic Flor. vulgo, si non dederit: id idem est, ut in *l.* 8. *et* 19. *et* 28. *sup. de noxal. actio.* id est, si non dederit in noxam, puta si absolutus fuerit, vel litis æstimationem præstare maluerit: quo casu agente socio ex cautione de recipiendo servo, repelletur, nisi offerat partem æstimationis litis.

Ad L. XVI.

Cum socii dividunt societatem: de eo, quod sub conditione deberetur, cautiones intervenire solent.

Inscriptionem hujus l. puto esse corruptam; et legendum esse, *idem libro* 6. *ad Sabinum*, ex quo libro est *l.* 19. *h. t.* et confirmor *l. omne æs alienum*, *inf. pro soc.* In qua hæc sententia reperitur, ut æs alienum quod debent socii aliis, dissolvatur de communi, etiam si fuerit debitum conditionale, et conditio extiterit post divisionem societatis. Igitur ponendum, manente societate nondum venisse diem ejus pecuniæ, quia pendebat ex conditione, diem venisse post finitam societatem, et tamen solvendum de communi. Ideoque in dirimenda societate cavent inter se de dissolvendo illo debito communiter post societatem finitam, si conditio extiterit. At in hac *l. Cum dividunt societatem*, ut in *l.* 14. §. *ult. divideretur*, et in *l.* 28. *si socii sumus*, *inf. pro soc. et dividatur societas*, fit ea divisio societatis interdum sine petitione rerum, ut si uni adjudicentur res omnes, et dividere non semper significat partiri, sed dividere societatem, ut in *l.* 8. *sup. hoc tit. Dividere desiderant*, societatem scilicet.

Ad L. XVII.

Qui cohæredes habet, si fundum pignori datum a testatore suo, comparaverit a creditore, non debet a cohæredibus judicio communi dividundo conveniri.

In hac l. proponitur, cohæredem emisse a creditore fundum pignoratum creditori a defuncto: quæritur an fundus veniat in famil. ercisc. vel communi dividundo. Certe non venit in actionem famil. ercisc. quia id possidet pro emptore, *l.* 25. §. *quod pro emptore*, *sup. tit. prox.* nisi ex causa fideicommissi, *l. ult.* §. *quatuor inf. de legat.* 2. non venit in actionem communi dividundo post divisionem hæreditatis, cum possideatur proprio jure: cur tamen secus est in *fidejussore*? et probat id *l. si mandato* 2. §. 1. *inf. mand.* fidejussor emit pignus a creditore, an potest petere debitor? l. ait posse petere actione mandati, oblato debito, et repetere eam rem cum fructibus, quia in omni contractu bonam fidem præstare debet fidejussor et tenetur judicio bonæ fidei, nempe mandati: hæc etiam judicia sunt bonæ fidei, famil. ercisc. et communi dividundo. Cur ergo tam varie? an cohæres est pro sua parte debitor, et ideo habetur pro extraneo emptore, et exigit bona fides, ut rem emptam a creditore jure pignoris vendente, reddat debitori offerenti debitum.

Ad L. XVIII.

Ut fundus hæreditarius fundo non hæreditario serviat, arbiter disponere non potest: quia ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.

Dicitur in hac l. judicem ultra id quod in judicium deductum est, potestatem suam exercere non posse, *l. factum*, *de reg. jur.* *l.* 10. *sup. usufr. quemad. caveat.*, judex communi dividundo de proprietate hominis, qui est communis non potest cognoscere, de usufructu alterius proprio in solidum, cum nuda proprietas est communis, *l. item Labeo* §. 1. *sup. tit. prox.* Judex famil. ercisc. non cognoscet de fundo communi ex legati causa: judex communi dividundo et familiæ erciscundæ non statuet ut fundus hæreditarius serviat non hæreditario, id est, communi ex alia causa, vel proprio uni ex sociis.

Ad L. XIX.

Arbor quæ in confinio nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohæret fundo, e regione cujusque finium utriusque fuit, nec in communi dividundo judicium veniunt; sed cum aut lapis exemptus, aut arbor eruta, vel succisa est, communis pro indiviso fiet, et veniet in communi dividundo judicium: nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur.

Quare duobus massis duorum dominorum conflatis, tota massa communis est, etiamsi aliquid ex prima specie separatum maneat: ita arbor et lapis separatus a fundo, confundit jus dominii.

§. 1. *De vestibulo communi binarum ædium arbiter communi dividundo, invito utrolibet, dari non debet, quia qui de vestibulo licere cogitur, necesse habet interdum totarum ædium pretium facere, si alias ad tum non habeat.*

§. 2. *Si per eundem locum via nobis debeatur et in eam impensa facta sit, durius ait Pomponius, communi dividundo, vel pro socio agi posse: quæ enim communio juris separatim intelligi potest? sed negotiorum gestorum agendum.*

Sententia hujus l. talis est: arborem finalem, id est, in confinio natam, et lapidem in confinio natum, quandiu cohæret solo, non venire in actionem communi dividundo, quia communis non est pro indiviso, sed pro indiviso certas et finitas partes habet: pro regione cujusque fundi divisa quæ sunt, in hoc judicium non veniunt. Eruta tamen arbor, vel succisa, item lapis exemptus et terra separatus communis fit pro indiviso, quia partes quæ erant certæ et finitæ, non cohærebant solo, confunduntur evulsione, cæsione, exemptione, et ideo tum arbor, vel lapis veniet in actione communi dividundo, quod confirmatur *l. 7. §. ult. et l. 8. inf. de acq. rer. dom.* l. ait, arborem positam, sive natam prope confinium, si etiam radices agat in fundum vicini, esse communem pro regione cujusque fundi, ut subjicit l. 8. ergo totum pro diviso: sed si tollatur arbor, vel lapis eximatur, fit communis pro indiviso. Nam ea l. 8. subjicit, idem esse in lapide, quæ in confinio nascitur: nam, inquit, si sint pro indiviso communia prædia, tunc lapis natus in confinio erit pro indiviso communis, si terra exemptus sit, hoc est falsum. Nam si prædia sint pro indiviso communia, necesse, est ut etiam lapis, licet nondum exemptus sit, pro indiviso communis sit. Itaque eo loco vitium subesse Rogerius dicit, et legendum: *Et sunt pro diviso communia prædia*, hoc sensu, ut si prædia confinia sunt divisa inter duos, et separata, ut lapis natus in confinio sit etiam communis pro diviso, sicut prædia sunt communia pro diviso: nec aliter fiat communis pro indiviso, quam si terra separetur: quod et hæc l. demonstrat. Igitur lapis exemptione, arbor cæsione fit communis pro indiviso, quæ communis antea erat pro diviso, quod demonstratur hoc loco exemplo duarum massarum auri, vel argenti. Duæ sunt massæ duorum dominorum, divisim rediguntur in unam massam conflatione vel dominorum voluntate, vel casu, tunc conflata massa ex duobus erit pro indiviso, *l. 7. §. voluntate, l. quicquid §. ult. inf. de acq. rer. dom.* sed facilius, ut ait *l. pen. inf. pro soc.* arbor succisa communis fit pro indiviso, quam massa conflata ex duabus, quia arbor succisa propriam substantiam accipit in unum corpus redactam: massis conflatis non videtur retineri propria substantia, quod mixtio fiat utriusque materiæ: sed etiam fit communis massa pro indiviso, et si aliquid ex prima specie separatum maneat, ut dicitur in hac l. materia a prima specie separatur, neque tamen ideo minus dicitur aliquatenus manere materia quæ fuit ante, *l. 5. §. sed si plumbum, sup. de rei vind.* materia etsi confusa sit, manet tamen: hoc ergo vult, quod etsi eadem materia quodammodo maneat post, conflata tamen massa fit communis pro indiviso, propterea quod materia cujusque separari non potest. Nam si posset diduci, non fieret communio. Sed si duæ massæ argenti duorum conflatæ sint, vel si æs unius cum auro alterius conflatum sit, quod veteres existimabant non posse diduci, cum tamen hodie diducatur aqua chrysulca, necesse est massam fieri communem pro indiviso: ut autem massa conflata ex duabus non fit communis ex æquis partibus pro indiviso, sed pro rata ponderis, quod in massa dominorum fuisse apparet, et bonitate materiæ cujusque, fieri enim potest ut argentum pretiosius admixtum sit viliori, et eo modo fieri communem massam pro indiviso indicat *l. 4. sup. de rei vindicat.* et ita arbor succisa lapisve exemptus, non fit communis pro indiviso ex æquis partibus, sed ex eis partibus quas confines habebant in ea arbore, vel lapide, cum terræ cohærebant. Et hæc est sententia *l. pen. in fine inf. pro soc.* Sed hactenus de arbore nondum succisa: arbor nondum succisa, aut est in confinio, aut non: si est in confinio nondum succisa, est communis pro diviso, si ex utraque parte radices egerit, *d. l. 7.* in fine, conjuncta *l. 8.* in pr. Si in unam tantum partem radices omnes egerit, cedet ei fundo tota, etiamsi nascatur in confinio: nam oritur quidem in confinio, sed alitur tota in fundo vicini, quia radices omnes in ejus fundum immisit *et alimenti quam originis est potior causa:* si arbor non est posita in confinio, neque est communis pro indiviso, sed vel tota est ejus partis in qua oritur, vel tota ejus in qua alitur: tota ejus partis in qua oritur, si utraque parte radices egerit: nam origini jure accessionis cedunt radices porrectæ in agrum vicini, *l. si plures, inf. arb. furt. cæs.* Radicibus vicini arbor mea alitur: arbor mea, id est, quæ oritur in fundo meo, et alitur radicibus porrectis etiam in agrum vicinum. Ergo radices utrimque habet, et nihilominus mea manet tota, quia in fundo meo origo est, et radices porrectæ in fun-

dum vicini, meæ sunt, nec eas vicinus rescindere potest, sed aget mecum negatoria hoc modo: *Jus mihi non esse ita radices habere*, et consequetur, ut eas rescindam, arg. *l. ult. inf. de arb. cædend. l. ult. in pr. inf. quod vi aut clam*: quæ l. ait, si vitem ex meo fundo in tuum fundum deprehendas, *vitem constat esse arborem*, id est, si eripueris et quasi demerseris in tuum fundum scrobe facta, et terra operta deprehenderis, non est propagaveris, sed quasi demerseris, et ut Græcis δράξαι sive δράξασθαι est eripere. Si ergo hæc feceris, et vitis in tuo fundo coaluerit, id est, radices egerit, sic habebit radices in tuo et in meo fundo, atque etiam paulatim in tuo fundo exorietur, in quantum eam demersisti: fiet ergo tua vitis quia ejus origo nunc sit in tuo fundo, et radices quæ sunt in meo fundo, erunt tuæ accessionis jure, *quia radicum portio accedit origini*, sed quod ita mihi vitem subripueris, teneberis mihi interdicto quod vi aut clam intra annum, et hæc est sententia *d. l. ult.* Nunc de altera parte dicamus. Tota est arbor nondum succisa ejus partis in qua alitur, si ex una tantum parte alatur tota, id est si omnes radices egerit in unam partem, ei parti cedit tota, et origini nihil competit, et ita est accipienda lex 7. §. *ult. inf. de acq. rer. dom.* quæ ait, si arborem vicini ita terra presserit, ut in meum fundum radices egerit, omnes scilicet, nulla vi adhibita, mea fit arbor, quia æquum est, ut cedat ei parti, unde alitur tota potius quam unde oritur, et effert caput tantum. Scio in pandectis Florentinis legi, *si vicini arborem ita presserim*, sed nihil refert sive presserim ego, sive arbor terram presserit, sive terra arborem; nam his casibus fiet mea arbor. Et hanc etiam fuisse veterem legem Teophylactus Rhetor scribit in Epistola 56. quæ incipit, Αἱ συυκαῖσου 1. *ficus tuæ in agrum meum radices porrexerunt, et jam non sunt tui dominii et a te deficiunt, ut mihi fructum largiantur: hæc est agricolis lex vetus, cui te invitum parere convenit, quod si non feceris, et moribus nostris adversatus fueris, teque novum et recentem rerum rusticarum legislatorem ejiciemus, et finibus nostris te peregrinum et extorem faciemus.* Denique summa definitionis hæc est, arborem origini cedere, quæ utriusque terræ alimento alitur, arborem quæ unius tantum terræ alimento alitur, alimento cedere potius quam origini, et hoc si non posita sit in confinio. Arborem finalem si unius tantum terræ alimento alatur, ei terræ cedere totam, si utriusque terræ alimento alatur arbor, cedere plane origini, idest, cedere utrique pro regione finium, qua de causa et honoraria finitorum solvent de communi, *l. 4. §. sed si mensor, sup. fin. reg.* In definitio

ne hujus quæstionis contigit mihi ut duo homines eam non intelligerent; eorum unus dum rem aliter explicandam esse censet, scribit pugnare *l. 7. §. ult.* cum *l. si plures. arb. furt. cæs.* non animadvertens *l. 7.* loqui de omnibus radicibus protensis in agrum meum, *l. si plures*, de protensis in utrumque agrum. Alter miratur quod dixerim arborem non positam in confinio, non esse communem, sed totam esse vel unius, vel alterius partis, cum tamen *l. 7.* dicat arborem positam prope confinium, non esse communem pro diviso, non existimat arborem positam prope confinium non esse in confinio, et erravit: nam prope confinium et in confinio idem est, ut Theoph. interpretatur in tit. *de rer. divis.* §. *si Titius*, ἐν τοῖν ὅροις, et *l. 7.* ait *prope confinium*, et *l. 18. in confinio* et verum est arborem non positam in confinio, nullo casu esse communem, arborem positam in confinio, esse communem pro diviso, si ex utraque parte coaluerit.

§. *de vestibulo* explicui in *l. 1. sup. tit. prox. et* §. *si per eundem*, in *l. 6.*

Ad §. 3. Judex.

§. 3. *Judex communi dividundo, item familiæ erciscundæ, de servo, qui in fuga est, jubere debet liceri eos, inter quos judex est, et tunc eum adjudicare penes quem licitatio remansit, nec erit periculum, ne ex senatusconsulto pœna legis Fabiæ committatur.*

Est quidam servus communis qui est in fuga: judex curare debet ut de eo servo communi, qui est in fuga cohæredes liceantur, et pretium faciant: atque ita debet eum uni adjudicare, et condemnare ut partem pretii socio præstet, et non ideo incidet in pœnam l. Fabiæ introductam senatusconsulto, quod factum est Alexandri temporibus, Modesto et Probo Coss. *l. 1. inf. de serv. fugit.* de quo *l. 2. inf. ad l. Fab. et l. 6. C. eod. tit. l. quod sæpe*, §. 1. *inf. de contrh. empt.* Eo SC. cavetur ut pœna l. Fabiæ teneantur qui servos, qui sunt in fuga, vendunt, vel donant: pœna l. Fabiæ erat pecuniaria, et ea tenebantur qui fecerant plagium, qui suppresserant alienum servum, vel liberum hominem: et prohibetur tantum venditio voluntaria, non necessaria, quæ auctoritate judicis fit, et ideo judex etsi jubeat liceri de servo qui est in fuga, non committet contra Senatusconsultum.

§. ultimum exposuimus in *l. 4. sup.* tit. prox.

Ad L. XX.

Si is, cum quo fundum communem habes ad di-

lectum non respondit, et ob id motu judicis villa diruta est, aut arbusta succisa sunt : præstabitur tibi detrimentum judicio communi dividundo: quidquid enim culpa socii amissum est eo judicio continetur.

Si is cum quo fundum communem habes ad delectum non respondit : nam quod scribimus dilectum militum, id est certissimum, veteres scripsisse modo delectum, modo dilectum, *l. 36. de statulib. l. 4. §. qui post, de re milit.* quod etiam Festus indicat : is autem qui ad dilectum non respondebat citatus, jure antiquo in servitutem redigebatur, *l. 4. §. qui post, dicto*, et Cic. in orat. pro Cæcinna ad finem, vel bona ejus omnia vendebantur, vel etiam villæ, aut ædes ejus diruebantur, arbusta succidebantur, sed id fiebat non jure: ideoque scribit hic id factum fuisse motu judicis, id est, iracundia : motus est iracundia minus rationi obtemperans : quomodo etiam olim et contumacia plectebatur, ut in Philippica prima, cum non venisset Cicero ad Senatum. Contumacia jure coercetur pignoribus captis, vel multa, non dirutis ædibus. Igitur uno ex sociis non respondente cum ad dilectum citatur, si judex iracunde arbusta succiderit, vel villam diruerit, hoc ei detrimentum imputabitur judicio communi dividundo, quoniam contigit ejus vitio: nam culpæ ratio venit in hoc judicium, *l. pen. C. eod. tit.*

L. XXI. *Judicem in prædiis*, exposui in *l. 5. sup. eod.*

L. XXII. *Si meo, et vicini*, exposui in *l. 12. sup. eod.*

Ad L. XXIII.

Si convenerit inter te et socium tuum, ut alternis annis fructum perciperetis, et non patiatur te socius tui anni fructum percipere, videndum utrum ex conducto sit actio, an vero communi dividundo. Eadem quæstio est, et si socius, qui convenerat ut alternis annis frueretur, pecus immisit, et effecit, ut futuri anni fructus, quos socium percipere oportuit, corrumperentur : et puto, magis communi dividundo judicium, quam ex conducto, locum habere : quæ enim locatio est, cum merces non intervenisset? aut certe actionem incerti civilem reddendam.

Species hæc est. Fundus est communis inter te et Titium : debetis ergo quotannis fructum percipere in commune : sed non ita vultis, quinimo convenit inter vos, ut alternis annis fructus perciperetis. Titius quidem sui anni fructus percepit, sed te tui anni fructus percipere non patitur, vel etiam immisso pecore tui anni fructus corrumpit : quæritur qua actione tibi Titius teneatur? an quasi locaverit tibi fundum fruendum, tenebitur tibi ex conducto, ut tibi frui liceat tuo anno : nam ex conducto hoc agitur ut præstetur conductori frui, quod constituit frui, *l. si in lege, §. colonus, l. si fundus, in pr. inf. loc. l. ult. inf. de jure fisci* : in hoc casu puto Titium non teneri ex conducto, quia non locavit, cum nulla merces intercesserit : sine pretio certo venditio nulla est, sic etiam locatio sine pretio nulla est : pretium non intercessit, ergo non est locatio, proinde cessat actio ex conducto. Videtur potius teneri actione communi dividundo, sed verius est etiam huic actioni locum non esse : nam si quid inter se pepigerunt socii, est de eo actio communi dividundo, *l. 3. sup. eod.* hæc conventio de qua hic agimus non usque ad pactum stetit, id est, non stetit, in nudo nomine pacti, sed fructibus perceptis a Titio transiit in contractum: et ideo melius est quasi negotio quodam contracto proprii generis, et separato a societate in Titium, qui tui anni fructus corrumpit, cum tamen ipse fructus perceperit, dari actionem civilem, id est, præscriptis verbis, et hoc probat magis Ulpian. in hac l. dum ait, *Aut certe actionem incerti civilem reddendam*, ut etiam Marcellus in *l. an unus, sup. si servit. vind.* non quod dicat magis jus esse prohibendi quam faciendi : admittit jus esse prohibendi, et Justinian. in *§. igitur, inst. de pupill. subst.* in pupillari substitutione duo sunt testamenta, unum patris, alterum filii, aut certe unum testamentum est duarum causarum. Opponitur huic legi lex *et hæc distinctio, §. cum fundum, inf. loc.* quæ ait in eadem specie : cum inter se duo socii convenerunt qui habebant fundum communem, ut fruerentur alternis annis, si unus corrupit fructus obvenientes, alteri esse actionem ex conducto locato : sed ibi intercessit merces certa, et est vera locatio ; et ideo est actio ex conducto locato : hic non est conventum de pretio certo : quia tamen in hac specie actum videtur ut fructus unius anni compensarentur cum fructibus alterius anni quasi mercedis vice, videtur contractum negotium simile locato et conducto, non locatum conductum, quia de pecunia non est conventum, et ideo datur ex eo actio præscriptis verbis, quæ nunquam datur nisi ex contractu qui nomine vacat ; similis est tamen, et proximus ei qui nomen habet : et ejus rei argumentum est in *l. 1. §. si quis servum, inf. depos.* Species est : ego servum tradidi custodiendum pistrinario, ita ut ejus opera uteretur in pistrino, et dedi mercedem pro custodia servi : hoc casu adversus pistrinarium est mihi, actio ex conducto : e contrario si mercedem non dedi, sed pistrinarius mihi dedit pro opera servi, tum est mihi actio ex locato : priore casu, sum conductor, hoc, sum locator. Sed si nihil convenit de mercede, sed actum tan-

tum est ut operæ servi cum custodia compensarentur, non est locatio, quia pecunia non intercessit: sed est negotium quasi simile locationi. Notandum est etiam, quod etsi hic contractus in hac specie ex quo datur præscriptis verbis, non veniat in actionem communi dividundo, quod sit separatum a societate, tamen potest dici partem tuam venire in actionem communi dividundo: videlicet si socius tui anni fructus corrupit immisso pecore, quia pro ea parte tibi, et societati detrimentum attulit, arg. *dict. l. et hæc distinctio*, §. *cum fundum* in illo loco, *deinde ita notat*: ideoque quantum ad tuam partem attinet quam corrupit socius, simul ad fructuum totius anni est actio de pactu pecoris ex 12. tabulis, quæ inerit actioni communi dividundo. Cur non? cum etiam in actione communi dividundo veniat actio l. Aquiliæ, et in actione famil. erci scundæ, *l.* 16. *et* 17. *sup. tit. prox.* Sed actio de pastu pecoris in actionem communi dividundo non veniet secundum naturam suam: est enim noxalis, *l. qui servandorum*, §. *ult. inf. de præscript. verb.* In actione communi dividundo habebitur tantum æstimatio damni in simplum, *dict. l.* 17. Quin etiam quantum ad tuam partem attinet, tibi datur actio de pastu pecoris noxalis, si pecus commune non fuit: nam si pecus fuit commune, constat noxali actione agere non posse eum qui subjicitur noxalibus actionibus, *l. apud*, *C. de furt.*

Ad L. XXIV.

Communis servus si ex re alterius dominorum acquisierit, nihilominus commune id erit, sed is, ex cujus re acquisitum fuerit, communi dividundo judicio eam summam percipere potest: quia fidei bonæ convenit, ut unusquisque præcipuum habeat, quod ex re ejus servus acquisierit.

§. 1. *Cum agere tecum communi dividundo vellem, partem tuam Titio tradidisti, mutandi judicii causa: teneris mihi prætoria actione: quod fecisses, ne tecum communi dividundo ageretur.*

Servus communis qui acquirit, omnib. sociis acquirit, etiamsi id acquisierit ex re unius propria: sed is cujus res est, cujusque ex re servus communis acquisivit, æquum est ut id quod paratum est ex re sua, præcipiat communi dividundo judicio: nam id bona fides exigit, ut quod est ex re mea, maneat apud me: ait, *eam summam percipere potest*: legendum est *præcipere*, ut in *l. com. servus*, *inf. de acq. rer. dom.* hæc lex 24. est Juliani, illa, Caji: nam Cajus usurpat eadem verba Juliani: fuere ambo Adriani temporibus, et in ea legitur præcipere, quod exigunt sequentia verba: *nam fidei bonæ convenit, ut unusquisque præcipuum habeat, quod ex re ejus servus acquisivit*: idem vero servatur, etiamsi servus communis ex operis suis uni ex sociis acquisierit, quod scilicet fit nominatim ei stipulando mercedem operarum, quas præstat extraneo: nam id ei soli debetur, cui stipulatus est nominatim, et id præcipiet hoc judicio, *l. si ex re* §. 1. *inf. de stipul. serv.* idem servatur inter duos fructuarios, qui in uno servo habent usumfructum: sed tamen inter eos redditur utilis communi dividundo, *l. si cum duorum*, *inf. de stipul. servor.* cur non datur directa? quia nulla communio juris est: corpora admittunt communionem, jus non admittit, arg. *l. arbor* §. *si per eundem*, *sup. h. t.* cur datur utilis? quia etsi non sit communio in jure, est tamen in fructibus, sive in iis, quæ ex re eorum vel operis servi obveniunt, et ob id ususfructus censetur esse dividuus, alia est ratio viæ, quæ omnino censetur individua: consistit enim in usu: usus autem individuus est, fructus sunt corpora, ergo dividua, *d.* §. *si per eundem*, ne utilis quidem communi dividundo datur. Alia est conditio viæ, alia ususfructus.

Ad §. Cum agere tecum. Hunc §. exposui in *l.* 1. *sup. tit. prox.*

L. XXV. Si Stichus communis exposui in *l.* 8. *sup. eod.*

Ad L. XXVI.

Comunis servus, cum apud alterum esset, crus fregit in opere: quærebatur, alter dominus quid cum eo, penes quem fuisset, ageret: respondi, si quidem culpa illius magis, quam casu res communis damni cœpisset, per arbitrum communi dividundo posse reciperare.

Certum est, in actionem communi dividundo venire culpam socii, *l.* 20. *sup. eod.* casum fortuitum non venire: detrimentum quod contigit casu, est commune: quod autem contigit culpa unius, non est commune, sed ei totum imputatur qui culpam admisit: et inde dirimetur quæstio hujus l. de servo communi, qui crus fregit in opere: si casu fregit: commune est damnum, si culpa socii, non est commune. Sumitur exemplum ex *l. pen. inf. de act. emp.* in qua est quæstio de servo, qui crus fregit in opere, et culpa esse existimatur venditoris, qui quid forte jusserit servum facere, quod non potest fieri sine periculo, ut per κατάδρομον descendere, vel in cloacam se immittere: et idem si in eo opere crus fregerit, id culpæ vertitur ei qui jussit, quia id imperavit in fraudem servi vel emptoris: vulgo etiam docti homines ante existimarunt κατάδρομον, esse stadium, Gallice *des lices*: male: cum per stadium non descendamus, κατάδρομος est funis extensus per quem descendunt funambuli, et simili forma περίδρομος καὶ ἐπίδρομος.

Notus est locus Svetonii in Nerone: *eques Romanus supersedens elephanto per catadromum decurrit*, id est, per funem: nam Elephanti adeo sunt dociles, ut discant incedere per funes. Dio idem narrans dicit, ἐπὶ σχοίνου, idque explicavit Joannes Brodæus Miscell. 20. *cap.* 3. et narrat ex Vegetio et Festo quid sit Tollenon ex *l.* 23. *de homicidio liberi hominis in Constit. Longobard.* ea hæc explicatur species quæ ea ætate ex facto contigit. Est Tollenon machina juxta puteum ad hauriendam aquam, quales sunt multæ his regionibus: juxta puteum in terram figitur altissima trabes, et in ejus summo vertice alia trabes longior: uni capiti adjicitur vas haustorium, alteri ponderosus lapis, *Gall. Grue.* Species est: quidam cum staret sub tollenone non longe a puteo, ea scilicet parte qua præponderat lapis, sublato in altum lapide, quidam alius venit subito et hausit aquam, et imprudens demisit tollenonem, et fregit caput alterius qui sub tollenone erat: quæritur an sit reus l. Corneliæ de sicariis: minime, sed alia ratione coercebitur culpæ nomine.

Ad L. XXVII.

De communi servo unus ex sociis quæstionem habere, nisi communis negotii causa, jure non potest.

Hæc l. est etiam de servo communi, et congruit sententiæ Sabini, quæ est in leg. seq. ut socius non possit de communi servo habere quæstionem jure, nisi communis negotii causa, ut si rationes societatis gesserit, et ut communis negotii causa de eo quæstio habeatur, venit in actionem communi dividundo, *l. his consequenter*, *sup. tit. prox.*

Legem XXVIII. Sabinus, exposui in *l.* 12. *sup. eod.*

Legem XXIX. Si quis cum, exposui in *l.* 1. *sup. eod.*

§. *ult. l.* XXIX. et legem XXX. Communi dividundo, exposui in *l.* 1. *sup. famil. ercisc.*

Ad L. XXXI.

Bina mancipia, quæ ex hæreditate paterna, jussu prætoris, pupillis, ministerii causa, reservata essent, diversa non videri, sed omnium communia permansisse.

Ait Accursius *reservata essent*, a judice communi dividundo: male, nam res ita explicanda est, ut pupillis Prætor solet decernere alimenta, *l. Lucius, sup. tit. prox.* ita solet eis decernere ministeria, id est, servos. Finge. Arbiter fam. ercisc. cum ageretur de hæreditate paterna sequutus decretum prætoris, qui duos servos ministerii causa decreverat pupillis in divisione hæreditatis, eos servos pupillis reservavit: quæritur an videatur eos eis reservasse jure divisionis? minime, et ideo mancipia indivisa manent, neque quicquam vetat aliquid indivisum relinqui in judicio fam. ercisc. Sed post pupillarem ætatem venient in actionem comm. dividundo, non venient in actionem famil. ercisc. quia non potest iterari.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

In Tit. IV. Ad exhibendum.

Commendat hunc titulum l. 1. quæ ait, hanc actionem esse perquam necessariam, et vim ejus in usu quotidiano esse, et maxime propter vindicationes inductam esse. Tria explicat: an sit necessaria, an sit usitata, et qua de causa prodita sit, et ait maxime inductam esse propter vindicationes. Cur ait maxime? nempe quia non tantum vindicaturo hæc actio datur, sed etiam interdicturo Utrubi interdicto, *l.* 3. § *sed et usumfructum*, *et* §. *sed et si quis*, *h. t.* Datur hæc actio optaturo servum, et ducturo servum, qui tamen vindicaturus est: imo agitur etiam ad exhibendum quæstionis habendæ causa, *l. ult. inf. h. t.* agitur de exhibendo servo noxio, ut quæstio de eo habeatur, ad indicandos conscios suos, sic legendum in *l. ult. h. t.* Sed hic etiam forsitan servum noxium ducturus est, vel habiturus: maxime autem hæc actio vindicaturo datur; vindicaturus exhiberi desiderat, *l.* 3. §. *si ipse testator*, *inf. de lib. exhib. l.* 3. §. *est autem*, *hoc tit.* Adjicit eadem *l.* 3. in §. *si mecum. Cum neque vindicaturus, neque interdicturus sit*, utrubi scilicet: prior est exhibitio vindicatione, prior est exhibitio interdicto utrubi, et ait *l.* 2. *hoc tit.* exhibere est facere in publico potestatem, ut ei qui agit experiundi sit copia, id est, in propatulo habere, ut postea vindicatione experiri possit, propter quam actio ad exhibendum potissimum inducta est, et sicut interdictum de liberis exhibendis est interdictum præparatorium de liberis ducendis, *l.* 3. §. 1. *inf. de lib. exhib.* ita etiam hæc actio est præparatoria vindicationis. Et ideo actio ad exhibendum non est principale judicium, sed eam sequitur principale judicium, puta vindicatio, quæ ob id dicitur directum judicium, *l.* 3. §. *ibidem*, *l. si quis hominem h. t.* directum judicium, id est, principale, quod Rhetoribus εὐθυδικία: vindicat autem pronomine demonstrativo. *Uti oportebat*, *hanc ego rem meam esse ajo.* Actio ad exhibendum

prius petit præsentiam rei et rem designat, quot es fieri potest, nam ut ait l. 3. in principio, hoc tit. actor omnia nosse debet et dicere omnia argumenta rei, id est, notas: hanc actionem Plinius *lib.* 5. *Epist.* vocat *formulam ad exhibendum:* nam actio nihil est aliud quam formula. Græci uno verbo appellant, πραξιν: lex 1. ait, *Et maxime propter vindicationes inducta est:* hoc verbum in dubium vocatur: inducta scilicet legibus, an edictis, an auctoritate prudentum: nam etiam leges dicuntur inducere et prætores et prudentes, *l. Gallus, inf. de lib. et post.* et idem valet inducere quod introducere. Sed et prudentes introducebant, §. *optionis, Instit. de legat. l. et hæc distinctio, in pr. inf. loc.* itemque Prætores introducere dicuntur actiones, *l.* 43. *inf. ex quib. caus. maj.* §. *introduxit*, et §. *præterea Inst. quod cum eo:* ego vero existimo actionem hanc esse introductam legib. 12. tab. nam in *l. pen. h. t.* tribuitur hæc actio juri civili, quod est 12. tab. Et sane si vindicatio est ex 12. tab. quod verum est, consequens est, et actionem ad exhibendum, sine qua constitui non potest vindicatio, esse ex 12. tab. Etenim 12. tabulæ vetant solvi tignum injunctum ædibus, vetant agi ad exhibendum, *l.* 6. *h. t.* Igitur quatuor hæ actiones quæ hoc x. libro continentur, sunt omnes legitimæ, id est, ex 12. tab. Sed superiores tres sunt mixtæ, hæc autem est in personam, *l.* 3. §. *est autem, h. t.* est in personam τῇ δυνάμει, vi ipsa, in rem est scriptura, sive figura verborum. Ex actionibus quædam sunt in personam vi ipsa et ratione intentionis, quædam sunt in personam, in rem tamen scriptæ: et hæc actio ad exhibendum est in rem scripta: nam actor non intendit Titium exhibere oportere, non notat personam, et ob rem non datur semper hæc actio adversus eundem, et datur adversus quoslibet possessores, *l.* 4. *et* 5. *h. t.* sed scribitur generaliter de re exhibenda, et rem notat, non personam, qua de causa, et appellatio ejus quodammodo nova est, et singularis. Cur ad exhibendum appellatur? quia scribitur in rem, vi tamen ipsa est in personam. Præterea hæc actio est arbitraria, §. *præterea, Inst. de act. l* 3. §. *idem ibidem h. t.* superiores sunt bonæ fidei excepta fin. regund. et ideo in hac actione judex priusquam sententiam dicat, et condemnet reum, vel absolvat, jubet rem exhiberi, quod non est litem finire: et jussum illud appellatur arbitrium, et arbitratum, et preceptum, *l.* 7. *C. ad exhib.* Si ei arbitrio non pareatur, judex condemnat reum in id quod interest, *l. Jul.* §. *ult. inf. h. t.* in hac actione prima sententia definitiva fit condemnatio in id quod interest, et dicitur actio incerti, *l. pen. inf. depos.* quia incerta est æstimatio ejus quod interest, cum consistat in facto, non in jure: et quanti intersit actoris æstimatur actoris jurejurando in litem, adhibita taxatione judicis, ut ait *l.* 3. §. *præterea, h. t. l.* 2. *in actionib. l. pen. inf. de in lit. jur.* Diximus, hanc actionem vindicaturo dari, id nunc latius exponamus: multiplex est vindicatio, alia est rei sive proprietatis, alia ususfructus, alia pignoris, quæ dicitur hypothecaria, et propter has omnes vindicationes datur actio ad exhibendum: ideoque necesse non est, eum qui agit ad exhibendum, docere rem suam esse, cum et de re non sua exhibenda agere possit; quod declarat *l.* 3. §. 1. *h. t. et* §. *est autem*, in quo §. sunt notanda hæc verba. *Etiam pignoratitia Serviana*, dixit in *l.* 7. § *inter eos, sup. tit. prox. Pignoratitia in rem*, quod vix alibi reperietur: hoc loco dixit etiam nove, *pignoratitia Serviana*, id est, pignoratitia in rem introducta, ad differentiam pignoratitiæ in personam, de qua agitur *inf. de pign. act.* Et adjicit, *sive hypothecaria*: qua de causa sicut aliud est pignus, aliud hypotheca, ita est alia Serviana pignoratitia, alia Serviana hypothecaria: lex 4. §. *si quis autem, de doli except.* non videtur omnino dicere ἐκ παραλλήλου *Serviana, vel hypothecaria*: nam potest intelligi Serviana pignoratitia. Est et vindicatio servitutis prædiorum: sed propter hanc non est introducta actio ad exhibendum, quoniam servitutis nullum subest corpus quod exhiberi possit: est quidem inducta propter vindicationem ususfructus: aliæ servitutes prædiorum constant ex usu qui est individuus: est alia vindicatio possessionis, non per actionem, sed per interdictum uti possidetis, vel utrubi: nam is qui possidet non habet vindicationem rei nisi in causa servitutum, in qua possessori datur negatoria, sed habet interdictum quo possessionem suam esse dicit: interdictum uti possidetis, si res sit immobilis; interdictum utrubi, si sit mobilis, ut actio ad exhibendum non datur propter interdictum uti possidetis: quoniam est de rebus immobilibus, quæ se satis exhibent: sed datur propter interdictum utrubi, quod est de rebus mobilibus quæ occultari possunt: et ideo dum dicit in §. *sed et usumfr. et* §. *si mecum, cum neque interdicturus sit*, intelligit interdictum utrubi, quo vindicatur ei possessio mobilis, non interdicto de precario, ut interpretatur Accurs. hic etiam addendum est, hanc actionem dari legatario optaturo servum, ut si cui sit legata optio unius servi, is aget ad exhibendum cum hærede, ut sibi exhibeatur tota familia, ut unum possit eligere: sed mirum non est, si ei detur hæc actio optionis nomine, cum eum quem optaverit, vindicaturus sit: nam optio relinquitur per vindicationem, et statim vindicatio competit, *l.* 18. *in princ. sup. famil. ercisc. l.* 3. §. *item si optare, h. t.* Datur et hæc actio acturo

noxali judicio: forsitan ducturus est servum noxium jussu Prætoris, et accepturus in noxam: et ideo non male de eo exhibendo agit: imo recte agit de tota familia exhibenda, quod fiet si non possit destinare servum noxium, id est, designare, ut quia nomen ejus non tenet, vel quia eum non recognoscit: reminiscendo scilicet, quem absentem non recognoscimus, recognoscimus sæpe præsentem; ideoque si dicat se non posse servum recognoscere nisi ex præsentibus, jure desiderabit totam famil. exhiberi, et fiet recensio omnium servorum, sicut fit in optione servi et ob id optio servi est actus legitimus, *l. actus*, *inf. de reg. jur.* Illud certum est, hæredem agere ad exhibendum nomine tabularum instrumenti, quia vindicationem habent tabularum, *l. 3. inf. quemadm. test. aper.* extra hæredem ceteri non agunt de tab. exhibendis hac actione, quia scilicet nec vindicationem habent tabularum, nec interdictum utrubi, *l. 3.* §. *si quis extra*, *h. t.* Et ideo Prætor necesse habuit proponere ceteris interdictum de tabulis exhibendis, quia deficiebat hæc actio: et eodem modo hæc actio non datur de libero homine exhibendo, *l. si liber*, *inf. h. t.* quia vindicatio liberi hominis non est: hæc actio vindicaturis datur, vel interdicturis; et his quorum pecuniariter interest, id est, propter rem suam familiarem: pecuniariter mea non interest liberum hominem exhiberi, quia non ideo minuitur res mea familiaris, si non exhibeatur; sed ad publicam tutelam pertinet solvi liberum hominem, qui invitus retinetur: et ideo patet omnibus interdictum de libero homine exhibendo tuendæ libertatis causa actionis ad exhibendum natura id non patitur: quæ eo nomine est inutilis, qua de causa necesse fuit Prætorem componere interdictum de libero homine exhibendo. Interdum fieri potest, ut de libero homine exhibendo hac actione agatur, ut si dicatur esse servus, et aliquis velit eum vindicare in libertatem, is prius aget hac actione, *l. de eo in princ. inf. eod.* quæ est concilianda cum *d. l. si liber*, in qua pro certo erat liber, et ideo cessat hæc actio, et competit interdictum de libero homine exhibendo: in *d. l. de eo*, fiebat controversia status, et ideo in ea specie cessat interdictum de libero homine exhibendo, et est agenda causa libertatis *l. 3.* §. *plane si*, *inf. de lib. hom. exhib.* competit tamen actio ad exhibendum quasi vindicaturo, et hic est aliud genus vindicationis libertatis: adserturo hominem in libertatem datur hæc actio: eodem modo hæc actio non datur exhibendis liberis vel exhibenda uxore quia et vindicatio non est: et ob id introducta sunt interdicta de liberis exhibendis et de uxore: hæc enim actio cessabat: ut autem diximus de libero homine, fieri potest ut de liberis nostris agamus hac actione: ut si filii nostri esse negentur, quo casu vindicatio competit, non quidem simplex, sed cum causa ex jure *Quiritium*, id est, non vindicas recte actione in rem si dicas, *hunc hominem meum esse ajo*: debes dicere jure *Quiritium*, *l. 1.* §. *per hanc*, *sup. de rei vindic.* ex his intelligimus quib. detur hæc actio, et propter quod introducta sit.

Ad §. 9. *Sciendum L. III.*

§. 9. *Sciendum est autem non solum eis, quos diximus, competere ad exhibendum actionem, verum ei quoque cujus interest exhiberi: judex igitur summatim debebit cognoscere an ejus intersit: non, an ejus res sit, et jubere vel exhiberi, vel non, quia nihil interest.*

Adjicitur in §. *sciendum*, hanc actionem non tantum illis dari quos diximus, sed et omnibus quorum interest. Ponatur exemplum ex *l. ult. inf. eod.* quæ dicit eum recte agere ad exhibendum cujus interest servum subjici quæstioni, qui sibi noxam attulit, ad indicandos conscios suos. Igitur aget ad exhibendum, quod sua intersit, quæstione habita de servo noxio indicare conscios suos: non ponatur sic exemplum de interdicto utrubi, cum jam satis dictum sit in §. *sed et usumfr.* neque, quod metus causa, ne explicetur etiam sententia hujus §. latius quam oporteat, quia non quacunque ex causa interest, hæc actio datur, *l. pen. inf h. t.* an agam hac actione desiderans mihi exhiberi rationes adversarii mei, quod magni intersit mea eas inspicere? an agam adversus studiosum aliquem aut bibliopolam, ut mihi exhibeat certos libros, quod mea intersit eos perlegere? minime: hæc actio non datur nisi quando sequitur alia: si adversarius tibi exhibuerit suas rationes, nec ulla tamen actione cum eo postea acturus sis, frustra id postulas: nec moveri debemus, quod l. pen. dicat, hanc actionem dari omnibus: quorum interest, quia non oportet jus civile calumniari, neque verba captari, id est, σοφίζεσθαι, lex autem ait, de eo quod interest pecuniariter, *l. si liber*, *inf. eod.* id est, de eo quod interest ratione familiæ nostræ, non si quid aliter intersit. Igitur hæc actio non datur nisi intersit ob causam futuræ actionis, est enim præparatoria: non est autem præparatoria sine aliqua re principali quæ sequatur, quæve existat. Est etiam aliud exemplum in §. *si mecum*, *l. 3. h. t.* Tu agis mecum ad exhibendum quasi cum fure, vel quasi cum raptore, et ego nunc non possideo rem furtivam, vel vi ereptam, quia transtuli possessionem in alium, vel mecum agis quod possederim rem tuam qualibet alia ratione, et dolo desierim possidere: recte agis: quia hoc est perpetuum in jure nostro, eum qui dolo desiit possidere, pro possessore haberi. Regula

est, ad exhibendum teneri possessorem, non eum qui desiit possidere: recte, si dolo non desierit possidere: nam si dolo desierit possidere actionis frustrandæ causa, videtur adhuc possidere: ergo tu mecum recte agis ad exhibendum qui rem non possideo: an etiam ego agam ad exhibendum cum eo qui rem possidet, et dicam mea interesse ut exhibeat? hæc causa non est idonea, non agam ad exhibendum, quod mecum eadem actione agatur: nam si egero et res exhibeatur, an sum vindicaturus, an acturus noxali judicio? minime. Et in summa, hæc actio non datur nisi propter futuram actionem, §. *si mecum l. 3. h. t.* Valde etiam notandum est, ex eo §. *si mecum*, quod ait, eum cui tenetur ad exhibendum teneri ad restituendum, cum tamen hæc verba sint admodum diversa: minus est exhibere quam restituere. Exhibere est tantum facere copiam in publico. Restituere multa continet: nam qui restituere tenetur possessionem, restituere tenetur fructus et partus, et omnem causam, quæ fuit litis contestatæ tempore *l. plus, de verb. sign.* Quid est ergo quod ait, actionem ad exhibendum esse actionem ad restituendum? Dico actionem ad exhibendum effectu esse ad restituendum, non scriptura quoniam scriptura de exhibendo concipitur, *l. Julianus* §. *quantum, h. t.* cui necessario adjungi solet hic §. *si mecum*. Dicitur in §. *quantum, exhibendi* verbum ita accipi, ut reus præstet omnem causam in qua fuit tempore litis contestatæ, ut præstet fructus, quamvis sit de exhibendo, non de restituendo, secundum scripturam scilicet: nam vim restitutionis habent: quæcunque veniunt in actionem restitutoriam, et in hanc veniunt. Exhibere hic accipitur latissime et restituere. Hæc actio effectu est in personam, scriptura in rem, quia totum descendit ex lege, quæ hanc actionem introduxit: lex voluit omnem causam præstari, licet usa sit verbo exhibendi, lex in rem fuit scripta, non in personam: lex est in rem scripta, ergo et actio: ut leges scribuntur, ita et actiones et edicta, *l. ædiles* §. *vendendi*, *inf. de ædil. ed.* Edictum quod metus causa scribitur in rem hoc modo. *Quod metus causa gestum erit, ratum non haberi.* Eodem etiam modo actio concipitur, si dicam per metum rem mihi ablatam fuisse, nec notatur etiam persona: nam datur etiam in eum qui metum non intulit, dummodo possideat rem ab aliquo mihi metu extortam, *l.* 9. §. *ult. sup. de eo quod met.* Sed redeamus ad id quod diximus, actionem dari tantum ei cujus interest ob causam futuræ actionis: §. *sciendum* ait, ejus rei disquisitionem pertinere ad judicem, ut videat an intersit ex ea causa: nam qualibet ex causa intersit, non est actio danda: non disquirit judex an res sit actoris, sed disquirit an intersit, et cur intersit, et de ea re cognoscit summatim. Quinimo tota hæc actio peragitur summatim, quia viam præparat ad aliam actionem, §. *ibidem*, *l. 3. h. t.* ubi ostenditur, judicem cognoscere summatim de exceptionib. quæ opponuntur actioni ad exhibendum, et si sint evidentes, et quæ perimant omnimodo, id est, præcise eas excuti oportet, veluti exceptionem doli mali, rei judicatæ, pacti conventi, et exceptionem jurisjurandi: sed si sint obscuriores, et quæ altiorem quæstionem habent veluti procuratoriæ, quæ dicuntur esse de apicibus juris *l. si fidejussor* §. *quidam, sup. mand.* id est, de subtilitate juris, eas judex ad exhibendum excutere non debet, sed differre in principale judicium. Accurs. in §. *sciendum*, alia proponit exempla summariæ cognitionis, quæ glossa est celeberrima: et ea exempla probo, exceptis duobus: primum eo, quod sumit ex *l.* 1. *inf. de appell. recip.* excepto etiam eo quod sumit ex *l. in lege Aquilia, sup. ad l. Aquil.* nam in ea l. non loquitur de summaria cognitione, sed de re judici exposita summatim, et quasi per indicem, ut quandoque causæ agebantur per indicem, non diligentissime: et loquitur de probatione artificiali, id est, de argumentis quibus judex adducitur ad suspicionem. Species hæc est: quidam delevit chirographum in quo erat mihi pecunia debita sub conditione, non videtur mihi damnum dedisse, quia conditio nondum exstitit: sunt quidam testes quibus probare possim mihi deberi eam pecuniam sub conditione, qui tamen futuri non sunt tempore existentis conditionis: ergo tum amisero debitum, quia neque probavero chirographo, neque testibus, sed judici rem exponam summatim, eumque adducam ad suspicionem, id est, probabo illi argumentis vix testes futuros superstites conditionis existentis tempore, et ideo mea interesse, ut nunc audiantur, atque ita recte agam et vincam et mihi condemnabitur qui delevit chirographum: sed non fiet exactio antequam conditio extiterit. Græci recte in ea lege tractant de argumentis, quæ vocant τεκμήρια, non de summariis cognitionibus: pro *summatim* Justin. dicit in *Nov.* 53. παχυμερῶς translatione sumpta a rationum supputatione.

Ad §. 10. *Plus dicit*, §. 11. *si mecum*, §. 12. *Pomponius*, *et* §. 13. *Ibidem*.

§. 10 *Plus dicit Julianus, etsi vindicationem non habeam: interim posse me agere ad exhibendum, quia mea interest exhiberi, ut puta si mihi servus legatus sit, quem Titius optasset: agam enim ad exhibendum, quia mea interest exhiberi ut Titius optet, et sic vindicem: quamvis exhibitum ego optare non possim.*

§. 11. *Si mecum fuerit actum ad exhibendum: ego ob hoc quod conventus sum ad exhibendum*

actione, agere ad exhibendum non possum: quamvis videatur interesse mea ob hoc quod teneor ad restituendum : sed hoc non sufficit : alioquin et qui dolo facit, quo minus possideret, poterit ad exhibendum agere, cum neque vindicaturus, neque interdicturus sit: et fur, vel raptor poterit, quod nequaquam verum est. Eleganter igitur definit Neratius, judicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an justam, et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhiberi sibi desiderat.

§. 12. *Pomponius scribit, ejusdem hominis nomine recte plures ad exhibendum agere posse : forte si homo primi sit, secundi in eo ususfructus sit, tertius possessionem suam contendat, quartus pignoratum sibi eum adfirmet : omnibus igitur ad exhibendum actio competit : quia domini interest exhiberi hominem.*

§. 13. *Ibidem subjungit, judicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones æstimare, quas possessor objicit : et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi : si obscurior, vel quæ habeat altiorem quæstionem differendam in directum judicium re exhiberi jussa : de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione judicat : veluti pacti conventi, doli mali, jurisjurandi, rei quæ judicata est.*

In hoc §. adjicitur hanc actionem dari etiam ei qui rem exhibitam statim vindicaturus non est, si modo postea sive vindicaturus. Species : legatus est mihi servus quem optaret Titius : agam ad exhibendum, licet ex familia omni exhibita ego non possim statim mihi unum vindicare : nam optare prius Titium oportebat : nihilominus mihi dabitur actio ad exhibendum cum mea intersit ob futuram vindicationem post optionem Titii : ait : *Etiamsi vindicationem non habeam :* dicit *non*, pro *nondum*. In §. *Pomponius* traditur, hanc actionem dari posse pluribus, etiamsi eorum non intersit ex simili causa, sed ex diversis, ut dabitur vindicaturo proprietatem, vindicaturo usumfructum, et vindicaturo pignus, et vindicaturo possessionem interdicto utrubi ; nam §. *Pomponius* loquitur de eo qui suam possessionem esse contendit, quia non contenditur nisi interdicto uti possidetis : hæc actio est inanis, quoniam interdictum uti possidetis est de immobilibus, hæc actio est de mobilibus : ergo interdicto utrubi.

Ad §. 14. *Interdum*, *et* §. 15. *Sciendum*

§. 14. *Interdum æquitas exhibitionis efficit, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur, ut Julianus tractat. Servus (inquit) uxoris meæ rationes meas conscripsit : hæ rationes a te possidentur, desidero eas exhiberi : ait Julianus, si quidem mea charta scriptæ sint, locum esse huic actioni : quia et vindicare eas possum, nam, cum charta mea sit, et quod scriptum est, meum est : sed si charta mea non fuit, quia vindicare non possum, nec ad exhibendum experiri : in factum igitur mihi actionem competere.*

§. 15. *Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum : non solum cum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet.*

In hoc §. ostenditur, æquitatem interdicti efficere ut etiamsi cesset actio ad exhibendum, detur actio in factum exhibitionis causa, quæ verba usurpant Impp. *in l. sed. C. eod.* Exemplum tale proponitur. Servus uxoris meæ rationes meas conscripsit, et possidentur a te : distinguit : aut eas conscripsit in charta mea, aut in aliena : si in charta mea, agam ad exhibendum, quia eam vindicare possum : sed si scripsit in aliena, et tu eam possideas, non agam ad exibendum, quia vindicaturus non sum, sed agam actione in factum, id est, introducetur officio Prætoris actio utilis accomodata legibus, quæ actionem ad exhibendum introduxerunt. Prætoris officium est introducere utiles actiones, *l. 43. sup. ex quib. caus. maj.* et accomodare eas ad leges in casibus similibus, *l. quoties, inf. de præscr. verb.* Et hic est casus non dissimilis : nam ea quæ litteris continentur, ad me pertinent : charta mea non est, meæ litteræ cesserunt chartæ, §. *litteræ, Instit. de rer. divis.* tamen quia rationes quodammodo sunt meæ, æquum est mihi chartam exhiberi, et ideo dabitur utilis actio ad exhibendum, æquitatis ratione. Huic actioni etiam est locus in specie *d. l.* 7. Quidam rem meam mihi exhibuit deteriorem, puta servum debilitatum, vel luscum, vel etiam reddidit rem corruptam, aut transfiguratam, sine dolo malo : ejus corruptione et transfiguratione mutatur forma rei, deterioratione non mutatur : qui deteriorem facit, non corrumpit : ergo si sit integra forma rei, quam exhibuit, licet sit deterior, non tenetur ad exhibendum, sed actione in factum, quod non videatur exhibuisse. Si mutata sit forma rei, dummodo id acciderit sine ejus dolo malo, tenetur actione in factum, quia quodammodo non exhibuit : secus si dolo malo ejus res sit mutata : tunc enim videtur dolo desiisse eam possidere, et tenetur ad exhibendum, *l. Julianus* §. *si quis rem, eod.* ut si quis dolo malo ex vase meo massam fecerit, licet massam exhibeat, tenetur tamen ad exhibendum : nam qui mutat formam, prope tollit substantiam rei : forma est vis effectrix : materia ibi appellatur substantia,

ut in *l. venditionib. inf. de controv. empt. l. qui tabulas, inf. ad leg. Aquil.* is qui delevit tabulas ita ut legi non possint, corrupisse videtur: ergo mutasse formam, *l. mulieris, inf. de verb. signif.* et tenetur ad exhibendum quasi possessor: sed si dolus non sit, tenetur tantum actione in factum, quæ est subsidio huic actioni, *d. l. 7. l. Julianus §. Marcellus, l. in rem §. item quæcunque, sup. de rei vindic.* duo loci hic proponuntur: unus ex *l. Julianus §. si tibi decem, h. t.* cujus hæc est species. Decem tibi legata sunt sub conditione, et ejusdem summæ ususfructus mihi legatus est pure: constat hodie ex Senatusconsulto omnium rerum usumfructum legari posse, etiam earum quæ non sunt in usu, id est, quæ utendo consumuntur, velut pecuniæ, vini, olei, *l. 1. sup. de usuf. ear. rer. l. usufr. inf. ad leg. Falcid.* Recte ergo proponimus legatum usumfructum pecuniæ mihi pure, tibi autem x. legata sub conditione non detracto usufructu: ergo existente conditione, inter nos communicabitur ususfructus hujus pecuniæ, et quinque mihi, quinque tibi numerabuntur, *l. 6. sup. de usuf. ear. rer.* nam sicut si uni legetur fundus, alteri ejusdem fundi ususfructus, concurrunt in usumfructum, ita est de pecunia: at pendente conditione legati tibi relicti, tibi non est concursus: et ideo ususfructus meus est, existente autem conditione, communicari debet. Finge: hæres pendente conditione legati tui mihi solvit x. et non exegit cautionem de restituenda parte dimidia si conditio tui legati exsteret, deinde extitit conditio, quid fiet? Finge enim pecuniam mihi solutam non extare, ut vindicari possit, qua ratione tibi consuletur, ut ejus pecuniæ partem feras? lex ita distinguit: aut hæres omisit cautionem, aut non: si dolo malo omisit, tenetur ad exhibendum, quasi dolo desierit possidere, quia non debuit usufructuario repræsentare integra x. sine cautione: tenetur etiam vulgari stipulatione legatorum si fuerit interposita: si non fuerit interposita, etiam est condictio incerti, *l. 1. inf. ut leg. no. cav.* sed si hæres dolo caret, id est, si ignarus tui legati mihi solvit integra x. non exacta cautione, non tenetur ad exhibendum fructuarius: non teneor etiam ad exhibendum, quia non extat pecunia, ut vindicari possit: tenebor tamen Prætoria in factum actione, ut tibi partem ejusdem quantitatis conferam, ne ex jactura tua lucrum acquiram. Male Accurs. *§. Marcellus* accipit de nummis aureis vel argenteis quibus veteres pro gemmis uti solebant, *l. numismatum, sup. de usufr.* Cum eadem ratio sit in pecunia numerata post Senatuscons. quo effectum est, ut omnium rerum ususfructus constitueretur. Alter casus est in *l. rem §. item quæcumque, sup. de rei vindic.* Statuitur differentia inter ferruminationem et plumbaturam. Ferruminatio confusionem facit ex eadem materia, idest, aurum auro adglutinat, adhibito auro vel χρυσοκόλλα. Plumbatura fit ex plumbo, ut cum aurum auro adglutinatur adhibito plumbo: si exempli gratia meæ statuæ brachium tuæ statuæ coadunavero per ferruminationem, neque brachium vindicare potes quia tuum esse desiit, et meum factum est accessionis jure: neque agere potes ad exhibendum, quia etsi inde abrumpatur brachium non redit in tuum dominium. Frustra ergo ageres ad exhibendum, sed est in factum actio in id quod interest: alia est ratio plumbaturæ; nam si per plumbaturam meæ statuæ brachium tuæ junxero, vel etiam si scypho meo adplumbavero ansam tuam, vel phialæ emblemata, aut crustas non erit statim vindicationi locus, sed agere potes ad exhibendum ut separentur, et deinde separata vindicabis. Idemque erit, si vehiculo meo aptavero rotam tuam, si armario, vel navi tabulam tuam, si mensæ pedem, vel lecto fulcrum, vel candelabro sigillum, vel annulo gemmam tuam vel etiam si purpuram tuam meo vestimento subsuero: nam rem tuam quæ rei meæ accessit, non potes statim vindicare, *l. 6. et 7. §. 1. inf. eod.* Igitur hæc omnia quamdiu cohærent, non potes vindicare, quia mea sunt accessionis jure, separata vindicare potes, quia videntur rediisse in tuum dominium: ut autem separentur impetrabis actione ad exhibendum: nam hæc separari facile possunt: quæ ferrumine injuncta sunt separari non possunt: ferruminatio unitatem facit, plumbatura cohærentiam. Igitur cum scypho ansam alienam ferrumine coadunavi, non est actio ad exhibendum, ut ansa separetur, quia nec potes, sed est actio in factum prætoria. Igitur in casu plumbaturæ, locus est actioni ad exhibendum. In casu ferruminationis locus est actioni in factum. Diversa sunt corpora quæ ex distantibus corporibus constant, ut chorus servorum, ut grex, armentum: si tuo choro admistus sit meus servus, vel tuo gregi mea ovis, ego statim recte vindicabo meum servum ex tuo choro, vel meam ovem ex tuo grege: tu quoque recte vindicas gregem, etiamsi quædam pecus sit mea: recte etiam vindicas chorum, etiamsi servus quidam sit meus: nam aliud est vindicare gregem aliud vindicare singula capita, quia singulæ partes gregis retinent propriam speciem et ut ait Boetius 1. Arithmetices, *gregis essentia est determinata partibus.* Superiora corpora veluti statua, scyphus, mensa, armarium, non constant ex distantibus corporibus, sed ex contingentibus, et vocantur συνημμένα, *l. rerum, ff. de usurp. et usuc.* et cohærentia in *d. §. item quæcunque.* Et quamvis prope uno spiritu contineri dicantur corpora singula unitate naturali juncta, quæ vocantur ἡνωμένα, *d. l. rerum*, veluti homo, lapis,

tignum: alia sunt constantia ex distantibus, ut populus, legio, grex: alia ex cohærentibus, ut statua navis, armarium, alia unita ut corpora singula mundi hujus quæ vocant proprias magnitudines. Et hæc corpora quæ dicimus ἡνωμένα proprie dicuntur contineri uno spiritu: cohærentia tamen dicuntur contineri uno spiritu, *d.* §. *item quæcunque* quod Jureconsultus sumit a Stoicis: hi dicebant rei cujusque vim continuatricem esse spiritum: Alexander Aphrodiseus in lib. περὶ μίξεως *Chrysippus*, inquit, *docet contineri rem omnem spiritu quodam per eam undique confuso:* et sic statua tota continetur uno spiritu: idemque illi philosophi censuerunt de universo; nunc videamus quid Jurisconsulti ex Stoicis sumpserunt. Primum materiam esse substantiam: *quod est in utero non esse animal*, *futura nec vera esse, nec falsa*, quid sit lex, quid justitia, quid acervus sive sorites, quid ἄπορος λόγος, quæ orationes disjunctivæ, quæ subjunctivæ: et tria corpora de quibus diximus quæ proponuntur in *d. l. rerum.*

Finis hujus legis 3. docet, adversus quos detur hæc actio: atque hactenus demonstratum est quibus competeret vel ipsa actio ad exhibendum civilis, vel Prætoria in factum: nunc docet eam competere adversus possessorem quemlibet, quia scribitur in rem, id est generaliter, nec notat certam personam: mutato possessore, etiam mutatur actio, id est, in alium transfertur. Datur ergo adversus possessorem, et adversus omnem, id est, eum qui civiliter aut naturaliter possidet, quod etiam obtinet in rei vindicatione, *l. officium*, *sup. de rei vind.* ideoque hæc actio ad exhibendum datur etiam adversus creditorem, qui rei pignora accepit, qui non possidet jure dominii, sed pignoris: si possideret civiliter, usucaperet: quod ostenditur in *l. pignori*, *inf. de usurp. et usucap. l. si servus*, *depos.* §. 1. *de noxal. act. l. quæcunque*, *sup. de Public.* et ideo male hic Accurs. dicit, eum possidere civiliter, nec probat illud *l. servi :* quinimo, §. *ult. l.* 3. *h. t.* docet eum possidere naturaliter: nam cum dixisset, actionem hanc dari etiam in eum qui naturaliter possidet, subjicit exemplum: *Denique*, id est, proinde eadem ratione hac actione tenetur depositarius, commodatarius, et conductor, *l.* 4. *inf. eod.* quia hi naturaliter possident, *l.* 7. §. *neque*, *sup. commun. divid.* et ut intelligamus qui possideant civiliter, et qui naturaliter, definiendum est, quid sit possessio civilis, et quid naturalis possessio: naturalis est, quæ actu et corpore consistit non jure, et animo domini, sed alio quodam jure, non jure affectioneque domini, quæ et corporalis dicitur: fructuarius possidet naturaliter, quia non ut dominus possidet: creditor naturaliter possidet, nempe jure pignoris. Possessio autem civilis est, quæ etiam jure et affectione domini consistit: nam civilis possessio exigit etiam factum, id est, usum rei, nec acquiritur sine facto, sine apprehensione, retinetur tamen solo animo, sicut etiam naturalis, etiamsi perpetuo rei non incumbas; satis est si apprehendas initio rem vel quasi dominus: possessio igitur civilis præter factum exigit animum affectionemque domini: dominus possidet rem suam civiliter: sic etiam bonæ fidei possessor, licet non sit dominus, et quicunque rem quam possidet, suam esse contendit: et hæc possessio civilis parit usucapionem: qui possidet naturaliter, nunquam usucapit: et hinc intelligitur quod dicitur in *l.* 7. §. 1. *inf. eod.* eum qui rotam alienam suo vehiculo aptavit, teneri ad exhibendum, ut rotam excludat a vehiculo, quamvis, inquit, civiliter non possideat: nam hæc actio datur etiam adversus eos, qui non possident civiliter, sed naturaliter: imo etiam adversus eos qui nullo modo possident, dummodo habeant facultatem rei exhibendæ. In illo autem exemplo, si rotam tuam meo vehiculo aptavero, eam non possideo civiliter, sed vehiculum tantum, sicut si ex tuis cæmentis in solo meo ædificavero, non possideo cæmenta civiliter, possideo naturaliter: universas ædes possideo civiliter, ea propter cæmenta non usucapio; et si forte diruatur ædificium, domino cæmentorum competit vindicatio, quia qui possidet ædes, non possidet cæmenta, *l. eum qui*, *inf. de usurp. et usucap.* sed etiam is qui non possidet civiliter, hac actione tenetur, si vel possideat naturaliter, vel rei exhibendæ facultatem habeat, licet nullo modo possideat, ut ponitur exemplum in horreario, *l.* 5. *h. t.* Horrearius est is qui locat horrea sua, vel ea quæ ipse conduxit, *l. cum in plures* §. *ult.* quem §. male Acc. explicat: hæc est species: horrearius conduxit tota horrea a domino. Deinde ea locavit conductoribus quibusdam, qui in ea intulerunt res suas custodiendas: ipse horrearius debet præstare rerum costodiam suis conductoribus: horreario locator earum rerum custodiam non debet præstare, quoniam ipse non accepit custodiendas: in specie *l.* 5. proponitur hæc species: quidam conduxit merces vehendas certa mercede, deinde eas merces posuit in horreo conductitio custodiæ causa: dominus mercium cum eo qui conduxit merces vehendas, vel cum hærede ejus aget ad exhibendum, quia eas merces possidet, et quidem naturaliter, videlicet quasi creditor pignoris jure: nam merces sunt tacite pignoratæ pro vectura, *l. hujus*, *inf. qui potior. in pign.* merito ergo tenetur ad exhibendum: sed quid si mortuus sit nullo hærede relicto, quid si a nullo possideantur merces, cum quo agetur ad exhibendum? cum horreario, qui ei locaverat horrei partem, quia verum est eum pos-

sidere: sed mutat sententiam dum ait, *aut certe*. Sententia hic est: horrearius non possidet merces, quia nec habet animum possidendi. Sed et si dixeris non possidere, tamen ille est qui exhibere potest, et tenetur igitur ad exhibendum.

Ad L. V.

Celsus scribit: si quis merces, quas vehendas conduxit, in horreo posuit, cum conductore ad exhibendum agi potest, item, si mortuo conductore, hæres existat, cum hærede agendum, sed si nemo hæres sit, cum horreario agendum: nam si a nullo (inquit) *possidentur, verum est, aut horrearium possidere, aut certe ille est, qui possit exhibere. Idem ait: quomodo autem possidet, qui vehendas conduxit? an quia pignus tenet? quæ species ostendit, etiam eos, qui facultatem exhibendi habent, ad exhibendum teneri.*

Duo colligenda sunt ex l. 5. unum, vectori merces quas constituit vehendas pro vectura tacite obligatas esse jure pignoris, et a vectore possideri naturaliter: atque eum teneri ad exhibendum: et ita accipienda est *l. hujus, in fine qui pot. in pig. hab.* ut scilicet vectori merces sint obligatæ tacito pignoris jure, et ut potior sit creditoribus ceteris etiam antiquioribus maxime cum in ea lege jungatur locator horrei, quem constat, merces in horreo illatas retinere, *l. 3. inf. in quibus caus. pig. vel hypot.* Igitur ut locatori horrei merces sunt tacite obligatæ, ita et vectori, et præferuntur ceteris creditoribus hypothecariis in eis mercibus persequendis. Solebant horrea locari mercium reponendarum causa, et ex eis non minus reditus ad dominum perveniebat, *l. si navis, sup. de rei vind. et l. 3. M. Tullius 9. Epist.* scribens ad Pœtum in Epistola quæ incipit, *dupliciter. Non jam ex areis tantum habemus*, idem alio in loco ait, *callidos rerum æstimatores prata magni æstimare* Ceterum notandum, merces alienas a vectore positas in horreo conducto, locatorem horrei nec possidere civiliter, neque naturaliter, teneri tamen ad exhibendum, quod etsi non possideat, exhibendarum tamen mercium facultatem habeat, ubi si dicas eas merces pignoris jure obligatas esse horreario pro mercede ex *d. l. 3.* dicam primum, eas merces alienas fuisse: rei autem alienæ nullum esse pignus, *l. 2. inf. de pig. act.* Res invectas in horreo si conductoris sint, esse pignori. Deinde dicam, invecta et illata a conductore non esse pignori, sed hypothecæ, quoniam non tradit in manum locatoris. Pignus quod traditione constituitur, possideri a creditore, hypothecam non possideri: ergo horrearius nec possidet merces civiliter nec naturaliter: tenetur tamen actione ad exhibendum, propterea quod exhibere eas potest.

Ad §. 1. Julianus, §. 2. Idem Julianus, §. 3. Item Celsus, §. 4. Sed et si ratis, §. 5. Sed et si, et §. 6. Item si quis.

§. 1. *Julianus autem ita scribit, ad exhibendum actione teneri eum, qui rerum, vel legatorum servandorum causa in possessione sit, sed et eum, qui ususfructus nomine rem teneat, quamvis nec hic utique possideat. Inde Julianus quærit, quatenus hoc oporteat exhibere: et ait, priorem quidem sic, ut actor possessionem habeat: is autem, cum quo agetur, rei servandæ causa sit in possessione: eum vero qui usumfructum habeat, sic ut actor rem possidaet: is, cum quo agetur, utatur fruatur.*

§. 2. *Idem Julianus scribit, emptorem, qui ruta cæsa non restituit, ad exhibendum teneri, in quantum in litem juravero: sed ibi adjicit, si emptor possideat, aut dolo fecit, quo minus possideat.*

§. 3. *Item Celsus scribit, stercus, quod in aream meam congessisti, per ad exhibendum actionem posse te consequi, ut tollas: sic tamen, ut totum tollas: ceterum alias non posse.*

§. 4. *Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius: posse eum conveniri ad exhibendum, Neratius scribit. Unde quærit Neratius, utrum de futuro dumtaxat damno, an et de præterito, domino agri cavendum sit: et ait, etiam de præterito caveri oportere.*

§. 5. *Sed, et si de ruina aliquid in tuam aream vel in tuas ædes deciderit: teneberis ad exhibendum, licet non possideas.*

§. 6. *Item, si quis facilitatem restituendi non habeat: licet possideat, tamen ad exhibendum non tenebitur, ut puta si in fuga servus sit: ad hoc plane solum tenebitur, ut caveat se exhibiturum, si in potestatem ejus pervenerit: sed et si non sit in fuga, permiseris autem ei ubi vellit, morari: idem erit dicendum: aut peregre a te missus sit, vel in prædiis tuis agat: ad hoc solum teneberis, ut caveas.*

Si horrearius tenetur ad exhibendum, multo magis is tenebitur qui in possess. missus erit custodiæ causa, quia is est in possessione. Horrearius autem neque possidet, neque est in possessione: *qui rerum*, inquit, *vel legatorum servandorum causa*: in usu est dicere *rei servandæ causa*, hoc loco dicit, rerum servandarum causa. Et res in hac for-

mula accipitur pro debito, id est, mutui servandi causa debiti servandi causa, *l.* 1. §. *nunc quærimus sup. quibus ex caus. in poss. ea crediti servandi causa.* His addendæ sunt aliæ similes missionum causæ, ut *judicati servandi causa, l.* 2. *et* 3. *qui pot. in pign. et dotis servandæ causa, l. officium, sup. de rei vind. l. pen.* §. *item danda, inf. de divers. et temp. et ventris nomine, vel damni infecti, l.* 7. §. *item si duo, sup. tit. prox. l.* 1. *sup. quibus ex caus. in poss. eatur.* Hi omnes non possident, sed sunt in possessione : et ita demonstratur *l.* 3. §. *ult. et l.* 10. *de acquir. possess. l. pen.* §. *creditores, inf. uti possid.* constat vero hos omnes teneri ad exhibendum, cum et hi, qui non sunt in possessione teneantur, si rei exhibendæ facultatem habeant. Additur fructuarium etiam, rei mobilis scilicet, teneri hac actione, quamvis non possideat : non possidet civiliter dominii jure : sed possidet naturaliter ususfructus jure. Possessio civilis est, quæ dominii jure possidetur : id probat *l.* 1. §. *quod autem, inf. quod legat. l. naturaliter, l. possessio, inf. de acq. possess.* Cic. pro Cœcinna, quod etiam in hac l. demonstratur verbo *teneat,* quod verbum est proprium naturalis possessionis, *l. Pomponius, sup. famil. ercisc. et in prin.* hujus leg. et in *d. l.* 1. §. quod ait *possidere,* est proprium civilis possessionis, habere utriusque commune. Pleraque sententiæ juris increbuere paulatim, *l. fideicommissa* §. *si quis rem suam, de legat.* 3. in eum qui possidet civiliter in rem actionem dari, vel ad exhibendum. Idem fuit admissum in eum qui possideret naturaliter : tum idem in eum qui esset in possessione: tum idem etiam in eum, qui neque possideret, nec esset in possessione, si modo haberet facultatem exhibendi. Unde quæritur in §. *idem Julianus* quatenus eos qui non possident civiliter, exhibere oporteat, et ait missum in possessionem exhibere, salvo pignore prætorio: et si conveniatur ad exhibendum, non id agitur ut pignus exsolvatur, sed ut rem exhibeat: ergo dicam creditorem exhibere salvo pignore convento, fructuarium exhibere rem salvo usufructu suo. Ceteri autem quos dictum est teneri hac actione, nihil sibi retinent. Ostenditur in §. *idem Julianus* emptorem ædium, qui dolo desiit possidere, ruta cæsa, quæ quidem in venditione ædium, vel fundi semper excepta esse intelliguntur, et ea si emptor possidebat, vel dolo fecerit quo minus possideat, eum lex ait teneri ad exhibendum, *l. fundi* §. *si mea, de actio. empt.* et si non restituat, eum damnari quantum in litem juratum fuerit, *l.* 3. §. *præterea, sup.* Est hic alius locus : *qui ruta cæsa non restituat* : quo probatur hanc actionem vi ipsa esse de restituendo, quod minus est quam restituere, *l.* 5. §. *si mecum, sup. l. Julianus,* §. *quanti, inf. hoc t.* Dices : in emptorem, qui ruta cæsa possidet, vel consumpsit dolo malo, esse actionem ex vendito, sed dicam, et nihilominus esse actionem ad exhibendum, *l. sed et ad exhib. inf. de contrah. empt.* Ruta cæsa sunt quæ neque sunt ædium neque fundi : et vere si quis ita scribat, ut est in *l. in vendendo* §. *ult. inf. de contr. empt. Ruta cæsa ædium fundive non sunt,* nisi adscriptum est: nam ruta cæsa ea sunt quæ neque ædium, neque fundi sunt, est παραλληλισμός. Nam definitio rutorum cæsorum hæc est, quæ ædium non sunt, neque fundi, et in *l. in rutis, inf. de verb. signif.* ait, *in rutis et cæsis ea sunt quæ terra non tenentur.* Hoc refertur ad fundum : nam et contra fundi esse dicitur, quod terra se tenet, *l. fundi, in pr. inf. de act. emp.* Sequitur : *quæque ope structili tectoriove non continentur.* Hoc refertur ad ædes : nam quæ pro tectorio includuntur, ædium sunt, *d. l. fundi* §. *quæ tabulæ* : rutis cæsis opponi solent juncta, fixa, *l. si venditor* §. *ult. inf. de act. emp.* secundum vulgarem scripturam, quæ est melior Florentina. Opponuntur etiam inædificata, et inmolita. Livius lib. 39. interpretatur Mæniana : ego interpretor moles in fluvium publicum jactas, ut in *l.* 2. §. *adversus, ne quid in loco pub.* id est, quæ inædificatur, vel quæ immolitur. Sequitur in hac l. qui etiam non possident, et tamen tenentur actione ad exhibendum, quia habent facultatem exhibendi : ut si ego fimum in tuam aream conjecero, et non patiaris me eum tollere, est mihi actio ad exhibendum, sed non aliter quam ut totum tollam : aliter summovebis me, et repelles jure, *l. emptor* §. *ult. l. hoc amplius* §. *Alphenus, inf. de ædil. edic.* quinimo competit tibi interdictum, ut ego tollam, *l.* 7. §. *si quis acervum, inf. quod vi aut clam* : eodem modo si ratis mea vi fluminis delata sit in tuum fundum, competit mihi actio ad exhibendum, quia cum sit in tuo fundo facultatem habes exhibendi : quod tradit ex Neratio : et Neratii locus est in *l. ratis inf. de incend. et rui.* In *l. ne quid, D. de incend. ru. et naufr.* fixa quæ dicuntur et infixa et adfixa, illo loco dicuntur non male, *inficta* : vide observat. lib. IX nam et Varro dixit fictus pro fixo : ille autem locus Neratii refertur iisdem verbis in *l. hoc amplius* §. *Neratius, de dam. infect.* Sed rate mea delata in tuum fundum, non ante dabitur mihi potestas ejus auferendæ, quam tibi cavero de damno tam præterito quam futuro, id est, tam facto jam quam infecto, si quid scilicet ratis damni attulerit tuo fundo, vel si quid damni factura sit, debeo tibi cavere de omni damno, et tunc ratem tollere : ac similiter si ex ruina tuarum ædium in meam aream quædam deciderint, est tibi actio ad exhibendum, ut tibi ea tollere li-

ceat. *l. Jul.* §. *glans*, *inf. eod.* sed hoc casu tibi debeo cavere de damno tam præterito quam futuro, *l. Prætor*, §. *ult. inf. de dam. inf.* Postremo ostenditur, interdum eum qui possidet non teneri hac actione, si modo rei exhibendæ facultatem non habeat. Igitur non est quærendum an possideat, sed an habeat facultatem exhibendi, ut si servus sit in fuga quem possidebam: nam et eum nunc possideo servi fugitivi possessionem retineo animo: deinde si ab alio possideatur, aut se gerat pro libero, quibus modis possessionem amitto, *l.* 1. §. *per servum qui in fuga, inf. de acq. poss.* ejus exhibendi facultatem non habeo, quia retinetur possessio solo animo: non acquiritur solo animo. Ergo hac actione non tenebor, sed cavere debeo de eo exhibendo si in potestatem meam redierit. Idem erit si servo permisero morari ubi velit, vel si servum peregre misero, vel si degat in agro meo non circa me: nam his omnibus casibus sufficit cautio de exhibendo, *l. si vero inf. de rei vind.* Quæritur an idem non sit in actione, depositi, *l. si suæ, inf. depos.* Si sine dolo malo depositarius desierit possidere, non tenetur depositi: sed an debet cavere? minime. Cur superioribus tantum casibus exigimus cautionem ne scilicet depositarius pro beneficio habeat onus cautionis. Eodem modo, depositarius dolum tantum præstat, hi de quibus diximus supra etiam culpam præstant, et melior est actio depositi quam sit actio in rem.

Ad L. VI. et VII.

L. VI. *Gemma inclusa auro alieno, vel sigillum candelabro, vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest. Aliter atque in tigno juncto ædibus, de quo nec ad exhibendum agi potest; quia lex duodecim tabularum solvi vetabat, sed actione de tigno juncto ex eadem in duplum agitur.*

L. VII. *Tigni appellatione omnem materiam in l. 12. tab. accipimus, ut quibusdam recte videtur.*

§. 1. *Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit: quamvis tunc civiliter non possideas.*

§. 2. *Idem, et si armario, vel navi tabulam meam, vel ansam scypho junxeris, vel emblemata phialæ, vel purpuram vestimento intexueris, aut brachium statuæ coadunaveris.*

In hac lege 6. et in l. 7. enumerantur alii quidam, qui etsi non possideant civiliter, tamen tenentur hac actione, enumerantur quædam quæ alienæ rei jure accessionis cedunt, veluti gemma auro, sigillum candelabro, etc. et quamvis statim vindicari non possint, nec possideantur civiliter, tamen ad exhibendum agi potest, ut separentur, et sic vindicentur, et de his omnibus dixi in *l.* 3 §. *interdum sup. hoc t.* Verum in hac l. 6. ostenditur præterea ab eis omnibus diversam esse causam tigni alieni juncti ædibus aut vineæ, quia lex 12. tabul. separari vetat: nota est lex 12. tab. quam retulit Festus his verbis: *Tignum injunctum ædibus vineæque, et concaput ne solvito.* Ait lex tignum, quam vocem porrigendam esse longius vel lex ipsa demonstrat, quæ sub ea appellatione comprehendit ea, quæ vineis junguntur, veluti palos, perticas, pedamenta: propriè tigna sunt in contignationibus, *l. malum* §. 1. *de verbor. signif.* At in l. 12. tabul. quam tractamus, tigna accipiuntur latissime pro omni materia lignea, ex qua ædificia construuntur, veluti tignis, trabibus, testis. Sed et jurisconsulti quidam tigni significationem auxerunt, usque adeo ut porrexerint eam ad tegulam, et arenam, et lapidem, et testam, *l.* 1. *inf. de tigno juncto*, vulgo cæmenta Testa est lapis coctilis quasi tosta, Græci ὄστρακον, neque inscite porrexerunt ad tegulam, cum tigna, a tegendo dicantur, et horum interpretatio recepta est, ut tignum in hac lege sit omnis materia sive lignea, sive non lignea, ex qua ædificium constat. Quod autem est in ea lege, *et concaput*, id non caret mendo, quia lex 12. tab. tantum loquuta est de tigno juncto ædibus, aut vineæ, ut ait aperte *l.* 1. *infr. de tigno juncto.* Quæ et rationem explicat de tigno juncto ædibus ne solvatur, ut ædificia non diruantur: de tigno juncto vineæ, ut non solvatur, ne vinearum cultura deturbetur: de tertia quadam cui injunctum sit tignum alienum, non est loquuta lex 12. tab. Videtur tamen tertia res quædam notari illis verbis, *et concaput*, et præterea si diligentissime quæsieris quid sit concaput, frustra fueris. Ranconetus ita legit: *Tignum injunctum ædibus vineæque nec concipito, nec solvito.* Mallem dixisset, *nec concapito.* Nam ita 12. tab. loqui solent, ut alio loco, *Encapito antestari* id est, incipito. Id vero quod excogitavit Ranconetus, si concipere est manu corripere, et vindicare, satis probabile est. Nam lex. 1. *inf. de tigno juncto* ait, domino caveri lege 12. tab. neque solvi, neque vindicari, *l.* 7. §. *cum in suo*, *inf. de acq. rer. dom. l. in rem* §. *pen. sup. de rei vind.* sed vix est vindicandi verbum quod 12. tab. introduxerunt, mutari hoc loco in concipiendi: dixissent potius decemviri, nec vindicato, nec solvito: et verius est etiam lege 12. tabul. hoc non caveri nominatim, ne solvatur tignum, ne vindicetur: sed per consequentiam quandam erit parva literarum adjectio, hoc modo concepta: *Tignum junctum ædibus vineæque, et concaptum ne solvito.* Concaptum, id est, conceptum, junctum, deprehensum: ut lex vetet solvi tignum junctum ædibus, aut vineæ, et conceptum. Idque

paulo inferius liquido approbaturus sum. Meminisse oportet: ea quæ statim vindicari non possunt, quod accessionis jure majori parti cesserint, plerunque soluta vindicari, et ut solvantur ad exhibendum agi, ut gemma aliena meo auro inclusa non potest vindicari nisi exclusa; et ut excludatur est actio ad exhibendum: idem procedit in aliis similibus, quæ enumerantur in hac *l.* 6. *et* 7. §. 1. De quibus dixi in *l.* 5. *sup. eod. t.* Idem procedere consequenter, et dicendum esset in tigno si posset solvi et separari: nam si de tigno juncto ædibus, aut vineæ solvendo ad exhibendum agi posset, lex 12. tabul. scit competituram vindicationem *l. quæres in fine, inf. de solut.* et sic ait lex *scit*, ut in *Novella* 59. *νόμος ἐπίσταται*, sicut etiam dicunt: *lex putat*: igitur si de tigno juncto solvendo agi posset ad exhibendum, *lex scit* competituram vindicationem. Et ideo prudenter ea lex tantisper manente ædificio tignum solvi vetat actione scilicet ad exhibendum, quæ est etiam ex 12. tabul. et per consequentiam vindicationem prohibet, quæ actionem ad exhibendum consequitur. Inde quæritur qua ratione consulatur domino tigni: nam æquum est, ei consuli ne sui tigni damnum faciat. Non est actio ad exhibendum: quæ ergo erit actio? id lex 12. tabul. non prætermisit: nam dedit actionem de tigno juncto in duplum: sed videndum in quantum competat, et an alia competat, utrum detur in scientem, an in nescientem. Primum de sciente. Constat, in scientem qui convictus est junxisse sciens prudensque, competere actionem de tigno juncto in duplum: competit etiam actio ad exhibendum non quasi possessorem, ut tignum exhibeat, et solvat, quia non potest solvi: nam revera qui possidet ædes, non possidet singula tigna, *l. qui universas inf. de acquir. possess. l. eum qui, inf. de usurp. et usucap.* sed quasi dolo desierit possidere, re quodammodo extincta, et consumpta injunctione, et damnabitur in id quod interest, quod æstimabitur actoris jurejurando in litem, *l.* 1. §. *ult. inf. de tigno juncto, l. in rem* §. *sup. de rei vindic.* Quod si præter actionem in duplum de tigno juncto est in eum etiam ad exhibendum, quasi dolo desierit possidere, erit ergo etiam actio in rem eodem colore, quasi dolo desierit possidere. Nam utraque actio comprehendit eum, qui dolo desiit possidere. Igitur qui sciens junxit, tenetur in duplum, tenetur ad exhibendum, vel in rem. Addamus, actionem in duplum non consumere actionem in rem, vel ad exhibendum, *l.* 2. *inf. de tign. juncto.* Quia actione in duplum præstatur mera pœna: actio in rem vel ad exhibendum est de eo quod interest, ut ait lex 2. An extrinsecus est rei vindicatio id est, extra pœnam dupli, ut in §. *ult. de obligation. quæ ex delicto.* Certe dubium non est, diruto ædificio in eum, qui sciens junxit, esse vindicationem ipsius rei, sed et manente ædificio in eum est actio in rem, vel ad exhibendum, non quasi possessionem, ut solvat, sed quasi dolo desierit possidere. Denique actio de tigno juncto in scientem est mera pœnalis, quoniam extra duplum, superest rei persequutio, *l.* 2. Illud notandum, hanc actionem de tigno juncto non dari, nisi de tigno furtivo, de non furtivo non datur. Idque probat *lex* 1. *et* 2. *inf. de tigno juncto, lex de eo, inf. de donation. inter vir. et uxor.* Et ideo in Digestis post titulum *de furtis*, in quo proponitur actio generalis furti, datur actio de tigno juncto, in quo proponitur actio de tigno furtivo. Sunt multæ species furti, sed habent etiam specialia judicia, ut de tigno juncto, et de vi bon. raptorum: nam rapina furtum est, et arborum furtim cæsarum: de tigno non furtivo non datur actio de tigno injuncto, *d. l. de eo.* Cujus species hæc est: vir sciente et volente uxore, atque adeo donante uxore, suo ædificio junxit tigna quædam uxoris propria, quæ quidem detracta uxori usui futura sunt. Ea donatio non valet, quia inter virum et uxorem jure civili donatio est prohibita: ideo solutis tignis mulieri dabitur vindicatio, manente ædificio non dabitur, sed soluta tigna vindicabuntur, quia donatio est inutilis, et non competit, inquit, ex 12. tab. actio de tigno juncto, quia non est furtum quod volente uxore junctum est. Nunc dicamus de nesciente. In nescientem non est actio in rem, non est actio ad exhibendum, manente ædificio, quia dolo caret: casu aliquo diruto ædificio est vindicatio, *l.* 7. §. *cum is suo, de acquir. rer. dom. l.* 7. §. *in his, inf. de except. rei jud.* In scientem illæ actiones competunt etiam manente ædificio, doli ratione. Et hæc est differentia una inter scientem et nescientem. Sed quæritur an in nescientem sit actio in duplum de tigno injuncto: et ita sentiunt omnes tam Græci quam Latini, et est verissimum: unde ita statuamus: quia actio de tigno juncto est tantum de tigno furtivo, si non sit furtivum, erit actio in factum Prætoria in id quod interest: et cum meæ statuæ pes tuæ ferrumine adhæsit, quo casu cessat in rem, cessat ad exhibendum, non cessat in factum, *l. in rem*, §. *item quæcunque sup. de rei vindic.* Si sit furtivum tignum, non erit Prætoria actio in factum, quoniam est civilis de tigno juncto in duplum etiam in ignorantem: et quidem hæc actio in ignorantem est pro pretio tigni, *d. l.* 7. §. *cum in suo*: dum ait, legem *noluisse solvi tignum, sed duplum pro eo præstari*, id est, pro tigni pretio, et *d. l. quæres*, in fine, pretium tigni dari voluit, pretium duplum scilicet, Theophilus in §. *cum in suo, Instit. de rer. divis.* Et hæc quidem actio de tigno juncto sola competit in ignorantem: nam extra duplum non est in eum

rei vindicatio, vel actio ad exhibendum, ne deposito quidem ædificio, si jam actor consequutus fuerit duplum, *d.* §. *cum in suo.* Igitur hæc actio de tigno juncto in nescientem est mixta, quia consumit rei vindicationem: in scientem est mere pœnalis: et hæc est alia differentia inter scientem et nescientem. Merito interrogaverit quis cur ignorans teneatur in duplum? quia scilicet apud eum conceptum est furtivum tignum, id est, inventum. *Concipere*, est *invenire:* est quædam actio furti concepti. Rursus sic dices actio furti concepti, quæ fuit olim ex 12. tab. in eum apud quem inventa esset res furtiva, ea fuit in id ipsum quod actio furti manifesti: persequitur jure civili, id est, jure civili eadem fuit pœna furti manifesti et furti concepti: jure Prætorio furti concepti fuit in triplum manifesti in quadruplum, Gellius *lib.* 11. c. 1. Sic respondeo: actio furti concepti, quæ jure prætorio est in triplum, et jure civili eandem vim habet, quam actio furti manifesti, non datur nisi de furto concepto cum lance et licio solemniter testib. præsentib. *Cum licio*, id est, per hominem qui erat quæsitum rem furtivam in ædes alienas, cui resignari oportet omnia, quem oportebat nudum ingredi, licio tamen, sive lino transverso cinctum, ab umbilico ad pedes ad tegenda pudenda, propter matrumfamil. et virginum præsentiam. Nudus quærebat rem furtivam, ne quid in sinum reconderet, cinctus licio propter pudorem. Cum lance autem, id est, indicii præmio in lance circumlato. Petronius Arbiter in Satirico: *Qui furtum querebat stabat, amictus discolori a veste et lance argentea indicium ferebat etc.* De lance hoc tantum scripsit Festus: *qui furtum ibat quæsitum lancem ante oculus tenebat*, id est proferebat. Et quod subjicit Festus *propter matrumfamilias, et virginum præsentiam*, id refertur ad licium, non ad lancem; eo genere inquirebantur tantum res quæ occultari poterant. Tigna non sunt in occulto, et sunt inventu facilia, et ob id etiam est specialis actio, tigni furtivi concepti in duplum tantum. Et hoc est quod ait lex, tignum junctum ædibus vineæque et concaptum: nam loquitur tantum de tigno furtivo, nec fit injuria ignoranti, apud quem concipiuntur tigna quæ ipse junxit imprudens cum habeat regressum per actionem furti oblati adversus eum a quo imprudens tignum accepit, §. *conceptum Instit. de obligat. quæ ex del.* Et quia hodie hæ actiones cessant, manet tamen actio furti concepti, habebit in furem actionem furti concepti, *l.* 3. §. *ult. sup. nautæ, caupon.*

Ad §. 3. Item municipes, §. 4. Si quis non, §. 5. Si quis cum, et §. 6. Idem scribit L. VII.

§. 3. *Item municipes ad exhibendum conveniri possunt: quia facultas est restituendi: nam et possidere, et usucapere eos posse constat. Idem et in collegiis, ceterisque corporibus dicendum erit.*

§. 4. *Si quis non possideat litis contestatæ tempore, sed postea ante sententiam possidere cœperit: oportere dici putamus debere comdemnari, nisi restituat.*

§. 5. *Si quis cum judicii accepti tempore possideret, postea sine dolo malo possidere desierit: absolvi eum oportet, quamvis sit (inquit Pomponius) quod ei imputetur cur non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.*

§. 6. *Idem scribit: si quis litis contestatæ tempore possederit, deinde desierit possidere, mox cœperit sive ex eadem causa, sive ex alia: condemnari eum oportere, nisi restituat.*

Ait, hac actione teneri etiam municipes, id est, cives cujusque civitatis, non minus quam singulos homines, vel hac ratione quod sit facultas restituendi per actorem aut servum publicum sive Syndicum. Et notandum quod ait restituendi: hæc actio est exhibitoria nomine, restitutoria effectu, quia imitatur vindicationem, quam constat esse restitutoriam. Sequitur; *nam et possidere, et usucapere eos posse constat.* Constat, idest, consentiunt omnes juris auctores, *l.* 1. §. *ult. et l.* 2. *inf. ad acquir. possess. sive autem*, §. *ult. sup. de Publ. in rem. act.* Subtili jure municipes sive cives nihil possident, quia incertum est corpus, et universorum non idem animus: idque olim obtinuit. Subtiliora sunt jura vetera confusiora nova, et confusissima sunt novissima. Et sic etiam olim non erat cum municipibus testamenti factio, sed alio jure utimur. Et in summa fere, idem jus est Municipiorum quod singulorum hominum, et quod jus Municipiorum, idem et collegiorum et corporum. Sequitur in §. *si quis non possideat:* actione ad exhibendum damnari eum qui non possidet, vel qui rei exhibendæ facultatem non habet, litis contestatæ tempore, si modo habeat tempore rei judicatæ: et si possideat, vel ipse vel hæres ejus, *l.* 8. *hoc tit.* Hæc actio formatur ex persona actoris, etiam si reus nihil possideat, vel teneat, vel facultatem exhibendi habeat. Condemnatio fit ex persona rei, quod servatur ex sententia Proculianorum in omni vindicatione, et in petitione hæreditatis, et in actione de peculio. Nam actione de peculio recte convenitur pater, etiamsi nihil sit in peculio, modo sit aliquid rei judicatæ tempore, *l. sin autem* §. 1. *sup. de rei vindic. l. item videndum* §. *si quis sup. de pet. hæredit. l. quæsitum inf. de pecul. l. Fulcinius* §. *si quis actione inf. quibus ex caus. in possession.* Et adjicit Accurs. hoc loco, idem servari in actione depositi, *l.* 1. §. *non tantum, et* §. *seq. inf. depos.* In his omnibus

actionibus spectatur tempus rei judicatæ. Aliæ sunt actiones quæ formantur ex persona rei in quibus spectatur tempus litis contestatæ, et de his est lex 23. *sup. de judic.* quæ ait, in judicium non venire, quod post litem contestatam accidit, et opus esse alio judicio, id est, accipiendum de actionibus quæ formantur statim ab initio, ut in actione pluviæ arcendæ, quæ est de opere quod reus fecit: in ea actione non venit opus factum post litem contestatam, *l. Anteus §. ult. inf. de aqua pluvia arc.* In superioribus judiciis non spectatur tempus litis contestatæ, nec formantur ex possessione rei; nam etiam si dum instituuntur, non possideat, utilia sunt, si modo possideat rei judicatæ tempore, quia formatur actio ex persona actoris: sententia ex persona rei, id est, pro ratione rerum quas possidet rei judicatæ tempore, dolose desiit possidere: atque ita intelligimus distinguendas esse actiones, et in his actionibus, hoc esse usque adeo verum, sententiam formari ex persona rei, ut si reus possideat litis contestatæ tempore, et cum res judicatur, sine dolo amiserit possessionem, absolvi debeat. *d. l. sin autem, §. 1. l. si quo tempore sup. de pet. hæred.* Unde si agatur ad exhibendum de pluribus rebus, quas omnes possideat litis contestatæ tempore, et ante sententiam quasdam amiserit sine dolo malo, absolvetur quoad eas quas amiserit, *l. sed et si, §. ult. inf. eod.* Verum huic rei in hac lege 7 tale adhibetur temperamentum: *Quamvis sit, inquit Pomponius, quod ei imputetur, quod non statim restituit, sed passus est secum litem contestari.* Ubi *quamvis*, non adversatur, sed rem temperat, et quasi emendat, ut in *l. 2. §. incertum, inf. de Prætor. stipulat. l. ubi autem §. qui vero, inf. de verb. obligat.* Et sensus hic est, ut si qui possidet litis contestatæ tempore, habuerit justam causam litigandi, et interim sine dolo desierit possidere, excusetur; quæ excusatio in actione depositi est recipienda, *l. 1. §. est autem inf. depos* ut si fuerit sequester. Sequester est depositarius rei litigiosæ, et si lis non sit finita, jure recusabit reddere depositum, vel etiam si res deposita non sit in promptu, vel si ei non sit facultas aperiendorum horreorum, in quibus sunt res depositæ, excusabitur si res interea perierit sine dolo malo ejus. Sed si possit ei imputari quod maluerit litigare, quam restituere, damnabitur, *l. de eo §. si post, inf. eod. l. item si verberatum, §. ult. sup. de rei vindic.* Actum est ad exhibendum de homine adversus possessorem hominis: homo mortuus est ante sententiam sine dolo possessoris: damnabitur in id quod interest, si possit ei imputari mora. Igitur in hac lege 7. cum dixisset obsolvendum esse eum, recte adjicit emendationem: *Quamvis possit ei imputari,* id est, imputabitur ei mora litis, id est, si litigaverit improbe. Rursus, si is qui possidebat litis contestatæ tempore, sine dolo rem amiserit, deinde recuperaverit ante sententiam, nihilominus recte compelletur ad restituendum, quia rem habet tempore rei judicatæ, quod solum tempus spectatur. Quinimo si absolutus sit quod rem amisisset sine dolo, ea re post sententiam recuperata poterit iterari in eum actio ad exhibendum, denegata exceptione rei judicatæ, quia commutatione litis alia res est, *l. 3. eod. l. si rem meam, et l. seq. inf. de except. rei judic.* Lis est res in judicium deducta: si ergo mutetur lis, alia res est quam quæ priore judicio judicata fuit, et ideo non obstat exceptio rei judicatæ: nam ea exceptio est ejusdem rei. Alia vero res est, veluti corpus de quo agitur, lis alia, *l. cum miles, sup. de alienat. jud. mut. causa.* Sed dicimus rem sive litem ἐκ παραλλήλου, sicut in veteribus formulis. Sic in *l. defunctum, C. ad Tertyllian.* Lis autem mutatur, si sit nova causa agendi, ut ex parte rei, si sit nova possessio, ex parte actoris, si sit novum dominium, vel nova optio servi, ut si is qui male egerat ad exhibendum, nec obtinuerat, postea actionem furti noxalem novaverit, denuo experietur ad exhibendum, quasi vindicaturus ex nova causa, vel quasi acturus noxali judicio, *l. de eo sæpius, inf. eod.* Ubi numerantur justæ causæ agendi ad exhibendum, quæ fuerant numeratæ in *l. 3. sup. eod.*

Ad §. 7. Ibidem, L. VII. et ad L. VIII. et IX.

§. 7. L. VII. Ibidem non male Pomponius jungit; ejus, qui ad exhibendum egit, utroque tempore interfuisse oportere, rem ei restitui: hoc est, quo lis contestatur, et quo fit condemnatio, et ita Labeoni placet.

L. VIII. Si ad exhibendum actum est cum eo, qui neque possidebat, neque dolo malo fecerat quominus possideret, deinde eo defuncto, hæres ejus possidet rem, exhibere eam cogendus erit. Nam si fundum, vel hominem petiero, et hæres ex eadem causa possidere cœperit, restituere cogitur.

L. IX. Julianus scribit: si quis hominem, quem possidebat, occiderit, sive ad alium transtulerit possessionem, sive ita rem corruperit, ne haberi possit: ad exhibendum tenebitur, quia dolo fecit quo minus possideret. Proinde et si vinum, vel oleum, vel quid aliud effuderit, vel confregerit, ad exhibendum tenetur.

§. 1. Glans ex arbore tua in fundum meum incidit. Eam ego, immisso pecore, depasco, qua actione possum teneri? Pomponius scribit compe-

tere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet. Nam et si glans caderet, nec patieris me tollere: ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. Et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet, sive consumpta sit: sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendæ glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero.

§. 2. *Si quis rem fecit ad alium pervenire, videtur dolo fecisse quo minus possideat: si modo hoc dolose fecerit.*

§. 3. *Sed si quis rem deteriorem exhibuerit: æque ad exhibendum eum teneri, Sabinus ait: sed hoc ibi utique verum est, si dolo malo in aliud corpus res sit translata: veluti si ex scypho massa facta sit, quamquam enim massam exhibeat, ad exhibendum tenebitur: nam mutata forma prope interemit substantiam rei.*

§. 4. *Marcellus scribit, si tibi decem numismatæ sint sub conditione legata, et mihi decem ususfructus pure, deinde hæres pendente conditione, non exacta cautione, decem fructuario solverit: ad exhibendum eum actione teneri: quasi dolo fecit, quo minus possideret: dolus autem in eo est, quod cautionem exigere supersedit a fructuario: effectumque, ut legare non possit. Ita demum autem locum habebit ad exhibendum actio, si conditio extiterit legati: potuisti tamen tibi prospicere stipulatione legatorum, et si prospexisti, non erit tibi necessaria ad exhibendum actio. Si tamen ignarus legati tui, a fructuario satis non exegit: dicit Marcellus, cessare ad exhibendum: scilicet quia nullus dolus est: succurrendum tamen legatario, in factum adversus fructuarium actione, ait.*

Hic ostenditur hanc actionem non dari nisi ei cujus intersit ex superioribus causis tam rei vindicatæ, quam litis contestatæ tempore, quod sit vindicaturus, interdicturus, optaturus, et acturus noxali judicio, et ejus intersit utroque tempore, et quo lis contestatur, et quo fiet condemnatio. Igitur si actoris desierit interesse post litem contestatam ut si res perierit, consumitur actio ad exhibendum, quia pendente judicio desiit ejus interesse, et necesse est, ut utroque tempore intersit, et causa agendi tota lite perduret usque ad sententiam: nam et tota lis formatur ex persona rei, id est, sententia definitiva. Cui sententiæ Acc. opponit *l. qui autem §. ult. sup. si quis caut.* et alias multas quæ non sunt de actione ad exhibendum, sed de aliis diversi generis, puta de his quæ formantur ex persona rei, et ideo utiles sunt et perseverant, etsi actoris desierit interesse. Illud notandum est, hac actione teneri non tantum eum qui possidet, sed etiam eum qui dolo desiit possidere, dolus pro possessore est, *l. 9. C. ad exhibend. l. 9. h. t.* ut si hominem occiderit, vel si rem corruperit, vel possessionem in alium dolo malo transtulerit, vel si vinum aut oleum effuderit, idemque dicitur semper esse verum, eum qui dolo desiit possidere, pro possessore haberi, *l. ad §. semper, de reg. juris*, estque locus in rei vindicatione, in petitione hæreditatis, in noxalibus actionibus, in interdicto de tabulis exhibendis, in liberis exhibendis, et quorum bonorum, et quod legatorum, et ne quid in loco publico, et in *l. cum servus, inf. eod.* dominus non tenetur ad exhibendum re amissa dolo servi, quod ita explicandum est, si servus rem teneat, dominus tenetur ad exhibendum, quia ipse dominus videtur tenere: sed si dolo malo servus desiit rem tenere, ignorante domino, servus non tenetur, quia non est cum servo actio: dominus non tenetur, quia dolo caret, et non tenetur ex delicto servi, nisi noxali judicio. Hæc autem actio ad exhib. non est noxalis. Sed tenebitur noxali actione furti, si furandi animo servus rem non amiserit, vel actione de dolo, *l. si quis adfirmabit, §. ult. inf. de dolo.* Est etiam aliud exemplum de eo qui dolo desiit possidere, *l. 9. h. t.* de glande caduca, id est, quæ ex arbore tua decidit in agrum meum: aut glans extat, aut non: extante teneor ad exhibendum; ut patiar te glandem tollere, ut dixi in *l. 5. sup. eod.* teneor etiam interdicto de glande legenda, ut tibi tertio quoque die glandis legendæ facultas sit: sed debes cavere de damno infecto, imo et de damno jam facto, sicut diximus in simili specie in *d. l. 5.* et illud interdictum de glande legenda est accomodatum ad legem 12. tab. quæ vult ut glandem caducam legere liceat: præterea proposuit interdictum, quo tantum intra triduum est agendum, glans accipitur pro omni fructu. Frontinus ait esse controversiam de fructibus arborum, quoties inclinatæ in alterutrum fundum fructum jactaverint. Quid si sit consumpta glans, si sit consumpta dolo malo meo, ut dolo immisso pecore, ut eam depasceret? teneor ad exhibendum: quia videor adhuc possidere: sed quid si dolo careo? fieri enim potest ut culpa pecus pascuerit glandem, tunc teneor actione in factum utili legis Aquiliæ, *l. qui servandorum, §. ult. inf. de præscript. verb. l. ult. C. ad l. Aquil.* Si dolo consumpta sit, teneor ad exhibendum, et hæc est summa *legis 9. §. ult. hoc t.* et sic exposui legem 7. et 8. et nonæ initium cum §. 1.

§. *Si quis rem*, et §. *Marcellus* esposui in *l. 5. §. interdum sup. eod.* his quæ diximus, nempe eum teneri actione ad exhibendum qui dolo desiit possidere, addendum exemplum ex *l. si uni nummos, inf. eod.*

Ad §. 5. *Quantum* , §. 6. *Proinde* , §. 7. *Quia tamen* , *et* §. 8. *Præterea.*

§. 5. *Quantum ad hanc actionem attinet, exhibere est in eadem causa præstare , in qua fuit , cum judicium acciperetur : ut quis copiam rei habens possit exequi actione , quam destinavit in nullo casu, quam intendit, læsa : quamvis non de restituendo , sed de exhibendo agatur.*

§. 6. *Proinde si post litem contestatam usucaptum exhibeat , non videtur exhibuisse cum petitor intentionem suam perdiderit : et ideo absolvi eum non oportere : nisi paratus sit repetita die intentionem suscipere , ita ut fructus secundum legem æstimentur.*

§. 7. *Quia tamen causa petitori in hac actione restituitur: Sabinus putavit : partum quoque restituendum : sive prægnans fuerit mulier, sive postea conceperit , quam sententiam et Pomponius probat .*

§. 8. *Præterea utilitates , si quæ amissæ sunt ob hoc , quod non exhibetur , vel tardius quid exhibetur , æstimandæ a judice sunt : et ideo Neratius ait , utilitatem actoris venire in æstimationem , non quanti res sit : quæ utilitas, inquit , interdum minoris erit , quam res erit.*

Ostenditur , qualiter exhibendi verbum accipiatur , quod jam sæpe diximus supra tantum posse , quantum restituendi in hac actione, cum scilicet alias minus possit. Et ideo ait, *Quantum ad hanc actionem attinet* : restituere est possessorem facere. In hoc quoque judicio ad exhibendum reus sic debet exhibere, si postea nolit contendere directo judicio , ut actor possessionem habeat , *l.* 5. §. *inde Julianus* , *sup. eod.* et apprehendendæ possessionis facultatem habeat , restitutionis verbo continetur etiam , ut præstetur usucapionis causa , et ut præstentur fructus, *l.* 55. *inf. de verb. sign.* Est enim restitutio non tantum corporis , sed etiam juris , id est , oportet jus rei restitui, non rem tantum , *l. ult. in fine* , *eod.* sicut et possessio , *l. possessio quoque* , §. *ult. infr. de acquir. possess.* Idem continetur actione ad exhibendum , id est, ut præstetur causa usucapionis. Finge : res de qua exhibenda agitur, usucapta est post litem contestatam , litis contestatione non interrumpitur usucapio *l. si post, sup. de rei vindicat. l.* 2. *infr. pro don. l.* 2. §. 1. *infr. pro empt.* licet diversum sit in longi temporis præscriptione quæ interrumpitur litis contestatione , imo et datione libelli . Sic igitur pono , rem fuisse usucaptam post litem contestatam : in hac actione sunt duæ quodammodo sententiæ , una quæ dicitur arbitrium, altera quæ est definitiva sententia : nam primum jubet judex ut reus absolvatur definitiva sententia , si non pareat condemnatur in id quod interest. Finge , paret arbitrio : nam exhibet rem statim , sed usucaptam an absolvetur ? minime : quia debet etiam præstare usucapionis causam , id est , non absolvitur , nisi paratus sit suscipere directam actionem , id est , vindicationem die repetita id est , retrorsum ex eo tempore quo res nondum erat usucapta, quod Græci dicunt προχρονισμὸν : nam si spectatur præsens tempus, res non potest vindicari, quia extincta est vindicatio usucapione , et non videtur exhiberi quod vindicari non potest, aut frustra exhibetur , sed præstabit usucapionis causam , id est , patietur vindicationem perinde , ac si res usucapta non esset : fructus quoque veniunt ex tempore litis contestatæ , §. *si ad exhibendum , Institut. de offic. judic.* et secundum legem æstimabuntur ut hic dicitur : legem cum dicimus , legem 12. tabul. intelligimus . Ex hac lege 12. tabul. est tam actio ad exhibendum quam in rem. Præterea ex 12. tabul. in his actionibus non tantum rei , sed etiam fructus exhibitio fit , quod Cajus indicat qui lib. sexto ad leges 12. tab. disputat de ea exhibitione , *l. videamus* , *infr. de usur.* Ulp. in *l. Julianus* , §. *idem Julianus sup. de rei vindic.* ait, in rei vindicatione non tantum fructum sed etiam omnem causam præstandam esse , non tantum fructum , quamvis scilicet lex 12. tab. tantum fructuum mentionem fecerit , æstimantur fructus ex die litis contestatæ lege 12. tab. in duplum: verba legis hæc sunt , *Si vindiciam falsam tulit , fructus duplione damnum decidito* , ut inquit Festus : et de hac æstimatione fructuum in duplum est lex 1. *C. Theodos. de fructibus et litium expensis* , et lex 1. *C. Teodos. de usuris rei jud.* et est locus unus in Sent. Pauli *lib.* 5. *t.* 9. et in epistola Ambrosii 24. et hoc loco sentit de hoc fructuum duplione, sicut in *l.* 6. §. *ult. inf. mand. l. rescriptum* , §. 1. *de distract. pign. infr.* Majores fructus appellat duplos fructus qui veniunt in vindicatione. Est alius locus in *l.* 6. §. 1. *sup. de negot. gest.* ubi etiam loquitur de vindicatione fundi , et de eo qui ampliores fructus quam oportuit , consequutus fuerat : *Ampliores* , id est , triplos. In actionibus autem personalibus receptum est etiam fructus venire , *l.* 2. *infr. de usur. l. cum fundus* , *in princ. inf. de reb. cred.* et ait receptum est, quasi id non lege obtinuerit in actionibus personalibus, sed auctoritate prudentum. At præter fructus, ut in rei vindicatione, sic etiam in actione ad exhibendum debet restitui partus ancillæ, sive prægnans fuerit tempore litis contestatæ , sive post concepit : et generaliter, venit omnis utilitas actoris, quam amisit , re non exhibita , aut tardius exhibita . Et ideo non æstimatur res , sed utilitas , quæ plerumque pretium

rei egreditur, *l.* 1. *in pr. de action. empt.* et interdum, minoris est quam res hac *l.* 9. *in fine*, qui locus est singularis, quod addendum est ad *l.* 1. utilitatem vocat id quod interest: et si quæras, quid sit, dicam nihil aliud esse quam utilitatem, quam amisimus adversarii facto, et aperte definit hic, aliud esse rem, aliud utilitatem, et hoc judicio non æstimari rem, sed utilitatem, et usque adeo verum est, utilitatem solam spectari, ut si res maneat, utilitas cessaverit rei judicatæ tempore, id est, si desierit interesse, consummatur actio *l.* 7. §. *ult. sup. eod.* Venire in actionem hanc utilitatem dicitur in *l.* 10. *hic*, si reus improbe litigaverit, si traxerit exhibitionem, quod significat *lex de eo*, §. *si post*, *inf. eod.* ut si interim dum reus in lite moratur et frustratur, exierit dies optionis intra quem actor servum optare debuit, qui ob id agebat de exhibenda familia, et amiserit actor vindicationem, quia non potest optare post diem, sicut si res fuisset usucapta interim, amisisset vindicationem: sed sicut restituitur vindicationis causa, etiam repetita die licebit ei optare et vindicare, et vindicationem patietur reus velit nolit, quoniam hæc utilitas præstanda est. Venit etiam in hoc judicium hæreditas amissa ob non exhibitum servum: ut si servus interierit, antequam actor jubeat eum adire hæreditatem servo delatam, *l.* 11. *in pr. h. t.* an etiam si res fuerit deterior facta, ejus damni ratio habebitur, ut si servus eluscatus sit? et constat hæc etiam venire in hoc judicium, si reus cedat possessionem servi nolens contendere de dominio directo judicio, *l. non solum, sup. de rei vindicat.* Sed si sit paratus contendere principali judicio, si exhibeat servum deteriorem, absolvetur hoc judicio, quoniam hæc exhibitio non impedit vindicationem, sicut si exhiberet rem usucaptam, vel post diem optionis: ergo recte videtur exhibere, et absolvetur, quod diximus in *l.* 3. §. *interdum, sup. eod.* sed habebitur ratio damni judicio legis Aquiliæ, *l.* 17. *h. t.* vel actione in factum accommodata huic actioni, *l. exhibitionis, C. eod.* Post hæc in §. 1. leg. 11. ostenditur, quo loco res sit exhibenda et cujus sumptibus, cujusve periculo, quod etiam servatur in rei vindicatione, et in actione depositi, *l. si res et duabus seq. sup. de rei vindicat. l. si in Asia,* §. 1. *inf. depos.* ut scilicet exhibeatur res ubi agitur, cujus sumptibus? periculo et sumptibus rei, si rem dolo malo in alium locum transtulerit; sed si dolo caret reus, id est, si rem non avertit, exhibetur res periculo et sumptibus actoris, vel ut ait hoc loco, perferetur, et perducetur. Perferre refertur ad inanimata, perducere ad animata, *l.* 1. *sup. si quis jus dic. l. habere, inf. de evictione.* sicut est etiam differentia inter ferre et agere, *l. ferri, infr. de verb. signif.* idemque definit Ammonius de similibus et differentibus dictionibus: Ἄγειν καὶ φέρειν διαφέρει· ἄγεται μὲν τὰ ἔμψυχα, φέρεται δὲ τὰ ἄψυχα.

Sumptus autem accipimus quos dicimus actorem agnoscere pro viatico, id est, pro sumptibus itineris vel navigationis, vel transvectionis: veteres omnes sumptus reus agnoscit, servum pascit, interim vestit, curat ægrotum si solebat ipse pascere, vestire, curare. Sed aliud erit si ipse servus solebat se exhibere, id est, alere, vestire, curare ex suis operis et arte: nam si nunc vacet ab opere, propterea quod deductus est in judicium, et depositus apud officium et apparitorem, *l.* 7. §. *ult. sup. qui satisd. cog.* hoc casu actor illi præstabit cibaria, per quem fit, ut vacet servus, quia etiam hodie testibus qui evocantur ab actore, actor præstat cibaria. Sed si ipse dominus solebat servum pascere, eo deposito apud officium pendente lite præstabit cibaria: differentiam facit inter pascere et cibaria præstare: pascimus eum qui est circa nos cibaria præstamus ei qui est apud alios. Cato cum interrogaretur quis esset quæstus certissimus: respondit esse certissimum quæstum ex pascuis, et ex servis qui acquirunt domino, in quo loco pascere refertur ad pascua, vestire ad servos. In §. 1. legis 12. ait, *Etiam filiumfamilias hac actione teneri.* Si quid possideat filiusfamilias, pater tenetur ad exhibendum, quia possidet per filium. An etiam filius tenetur? sic sane: quia etsi non possideat, tamen est ei facultas exhibendi. Et ideo uterque tenetur, unus quia possidet, alter quia habet facultatem exhibendi, non idem in servo, *l. cum servus, inf. eod.* cum servo non est actio: ex §. *si quis*, notandum est, eum mihi teneri ad exhibendum qui ex uvis meis mala fide mustum fecit, vel ex olivis oleum, aut ex lana vestimentum, et tenetur utriusque nomine, id est, materiæ et speciei, quia quod ex re mea fit, verius est meum esse. Sed hoc non est verum perpetuo; quod ait *verius est*, significat rem fuisse controversiam inter Proculianos et Sabinianos, *l.* 7. §. *eum qui ex aliena*, *ff. de acquir. rer. domin.* Et Paulus Sabinianos sequitur, si mala fide fecerit, qui dicebant, omne quod ex re nostra fiebat, nostrum esse, Proculianos sequitur si bona fide fecerit: nam species facta non est ejus, cujus fuit materia. Et sic intelligenda est lex *sed si ex meis, inf. de acq. rer. dom.*

§. *Si post judicium* interpretatus sum cum *l.* 5. *sup. eodem.*

Ad §. ult. Hæres L. XII

Hæres non quasi hæres, sed suo nomine hac actione uti potest. Idem hæres possessoris suo

nomine tenetur. Igitur non procedit quærere, an hæredi, et in hæredem danda sit. Plane ex dolo defuncti danda est in hæredem hæc actio, si locupletior hæreditas eo nomine facta sit: veluti quod pretium rei consecutus sit.

In §. ultimo ostendit, hanc actionem dari hæredi, et in hæredem, non nomine hæreditario, sed suo, ut datur hæredi, quia est vindicaturus. Datur in hæredem, quia possidet: nam si non possideat, absolvitur. Itaque datur in hæredem non quasi hæredem, sed quasi possessorem. Uno tamen casu datur in hæredem nomine hæreditario, ut si defunctus dolo desierit possidere, et ex eo locupletior sit facta hæreditas: ut si vendiderit rem dolo malo, et pretium pervenerit ad hæredem, tenebitur ex dolo defuncti, quod sit in rem scripta, *l. si in rem actum sit*, *sup. de rei vind.*

Ad L. XV.

Thesaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere, cum eum loco non moveris: furti quidem, aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, Labeo ait: quia neque possideres eum, neque dolo feceris, quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thesaurum in tuo fundo esse. Non esse autem iniquum, juranti mihi non calumniæ causa id postulare, vel interdictum, vel judicium ita dari, ut, si, per me non steterit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, non vim facias mihi, quo minus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem. Quod si etiam furtivus iste thesaurus est, etiam furti agi potest.

Hæc est species l. 15. Thesaurus meus est in tuo fundo: ego volo illum effoderet tollere, tu non permittis, an tenearis furti nomine? Minime: quia non contrectasti thesaurum: non teneris etiam ad exhibendum, quia non possides, cum deficiat animus possidendi thesaurum quem nescis ubi sit, quemque nunquam apprehendisti, et non desiisti possidere: et facultatem exhibendi non habes, quia nescis ubi sit, quæ ergo actio dabitur? Lex ait, mihi dari speciale interdictum: *Ne mihi fiat vis in alieno meum thesaurum effodere volenti*: et dabitur hoc interdictum vel judicium, scilicet extraordinarium ad exemplum interdicti hujus. Notandum est, hoc novum genus interdicti, quo priusquam utar, debeo jurare de calumnia, id est, me non calumniandi animo hoc postulare, et notanda causa jurandi de calumnia, *l. ult. quemad. testam. aperian.* et debeo cavere damni infecti: ita si cavero, Prætor dabit mihi hoc interdictum, vel dabitur judicium extraordinarium, sicut hodie solent non interdicta dari, sed judicia extraordinaria.

Ad L. XVIII.

Solutione chirographo inani facto, et pignoribus liberatis, nihilominus creditor, ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio quam debitore, exhibeantur, agere potest. (*)

Notanda sunt hæc verba, *nihilominus creditor*: species hæc est: Soluta est pecunia creditori inane est chirographum: creditor nihilominus aget de exhibendo chirographo inani, etiamsi alius possideat, quam debitor: potest dici interesse creditoris, chirographum exhiberi, ut probabilius dicit Accurs. ex *l. qui tabulas*, *inf. de furt.* ut probet chirographo, si agatur condictione indebiti, pecuniam fuisse debitam, ita dices interesse creditoris. Sed dicam non omni ex causa, ex qua interest, hanc actionem dari, non datur nisi vindicaturo, interdicturo interdicto utrubi, acturo noxali judicio, vel optaturo, quæ cessant in creditore, qui non habet vindicationem chirographi, quod est debitoris. In Basilicis aliter legitur, sic nimirum: *nihilominus debitor ut instrumenta ad eum contractum pertinentia ab alio quam creditore exhibeantur, agere potest.* Debitor qui selvit pecuniam debitam, agit ad exhibendum, quam vocant *ἀποκαταστατικὴν ἀγωγήν*, petens sibi reddi chirographum, et alia instrumenta ad contractum pertinentia. Debitor recte agit cum sit vindicaturus, et hoc esse verissimum ut intelligatis, notanda est lex *ult. C. eod. tit.* ubi utitur iisdem verbis.

Ad L. XIX. et XX. diximus *sup. hoc tit. ad l. 1. §. sciendum est.* Interpretatus est dominus Cujacius Biturigibus, ann. 1564.

(*) *Vide Merill. variant. ex Cuj. lib.* 3. *cap.* 15.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. I. de rebus creditis, si certum petetur, et condictione, Lib. XII. Digestor.

Ad L. I.

E re est priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre.

§. 1. *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia jura sub hoc titulo prætor inseruit: ideo rerum creditarum titulum præmisit. Omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur. Nam (ut libro primo quæstionum Celsus ait) credendi generalis appel-*

latio est : ideoque sub hoc titulo prætor , et de commodato , et de pignore edixit. Nam cuicunque rei assentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur.

§. 2. *Rei quoque verbum , ut generale prætor elegit.*

Quid hoc titulo significetur non pauci sunt qui addubitant : dicam quod verius , et dilucidius videtur. Est in Cod. Theodos. tit. *si certum petetur,* et alius , *si certum petetur de suffrag.* In uno proponitur specialis certi condictio, quæ datur in eum qui suo chirographo certam se debere pecuniam cavit. In alio specialis certi conditio, quæ datur in eum qui suffragatori , si quid sua causa a principe impetraverit, rem pecuniamve certam fide promisit , et ita in hoc tit. *si certum petetur de rebus credit.* (nam nihil refert dicas si certum petetur de rebus creditis , an vice mutata , de rebus creditis si certum petetur) proponitur certi condictio , quæ datur in eum cui res certa credita est , id est, qui rem certam debet. Non adjicitur, qua de causa : in eum agitur qui rem certam debet quacunque ex causa. Proinde generalis non specialis certi condictio est , quæ ex omni causa, ex omni obligatione competit , ex qua certum petitur, *l. certi, h. t.* ac qua forma conceptus est tit. *si ususfruct. petat. si ager vectigal. petatur* eadem et hic tit. licet non sensu eodem, nam verbo petendi illis titulis vindicatio significatur : hoc tit. condictio: illis petere , est suum esse petere , hoc, dari petere : illis vindicationes quædam speciales demonstrantur, ususfructus puta, et partis hæreditatis, et agri emphyteuticarii. Hoc demonstratur condictio certi generalis, per quam certum petitur ex omni causa. Ideoque edicto suo, quo si certum petetur aliqua ex causa condictionem daturum se Prætor pollicebatur, præposuit titulum generalem de rebus creditis : nam hæc sane verba; *si certum petetur*, edicti sunt prima verba , *de rebus creditis.* edicti titulus est. Distinxit Prætor edicta titulis, et hæc verba de rebus creditis esse proprie titulum quem præmisit Prætor edicto si certum petatur. Ulpianus demonstrat aperte in *l.* 1. dum e re esse ait priusquam ad verborum interpretationem perveniat, id est, ad interpretationem verborum edicti, nempe horum, *si certum petetur,* pauca de significatione ipsius tituli referre, qui scilicet est de rebus creditis, ac mox etiam ea verba, *de rebus creditis.* monet generaliter esse accipienda. Titulus igitur de rebus creditis est generalis: si titulus, et edictum igitur , si edictum, et actio edicto proposita. Denique actio si certum petetur , id est , certi condictio generalis: nam ex omnibus contractibus compet , et ex omnibus obligationibus, *l. certi, h. t.* et per eam non tantum pecunia numerata petitur, sed generaliter omnia. Quodcunque certum est, sive sit quantitas, puta certum rei pretium , numerus , pondus , mensura , certa species , et corpus certum, id est , omnis natura et qualitas, quæ sit compertissima , quod satis liquet ex definitione certi, quæ ponitur in *l. certum, h. t.* itemque ex tit. *si certum petetur de suffragiis,* quo ostenditur , actione si certum petetur , non tantum pecuniam peti, sed rem quamlibet suffragatori promissam, mobilem vel immobilem , et ex *l.* 1. *sup. de interrog. in jur. faciend.* quæ tunc duntaxat interrogari ait hæredes debitoris ante litem contestatam quota ex parte hæredes sint , cum est actio in personam, et ita si certum petetur, id est, certi condictio : ne dum ignorat actor, qua ex parte defuncto adversarius hæres extiterit plus petendo rem amittat, qui scilicet hæredes condictione certi tenentur duntaxat pro hæreditatis portione ex lege 12. tabul. *l.* 2. *C. si cert. pet.* et in certi tantum condictionibus incurrit periculum plus petitionis , atque hæredes ea de re interrogantur, non tantum si pecunia ab iis numerata petatur , sed etiam si species certa : et illud procul a vero est quod Latinorum plerique, Græci omnes crediderunt , in actionem si certum petetur pecuniam numeratam venire. Opinionis hujus arx est in *l.* 1. *de condict. tritic.* sed quam sit proclive subruere confestim : *qui certam,* inquit, *pecuniam numeratam petit, illa actione utitur , si certum petetur , qui autem alias res per triticariam condictionem petet*, et inde ita colligunt : ergo actione si certum petetur aliæ res non petuntur : hoc perinde est, ac si colligeres in hunc modum : ille vultu niger est, ergo cetera non est niger. Vitiosa est utraque collectio. Verum quod dicitur in *d. l.* 1. *eum qui certam , etc.* Hoc ut et Accursius advertit, dicitur ex comparatione condictionis triticariæ, per quam omnes res condicuntur certæ, et incertæ, præter pecuniam numeratam, quæ petitur certi condictione, ex edicto si certum petetur, non condictione triticaria: et ratio differentiæ hæc est, quod actio si certum petetur, est stricta, servit igitur in ea judex scripturæ contractus, et petitioni actoris, et sub formula judicat sui arbitrii impos : condictio triticaria est arbitraria, id est, æstimat in ea judex arbitrio suo rem quæ petitur, *l. pen. et ult. de condict. tritícar. l. vinum, h. t.* Datur ergo condictio triticaria, ejus rei quæ petitur æstimandæ causa judicis officio. Porro æstimationem recipiunt omnes res corporales, et incorporales, preter pecuniam numeratam : nam æstimat ipsa res ceteras, non æstimatur, aut saltem nulla eget æstimatione, cum sit ejus æstimatio constans et certa, *l.* 2. *de in lit. jur.* Igitur in actionem triticariam omnes res veniunt , etiam quæ in jure consistunt, ut res incorporales, et quæ pondere, numero, mensura constant : id est

pecunia numerata: hæc enim stricti actione petitur, non arbitraria. Hic igitur tandem statuamus, condictionem certi generalem esse, tum quod detur ex omnibus contractibus, tum etiam quod veniant in eam res omnes, quarum natura vel quantitas certa est, et rursus ita ratiocinemur: præfigitur huic actioni titulus generalis: ergo hæc actio est generalis, et titulum quidem esse generalem probat Ulpian. hoc modo: constat titulus verbis duobus, utrumque est generale: ergo titulus est generalis. Ac primo quidem nemo negaverit, quin verbum *rei* sit generale: nam et latius patet quam pecuniæ cum ea etiam complectatur quæ sunt extra computationem patrimonii nostri, quæ pecuniæ appellatio non complectitur: nam ea quidem res omnes continet, quæ sunt in bonis nostris: quæ sunt extra bona nostra, pecuniæ appellatione non continentur, *l.* 5. *de verbor. signif.* Atque ideo Prætor *rei* potius elegit quam *pecuniæ* verbum, eumque secuti nos, actionem hoc edicto propositam judicium vocamus de re certa credita. Atque etiam rhetores. Quintil. 4. *in judiciis privatis de re certa credita*: et sane condictioni nescio quomodo magis convenit rei quam pecuniæ verbum, propterea quod ea quæ sunt dominii nostri non condicimus id est, quæ sola pecuniæ appellatione continentur, sed ea tantum condicimus, quæ sunt extra dominium nostrum, et in jus tamen vel dominium nostrum transire justum et certum est. Alia est condictio certi, alia incerti, neutra condico rem meam non condictione certi: est enim ejus condictionis formula hæc, *si paret dare oportere*, et dare quid est? dominum facere, et cum quis dominus est, non possis amplius dominum facere, nec igitur intendit recte dominus rem suam sibi dari oportere condictione, quid enim est rem condicere, dominium petere: rei verbo dominium significatur. Dominium petitur certi non incerti condictione, *l. ubi autem* §. *ult. de verbor. obligat.* Possessio petitur condictione incerti, et si quid est aliud quod incertis adnumeretur, res cernitur, possessio non cernitur. Idcirco hæc incerta, illa certa, nam certum a cernendo Latini dixerunt, ut certamen etiam a cernendo, adeo ut certamen vocent non dimicationem tantum, sed etiam quodcunque cernitur, id est aspicitur et sub oculos cadit. Et inde versus ille in Cassina:

Nunc specimen specitur, nunc certamen
cernitur.

Sed jam unde forsan abiisse videor, nec abii tamen: nam demonstrandum erat rei verbum convenire condictionibus magis quam pecuniæ, et demonstrari hoc non poterat, nisi ut ita dicam brevi dato certamine, id est, specimine condictionum omnium. Nunc igitur quod de rei, de crediti verbo altero doceamus, hoc etiam generale esse. Quid est credere? Fidem sequi alienam. Qui pecuniam dat mutuam, qui rem suam alteri commodat, qui pignori dat, qui deponit, fidem sequitur alienam: nam fidem habet alteri de re restituenda, credit igitur. Eadem est ratio venditoris, locatoris, emptoris, conductoris: nam sequitur alter alterius fidem; venditor, emptoris de pretio: emptor venditoris de re. Et plerumque rem venditor tradit emptori contentus sola fide emptoris de solvendo pretio. Quæ fidei interpositio statim rei traditæ dominium transfert in emptorem, etiam nullo fidejussore dato, *l. quod vendidi*, *de contr. empt.* Fidejussor est secundus auctor credendi, quem si non accipias ab eo cum quo negotium contrahis, id est, si ei credas soli, hac ratione plerumque ei verecundiam fidemque obstringis magis. Livius 33. *vult sibi quisque credi, et fides habita ipsam plerumque obligat fidem.* Eadem fides contractus instituit et continet omnes. Fides nihil aliud est quam creditum: ergo creditum omnis contractus, quod Ulpian. confirmat etiam auctoritate Celsi. Quid vero opus fuit auctoritate Celsi? Quid tanta diligentia in hac re probanda? quia vulgo creditum accipitur pro omni contractu, quem alienam fidem secuti instituimus, et inde *l.* 10. *de verbor. signific. sed et si non sit mutua pecunia*, *sed contractus*, *creditores accipiuntur*, augetur significatio *d. l.* 10. *et* 11. ut creditum accipiatur pro omni obligatione: etiamsi non sit ejus fundamentum fides, id est, contractus, et omnem igitur obligationem pro contractu haberi, quamvis ex crediti causa, id est, ex contractu mutui non debeatur, ut *l. omnem*, *sup. de judic. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *et* 6. *ex quibus caus. in poss. eat.* Hoc titulo Prætor non creditum accipit pro omni obligatione, sed pro omni actu et contractu, quem alienam fidem secuti instituimus. Nam sub eo Prætor inseruit jura ad varios contractus pertinentia, ut certi condictionem, quæ ex omni contractu datur, id est, certi condictionem de rebus creditis, vel quod idem est, actionem si certum petatur de rebus creditis, latius quidem patet certi condictio: nam et de his obligationibus est, quæ non descendunt ex contractu, sed titulus tamen et contractus est de certi condictione ex contractibus, vel quasi contractibus, cujus species hæ sunt, condictio ex stipulatione, de qua in *l. si quis certum,* condictio sine causa, de qua in *l. si eum servum*, in *l. si et me et Titium*, *hoc tit.* condictio indebiti, de qua in *l.* 1. condictio triticaria, de qua in *l. vinum*, condictio ob rem dati, de qua in *l.* 19. condictio furtiva, de qua in *l.* 4. §. *ult.* condictio ex mutuo,

de qua præcipue in hoc titulo tractatur, quod creditum proprie mutuum est vel promutuum. Ex promutuo sunt condictio indebiti, condictio ob rem dati, condictio sine causa, et condictio quidem de mutuo his tituli verbis significatur, *et de condictione.* Ac proinde his verbis de rebus creditis si certum petetur, titulus pollicetur certi condictionem generalem, quæ ex omnibus contractibus datur, quæque condicit non quantitatem tantum, sed et speciem certam. Condictio propria est appellatio actionis ex mutuo, ut est proditum initio tituli, *quibus mod's re contr. oblig.* et §. *item is qui de obligat. quæ quasi ex contractu nascuntur:* commune nomen hæc actio fecit sibi proprium. Quapropter Græci condictionem definierunt, τὸν ἀπαιτητικὸν λόγοντοῦ οἰκείου δανείου, et condictio indebiti, ob rem dati sine causa, hanc eandem appellationem meruerunt, imitantur actionem mutui, ac veluti ex promutuo dantur, *l.* 4. §. *is quoque*, *de obligat. et act.* Inseruit hoc tit. Prætor actionem commodati et pignoratitiam, quibus tamen in his libris separati tituli dantur, et hoc est quod ait Ulpian. ideo sub hoc tit. Prætor de commodato, et de pignore edixit: ideo, quia scilicet facile hoc ferebat generalis tit. de rebus creditis, quamvis ad eos non accomodaretur actio si certum petetur, vel propter hoc ut separentur hi contractus ab aliis, ex quibus certi condictio competit, aut de commodato forte, tenetemus hoc, priori enim acquiesco magis *l.* 9. *inf.* quia affine est mutuo adeo ut permutatis vocabulis nonnunquam commodatum accipiatur pro mutuo, ut in *l.* 1. *Cod. Theodos. quod jus etc.* mutuum pro commodato, ut *l. item legato* §. 1. *de leg.* 3. *l. quæsitum* §. *si quis*, *de instrum. legat.* ac sane mutuum nihil est aliud quam quasi commodatum ad abusum, commodatum quasi mutuum ad usum: proprie mutuum datur ad abusum, ut consumas quod mutuaris: commodatum ad usum. Unde sequuntur aliæ differentiæ; ut quod mutuum datur, ex meo fiat accipientis, ut mutuum consistat in rebus quæ sunt in abusu: commodatum in iis quæ sunt in usu. Ut mutuum demus non recepturi eandem speciem, quam dedimus: sed similem commodemus accepturi eandem speciem, *l.* 2. *hoc t.* Agrætius: *inter commodatum,* inquit, *et mutuatum non nihil distat: commodamus amico pro tempore equum, servum, vestem, hanc ipsam rem recepturi quam dedimus. Mutuo damus pecuniam, triticum, vinum et similia*, quæ mutuo data recipi necesse non est. De pignore autem Prætor edixit, quoniam plerunque ob securitatem restituendæ mutuæ pecuniæ traditur, in vicem crediti obligatio est arrabo empticnis, vel locationis, vel nuptiarum, obs s pet s, pig. us mutui. Et hoc ratione etiam de jurejurando sub hoc tit. Prætor dixit; quoniam, ut plerunque dicebat Laberius *emulastrum est æris alieni*, idest defertur in causis creditæ pecuniæ. Et edixisse sub hoc tit. Prætorem de jurejurando titulus Codicis indicat de rebus credit. et jurejur. et 2. *Sentent. Pauli tit.* 1. Cur tamen sub eo tit. Codicis, nihil de rebus creditis agitur, sed tantum de jurejurando dilata quæstione de rebus credit. in tit. seq. si certum petetur. Prætulit religionem Codex, quam postulavere Pandectæ, honorem habuit Codex religioni, quem non habuere Pandectæ. Edixit autem sub hoc tit. Prætor de commodato, et de pignore, ut Ulpian. ait: non edixit igitur sub eo specialiter de ceteris contractibus, veluti de mandato, societate, venditione, locatione. Itaque errant vehementer qui hunc titulum generalem seu universalem esse putant, id est, pertinere ad universam partem Pandect. tertiam, quæ protenditur usque ad lib. 20. Est quidem generalis ut supra exposui, sed universæ partis tertiæ Pandectarum universalis titulus non est.

Ad L. II.

Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin aut commodatum erit, aut depositum) sed idem genus: nam si aliud genus, veluti si pro tritico vinum recipiamus: non erit mutuum.

§. 1. *Mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensurave consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie. Nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditore non potest.*

§. 2. *Appellata est autem mutui datio ab eo quod de meo tuum fit: et ideo si non fiat tuum, non nascitur obligatio.*

Quoniam supra docuimus, creditum nomen generale esse ex *l.* 1. huic generi modo transeuntes ad *l.* 2. doceamus subesse mutuum. Atque ideo creditum esse genus, mutuum speciem, ut tandem et differentia utriusque bene cognita concludamus. *Creditum ergo, etc.* Quid est mutuum? creditum quantitatis datæ ea lege, ut eadem ipsa quantitas reddatur in genere, non in specie eadem. Mutuum contractus est, §. *jus autem gentium, Institut. de jure natur.* ergo creditum. Creditum idem potest ac contractus nomen. Possis enim mutuum definire conventionem esse, sed proximius est contractus, vel crediti genus. Summa enim conventionis divisio in duo genera deducitur: aut enim conventio omnis contractus est, aut pactum. Et rursus contractus dividitur in nominatum et innominatum ex

nominatis mutuum est: igitur est creditum, et quantitatis creditum. Quantitatis nomine intelliguntur quæ pondere, numero, mensura constat, quibus opponi solent corpora, res, species, jura. In aliis rebus mobilibus et immobilibus, corporalibus vel incorporalibus mutuum non consistit. In his quæ pondere, numero, mensura constant, consistit: nec vagatur extra. Sunt quidem res corpore præditæ, sed nos his ita fungimur, ut non tam corpus earum spectemus, quam quantitatem: ceteræ res valent corpore certo vel incerto; certo ut Stichus, incerto, ut homo: vel intellectu, ut servitus, possessio, nomen. Quæ pondere, numero, mensura constant, quantitate valent potius quam corpore, *l. 1. §. non solum, ad leg. Falcid. l. si is cui nummos, de solut.* Adjicio in definitione, *quantitatis datæ*, dare est accipientis facere, id est, dominium transferre. Itaque exigitur hoc etiam in mutuo, ut quod datur, fiat accipientis: ut igitur dominus sit qui dat: datione enim alienæ pecuniæ, non contrahitur mutuum, sed neque datione suæ pecuniæ, nisi transferendi dominii animus fuerit: quinimo datio alienæ pecuniæ, vel etiam suæ sine alienandi animo traditio est potius, quam datio. Idcirco juris auctores belle commenti sunt, mutuum sic dici, quod de meo fiat tuum, ut in §. *appellata, et tit. quibus mod. re contrahit. oblig. Instit.* quod Nonius Marcellus sequitur. *Honestius,* inquit, *mutuum est, quod sub amico affectu meum fiat tuum usu temporis necessarii*, quæ Nonii verba mihi valde placent, quod subindicent, honestum id non esse, quod sub voraci usura, sub avido fœnore, non sub amico affectu fit. Ego ne mutuum quidem id esse opinor: nam ut commodatum est gratuitum, ita et mutuum sui natura. Et longe aliud est mutuum, aliud fœnus, quod vel ille Comici versus indicat:

Si mutuo non potero, certum est sumam fœnore.

Atque adeo aliud est actio mutui, aliud Calendarii, *l. tutoris, §. periculo, de administrat. tut.* et sane mutui obligatio re contrahitur, Calendarii verbis. Quale enim fœnus esse arbitraris contractus genus? non mutuum, ut supra docui: non est locatio conductio, ut docui Observat. 11. Quid igitur? fœnus stipulatione contrahitur, nam citra stipulatione mutuatitiæ pecuniæ jure deberi non potest, neque ex pacto in continenti facto, neque ex mora, officio judicis. Denique mutuum re contrahitur, fœnus verbis, et accedit obligationi mutui obligatio calendarii. Verum ut ad mutui originationem redeamus: quod dicitur, mutuum sic appellari, quod de meo fiat tuum: scite dicitur magis quam vere. Jurisconsulti nostri imbuti sunt a Stoicis, et licentiores Stoici, et propemodum inepti in deducendis nominum originibus: et inde Cic. *oppidum,* inquit, *ut imiter Stoicorum ineptias, quod opem daret*, et alio loco: *fundamentum justitiæ est fides,* id est, *dictorum conventorumque constantia, et veritas: ex quo, quamquam hoc videatur durius, audeamus tamen imitari Stoicos* etc. Illa quoque testamenti, quæ a Stoicis traditur ἐτυμολογία, est ςοικοτάτη, quod sit testatio mentis. Scita enim et concinna magis quam vera. Nam certe testamentum natum est verbum, non ab origine factum duplici: atque ita mutuum si verum amamus, a mutatione nomen habet, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur, et redditur, nec tamen eadem pecunia quæ data est, sed alia ejusdem generis, quodque consistat in his rebus quæ mutationem hujusmodi, et promiscuum usum recipiunt. Hæc verbi origo verior quam illa: quamque illa Varronis a Siculo verbo μοῖτον ἔντοιμον, quem locum viro doctissimo emendari ita, μοῖτον ἀντίτιμον id est, mutuam gratiam, mutuam vicem, par pari hostimentum, facile assentior: nam et Hesychio ἀμείπται ἔντιμοι, vel potius ἀντίτιμοι dicuntur. Et subjicit Hesychius proverbium Siculum quod manifesto corruptum, nec dum bene emendatum est; quodque lego: ἡ χάρις μοῖτον οἴσει χάριν, id est, *gratia mutuam elicit gratiam* Sophocles ita χάρις χάριν φέρει. Ceterum ut de leporis nomine idem Varro scribit, Siculi quod Romæ sint orti, et mutui nomen potius inde tulerunt, quam illinc Latini. Idemque de unciæ, et nummi nomine dici potest, quod Pollux Siculum esse scribit: sed ad reliqua, adjecimus in definitione mutui. Mutuum quod datur, dari ea lege, ut par quantitas reddatur in genere, non in specie eadem. Primum enim si datur ut nihil reddatur, quod creditum insolubile Seneca vocat, mera donatio est, non mutuum, quia mutatio non intercedit, aut reciprocatio nulla, et hac ratione proprium solent a mutuo auctores separare, ut illo *Plauti loco. Ego cum illa nolo facere mutuum, quid ita? quia proprium facio*. Proprium est quod nec in genere eodem, vel alio, nec in specie eadem vel alia reddere cogor alteri: mutuum quod reddere cogor: et inde illa Philosophorum vox, nihil esse homini proprium, quia nihil habet quod non reddi oporteat; terræ reddenda terra: et in Comœdiis illa: *nihil ne esse proprium cuiquam.* Sapiens: nihil esse homini proprium præter quod edit, quippe cum id vertat in succum et sanguinem, et id quod confert in egenos, nimirum quod aliquando, et id quod egenis erogavit, et eundem succum et sanguinem, licet morte paulum eo dispolietur, recepturus sit et vitam, quod reddenda sit Diis, scilicet, qui non animadvertunt forte, at

ea probis reddatur melior, mutuam esse non propriam, Ovid.

Vita data est utenda, data est sine fœnore nobis.
Mutua, nec certo persoluenda die.

Quod ita Cic. *Natura dedit usuram vitæ tamquam pecuniæ nulla præstituta die:* et Attius, *Nulli vita propria in vita est.* Mutuum igitur est, quod debemus reddere: sed proprie non quod debemus reddere in specie eadem, sed in genere eodem. Nam quod in specie eadem reddi oportet, vel commodatum, vel depositum, vel pignus, vel precarium est: in his contractibus interponitur fides reddende ejusdem rei, et hoc est quod Paulus ait initio hujus *l. mutuum etc.* Ponendum ante n exemplum in his quæ pondere, numero, mensura constant, quæ solæ mutui capaces sunt. Ponamus exemplum in pecunia numerata: mutuum damus non recepturi eandem pecuniam, sed aliam tantam, alioqui commodatum est, vel depositum, vel pignus, vel precarium: quid dico? commodatum: ergo vel precarium consistit in pecunia numerata? hoc est falsum: neutrum consistit in pecunia numerata: quid ita? commodatum est quod utendum datur ad tempus: precarium quod utendum datur, quandiu libuerit danti: pecuniæ usus non est, sed abusus, *l. 5. §. 1. de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. sed et si possessor*, §. *pen. de jurejur.* et usura est humanæ cupiditatis extra naturam quæsitum nomen. Pecuniæ enim non est usura, quod utendo consumitur. Uti, est salva re uti, abuti est rem consumere et perdere; *ubi sunt quæ dedi* ante? inquit Poeta *abusa*, id est, consumpta, ut novi interpretes rectissime.

Interdum tamen pecunia quasi corpus accipitur non quasi quantitas, non ut consumatur, sed ut ea utamur pompæ vel ostentationis causa et hoc casu, etiam in pecunia numerata commodatum et precarium consistit, *l. si ego, h. t. l. 3. §. ult. l. 4. commod.* Depositum, et pignus non est dubium etiam in pecunia consistere, quia in his contractibus res utendæ non dantur, sed depositæ, custodiendæ, pignori datæ, possidendæ. Dos etiam consistere potest in pecunia numerata, sed tum ex ea causa idem genus redditur, non eadem species quasi ex mutuo, *l. res, de jur. dot.* quod si dos consistat in corpore, idem corpus redditur soluto matrimonio, et qua in re cumque consistat, dominium mutat: illa quatuor negotia, commodatum, depositum, pignus, precarium, dominium non mutant. *l. 9. commod. l. cum et sortis* §. *ult. de pign. act. l. licet* §. *rei, depos.* Excipitur pignoris genus quod olim dicebatur fiducia. Excipitur depositum datum ea lege, ut non idem, sed tantumdem reddatur, quod etiam notissimos egredi depositi terminos ait *l. Lucius, depos.* Est enim quasi promutuum: at mutuum dominium mutat, et inde nomen, et redditur ex hac causa, non eadem species, sed idem genus, id est, res ejusdem generis, ejusdem naturæ, ut est in Institut. Nec tamen hoc est satis: nam et reddi debet eadem quantitate, nec hoc satis, reddi enim debet eadem qualitate, bonitate, *l. 3. h. t. l. 1. §. 1. de obligat. et action.* Nec enim debet esse deteriore loco qui tibi beneficium dedit, quam si nihil dedisset. Si igitur nihil reddatur, donatio est; si idem genus reddatur, mutuum est, vel promutuum: si eadem species commodatum, depositum, vel precarium. Quid si aliud genus vel alia species? permutatio est quæ cadit etiam in eas res, quæ pondere, numero, mensura constant, ut si triticum pro vino detur, nummus asper pro vetere. Permutatio est enim si reddatur alia species, ut pro Sticho Pamphilus, et ex hac causa dominium invicem commutatur. Permutatio enim nihil aliud est, quam dominii mutatio, *l. 34. de aur. et arg. leg.* vel emptio venditio cum aliud genus datur, quod si reddatur aliud genus, et simul species eadem, locatio conductio est: redditur enim aliud genus, id est, pecunia et species eadem finita locatione: hic contractus dominium non mutat, quia usum non rem transfert in accipientem, *l. non solet, loc.* Venditio dominium transfert, secuta traditione, et recte d. l. ait, *non solet*: nam interdum dominium transfert: ut si conveniat non idem reddi, sed tantundem, quod mutui speciem habet, *l. in nave, loc.* Est et alius casus in *l. item si pactio*, §. *pen. eod. tit.* sed de promutuo plenius tractemus. Promutuum est quod habet instar mutui, et consistit hoc etiam tantum in quantitatibus, refunditque genus idem, non eandem speciem, ut si depono pecuniam ea lege ut non eadem reddatur, sed alia tanta, promutuum est: nam accedit ea res mutuo potius quam deposito, quandoquidem solet ex causa depositi idem reddi, non tantumdem. Depositum tamen est, habens quasi mutui legem, est enim cujusque initium spectandum et causa, *l. 8. mand. l. 1. §. quod si rem, et §. seq. depos.* Initium autem hæc res habuit deponendi, causam in mutuo. Beneficium dat qui mutuum dat, in deposito qui accepit: et hic etiam initio, qui pecuniam dedit, beneficium ab accipiente desiderabat, ut eam custodiret, erit igitur ex hac causa depositi actio: si volet qui dedit agere condictione veluti ex mutuo non prohibebitur, sed consultius erit agere depositi, quia in condictionibus usuræ non veniunt citra stipulationem, in judiciis bonæ fidei usuræ veniunt ex pacto in continenti facto, vel ex mora officio judicis sine stipulatione, *l. Lucius, inf. depos.* et ita si in locatione id agatur, ut non idem,

sed tantumdem reddatur, veluti argentum pro argento, aberrat hæc res locationis termino modoque, et vicem obtinet mutui: quod *d. l. in nave* significat, dum ait, *in creditum iri.* His enim verbis semper mutuum vel promutuum significatur, et alienatio ejus rei quæ traditur, ut in *h. l.* §. *mutui*, et aliis plerisque. Locatio non est alienatio, et tamen erit ex hoc negotio actio locati conducti: non denegabitur etiam postulanti condictio ut supra. Et similiter si fidem habeat venditor emptori de pretio, quasi mutuum, id est promutuum est, *l.* 3. §. *is autem*, *ad Macedon.* et erit actio ex vendito hoc nomine, vel si quis malit, condictio: sed quis hoc malit? Utilior enim est actio bonæ fidei ob usurarum incrementum. Item si mulier in dotem dedit pecuniam, incipit ea esse quasi apud maritum, et non eadem, sed alia tanta reddenda est, *l. res*, *de jur. dot.* repeti tamen poterit actione de dote, quia dos potius est habens quasi mutui legem, et ita in specie *leg. ex conducto*, §. *item cum quidam*, *loc.* Si ei cui locaveras, merces vehendas certa mercede, mercedem prorogavisti, et is munere vehendi nave amissa fungi non potuit, repetes ab eo vecturam, quam prorogasti, vel actione ex locato, vel condictione quasi ex mutuo: actione ex locato, ut in *l. Sed addes si quis cum, eod. tit. l.* 9. §. *Imperator*, *eod. tit.* vel condictione non indebiti: sed sine causa, quasi ex mutuo, ut in *l.* 2. *de condict. sine caus.* nam omnis prorogatio promutuum est, et ita etiam appellatur in *d.* §. *cum quidam*, Basilica interpretantur ἐν προχρεία, corrupte apud Harmenopulum, ἐν προχειρία, similiter in *d.* §. *si quis cum*, *prorogavit*, interpretantur, ἐν προχρεία δέδωκε, et eodem sensu Cæsar de bello civili: *publicanis imperavit sequentis anni vectigal promutuum*: quod ita paulo ante, *a publicanis sequentis anni pecuniam mutuam præcepit.* Tres sunt loci in jure in quibus hoc verbum invenitur: unus *in d.* §. *item quidam*; alter in *l. nomen* §. *ult. de legat.* 3 ubi his verbis *quod promutuo acceperam*, recte adjicitur et *debueram*: nam non omne quod accipitur promutuo et debetur ab eo qui accepit, ut vectura accepta promutuo, impleto munere vehendi non debetur: non impleto debetur. Quod mutuo accipitur semper debetur. Tertius locus in *l. Sticho* §. *servus*, *de statulib.* de servo qui pro conductoribus prædiorum vel villicis ponitur promutuum dedisse Titio, in antecessum forte dedisse pecuniam pro fructibus futuris, ut in *l. si tibi*, *C. de loc.* Ponitur aliquis prorogasse pecuniam pro colonis, et utroque loco Græci promutuum vel prorogationem, προχρεῖον interpretantur: mutuum dicitur simpliciter in *l.* 2. *C. de frumento urb. Constantinop.* qua ostenditur, pistoribus ex arca frumentaria nomine mutui pecuniam dari ad coemptionem frumenti, quod et ibidem Græci vocant προχρείας, nec habent aliud vocabulum quo exprimere hoc possint. Latini copiosiores: nam et prorogare dicunt, et promutuum vel promutuo dare, et in antecessum dare: et recte veteres glossæ *antecessum* προχρείαν interpretantur. Condictio igitur ob rem dati est ex promutuo: quid enim est aliud quod ob rem datur, quam prorogatio? Eadem est ratio condictionis sine causa: condictio quoque indebiti ex promutuo est: nam et indebiti solutio quasi mutui datio, *l.* 4. §. *is quoque, de obligat. et action.* nunc videamus cur mutuum et promutuum in his rebus tantum consistant, quæ pondere, etc. constant: et ratio ut intelligatur, notanda in primis regula juris, invito creditori aliud pro alio solvi non posse, ut pro tritico vinum pro toga stolam, pro Sticho Mævium. Aliud dicitur duobus modis: quid aliud est genere, aliud specie: utroque modo aliud accipimus, cum dicimus, aliud pro alio solvi non posse invito creditori: volenti constat posse: ut fit ex causa permutationis, et ita si convenerit pro pecunia oleum reddi, recte solvitur oleum, non aliter, *l. eo quod*, *C. si cert. pet. l.* 10. *l.* 16. *l.* 17. *C. de solut. l.* 1. §. *an aliud*, *inf. de constit. pecun. l. si non sortem* §. *incertum*, *inf. de condict. indeb. l. si ei nuptura*, *de jur. dot.* Nunc in ceteris rebus quæ pondere, numero, mensura non continentur, id est, in corporibus si mutuum consisteret, non posset solvere creditor debitori, quia solveret aliud pro alio: nam quod mutuum datur, reddi non debet in eadem specie, sed in alia, alioqui nulla esset mutatio, si eadem species redderetur; et mutuum a mutatione dicitur, quia res pro re datur, non poteris autem pro toga, quam accepisti mutuam (si quidem in his rebus mutuum admiseris) aliam togam reddere, quin aliud pro alio reddas. Aliud est, est specie alia toga, et multo minus pro toga poteris reddere jumentum, quoniam aliud est genere; magis autem est aliud, quod genere est aliud quam quod specie: ideo in his rebus mutuum non consistit: sed in his tantum quæ pondere, numero, mensura constat, quoniam potest tanta esse earum rerum invicem similitudo, ut non videatur alia differre ab alia, atque adeo qui pro aureis alios aureos ejusdem monetæ reddit, non videtur aliud pro alio solvere: certe aliud genere non solvit: quia quod solvit est idem genere cum eo quod accepit: solvit quidem revera aliud specie, si corpus spectes, sed non solvit aliud specie, si quantitatem spectes: eandem enim quantitatem solvit, atque ita omnes aurei non communi tantum genere, sed etiam communi specie continentur, *l. cum Stichus*, *de solut.* id est, non propria, sed promiscua: parem enim usum omnes aurei præstant, quia scilicet non corpus

in eis spectatur, sed quantitas, *l. si is qui nummos de solut.* et quantitas est qua mutuum datur non corpus. Porro par est quantitas quæ datur et quæ solvitur: ergo non solvit aliud pro alio, et hac ratione, in his tantum rebus mutuum consistit: nam res pro re redditur, nec tamen videtur aliud pro alio dari, quoniam similis est alia alii, *l. in nave, loc.* ubi similis, id est, τὸ ὡσαύτως ἔχον, non τὸ ὁμοίως ἔχον: similis enim est quantitate, non corpore: alias res quæ valent corpore non poteris mutare invicem, quin des aliud pro alio: demonstrabo et aliis exemplis: in his rebus, quæ pondere, numero, mensura constant non corpus spectari, sed quantitatem: si stipuler ex fundo vini amphoras tot, non speciem, aut corpus certum stipulari videor, sed quantitatem, et genus. Et ideo si natum hoc anno vinum ex eo fundo consumptum sit sine culpa promissoris, non extinguitur obligatio, et debetur quod nascetur sequenti anno: cum tamen si stipuler certum corpus, puta Stichum, et is manumittatur vel moriatur sine culpa promissoris, quæ manumissio morti comparatur, constet extingui obligationem, nec restitui, manumisso postea servo facto, *l. inter* §. *sacram*, *de verb. oblig. l. si mihi alienum, inf. de solut.* et eadem ratione si corpora ex stipulatione debentur, ut Stichus, et Pamphilus, et duo sint hæredes stipulatoris, ex æquis partibus divisio inter hæredes non fiet numero, sed in partes, id est, singulis hæredibus singulorum hominum dabimus partes: dimidia pro indiviso, non uni Stichum, alteri Pamphilum in solidum: sed si quantitas ex stipulatione debetur, puta vini amphoræ 100. divisio fiet numero, et singulis dabuntur 50. *l. cum Stichus de solut.* Similiter si domus legetur, nec ulla sit domus in hæreditate, inutile legatum est, *l. si domus* 71. *de leg.* 1. *inf.* si vero nummi, licet nulli sint in hæreditate, legentur, utile est legatum, *l.* 2. *de leg.* 2. quia corpora nummorum non videntur legata, sed quantitas, quæ utique aliis bonis inest. Corpora nummorum communi genere continentur, non specie, ut Pamphili, Stichi. Commune est genus, diversa species: et ideo qui Stichum pro Pamphilo dat, dare non videtur Pamphilum, quia aliam speciem dat. Quantitas etiam specie communi continetur, *d. l. cum Stichus*, et ideo qui pro aureo dat aureum, eundem aureum, eandem speciem dare videtur, quinimo potius reddere quam dare. Utriusque enim aurei plerumque eadem est quantitas, et generaliter rerum quæ pondere, numero, mensura constant natura hæc est, ut quod in eis genere est idem, et specie videatur idem, quod non ita accidit in corporibus: nam Stichus, Pamphilus genere est idem, specie non videtur idem: singula corpora propriam speciem retinent. Res quæ pondere, numero, mensura constant, propriam speciem habere non videntur, quia quantitas spectatur quæ in omnibus est eadem, non ipsum corpus, quod in omnibus non est idem. Et hoc est quod ait in §. *mutui: quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie*, id est, quia functione earum defungimur in genere, non in specie: nam magis, quod subintelligitur, ut Accurs. notat, θετικῶς accipitur. Hic igitur est sensus fungi nos iis rebus solvendo idem genus, non eandem speciem. Hic enim est ordo, et per eum significatio aperta, quia functionem recipiunt per solutionem in suo genere quam specie. Non ergo aliud genus solvimus, aliam speciem solvimus quæ tamen et ipsa eadem propemodum videtur esse, non alia: quantitas enim est eadem, et hæc res quantitate spectatur, et valet, non corpore: non videtur ergo aliud pro alio solvi: nam solvitur idem genus, ut pro tritico triticum eadem mensura, pro pecunia pecunia eodem numero, pro auro aurum eodem pondere in aliis rebus fungimur solvendo aliam speciem, vel aliud genus: si eandem speciem, commodatum est, vel depositum, vel precarium, vel pignus, vel dos: si aliam speciem aliudve genus, est permutatio. Functio harum et illarum rerum diversissima est: illæ quæ quantitate valent, ejusdem generis functionem et permutationem promiscuam recipiunt, *l. sed si certos*, *inf. de leg.* 1. et fungitur una vice alterius. Illæ quæ corpore valent, non recipiunt ejusdem generis functionem, nisi inter volentes, sed idem genus solvitur, quod est acceptum: non ergo aliud pro alio, quod etiam non possit secundum regulam juris, nisi volenti: et hac ratione etiam in mutuo non poteris aliud genus reddendo liberari, ut si pro pecunia triticum reddas, non liberaris, quia et argentum pro auro reddi non potest, sed si dati sunt aurei, aureos reddi oportet, nec cogitur creditor eos in aliam formam accipere, *l.* 99. *de solut.* Sed adjicio hunc modum, si damnum aliquod passurus sit: nam si sine suo incommodo poterit in aliam formam suos nummos accipere, non est ferendus si recuset solutionem: liberatur autem debitor reddendo aureos ejusdem generis, etiamsi postea diminuta sit eorum æstimatio, et vice versa non liberatur nisi aucta æstimatione totidem aureos reddat, quot accepit, *l.* 2. *C. de veter. numism. potest.* Et Plinius 33. *cap.* 3. quod iniquum videtur, nam quantitas mutata est: non igitur redditur eadem, imo redditur eadem, id est, eadem numero, in genere eodem, et hoc est satis, licet singulorum corporum quantitas non sit eadem solutionis, quæ contractus tempore. Quantitas duobus modis accipitur, uno quantitas uniuscujusque nummi, altero numerus, vel pondus, vel mensura: hæc spectatur magis quam

illa: ita pro vino vinum quoque redditur eadem qualitate et quantitate, licet pretium ejus vel diminutum, vel auctum sit, *l. vinum*, *h. t.* Et Accurs. in l. 3. Plinius loquitur de asse minuto: nam libralis sextantarius factus est id est ex singulis libralibus seni, ut Festus interpretatur: et ita dissolutum æs alienum quinque partibus lucrifactis. Consideremus modo quæ sint verba §. *mutui*: initio proponitur regula his verbis: *mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensura constant*, quæ sola quantitate valent, *quoniam earum datione possumus in creditum ire*, id est, hoc crediti genus contrahere quod mutuum dicitur, et ut plurimum generis nomen sibi vindicat quasi proprium, *quia in genere suo functionem*, etc. id est, quia eorum solutione fungimur in genere non in specie, atque ideo non videmur aliud pro alio solvere, quia eodem modo affectum est aliud alii: et quantitas quæ redditur, datæ, dum genus redditur eodem pondere, numero, mensura. Altera regula docet in ceteris rebus mutuum consistere his verbis: *Nam in ceteris rebus*, etc. Ubi recte Accursius, subesse locum a consequenti destructo, consequens esse, *quia in genere suo functionem*, etc. locus a consequenti alius est κατασκευαστικὸς alius ἀνασκευαστικὸς, et sententia Accursii hæc ἀνασκευαστικῶ ita comprobari posse, in rebus ceteris non consistere mutuum. Si in ceteris rebus consistere posset mutuum fungi possemus solutione earum in genere. At fungi non possumus solutione earum in genere, quia aliud pro alio solvi non potest, ergo in ceteris rebus mutuum non consistit: sublato consequenti tollitur antecedens. Igitur in hujus §. data regula, *mutui datio consistit in his rebus quæ pondere, numero, mensura constant, etc.* et subjectis quas dixi rationibus, apparet ineptos esse, qui in eo functionem, præstationem interpretantur, quique volunt hæc verba, *per solutionem*, supernatare, et simul de verbo *fungi* occasione capta in *l. pretia*, *ad leg. Falc. l. si servum*, *ad leg. Aquil. fingi* malunt, quam *fungi*, cum sit elegans locutio *pretio rerum fungi*, id est, fungi nos pretiis, quod est pretia facere nos, sive functionem pretiorum metiri, non ex affectu per utilitates singulorum, quinimo hæc esse adversa pretio æstimare, et affectu æstimare, *l. 36. de bon. libert.* sed communiter ex communi judicio populi, et æstimatione fori, et ineptus ille, qui fungi pretia interpretatur, res æstimari defunctorie. Sed transeamus modo ad quæstiones alias, quæ ad hæc institui ab interpretibus solent. Quæritur si æstimati sunt aurei qui crediti sunt assibus vel denariis, an pro eis asses reddi possint? sæpe summa aureorum quæ creditur in cautione, refertur ad rationem obviam. An vero, potest nihilominus creditor in auro sibi solvi jure postulare? minime, æstimatio electionem dat debitori non creditori, *l. plerumque §. ult. de jur. dot.* igitur eo casu debitor vel aureos reddere, vel in aliis nummis non reprobis, parem quantitatem promere debet, ut si acceptis nummis aureis cautione caverit se accepisse denarios vel contra, *l. quæ extrinsecus*, *de verb. oblig.* non reprobos reddi volo: nam reprobi non liberant nisi etiam retineantur ab eo qui accipit: reddere enim debet eos si liberationem debitori obtingere nolit, non retinere vel insumere, *l. eleganter §. qui reprobos de pign. act.* Rursum quæritur si certum auri pondus mutuo datum sit, utrum reddenda sit integra auri materia in massam coacta, an et pecunia numerata reddi possit? Certe constat, donato vel legato certo pondere auri, vel materiam vel æstimationem solvi, non favore donationis, ut voluit Accursius, vel favore ultimæ voluntatis, sed quia æstimatio videtur donata, vel legata, cum non sit designatum certum corpus: at in mutuo certum corpus intervenit: datur enim certa auri materia mutuo: igitur sicut pro nummis non potest reddi aurum, ita non pro auro nummi, nisi aliud actum sit, quia aliud genus redditur: dices eandem esse quantitatem, id est, tantidem esse nummos qui redduntur quanti fuit massa: dicam non esse eandem, quia numerus pro pondere redditur, non est autem eadem quantitas numerus, et pondus. Quæritur primo an mutuum contrahatur, dato grege ad numerum, ut totidem capita reddantur ejusdem qualitatis, vel dato pane certi ponderis, ut ejusdem ponderis alius panis reddatur æque bonus, vel dato libro forte papyraceo, quo exemplo utitur Accurs. in pondus: et putem esse mutuum Certe gregem Cajus adnumerat his quæ numero consistunt, si modo venierit ad numerum, *l. quod sæpe*, *§. in his*, *de contrah. empt.* et si pecunia numerata accipitur nonnunquam quasi corpus, non quasi quantitas, ac tum consistit in ea commodatum, non mutuum, cur non etiam corpus poterit quasi quantitas non quasi corpus accipi, ut consistat in eo mutuum? Quid igitur impediet, ut pane dato in pondus non eatur in creditum? Appendi solet panis, et libræ farris in 12. tabul. sunt panis libræ, ut farre convenire in manum, est farreo pane, auctore Ulpian. in Fragm. et illo quoque Persii loco:

Positum est algente catino
Durum olus, et populi cribro decussa farina.

Non sunt frumenti libræ: frumentum enim admetitur non appenditur, et in *l. lex Julia*, *§. illud*, *ad leg. Julia repetund.* male pro *adprehendendum*, quod est in Florentinis, Budæus legit, *approbandum*, et id loco suo restituere oportet hoc modo: *illud quoque cavetur ne in acceptum feratur opus publicum faciendum, approbandum, frumentum*

publico dandum, *præbendum sarta*, etc. quem ordinem confirmant, quæ mox sequuntur, *perfecta*, *probata*, *præstita*, etc. Verborum igitur illorum trajectio vulgaris est bona: putem, et datione carnis, et lignorum, et piscium mutuum contrahi posse: nam et hæc appendi solent, *l. cum de lanionis in princ. de instrum. leg. l. Cajus*, *de ann. legat.* Trebellius in Claudio: *ligni quotidiani pondo mille*: et de piscibus nominatim Varro 3. de re rustica: *Hirtium Cæsari duo millia murænarum dedisse in pondus* et Plinius *Hirtium Cæsari sex millia murænarum mutua appendisse: nam permutare quidem pretio noluisse, aliave merce.*

Ad §. 3. *Creditum*, §. 4. *Item mutuum*, §. 5. *In mutui*, *et* §. 6. *Verbis quoque.*

§. 3. ***Creditum ergo a mutuo eo differt, qua genus a specie: nam creditum consistit extra eas res, quæ pondere, numero, mensurave continentur: sicuti si eandem rem recepturi sumus, creditum est.***

§. 4. ***Item mutuum non potest esse nisi proficiscatur pecunia. Creditum autem fit interdum, etiamsi nihil proficiscatur; veluti si post nuptias dos promittatur.***

§. 5. ***In mutui autem datione oportet dominum esse dantem: nec obest quod filiusfamilias, et servus dantes peculiares nummos obligant: id enim tale est, quale si voluntate mea tu des pecuniam: nam mihi actio acquiritur, licet nummi mei non fuerint.***

§. 6. ***Verbis quoque credimus, quodam actu ad obligationem comparandam interposito, veluti stipulatione.***

Creditum definivit *l. 1.* mutuum, *l. 2.* ex utriusque definitione elicitur conclusio hæc in hoc §. *creditum ergo a mutuo differt, qua genus a specie.* Creditum quod ad tertiam partem tituli pertinet de reb. credit. si cert. pet. a mutuo, quod pertinet ad secundam, eo differt quod genus est, mutuum species. Creditum ergo genus est, mutuum species, quod et mox prolatis differentiis inter creditum et mutuum comprobat. *Creditum consistit extra eas res*, etc. creditum igitur est commodatum, depositum, pignus, et precarium, et dos: mutuum consistit in his tantum rebus quæ sub mensuram, pondus, numerumve cadunt, refunditque idem genus non eandem speciem: item mutuum non potest esse nisi pecunia proficiscatur: contrahitur enim re id est, datione, creditum fieri potest etiamsi nihil proficiscatur, veluti (inquit) si post nuptias dos promittatur, quæ verba sunt obscura. Græci hæc verba post nuptias sic accipiunt, post nuptias solutas, post divortium, sumpta specie ex *l. si divortio inf. de verbor. oblig.* si post divortium mulier, quæ nihil habet in dote, a viro stipuletur centum dotis nomine, quæ stipulatio utilis est, et hanc interpretationem ex Latinis Joannes sequitur, sed non congruit his verbis, si post nuptias dos promittatur: nam in ea specie dos non promittitur, sed 100. et quod additur dotis nomine, adjectio est supervacua, quia demonstratio rei satis demonstratæ frustra est, ut *l. 1. §. si quis uxori, de dot. præleg.* quæ nec in stipulatione, nec datione dotis est necessaria, *l. quia autem. de jur. dot.* Item hæc verba post nuptias nunquam sic accipiunt, post divortium. Post nuptias dotem dari posse Paulus in sententiis ait, id est, post nuptias contractas, quæ dotis datio mera donatio non est, et post nuptias pacta dotalia licere facere, *l. 1. si pater dotem §. 1. de pact. dotal.* et eodem sensu hoc loco, post nuptias dotem promitti posse. Præterea si his verbis, id quod Græci volunt, Paulus significare voluisset, quia dare ei animus fuit, etiam nulla re interveniente creditum fieri, adjecisset profecto, si post nuptias dos promittatur quæ data non est, nec omisisset quod est præcipuum: hoc tamen ipsum omisit. Ergo illud significare noluit. Prior Accursii interpretatio est verior, si post nuptias contractas mulier marito dotem promiserat, creditum fieri, creditorem maritum fieri, etiamsi nihil dederit, fecceritve vicissim: denique creditum fieri, etiamsi pecunia, vel res, vel factum nullum intervenerit, quod ita demonstro: si initio nuptiarum dos promittatur, ne dicas creditum fieri, et nihil proficisci, cum nuptiæ proficiscantur: si ante nuptias promittatur, hæc promissio futuri matrimonii tacitam conditionem habet, *l. dotis, de jur. dot.* non est igitur efficax, nisi proficiscantur nuptiæ: post nuptias si promittatur, efficax promissio est, licet tantum nuda promissio sit, quia nihil aliud proficiscitur: nec enim retrotrahitur ea promissio ad nuptiarum tempus, *l. 1. §. 1. de jur. dot.* et his verbis, *post nuptias*, hoc loco significatur nihil proficisci, et creditum tantum fieri ex stipulatione, qua ex re possit videri supervacuus §. *ult.* nisi velis, exemplo stipulationis docuisse Paulum etiam sine re creditum fieri, et post etiam subjunxisse generaliter, verbis quoque creditum fieri: et hoc quoque casu creditum fit actu: stipulatio est actus, non contractus proprie, ut mutuum, quia utrumque negotium μονόπλευρον, id est, ut ex quo uno tantum latere nascitur obligatio, *l. Labeo, inf. de verbor. signific. §. 1. Instilut. de auctor. tut.* Crediti igitur nomine non tantum contractus continetur, sed etiam actus, quem alienam fidem secuti instituimus. Sequitur: *ad obligationem comparandam*, puta ubi ex præcedenti actu non est.

comparata, ut si pacto subjiciatur stipulatio: subjicitur enim, ut quia ex pacto non est comparata, comparetur ex stipulatione. Et forsitan pactio satis est causæ ne sine re possis dicere stipulationem fieri: ad confirmandam aut corroborandam obligationem stipulatio interponitur, quæ mutuo adjicitur, scilicet si id agatur, ut duo contractus sint, duo credita, *l. certi*, §. *quoniam inf.* alioqui unus contractus est stipulatio, *l.* 3. §. *ult. l. contra. ad Maced. l. ult. de novat.* videlicet si facta sit ex continenti. Sed etsi post mutui dationem ex intervallo fiat stipulatio non novandi animo, duo contractus sunt, et superfluus non videtur posterior. Cicero in fin. orat. pro Roscio Comœdo: *Quæ stultitia fuit? Roscius qui ex jurisperitorum consilio, et auctoritate re stipularetur a Fannio diligenter, ut quod is exegisset a Fannio, dimidiam partem sibi dissolveret, si quidem sive cautione et repromissione nihilominus id Fannius societati deberet.* Sed non sunt propterea deridendi sapientes juris, quod jungant plerunque cautionibus abundantes cautiones. Hoc enim faciunt, ut si qua re forsitan vitientur, et irritæ fiant, hæ vel illæ supersint, quibus satis fit cautum nobis: et hoc est quod dicitur, abundantem cautionem prodesse, juri non nocere: quod additur, *veluti stipulatione*, exempli gratia, indicat et aliis modis creditum fieri, et recte fit etiam dictione dotis et jurejurando liberti. Postrema differentia inter creditum et mutuum hæc est: creditum esse, etiamsi dominium non mutetur: mutuum non fieri nisi dominium mutetur; et ideo dantem dominum esse oportere, quia si non sit dominus, non poterit dominum accipientem facere. Nec obstat, quod si servus aut filiusfamil. nummos peculiares crediderit, alienarit, condictionem domino acquirit in accipientem quamvis non dominicos, sed peculiares nummos acceperit. Separata enim est ratio dominica a ratione peculiari. Videtur eos dominus, vel pater dedisse, quia voluntate ejus dati sunt, cum dati sunt ab iis qui liberam habent peculii sui administrationem. Hoc enim necessario ponendum est, alioqui non alienarent, *l.* 18. *et* 19. *inf. de pignor. act. l. si quis hac lege, de rei vind. l.* 11. §. *si fugitivus inf.* et dati tantum non sui, sed peculiares. Sed benigne receptum est, ut et hoc modo mutuum contrahatur, sicut et hoc casu si voluntate mea suos nummos procurator dederit: nam mihi obligatio acquiritur in accipientem, licet meos nummos non acceperit, *l.* 9. §. *si nummos*, *l.* 15. *inf. h. t.* ratio hæc est: quia iniquum erat hoc casu servum aut filium mihi reputare nummos quos credidit, vel hoc casu debitorem forte meum qui mea voluntate pecuniam dedit alii, mihi reputare, aut non debitorem experiri in me mandati, et nullam tamen mihi esse in accipientem actionem.

Ad L. III.

Cum quid mutuum dederimus: etsi non cavimus ut æque bonum nobis reddatur: non licet debitori deteriorem rem, quæ ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum. Id autem agi intelligitur, ut ejusdem generis, et eadem bonitate solvatur, qua datum est.

Lex secunda docuit, mutuum eodem genere reddi oportere quo datum est: hæc etiam docet, eadem bonitate reddendum, et utrumque vel tacito intellectu agi, ut ejusdem generis eadem bonitate reddatur qua datum est. *Cum quid*, etc. ergo ejusdem naturæ, et substantiæ, id est, ejusdem generis rem reddi oportet, et eadem non quantitate tantum, sed etiam qualitate, ne loco deteriore sit qui mutuum dedit, quam si non dedisset: quod et in promutuo servatur, veluti in indebito soluto, *l. in summa* §. *in frumento*, *inf. de condict. indeb.* Sed quemadmodum si convenerit ut aliud genus redderetur, veluti pro pecunia triticum, conventio valet, *l. eo quod*, *C. si cert. pet.* ita si ex eodem genere deteriorem rem reddi convenerit, ut vinum novum pro vetere, vel etiam si deterius quoddam aliud genus, ut pro stanno plumbum eodem pondere, rata conventio est. Et similiter licet tacite id agatur ut eadem quantitas reddatur, valet tamen pactum tale, ut minor reddatur, quia hæc conventio mera est donatio: quæ ex donatione pecuniæ sumit effectum statim, *l. rogasti* §. 1. *inf. h. tit.* At vice versa si convenerit ut major quantitas reddatur, puta pro 10. 20. nulla nascitur obligatio: idemque, si ut res melior vel melius aliquod genus: proinde minui potest obligatio mutui donandi causa, quia ex datione ipsa donatio perficitur statim; augeri nulla ratione potest obligatio usquam: nam ultro quin possit res melior vel quantitas major reddi, non est dubium, *l. si is qui negotia*, §. *ult. mand.* qui pessimo frumento liberare se potuit, dat, Africum, sed volenti, non invito: nam certe ne melior quidem res invito solvitur recte, non pro vino novo vetus, ut Accursio placet, quia novo forsitan delectatur creditor magis, licet opinione omnium novum sit deterius, maxime in Italia et Græcia, ut nominatim Pomponius ait; hic deteriorem rem reddi a debitore qui reddit vinum novum pro vetere: nam et potui aptum non est, antequam imbuerit vetustatem, ut de Falerno et Surrentino, quæ duo in Italia sunt potissima, Galenus lib. de ἀντιδότοις, et Athenæus lib. 1. scribunt, non esse ea usui ante vigesimum vel trigesimum annum: et idem Athenæus in commendationem vini veteris hoc affert ex Pindaro αἴνει παλαιὸν, οἶνον, ἄνθεα δ' ὕμνων νεωτέρων. Idem fere iisdem ver-

bis scripsit Alexius, nisi quod posuit σφόδρα pro αἰνεῖ ut ἄτοπον τὸν μὲν οἶνον, ἐνδοκοῦμεν σφόδρα: quem locum alii interpretantur in hanc rem, si forte quæratur quid JC. tractat in *l. si quis vinum* §. *ult. et trib. seqq. inf. de trit. vin. et ole. leg.* quoto anno vinum sit vetus habendum, vino forte vetere legato: nam si vinum vetus legatum sit, aut ex usu testatoris legatum æstimari, et si non appareat quis fuerit usus testatoris, quidve is senserit, non tantum biennii, triennii, quadriennii, vel longioris ævi, sed etiam prioris omne vinum legatario deberi: denique pro vetere etiam accipi natum proximo anno: recte etiam utrunque forsitan veteres definivissent ex vasorum frequentiore usu novum quod esset in doliis, vetus quod in cados vel urnaria, vel in amphoras diffunderetur. Nam ut veterum morem paucis explicem, ex *l. vinum*, *inf. de vin. tritic. et l.* 1. §. *ult. inf. de peric. et comm. rei vendit.* Vinum quod collegerant omne conjiciebant statim in dolia, non ut in iis diutius esset, sed cum deferbuisset, id forte in cados aut amphoras diffunderent. Dolia enim quotannis evacuare solebant, et inde auctoribus vinum de dolio aut vinum doliare, id est, novum: vinum amphorarium, vinum diffusum, id est, vetus vinum. Ut quod in hac lege proponitur, pergamus exequi, maxime notandum censeo quod ait, in contrahendo, quod agitur pro cauto haberi, quod non in mutui tantum contractu locum obtinet, sed et in quolibet alio contractu. Nam generalis definitio est: in contractibus non tam quæri, quod cautum est, quam quod actum sit, *l. in conventionibus*, *inf. de verbor. signif.* et in stipulatione, ne quis eam separet hac in re a ceteris contractibus, idem nominatim proditum est in *l. triticum*, *de verb. oblig.* Verum huic regulæ opponi solet quasi contraria *l. quidquid*, *eod. t. quidquid adstringendæ obligationis est*, id est, quidquid obligat promissorem, et ut Græci vertunt, τὸ συμβαλλόμενον συγκάσει τῆς ἐνοχῆς, *quidquid constituit obligationem*, *id nisi palam verbis exprimitur*, *omissum intelligendum est*, *ac fere secundum promissorem interpretamur*: ut puta stipulatus es a Titio frumentum non adjecta qualitate, tu de optimo cogitasti, ille de pessimo, non constat de quo genere frumenti sit actum, quid fiet? Pro omissa habetur adjectio optimi quam omisisti, et pessimi frumenti solutione liberabitur promissor: et hoc ipsum est quod repetitur in *l. stipulatio* §. *in stipulatione*, *eod. tit.* in stipulationibus si non appareat quid actum sit, contra stipulatorem fieri interpretationem. Ergo definitio *l. quidquid* hæc est. Id quod palam verbis non exprimitur: pro cauto non habetur, nec ulla earum inter se pugna est: nam et hæc vera est: id quod agitur inter contrahentes, id est, quod volunt, sentiunt, intelligunt, quod convenit inter utrumque: nam tacito consensu convenire intelliguntur, pro cauto haberi. Et illa, *id quod palam*, *etc.* vid licet, si de eo etiam non appareat actum esse, quod palam verbis expressum non est: nam si appareat de eo actum esse, superior est hæc regula, *id quod agitur*, *etc.* hoc significari putant, eandem esse vim taciti et expressi: nam poterit tacitum pro expresso haberi, nec tamen eadem erit vis taciti et expressi: ut ecce, expressa pupillaris excludit matrem, *l. precibus*, *de impub. et aliis substit.* Ususfructus si legetur, tacite donec vivat legatarius, legari intelligitur: et tamen repetitum videtur si expresse legetur quoad vixerit, *l.* 2. *sup. quib. mod. ususfr. amit.* atque ita, qui dicit tacitum haberi pro expresso, non continuo etiam hoc dicit, eandem esse vim taciti et expressi: neque enim eadem est semper, quanquam in proposito facile admiserim, non esse majorem vim expressi: puta si nominatim convenerit, rem ejusdem generis reddi, tacite intelligemus eadem bonitate, pondere, mensura, numero eodem: ceteroquin tacito plerumque plus pollet expressum: est autem hæc regula, pro cauto haberi quod agitur, observanda perpetuo, nisi aliqua specialis vetet, ut in causa novationis, *l. ult. C. de novat.* et in causa duorum reorum, ut in Novell. 99. quæ etiam duæ constitutiones Justiniani perduræ esse videntur. Vetant enim nos sequi voluntatem tacitorum, et desiderant auctoritatem loquentium, quamvis res intelligatur, et sit contrahentium manifestissima voluntas: ut in verborum obligatione receptum est, non contrahi eam tacito consensu, nec præstationem inesse de qua actum est, nisi sit expresse. Ad hæc explicanda restant quæstiones duæ. Prima, an si reddatur eadem res ex templo, sive ex intervallo mutuum fuisse intelligatur, et si nominatim convenerit eandem rem reddi, an valeat conventio, et si valet, an nihilominus mutuum conflatum intelligatur. Sunt qui dicant re eadem reddita præsertim extemplo, id non fieri ex mutuo, sed dissolvi mutui contractum, incongruenter: nam si dissolvitur, ergo ex causa quæ fuit ante et nihil vetat eodem momento contrahi, et eandem rem reddi: quidni? ut Accurs. censuit recte initio *l. secund. sup.* nam etsi plerumque similis, non eadem res reddatur, malit forte nonnunquam reddi debitor eandem rem. Quod si de eo convenerit etiam nominatim, valet conventio nihilominus quam illa; aliud genus reddi: et quamvis ea conventione res assumat formam commodati, erit tamen, inspecto initio, mutuum, non commodatum habens in se quasi commodati legem: atque ideo non veniunt usuræ ex mora judicis officio, neque ex

conventione, si et de usuris convenerit citra stipulationem: et qui mecum una idem illud existimaverit, velim ne offendatur eo, quod videatur conventio illa eandem rem reddi, esse contra naturam mutui; neque enim certe est contra naturam mutui, quia palam rei usu non interdicit: commodato si addatur quasi mutui lex, idem genus reddi, non eandem speciem, non erit ea contra naturam commodati, nec mutabit contractus nomen. Et hic annecti velim, quid sit contra naturam contractus pacisci ex libro secundo Digestorum; quod genus pactionis sane nullum est §. *de illa*, *Inst. de societate.* Posterior quæstio ea est quam proponit Accurs. hoc loco: si tibi oblata pecunia dixero, tolle istam pecuniam, utrum sit mutuum, an donatio? et tentat is quidem esse mutuum ex *l. non ignorans*, *C. de donat.* sumpto hoc argumento: non est donatio, quia invitus nemo donat: ergo mutuum est, falsa collectio. Nam et si mutuum non sit, possit esse aliud, puta depositum, aut commodatum: hæc propositio quoque falsa, quia poterit non invitus dixisse. Sume istam pecuniam donandi animo: et poterit etiam quis idem referre contra in hunc modum: non est mutuum, quia invitus nemo mutuum dat: ergo donatio, idemque vitium reciproci est in ratione altera, qua tentat esse donationem, quod non sit dictum, ut esset mutuum; sed neque ducendæ conjecturæ via illa placet, quam aperit ex quantitate; ut si major quantitas non præsumatur esse donatio: nam cum donatio liberalitas sit, quæ cernitur in majori potius, quam in minori quantitate, cur non et in majori donationem præsumpserim, aut cur mutuum potius? Ergo respondendum est facti esse quæstionem non juris: si actum sit ut sit mutuum, vel donatio, vel depositum, vel commodatum, id haberi pro expresso, quod si non appareat, nihil actum esse, ut in *l. triticum*, *infr. de verb. obligat.* non jus deficere, sed probationem, aut præsumptionem ex verbis præcedentibus aut subsequentibus ductam præsumptionem.

Ad L. IV.

Si quis nec causam, nec propositum fœnerandi habuerit: et inempturus prædia desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine, antequam emisses, suscipere: atque ita creditor, qui necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam ut si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo ejus est qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit ut pretio uteretur, periculo suo rem habebit.

Priusquam aggrediar speciem h. l. in memoriam reducendum puto, mutuæ pecuniæ periculum, nisi aliud actum sit, ad debitorem pertinere, quia ad quem transit dominium, ad eundem redit periculum: mutui autem datione pecuniæ dominium in debitorem transit: ergo et periculum: suam cuique rem perire æquissimum est, et hoc est quod dicitur, *incendium ære alieno non liberat debitorem*, id est, etiamsi incendio amiserit debitor pecuniam creditam, aut bona sua omnia, non ideo minus tenetur: perit enim debitori pecunia quasi domino, non creditori: eademque ratione pecuniæ, aut rei depositæ periculum pertinet ad depositorem, non ad depositarium, quia depositor pecuniæ dominus, atque etiam possessor manet, si modo non perierit res depositarii dolo, aut lata culpa. Utrobique igitur eadem ratio facit in mutuo ut periculum sit accipientis, non dantis, in deposito ut sit dantis, non accipientis: quam contractuum differentiam Stephanus Græcus interpres demonstrat hac divisione, alia esse συναλλάγματα σαθρά alia ἰσχυρά, alios contractus, ut ita dicam, periculosos, alios validiores, et validiores quidem eos ex quib. certum est omnino debitum iri, ut mutuum, quod nulla clades, nullum infortunium, nulla calamitas infirmare mutui obligationem potest, sola lex hoc potest, veluti novarum tabularum, aut voluntas creditoris, et solutio debitoris: σαθρὰ ex quibus certum non est debitum iri, ut depositum, ex quo si res perierit casu majore, aut etiam culpa depositarii, nil debebitur. His etiam annumeratur mutuum conditionale, quia certum non est debitu iri, *l.* 10. *h. t.* si enim defecerit conditio, nil debebitur ex mutuo; ut si forte deposita sit pecunia pure, credita sub conditione, quæ perierit ante conditionem, si quidem creditor deponendi et credendi auctor fuerit, neque ut deposita, neque ut mutua debebitur: et hoc etiam non omittendum videtur, ut explicem aptius antequam speciem ponam, si permissu meo deposita pecunia depositarius utatur, utrum sit depositum, an mutuum, quod magni interest scire, propterea quod in deposito veniunt usuræ ex mora, officio judicis, atque etiam ante moram ex pacto facto incontinenti, quæ non veniunt in mutuo citra stipulationem: et in hac quæstione intuendum diligenter quemadmodum, et a quibus res gesta sit omnis: nam si neque te rogante mutuam pecuniam, neque me offerente, vel solito fœnerari, deposui apud te pecuniam addita lege, ut pecunia deposita liceat uti tibi, vel tacite hoc modo, ut tantumdem redderes, depositum est, et debentur usuræ ex pacto vel mora, *l. Lucius et seq.* §. *ult. l. Publia*, §. 1. *l. si sacculum* §. 1. *depos.* quia tamen ea lex ad mutuum accedit, periculum erit depositarii, non depositoris, quoniam id agi intelligitur, atque ita partem capiet hic contractus ex deposito, partem ex mutuo. Sed si te rogante, aut me offerente pecuniam mutuam et so-

lito fœnerari, ego eam pecuniam deposui apud te, et permisi tibi uti mutui nomine: distinguendum est hoc modo; aut ab initio tibi permisi, aut postea. Si postea, statim et antequam pecuniam attigeris, depositum esse desinit, et incipit esse mutuum, quia statim mutatur possessionis causa. Ceterum non possidebas quidem tu, sed eras in possessione corporaliter, nunc incipis possidere animo et opinione domini, *l.* 9. § *ult. h. t.* neque corpore nudo poteras acquirere possessionem, neque animo solo, nunc corpore accedit animus. Possessionem igitur acquiris simul et dominium, atque ideo etiam periculum, quod tuum non erat ante, nunc incipit esse tuum; neque vero exigitur ut re posita in conspectu tibi permittatur ea uti. Satis enim est, quod ea res apud te est: nec moveor *l. ejus rei et seq. sup. de rei vind.* quæ rei dominium ajunt transire ad eum cum quo actum est in rem, statim atque litis æstimationem prestiterit, si modo res præsens sit. Nec enim his verbis si res præsens sit, ut sit in conspectu, sed ut sit in potestate res, ut possideatur a reo. Nil etiam moveor *l. quod meo* §. *si venditorem, inf. de acquir. possess.* nam de eo loquor qui rem tenet: ibi rem non tenebatis quem ait oculis possessionem acquirere: manibus, vel pedibus, vel oculis acquiritur ab eo qui rem non tenet, adhibito animo, affectione, voluntate possidendi. Ab eo qui rem tenet acquiritur etiam statim nuda domini voluntate, licet neque rem cernat, neque pedib. attingat, neque manibus. Sed transeamus ad alteram distinctionis partem. Si non postea, sed ab initio cum deponerem, tibi uti permisero si voles mutuæ nomine, interim est depositum, non est mutuum, quia mutuo conditio hæc est apposita, *si voles:* igitur ante conditionem, id est, antequam volueris et attigeris, non est vere mutuum, *l.* 10. *h. t.* quia certum non est debitu iri: ex mutuo puro debitu iri certum est, ex conditionali non item: hoc periculosius est, illud firmius, validiusque. Itaque re ita gesta depono hanc pecuniam apud te, ut tamen quandoque utare ea si voles quasi credita. Vere dicam, duos esse contractus, depositum purum quod resolvitur sub conditione, si is qui suscepit, voluerit esse mutuum, et mutuum conditionale, at vero utrumque dicam esse periculosum: mutuum omnino: quod quæ pendent ex conditione, lubrica et periculosa sunt: depositum non omnino: quod ut liqueat, ponam speciem *h. l.* Finge, cum esses prædia empturus, rogasti me mutuam pecuniam: sed eam accipere noluisti, antequam emisses. Ego ne tibi deessem, cum mihi per negotia non liceret expectare dum emisses, coactus proficisci, deposui eam apud te, ut cum emisses uteretis ea quasi credita. Depositum est purum, mutuum conditionale, si emisses et si voluisses uti. Interim res periit, antequam utereris vigente adhuc deposito. Quæritur tibi perierit, an mihi? et respondet Ulp hoc depositum periculo depositarii esse, et recte hoc: quia regulariter depositum est periculo domini; in quo scilicet nulla utilitas depositarii vertitur, sed hoc de quo agitur, quod scilicet prope mutuum accedit, quod immixtam habet mutui causam quod fit depositarii gratia: ut quandoque deposita pecunia utatur quasi credita, hoc, inquam, depositum est periculo depositarii: deponendi causa est mutuum, quod rogavit, hæc facit periculum depositarii, etiamsi nondum pecunia dum periit, transierit in mutui causam, vel obligationem, et periculum quidem, ut in mutuo, omne etiam incendii et fortuiti casus, ut Joannes sensit recte. Nam et plerumque periculum de casu fortuito dicitur, sed et complectitur omne pereundi genus, et inde nomen, nimirum a pereundo periculum: et non absimili allusione in *l. itaque, de furt.* qui non habet quod perdat, ejus periculo nihil est, sive igitur latrocinio pecunia perierit, sive furto, depositario perierit. Latrocinium est casus fortuitus, quia vis major est, quæ repelli aut provideri vix potest, furtum culpæ adscribitur *l. cum duob.* §. *damna, pro soc. l.* 4. *sup. naut. caup. stab.* nam diligentissimo patrifamil. nunquam quidquam furto subripitur, ut non absque ratione etiam hodie quibusdam regionibus, quibus si non est, fuerit fors tan olim gens ignava et desidiosa, domino rei furtivæ condictio non sit, sed cadit in publicum: domini enim negligentia replectitur, furis maleficium corporali pœna: ut autem in specie proposita depositum periculo ejus sit qui suscepit, exigit Ulpian. ut qui dedit, nec causam, nec propositum habuerit fœnerandi, et consequenter nec deponendi nec fœnerandi causa propositum, ut si non fuerit rogatus hac voluntate ut pecuniam fœnori occuparet: causam, ut si non fuerit abundans pecuniarum, vel si non hujus instituti ut soleat fœnerari, veluti mensarius quidam: nam si ipse auctor fuerit fœnerandi, atque ita pecuniam deposuerit apud te, ut cum usus esset mea, uterere quasi credita sub usuris, quia hoc casu utilitas ejus principaliter vertitur, depositum periculo ejus est, non depositarii, quod liquido comprobatur ex comparatione alterius casus, quem facit Ulp. his verbis: *Nam et qui utendam*, etc. nec enim hoc est indistincte verum. sed ita verum si is qui rem vendendam accepit ut pretio uteretur mutui nomine, periculo suo rem habebit si ipse rogaverit me pecuniam mutuam, cum ego vendendæ rei animum non haberem: nam si rem venalem habuerim, res mihi certe, non illi peribit, *l.* 11. *h. t.* quæ distinctio valet in hoc casu, valet et illo cum quo comparatur. Et latior quidem explicatio

l. 11. hæc est: rogasti me mutuam pecuniam, ego cum mutuam non haberem in manu, dedi tibi lancem argenteam, id est, scutellam, inquit Accurs. vellem dixisset, discum, Gallice *un plat*, a Græco πλάστιγξ. Dedi, inquam, tibi lancem ut eam venderes, et pecunia redacta utereris crediti nomine. *Si vendideris*, inquit Ulpian. *puto pecuniam mutuam factam, si vendideris*, addendum ex *l. rogasti, inf. de præscript. verb.* ac nummos acceperis et retinueris in mutui causam: nam si non vendideris, vel si vendideris, pecuniam autem non acceperis mutuam, non est mutuum, sed est alius quidam contractus sine nomine, ex quo dabitur actio præscript. verb. *quasi*, inquit *negotio quodam gesto proprii contractus*: non est igitur mutuum vel negotium proprio aliquo nomine præditum, sed negotium quoddam, id est, sui cujusdam generis, quod non magis concipi quam exprimi potest nomine carens. Sed si vendideris, et pecuniam acceperis utendi causa, *puto*, inquit Ulpianus, *mutuam pecuniam factam*. Opinio hæc est, non sententia Ulpiani qui putare se dicit, non scire: nam res non caret dubitatione, quandoquidem hoc genere alia res mutua fit quam quæ data est, et mutuum fit pacto, non re, et quæ mutua fuit pecunia nunquam fuit dantis, qua ratione etiam Africanus negabat mutuam pecuniam fieri, *l. qui negotia, inf. mand.* et tamen quia id dum agitur ut mutua fiat, et hoc tacite agitur ut periculo fit accipientis, quod pacto fieri potest: tacite quod actum est valebit expressum, quod cautum est, non valebit: qua de discordia Ulp. et Africani, memini me scribere 8. observationum. Constat vero periculum pecuniæ pertinere ad eum qui rem vendendam accipit, de rei periculo nihil Africanus scripsit, si antequam venderet res perierit, quod hic Ulp. explicat hac distinctione, ut si rem venalem habui, si eram venditurus etiam si me non rogasses mutuam pecuniam, et perierit sine tua culpa, id est, casu fortuito, ut Joannes interpretatur recte, sane mihi perit, quemadmodum si alii vendendam dedissem, maxime in æstimatam, non usuro pecunia ex venditione, redacta, sed si non fui hoc proposito ut venderem, sed hæc causa fuit venum exponendæ rei, ut tu pecunia utereris quasi mutua, tibi peribit, maxime si sine usuris credidero: nam si sub usuris, quia in hoc negotio utriusque utilitas vertitur, me potius damnum fatale continget.

Ad §. 1. *Res pignori, et* §. 2. *Ea quæ.*

§. 1. *Res pignori data pecunia soluta condici potest: et fructus ex injusta causa percepti, condicendi sunt. Nam et si colonus post lustrum completum fructus perceperit, condici eos constat ita demum, si non ex voluntate domini percepti sunt: nam si ex voluntate domini, proculdubio cessat condictio.*

§. 2. *Ea quæ vi fluminum importata sunt, condici possunt.*

Regula juris est: neminem rem suam condicere, nisi furi, cujus ratio hæc, quia formula condictionis hæc est, *Si paret dare oportere*, et dare est dominum facere: at res quæ jam est mea, magis mea fieri non potest, *l. et an eandem* §. *pen. inf. de except. rei judic.* igitur recte non ago rem meam mihi dari oportere, sicut recte etiam non stipulor rem meam mihi dari oportere, tradi reddi, restitui, ut stipulor, ita ago recte veluti ex stipulatu, si stipulatus sim rem meam mihi tradi, vel depositi, vel commodati, vel pignoratitia actione: iis enim actionibus possessionem naturalem revoco, *l. videamus* 2. §. *si possessionem inf. de usur.* Pignoratitia, possessionem naturalem in qua est creditor. Depositi vel commodati, possessionem naturalem in qua est depositarius vel commodatarius: denique non dari mihi iis actionibus intendo, sed reddi: cur autem receptum est ut furi dominus rem suam condicere possit, ac si non esset sua, ac etiam stipulari eandem de ipso adjecta tantum causa hoc modo, quam rem ex causa conditionis te mihi dare oportet dabis? et redditur hæc ratio in §. *sic itaque*, *Inst. de act.* odio furis, quo magis pluribus actionibus teneatur, effectum esse, ut extra actionem furti pœnalem rei recipiendæ nomine fures teneantur, non tantum rei vindicatione et actione ad exhibendum, sed et condictione: quæ ratio mihi obscura videtur, quoniam apte non explicat quantum in eo sit odii vel incommodi adversus fures si pluribus actionibus teneantur: nec enim ullum subesse videtur cum ex tribus actionibus quæ rem persequuntur vindicatione, ad exhibendum, condictitia, una eligenda sit, et unius electione consumantur aliæ. Sed animadverti odium omne consistere in condictione, quia vindicatione et exhibitoria non tenentur ut fures, sed ut possessores quilibet, vel qui dolo desierint possidere, *l.* 12. *Cod. de furt.* Condictione tenentur proprie ut fures, et ideo si res perempta sit, in eo non distinguitur fuerit res apud dominum peritura nec ne, sicut in actione quod metus causa, et interdicto unde vi, et quod vi aut clam, *l. si cum exceptione* §. *quatenus*, *quod metus causa*, quæ tamen distinctio in aliis actionibus admittitur, et ob id magis oneratur illis reus. Verum cum hac definitione, dominum non condicere rem suam nisi furi, pugnare videtur quod ait hoc loco Ulpian. debitorem soluta omni pecunia rem pignori datam condicere creditori: rem ergo suam: nam nisi contracta sit fiducia, rei pignoratæ dominium apud

debitorem manet, nec transit in creditorem, *l. cum et sortis* §. *ult. de pignorat. act.* et eam ob rem pignus distrahit tutor recte sine decreto, quia in dominio pupilli non est, *l.* 5. *si fundus pupillo*, *de rebus eor. qui sub tut.* nec vero loquitur Ulpian. de condictione possessionis quod Accurs. tentat, quia incerti condictio hæc est, *l. qui exceptione* §. *si is, de condict. indeb.* cum sit possessio ex his quæ tangi non possunt, quæ Philosophi quidam κενὰ, nos incertas et incorporales dicimus, sed loquitur de condictione certi secundum titulum de rebus creditis; si certum petetur, id est, de condictione certi, et de condictione, id est, de mutuo: utraque est certi, hæc specialis, illa generalis: nam et non tantum de rebus creditis est, sed etiam de obligationibus, quæ ex maleficio nascuntur, *l. certi*, *h. t.* nil autem hic de mutuo: ergo condictio de qua hic agitur, est certi condictio generalis, qua dicit debitorem condicere rem pignori datam post solutam pecuniam, et fructus pignoris: ergo rem suam, quod pugnare videtur cum superiore definitione: quid dicemus? Videamus an verum sit, soli furi nos condicere rem nostram, an non et prædoni? sic sane *l.* 1. §. *ult. de cond. tritic.* nam et hic fur improbior et atrocior est. An non etiam uxori vel marito qui res amoverit in matrimonio divortii causa? sic videtur: nam rerum amotarum competit actio, si divortii causa amoverit, quæ condictio est, *l.* 26. *rer. amot. Rerum*, inquit, *amotarum actio condictio est*, ad quæ verba Acc. duplicem adfert interpretationem, quarum neutram probo. Prima est rerum amotarum actio condictio est, id est, actio in personam, quæ non idonea: nam si actio in personam est, non ideo condictio: ut actio depositi est in personam: non ideo condictio quia non dari sed reddi oportere intendit, nemo hoc ipso quæ depositum suscepit condictione obligatur, *l. si quis inficiatus* §. *ult. depos.* Posterior hæc, rerum amotarum actio condictio est, id est, naturam habet condictionis, quia non infamat: hoc perinde est, ac si diceret rerum amotarum actio non est condictio, sed imitatur condictionem, et lex tamen esse ait, et vere etiam est, quia intendit etiam dominus per eam rem dari sibi oportere. Quod si in matrimonio conjux res amoverit conjugi qui dominus est, condictio ex injusta causa competit, vel etiam ex eadem causa condictio certi generalis: nam ubi est alia condictio ex qua certum petatur, et hæc est. Sed et cum non est alia, hæc non deficit, ut in mutuo et in stipulatione certa, ex quibus causis hæc sola suppetit actio, *l.* 6. §. *ult. l.* 17. §. *pen. l.* 24. 25. *rer. amot.* et his quidem actionibus rem suam uxori maritove condicit: quid ita? quia et si non furatum eum omnino dicit in honorem matrimonii, sed amovisse, lenitate verbi tristitiam rei mitigante; demitur enim actioni atrocitas verborum, tamen in veritate furtum est, *l.* 29. *eod.* an non etiam depositario condicimus rem nostram si inficietur? sic sane, quia inficiatio prope furtum est, *l. inficiando*, *in pr. de furt.* et ita proditum nominatim in *l. si quis inficiatus* §. *ult. depos.* competere etiam condictionem depositæ pecuniæ nomine, sed non antequam id dolo admisisset: id autem est inficiatio de qua dixit ante, non igitur antequam dolo inficiatus sit: quod cum ita sit, condicemus etiam pari ratione creditori pignus, quod solutione pecuniæ finitum est, si dolo malo reposcenti domino inficietur, nec velit pignus reddere: quia proximus furi est, et ita accipiendum quod ait Ulpian. hoc loco, condici rem pignoratam, creditori scilicet inficiatori: multo magis retinenti rem celandi animo, *l. si quis uxori* §. *cum credit. de furt.* His gradibus fecimus acervum ut audere jam liceat amplius et generaliter concludere, cuilibet ex injusta causa possidenti dominum rem suam condicere posse, *l.* 6. *de condict. ob turp. caus.* Paulatim crescunt sententiæ juris, *l. fideicommiss.* §. *si rem suam*, *de leg.* 3. Ut ecce constitutum fuit primum, ut bonorum maternorum proprietas non acquireretur patri, deinde ut nec bonorum materni generis, tum ut nec eorum quæ ex matrimonio obvenerunt, post ut nec venientium ex sponsalibus, et ad extremum, ut nec ullorum adventitiorum. Item constitit primum eum qui possidet civiliter teneri in rem, et ad exhibendum. Deinde, eum etiam qui possideret naturaliter tum etiam, eum qui non possideret, sed esset in possessione: ad extremum, etiam eum qui nec possideret, nec esset in possessione, si modo restituendæ rei haberet facultatem. Poni ita etiam exemplum potest in beneficio divisionis. Item aliud in cognatis paulatim vocatis in jus legitimum, secundus gradus primum, deinde tertius, *l. ult. C. de leg. hæred.* et ad extremum, omnes: et ita paulatim condictio quæ domino data erat adversus furem, data est adversus quemlibet ex injusta causa possidentem, id est, furi proximum. Sequitur *et fructus, etc.* conjunctim hæc legi velim, quia loquitur de fructibus rei pignoratæ perceptis post solutum pignus: nam ante ex justa causa percipiuntur si gratuita pecunia debitor utatur, *l. cum debitor, ex quib. caus. pig. contr.* et possunt tantum hoc ordine vel sensu hæc verba accipi, ut condicantur ex justa causa, ex qua etiam datur condictio certi generalis, *l. certi*, *inf. l.* 17. §. *pen. rer. amot.* ex qua etiam res condicitur, si res, et fructus igitur: et similiter additur, fructus invito domino a colono perceptos post finitam conductionem

condici posse, quia scilicet et colonus furtum earum facit, *l. inficiando §. ult. de furt.* invito domino, id est, vetante: nam taciturnitas voluntatem imitatur, et ideo si tacente domino fruitur colonus post impletum tempus conductionis, veluti post quinquennium, fructuum condictio cessat, et licet videatur colonus non reconduxisse in quinquennium, videtur tamen reconduxisse in annum, eisdem pensionibus, et pignoribus, sed non isdem fidejussoribus: et si post eum annum rursus taceat dominus, in alium annum, et sic deinceps, et hoc est in rusticis prædiis, quorum reditus annui sunt: nam in urbanis non videtur inquilinus, reconduxisse in annum, sed prout habitaverit, ita obligatur, *l. item quæritur §. ult. et l. seq. l.* 16. *C. eod.* et ait, post lustrum; id est, quinquennium quoniam plerumque in quinquennium privati prædia sua locare solebant, quod lex *per collusionem, de action. empt.* et multi loci indicant in tit. *loc.* in quo ea ratione locare in plures annos, id est, in plures quam quinquennium, *l. si in lege §. ult. l. si fundum, l. cum in plures.* Siculus Flaccus *de limit. constit.* alii per singula lustra locare soliti per mancipes reditus principis alii in plures annos et Novell. 120. Ecclesiæ C. P. permittitur prædia locare in plures annos, quæ aliæ locant in quinquennium, tam privati quam Ecclesiæ, exemplo Censorum, qui publica locabant in quinquennium, ut Varro scribit 5. de ling. Lat. et indicat *l. qui quatuor §. qui hortos, inf. de leg. 3. l. 3. §. cum quinquennium, de jur. fisci, l. 7. C. loc.* quod et Consules observabant, quandoque deficientibus Censoribus. Ovid. de Ponto de officio Consulis:

Nunc longi reditus hastæ supponere lustri.
Cernet et exacta cuncta locare fide.

Et de consulatu 5. Pomponii:

Aut populi reditus positam componet ad hastam.

Quod autem ait Ulp. in fine, ea quæ vi fluminis importata sunt, ut si ratis mea vi fluminis in tuum fundum delata sit, condici posse, eandem rationem habet quam inesse superioribus dixi, si inficietur ea, nec velit reposcenti reddere: nam et hic ex injusta causa possidet, et furi est similis.

Ad L. V.

Quod te mihi dare oporteat, si postea perierit quam per te factum erit quominus id mihi dares: tuum fore id detrimentum constat. Sed cum quæritur an per te factum sit, animadverti debebit non solum si in potestate tua fuerit id, necne: aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit, necne: sed etiamsi aliqua justa causa sit propter quam intelligere deberes, te dare oportere.

Regulam hanc proponit Pomponius initio l. Quod ex causa condictionis debetur si pereat post moram aut culpam commissam a debitore, debitori perire, id est, perinde debitorem teneri ac si non periisset, et condemnari in æstimationem, et consequenter si pereat ante culpam commissam liberari eum. His verbis *per te factum erit*, non mora tantum significatur, sed et culpa omnis, ut si occiderit, *l. si ex legati, l. si servum §. sequi, de verbor. obl. l. moræ §. ult. de usur.* si manumiserit, si in sacrum dedicarit, si fefellerit ad diem: et quia ait si perierit, pertinet igitur hæc regula ad certi condictionem generalem, non ad condictionem ex mutuo: nam quod ex causa mutui debetur, perire non potest: idem vero est, si deterius factum sit: et ait, quod te dare, et ab eodem Pompon. porrigitur etiam ad actionem in personam, qua non dari intenditur, sed reddi oportere, *l. si in Asia §. ult. depos.* Sic igitur dicamus: quod te mihi dare aut facere oporteat, si postea quam tua culpa intervenit perierit, vel deterius factum sit, tuum esse detrimentum: nam faciendi verbo etiam reddendi causa continetur, ut Pompon. eod. lib. scripsit, *l. faciendi, de verb. sign.* et verbum *constat*, quo utitur hoc loco, ostendit esse regulam, quo utuntur verbo Jurisconsulti in regulis, aut iure certo demonstrando, et proprium est verbum Jurisconsultorum, ut vel Cicero indicat pro Flacco, *retulit ad Jurisconsultos, constabat inter omnes*, etc. et ad Trebatium Jurisconsultum *constat inter omnes, neminem te uno Samarobrinæ peritiorem esse.* Et dicitur etiam hæc regula Constitutio veterum, id est, regula juris antiqui, *l. servum §. sequitur, et §. nunc videndum, et §. ult. de verb. obligat.* mora autem vel culpa quæ sit, facile est definire, sed quando per singulas species, quando videatur quis moram vel culpam commisisse, id est, quando videatur per eum stetisse quo minus daret, difficile est: quoniam certum hoc et definitum non est, sed arbitrarium, id est, totum hoc ex bono et æquo judex arbitratur. *l. mora, de usur.* et hoc est quod sequitur in *h. l.* Sed cum quæritur an per te factum sit, animadverti debebit, a judice scilicet, *non solum, etc.* Docet autem hoc inter cetera considerandum esse a judice, an in potestate tua fuerit, id quod te dare oporteat nec ne: nam si id in potestate tua fuit, id est, si possedisti, interpellatus cum spatio aliquo quo dare potuisti, et non dedisti, vel etiamsi id dolo malo desiisti possidere, quia dolus pro possessione est, moram aut culpam fecisse videris. Si non fuit in tua potestate, aut dolo malo non fecisti quominus esset, moram fecisse

non videris. Itaque his verbis, in potestate fuerit dare illud, subintelligitur, et interpellatus dederis, quod male ab aliis notatur quasi omissum, et exemplum est moræ. Cetera exempla sunt culpæ, ut quod sequitur, considerare etiam debere judicem, an aliqua causa justa sit, ob quam intelligere debuisti te dare oportere, ut si fundum sub pœnam debuisti in diem vel conditionem, et venerit dies vel conditio: nam ubi dies venit, statim intelligere debuisti etiam sine interpellatione te dare oportere: ex die ipso culpam contrahit debitor, atque ob id pœnalem aut usurariam stipulationem committit, *l. magnam, C. de contrah. stipul. l. 1. C. de jur. emphyt. l. si fundus §. ult. de leg. commiss. l. pecuniæ* §. 1. *de usur.* et ut Græci hunc locum interpretantur rectissime, periculo, et detrimento ejus est id quod debetur. Verum id etiam hæc culpa non respondentis ad diem non facit ut usuræ debeantur officio judicis, quia non est mora: mora enim non fit ex die, sed ex interpellatione; interpellatio est quæ moram creat, si interpellanti, petenti litem contestari non detur, et hoc est quod ait, *l. cum quidam §. ex locato, de usur.* eum qui tardius, id est, qui non sua die infert pensionem locationis, non nisi ex mora, id est, ex interpellatione usuras debere, nisi quo tardius solveret, usuras promiserit: nam stipulatio ut pactio usurarum, quamvis debitor non interpelletur, id est, *πρὸ ὑπερθέσεως*, ut Græci interpretantur, committitur, *d. l. pecuniæ* §. 1. sicut stipulatio pœnalis committitur ante moram, *d. l. magnam*, quia id actum videtur inter contrahentes ut qui falleret ad constitutam diem, incideret statim in pœnam, vel impendium usurarum: et eadem ratione hoc etiam casu oblatio postea facta non liberat usuris, vel pœna quæ jam commissa est, *l. trajectitiæ, de oblig. et action.* Sed ideo non constituemus, protinus moram fieri ex die sola, vel diem interpellare pro homine: alioqui ex eo solo venirent usuræ in judiciis, etiam bonæ fidei, quæ tamen non veniunt, antequam reus fuerit interpellatus, ex die culpa aliqua contrahitur, ex interpellatione, mora: inter quæ hoc interest, quod oblatione postea facta culpa alia non emendatur, ut dixi: oblatione postea facta, species hæc culpæ emendatur, *l. si servum §. sequitur, l. interdum §. ult. de verbor. obl.* Quæstio enim de mora est de bono et æquo, æquum autem et bonum est indulgeri emendationem pœnitenti. Quæstio de occiso, aut de pœna commissa est de rigore juris: falsum igitur est quod vulgo jactatur, diem interpellare pro homine: nam si interpellat, et moram creat: atqui non creat, ergo nec interpellat. Quid mora? improba dilatio ejus qui opportune interpellatus de re aut pecunia, cujus nomine in eum actio est, non satisfacit, vel qui quod etiam opportune offertur, non accipit: aut brevius, mora est culpa non respondentis ad conventionem opportunam creditoris, vel debitoris. Dilatio improba *l. sciendum, de usur.* id est, malæ fidei, qua ratione improbus in jure, id est, morator, et frustrator: nam quæ fit bona fide, et justa ex causa, non est mora, ut si interpellatus debitor, exceptionem pacti alleget: recte enim allegatur, et contestatur exceptio extra judicium in modum querelæ, *l. 8. l. 9. C. de non num. pecun. l. ult. C. de cond. ex lege*: vel etiam adhibendo amicos expediendi debiti causa, id est, ut pro se solvant, aut fidejussoribus rogandis, id est, ut pro se fidejubeant, creditori nonnunquam satisfit, fidejussore dato, *l. si rem §. omnis de pignorat. act.* nimis longe vel obscuræ Accurs. in *d. l. sciendum, fidejussoribus rogandis*, id est, ut intersint solutioni qua liberantur, vel ut fidejubeant apud secundum creditorem, cujus pecunia dimittitur primus, vel ut fidejubeant cum debitor promiserat satisdare, *d. l. si servum §. sequitur, gloss. in l. fundum Corn. inf. de novat. Conventionem*, id est, interpellationem *opportunam*, id est, quæ fit congruo loco et tempore, *l. mora, de usur. l. cum filius §. ult. de verb. oblig. l. si soluturis, de solut. Creditoris, vel debitoris*: quia non tantum mora est, si debitor interpellatus dare, non dederit sed etsi creditor interpellatus accipere, non acceperit. Definitio interpellationem exigit: nam et hæc regula juris est, moram fieri non ex re, sed ex persona, id est, non re ipsa sine interpellatione, sed interpellatione personæ ipsius creditoris, vel debitoris, *l. mora, de usur.* et quæ fit ex persona tantum, fit etiam ex re, *l. videamus 2. in princ. eod.* sed non contra: fit nonnunquam ex re, regulariter ex persona. Definitio complecti debet quod fit regulariter, id est, quod fit plerumque, non quod perraro: imo moræ etiam quæ fit ex re, inest quædam interpellatio, aut certo non est proprie mora, ut ecce, si non sit qui interpelletur, publica contestatio pro interpellatione est, *l. 2. de naut. fœn.* et furem, prædonem, abactorem conscientia sceleris tacite interpellat, imo plusquam moratorem facit, *l. pen. de vi et vi arm. l. ult. de condict. furt. l. ult. de condict. ob turp. caus.* et quæ fit minoribus ex Constitutione Severi non est proprie mora, *l. Titia §. 1. de leg. 2.* nec enim perpetuat obligationem. Sed videndum adhuc, an recipienda exceptio sit quam huic regulæ adjicit Martinus, nisi res peritura erat apud creditorem: hoc enim casu negat periculum vel detrimentum debitoris esse, et e contrario si non erat peritura apud creditorem, concedit esse. Sed hanc distinctionem improbat Joann. nec mirum si in hoc dissenserint interpretes, cum dissenserint auctores juris Sabiniani et Proculiani, re scilicet fato pe-

rempta, veluti homine mortuo: aut fundo absumpto terræ fragore: nam si dolo, incuria, facto debitoris perierit, non ambigitur quin sit omnimodo condemnandus. Re quoque fato licet perempta post moram debitoris Joann. ajebat, reum condemnandum omnimodo. Martinus distinguebat, ut dixi ante: nec tamen idem dissidium fuit hac in re inter Sabinianos et Proculianos, quod inter Martinum et Joannem. Sabiniani dicebant, absolvendum omnimodo. Proculiani distinguebant, *l. illud*, *de petit. hæred. l. si plures* §. *ult. depos.* et utrique nullo habito discrimine inter actiones. Prudentior igitur Martinus Joanne: nam a Martino sunt Proculiani, a Joanne nullus: aut certe prudentissimus Joannes, cujus opinio prudentum nemini in mentem venit, etiamsi summo studio hanc quæstionem vexarint inter se. Qui enim diceret, re suo fato perempta post moram omnino condemnandum debitorem, inventus est nemo, multi dixere absolvendum, nempe Sabiniani, quorum ratio hæc, quod sit multo æquius fatum quod contigit, quodque evitare forsitan ne creditor quidem ipse potuit, ad creditorem potius quam ad debitorem pertinere: nam de hac re merito debitor cum creditore expostulare potest fere hunc in modum: etiamsi moram non fecissem, res periisset, non mora, sed natura interitum attulit: tantumne mihi obfuerit cunctatio, ut et fatum præstem ac si occidissem? Quid enim interest si fatum præstem post moram, res naturaliter interierit, an occiderim? quæ mors dicitur multis non esse fatalis, ut Gellius initio 13. notat. Plin. 1. epist. Sed ex sententia Proculianorum multum una distat ab altera: nam eam quæ præter naturam præterque fatum debitoris facto venit, debitor præstat omnimodo: eam quæ fato venit post moram debitoris ita demum, si res non erat peritura apud creditorem, quæ sententia obtinuit, *d. l. plures* §. *ult.* ubi quod ait, *utique cum res esset interitura, etsi restituta fuisset*, modus additus est a Cajo ex sententia Proculi, *d. l. illud*, nam si non erat interitura apud actorem, ut quia acceptum hominem forte actor cum esset venalitiarius confestim distracturus erat, tunc reus non absolvitur, et ita valet hæc distinctio tam in eo quod dari, quam in eo quod reddi oportet, hæc enim comparantur invicem, *l. si in Asia* §. *ult. depos.* idque significatur in *l. cum res* §. *ult. de legat.* 1. in actione ex testamento quam esse arbitror condictionem certi, si certum quid sit legatum, et omnino ex his tribus causis solam condictionem certi competere, ex mutuo, ex stipulatione ex legati causa: ex aliis causis est propria actio, et hæc communis condictio certi: ait autem *d. l. cum res* §. *ult.* condemnari in æstimationem hæredem, si fundus legatus post moram chasmate perierit, ut adjicit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere, unde sic colligo. Si ratio hæc fecit ut præstetur æstimatio, consequens est ne præstetur, ubi hæc ratio non est. Igitur si non potuit aut si noluit eum acceptum legatarius vendere, non præstabitur æstimatio, Joannes colligit longe aliter: ergo, inquit, omnimodo præstabitur æstimatio, etiamsi res peritura fuerit apud legatarium, pessime: nec enim fuit peritura, ut Martinus adnotat, si vendituras eam legatarius fuerit, et ex venditione pecuniam confecturus sibi: neque vero sine ratione etiam pro Martino adfertur *l. ult.* §. *si ea conditione, ad leg. Rhod.* nam quoties de peculio agitur, eadem est culpæ et moræ definitio, *l. si servum* §. *sequitur*, *de verbor. obl.* et ut dixi supra, his verbis *per te factum*, in hac l. non tantum significatur mora, sed culpa omnis: ut igitur docent, post moram re perempta distinguendum esse, fuerit peritura necne, ita doceas, post culpam re perempta eodem modo distinguendum esse. Et quod hoc casu eviceris, idem illo consequens erit obtinere te, hoc vero palam docet §. *si ea condictione.* Si enim navis perierit in quam novissime culpa nautæ merces translatæ sunt prior navis non perierit, in qua vehi merces initio convenerat, nauta tenetur. Si utraque navis eadem navigatione naufragio perierit, atque ita omnino perituræ erant merces, non tenetur. Quod vero in conditionibus et actionibus in personam probavimus, et in actionibus in rem tam de universitate, quam de rebus singulis, et in actionibus ad exhibendum obtinere constat ex *d. l. illud, de petit. hæred. l. item si ager* §. *ult. de rei vindic. l. de eo* §. *si post, ad exhibend.* nam si forte hominem petitum, quia postea sua natura periit, distracturus erat actor si accepisset, condemnatur reus, quia si actori restituisset, distraxisset, et pretium lucratus esset: si non erat distracturus, atque adeo si erat moriturus homo apud actorem, absolvitur etiam malæ fide possessor. Sabinus absolvendum prætendebat sine distinctione: inter utramque sectam medium interponit se Paulus in *l. illud.* Proculi distinctionem admittit in malæ fidei possessore, aut bonæ fidei possessore improbe litigante. Ceterum excipiendi sunt semper tam a divisione Sabini quam distinctione Proculi, vel interpositione Pauli, fures, abactores, prædones, et ii qui metum intulerunt, qui re perempta neque absolvuntur omnimodo, neque sub distinctione, sed condemnantur indistincte; *l.* 1. §. *rectissime, l. pen. de vi et vi arm. l. ult. de condict. furt. l. si cum exceptione* §. *quatenus, sup. quod met. caus.* Quid ita? quia plus quam moratores sunt: nec enim sunt in mora vel culpa, sed etiam in maleficio, et nos de simplici moratore disputamus: adjungimus vero furem prædoni, quia ubi de periculo agitur, eadem est

causa utriusque, *sub tracto, C. de furt.* et hac ratione dixi in *l. 4. sup.* graviorem esse furi condictionem furtivam: nec vero mirum si hoc casu separantur ii a simplicibus moratoribus, cum et si res ante moram, vel potius paulum interquiescente mora, veluti intra tempora judicati, perierit, in hoc distinctio locum habeat, quæ non habeat re perempta, perdurante mora, et condemnentur si res non erat interitura apud actorem, absolvantur si erat interitura, *d. §. quatenus.* Alii enim moratores, et malæ fidei possessores absolvuntur indistincte re perempta ante moram: et male Joannes confirmat sententiam suam ex *l. 1. §. rectissime, et l. pen. de vi arm.* quoniam plusquam moratorum. gravior est conditio quam simplicium moratorum de quibus potissimum disputatio instituta est, male etiam ex *l. cum res §.* quoniam, ut jam dixi ante, ibi manifesta ἀντιδιαστολή: male ex *l. cum filius §. ult. de verbor. oblig.* quæ hoc tantum dicit, re perempta ante moram, nec enim importuna interpellatio creat moram, debitorem liberari: de re perempta post moram nihil; male ex *l. si filio §. si post, sol. matr.* quo tamen plerique impelluntur magis in sententiam Joannis moti articulo *omnimodo*, licet ambiguo: nec enim omnimodo hoc tantum est, sine distinctione, sed interdum significat in totum, *et l. cum filiofam. de legat. 1. l. si mihi pure, de leg. 2. omnimodo igitur detrimentum præstabit*, id est, integrum detrimentum, et ut fateamur, quod fatemur etiam libenter, omnimodo esse sine distinctione, non tamen ibi hic articulus omnem distinctionem excludit, sed eam tantum de qua agitur. Quænam illa sit præcedentia indicant, in quibus dicitur, maritum in dote reddenda dolum et culpam præstare, et mox subnectitur, si res dotalis post moram mariti perierit, etiam omnimodo detrimentum præstare: omnimodo igitur, id est, etiamsi dolus vel culpa absit: denique interitum naturalem præstare, quod tamen non est abscise concedendum, neglecta distinctione Martini, quæ eadem et jurisprudentium est: male etiam idem Joannes condemnatoriæ suæ sententiæ muniendæ causa utitur *l. cum servus §. ipsius, de leg. 1. si homo, de re judic. l. 6. de usufr. l. nemo §. 1. de verb. oblig.* hæc sola ratione, quod dicunt indistincte reum post moram interitum debere, et ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, quo argumento vulgo utuntur imperiti juris, et lacessunt obvios quosque. At certe ubi lex non distinguit, et verum est, si lex sit perfecta, si imperfecta, falsum. Ad hæc Jason, qui tamen inclinat in sententiam Martini, et suppetias Joanni ferat, adfert *l. si pecuniam §. ult. de condict. caus. dat.* et inducit sibi ipsi laqueos, quib. se nequit expedire, sed nihil facilius: in *l. si pecuniam §. ult.* neque est species neque distinctio eadem, nec effectus idem: dedi tibi decem ut servum manumitteres, et decessit antequam manumitteres, aut ante moram, aut post moram. Si post moram, teneris condictione ob rem dati ut 10. reddas quæ accepisti indistincte. Si ante moram distinguitur: si erat homo tibi periturus, etiamsi non accepisses ut manumitteres, ut quia non eras eum distracturus teneris condictione: si non erat tibi periturus, ut quia eum distracturus eras, nisi pecuniam accepisses manumittendi causa: vel etiam cum non esse distracturus si is dum forte proficisceretur ad Præsidem manumittendi causa, aut ruina in stabulo oppressus sit, aut vehiculo obrutus, aut quo alio modo qui non accidisset ei si manumittendus non fuisset: hoc casu: non teneris condictione, non est species eadem: nam species de qua disputamus, est de eo quod actori dari vel restitui oportet, illa de libertate quam servo rei dari oportet, non distinctio eadem, quia in proposito quæritur res fuerit peritura apud actorem necne: in illa res fuerit peritura apud reum necne, et huic distinctioni locus est in re perempta ante moram, illi re perempta post moram: et si ex hac adversus illam argumentari liceat, non id tantum dicitur, post moram debitorem ita demum liberari, si res non fuerit peritura apud actorem, sed id etiam quod confitentur omnes, perempta ante moram debitorem nullo modo liberari: non est etiam effectus idem: nam in specie proposita si res fuerit peritura, reus non tenetur, si non fuerit peritura, tenetur: in *d. l. si pecuniam* si fuerit peritura tenetur, si non fuerit peritura, non tenetur. Denique neque species, neque distinctio eadem, neque effectus idem: longe igitur aberrat a proposito in hoc tractatu, *d. lex si pecuniam.*

Ad L. VI.

Certum est, cujus species, vel quantitas quæ in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione quæ nominis vice fungitur, qualis quantave sit ostenditur. Nam et Pædius lib. 1. de stipulationibus nihil referre ait, proprio nomine res appellentur, an digito ostendantur, an vocabulis quibusdam demonstrentur, quatenus mutua vice res fungantur, quæ tantundem præstent.

In hac l. definitur certum quid sit, et spectat hæc definitio ad actionem si certum petatur de reb. cred. et ad condictionem ex mutuo, quæ species est actionis si cert. petat. *Cujus species*, inquit, id est, cujus corpus quale sit, puta hic vel ille homo, et quantitas quanta sit ostenditur, puta

decem sint an 20. nummi qui in obligatione versantur: quantitatis nomine significantur quæ pondere, numero, mensura constant, speciei, quæ corpore veniunt, et in *l.* 1. *C. de sent. quæ pro eo quod interest, profer.* ejus quod interest æstimationem non egredi duplum in casibus certis qui certam quantitatem habent et naturam, id est, in quibus agitur de certa pecuniæ summa, vel de corpore certo: naturæ enim nomine significatur non homo vel animal: sed hic vel ille homo: nam genera et species incertæ res sunt: qui hominem promittit aut legat, incertum promittit, aut legat, *l. hæredes* §. *si incerto, famil. ercisc. l.* 15. *de legat.* 1. *l. in executione* §. *pro parte, de verb. oblig.* et multo magis qui animal: homo enim propinquior est servo, puta Sticho, quam animal: qua de causa utilis est stipulatio vel legatum hominis, animalis ridiculum, individua sensibus percipiuntur non cogitatione, genera ut animal, itemque species, quæ scilicet eandem habent rationem ad individua, quam genera ad species, cogitatione percipiuntur non sensibus: nec enim intelligo quis sit Stichus nisi Stichum videro: homo quid sit intelligo, etiamsi hominem nullum videro. Individua sunt proprie, quia per se sunt, atque adeo primæ substantiæ dictæ. Cetera vel sunt in individuis vel circa individua, et ideo non sunt per se, sed intelliguntur: hujus generis sunt omnes incorporales res, ut servitus, possessio, cautio, obligatio, quæ etiam pertinent ad condictionem incerti, non ad certi; quantitatis autem nomine ea significantur quæ pondere, numero, mensura constant: hæ res quantitate veniunt, non corpore, si vinum, si aurum, si nummos dixeris, incertum dixeris, addito pondere, numero, mensura certum: et ideo recte Cornelius Fronto, certum, vel pondus, vel rei pretium: nam et pretii certus debet esse numerus, §. *pretium, Institut. de empt. et vend.* et Pompon. apud Nonium: *Nummos certos dicas, dicam* 50. *millia*, nec alia ratione certa nomina dicuntur Varroni et Horatio: ea enim sunt quorum sors et usura quanta sit liquet, et e contrario in *l.* 1. *ad Maced.* incerta quæ tacite contracta sunt sub fœnore illicito, quæ et tacitæ pecuniæ dicuntur: non valet autem harum rerum stipulatio, vel legatum, si sit earum omnino incerta quantitas: ut si stipuler vinum vel nummos simpliciter; at valet si sit certa, vel si non sit omnino incerta. Certa est si stipuler vini amphoras tot: non omnino incerta, si stipuler singulos aureos usurarum nomine in menses singulos, vel 10. aureos in annos singulos: nam annua quidem vel menstrua summa certa est, summa summarum non est certa, vel si divisa est certa, consummata incerta, *l.* 16. *l. ubi autem* §. *pen. de verb. oblig.* Falsum autem est quod Accursius dicit, eum qui qualitatem dicit, et speciem, id est, primam substantiam et quantitatem dicere: nam qui hominem dicit, qualitatem dicit, quamquam non tantummodo qualitatem, sicut qui album dicit, quia nomen albi qualitatem tantum significat, hominis nomen non tantum qualitatem, sed et substantiam: Arist. περὶ οὐσίων τὸ ποιὸν ἀφορίζει. Substantialem igitur qualitatem non speciem, id est, Stichum vel Pamphilum, id est, τὸ δέτι, et multo minus quantitatem: et similiter qui vinum, aut nummos, aut triticum dicit, qualitatem substantialem dicit, sed non speciem, nisi dixerit Campanum vel Africanum: non quantitatem, nisi eam adjecerit: non qualitatem accidentalem, etiamsi speciem et quantitatem expresserit, veluti nummos, et vini Campani amphoras tot, nisi adjecerit, Philippeos, Victoriatos, aut denarios, et vini Campani optimi, quæ optimi qualitas certissima est: nam nec intentionem, nec remissionem recipit: boni incerta, quia intentionem et remissionem admittit, *d. l. ubi autem*: et tamen debebitur quod meliori erit propinquius potius quam deterius, cum dixit boni: sicut e contrario si omissa sit omnino ea qualitas, ut si dixerit vini Campani amphoras tot, licet dicatur, pessimo debitorem liberari posse, *l. fidejussorem, mand.* non tamen deterius dando liberabitur, veluti acidum, aut mucidum, aut de fæce haustum; sed quod propinquius erit deteriori: sicut nummis legatis, id est, nummorum certo numero, alioqui non valeret legatum licet dicat *lex nummis indistincte, de leg.* 3. exiguiores deberi, non omnino exiguiores dando hæredem, dicam liberari; veluti asses qui et quadrantes vocantur, quia quadrans quarta pars est sestertii (est enim sestertius assium 4. *l. ult. C. de donat.*) et vilissimum igitur omnium quadrans, ut ex Evangelio constat. Plutarch. in Cicerone vocat quadrantem λεπτότατον τοῦ χαλκοῦ νομίσματος. Martial. *plumbeos quadrantes*, id est, vilissimos, eadem forma qua plumbea mala, et plumbeam selibram. *Centum*, inquit, *moretur plumbea die toto*, id est, centum quadrantes, quæ sportula clientum fuit. Sed ut ad rem redeam: nummis legatis dandi erunt, ut arbitror, qui non longe absint ab exiguioribus, veluti sestertii: nam et cum nummos dicimus, sestertios dicimus, ut cum dicimus, uno nummo vendere, et Varro 8. *In denariis, victoriatis, drachmis, nummis.* Et ita homine generaliter legato, neque optimus debetur, neque pessimus, sed medii generis, *l. legato, de leg.* 1. et prædio quoque legato urbano vel rustico sine nomine, debebit hæres vel minimum ex his quæ reliquit testator, nec liberabitur glebam aut cespitem dando: nam si nullum reliquerit, inutile est legatum, et sub hanc distinctionem veniunt

l. si domus, de leg. 1. *l. ita stipulatus, de verb. obl. l. Seja, de aur. et arg. leg. l. cum post* §. *gener, de jur. dot.* Igitur si nulla prædia reliquerit, inane est legatum, quia prædii non est finitio certa et naturalis, ut hominis, cujus et ob eam rem generaliter relicti legatum non est inutile: quod ait, quæ in obligatione versatur, palam ostendit hanc definitionem pertinere ad condictiones certi, sed usui esse potest etiam in actionibus in rem, et ad exhibendum, non quod sint certæ: incertæ enim potius sunt, *l. pen. depos.* quia arbitrariæ, certo arbitrarium opponitur: sed et si exitum spectas, concludentur in restitutionem possessionis, quæ incerta res est, vel in id quod interest, quod etiam per se incertum est: hæc, inquam, definitio usui esse potest in action. in rem, et ad exhibendum; quod initio rem certam in his designari oporteat, ut non male comparentur hoc jure condictionibus vindicationes in *l. si in rem, de rei vind.* his verbis, *nostra esse vel dari oportere nobis*, et certum definitur perinde ac isto loco in *d. l. si in rem*, cujus nomen exprimitur, vel quæ vice nominis sit, et hominis ætas, et color, et fundi locus sive regio in qua est, ut apud Cicer. *fundus Capuanus qui est in agro qui Sabinus vocatur, meus est.* Ita vero actio depositi, licet sit incerta, quia bonæ fidei, ab initio rem certam petit, *l.* 1. §. *quis argentum, depos.* Potest etiam esse usui hæc definitio in jurejurando, re judicata, confessione, si quæratur an certa sit: alioqui nulla est, et de confessione quidem *l.* 6. *inf. de confess.* ait, eum qui incertum confessus est, cogi certum confiteri: ut si corpus confessus sit se debere non præcise, sed sub alternatione hoc vel illud, Stichum vel fundum, cogitur præcidere utrum horum debeat. Alternatio enim confessionem incertam facit, *l. Prætor* §. *quod autem, de jurejur. l. ubi* §. *qui illud, de verb. obl.* et adjicit, eum etiam qui rem fatetur, urgeri posse ut certam quantitatem fateatur: ut si fundum totum, an partem, et quotam partem, si nummos, quot, si lancem, pondus, si rem quæ pondere, numero, mensura constet, pondus vel mensuram, *d. l. si rem*, nisi juret de pondere se ejus non meminisse: nam ut judex vel arbiter non cogitur sententiam dicere, si juret sibi non liquere, ita nec actor vel reus colorem vel pondus, si juret sibi non liquere, *d. l.* 1. §. *si quis argentum, l. in actione, de furt.* Sequitur in *h. l. aut nomine suo, aut ea demonstratione, etc.* Demonstratio est pro nomine, atque ideo antonomasium dicitur: nil ergo refert res demonstretur proprio nomine, an antonomasio, ut nihil refert Jovem dicas, an Patrem Omnipotentem, et ita libertas quæ nominatim danda est ex *l.* Fusia, Ulp. *reg. tit.* 1. §. *ult.* datur etiam recte sub demonstratione certa ex Senatusc. Orphitiano, Paul. *Sent. lib.* 4. *tit. ult. in princ.* et legata quæ etiam nominatim certis personis debent dari ex incertis personis, ut si ejus a quo nominatim legatum est, portio deficiat, conjuncto adcrescat sine onere, et hæres vel tutor qui est instituendus nominatim; et adjicit, Pedium scripsisse *libro* 1. *de stipulationibus* (quia scilicet si ex stipulatione certum promissum sit, certi condictio competit *l. si quis certum, inf.*) nihil referre proprio res nomine demonstretur, an digito, *l. nemo, hæred. instit. inf.* δεικτικῷ δακτύλῳ, ut Græci interpretes ajunt, δακτύλῳ δείκνυσθαι: verum ad numerum referri hoc potest, qui solebat olim ostendi digitorum gestu, qua de re qui scripserunt, Bedam dico, Pierium, Noviomagum, Lucam, Clichthovæum, Vinetum, præter eos didici de Oronte, Plutarchi locum sic omnino accipiendum ut minimus digitus et decem millia et unum significet ex Suida in Arbazacio: *Quatenus*, inquit, *mutua vice funguntur quæ tantundem præstent*, id est, quia tantundem præstat digitus vel vocabulum, quantum proprium nomen, et ideo in promiscuo usu hæ notæ demonstrationum sunt. *Quatenus* pro quia, ut in *l. si quis rogatus, inf. de fid. lib. l. non facile, de gradib. et affin. l.* 2. *si quid in fraud. patr. l. cum filius, de verb. obligat. l. inter* §. *si is qui mand. l. Antœus, de aqua et aq. plu. arc.* ut Græcis παρ' ὅσον, significat etiam *quoniam*, sive *propterea quod*.

Ad L. VII. et VIII.

L. VII. *Omnia quæ inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ, ideo et conditiones.*

L. VIII. *Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex postfacto confirmetur: veluti si dem tibi mutuos, ut si conditio aliqua extiterit, tui fiant: sisque mihi obligatus.*

§. 1. *Item si legatam pecuniam hæres crediderit, deinde legatarius eam noluerit ad se pertinerere: quia hæredis ex die aditæ hæreditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam et Julianus ait, traditiones ab hærede factas ad id tempus redigi quo hæreditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut appositum.*

Ut ergo stipulatio contrahi potest sub conditione, ita et mutuum; ut in *l.* 4. *et* 10. Depono apud te pecuniam hac lege ut si voles, vel si prædia emeris, ea utare tanquam credita, sed hoc interest, quod stipulatio contrahitur, etiamsi nihil detur vel adnumeretur, mutuum non, nisi detur pecunia, quia stipulatio verbis contrahitur, mutuum re, id

est, numeratione, *l.* 9. §. *numeravi*, *hoc t.* et contra numeratione hoc loco, id est, re. Numerationis verbo mutuum significatur: si absit numeratio, neque pure, neque sub conditione mutuum contrahitur, ut subtilius quam Ulp. in *l. rogasti*, *hoc t.* existimarit Africanus in *l. qui negotia inf. mand.* Si rem tibi vendendam dedero hoc pacto ut pecunia ex ea venditione confecta utaris quasi mutua, mutuam non fieri, quia non numeravi tibi pecuniam, non alienavi, et mutuum alienatio est: qua forte etiam de causa dubitabatur, ut mancipio condictionem, mutui datio non reciperet, sicut de societate dubitatum est, *l. pen. C. pro soc.* denique mutuum contrahitur re mea ad te profecta, non pactione nuda. Ad hæc adduntur in *l. seq.* exempla duo: unum mutui contracti sub condictione expressa, aliud mutui contracti sub conditione tacita. Si enim potest sub expressa contrahi, et sub tacita multo magis: et primum quidem si dem tibi nummos mutuos sub conditione ut mutui sint, si navis ex Asia redierit, mutuum est conditionale: est igitur interim in suspenso quoad ex post facto, id est, ex eventu conditionis confirmetur. Nam quid conditio? exceptio quæ suspendit obligationem quoad ex post facto confirmetur: hæc quoque inseri stipulationibus solent, modus, dies, accessio, *l.* 44. *de obligat. et act.* ideo et mutuo modus, si dedi pecuniam mutuam ut tantundem mihi redderes, aut vini amphoram: accessio, si ut mihi vel Titio; dies, ut Calendis proximis reddas, vel ut ex Calendis illis utare quasi credita. Sunt pleraque alia quæ etsi eis apposita conditio non sit, quia tacite intelligitur, post factis quod in præteritum fuerit declarant, *l. qui res* §. *rem*, *de solut. l. sed etsi quid* §. 1. *de usuf.* et ita si legatam pecuniam hæres crediderit pendet mutuum, quoad legatarius, vel agnoverit, vel repudiaverit legatum et si repudiaverit nec substitutum habuerit, mutuum confirmatur, quia intelligitur ea pecunia hæredis fuisse ex die aditæ hæreditatis. Nec obstat quod dicitur: ea quæ ab initio non valent, ex postfacto non confirmari: nam ea definitio ad conditionalia, vel ad ea quæ conditionalia intelliguntur, nihil pertinet, quia et ea etiam non dixeris omnino non valere: valent enim ad aliquid cum in suspenso sunt, quod si legatarius agnoverit legatum: pecunia retro legatarii intelligitur fuisse ex die aditæ hæreditatis, hæredis vero nunquam, *l. legatar. de leg.* 2. *l. si jussu in fine*, *de furt.* atque ita ex post facto apparet mutuam pecuniam non fuisse, *l. quædam*, *de reb. dub.* idem erit si servum legatum hæres manumiserit interim dum deliberat legatarius: pendet enim libertas interim, servum tamen hæres amittit, quia aut legatario cedit, si legatum legatarius non repulerit, aut tunc liber ostenditur cum repulerit, *l.* 2. *de manumis. l.* 3. *de manumis. vind. l.* 3. *de milit. test.* et ita si servum legatum hæres donaverit, vendiderit, tradiderit, dominium servi est in pendenti: nam agnito legato ex die aditæ hæreditatis intelligitur legatarii fuisse: ante hæreditatis actionem hæredis nunquam; nec emptoris igitur, sed legatarii. Repudiato autem legato, ex eadem die creditur hæredis fuisse, et consequenter emptoris aut donatarii ex traditionis die, *l. servum fili* §. 1. *de leg.* 1. et hæc est regula Juliani quam subjicit ex *l. si tibi* §. *cum servus*, *eod. tit. Traditiones ab hærede factas ad id tempus redigi*, *quo hæreditas adita fuerit*, *cum repudiatum sit legatum aut acquisitum*, id est, vel ab eo tempore nullas censeri acquisito legato vel valere repudiato: nam et ad id tempus acquisitiones legatorum revocari et repudiationes: ante aditionem factas traditiones omnimodo nullas esse: manifestum est legendum esse *acquisitum*, non *appositum*, quod intelligens Accurs. audet magis absurde interpretari adpositum, id est, acquisitum, quam emendare perite *repositum*: ut illo loco Senecæ 4. de benefic. *multa ex apposito acquisitoque perdenda sunt*, rectius vet. *reposito*, ut Quintil. *acquisita facultate et quasi reposita*, sed nostræ lectionis vestigia extare authentico Pandect. Flor. testantur etiam quidam: illa quoque perabsurda est, *appositum*, id est, defectum conditione, et illa aliena a legitimo et recto sermone: *appositum*, id est, cum recusatum sit onus appositum legato, et illa Ranconeti emendatio, *appositum*, ut sit Tribonian. verbum pro irritum, tractum a Græco quasi ἀζετούμενον ἀπὸ τοῦ ἀθετεῖν. Ut autem aditio hæreditatis retrotrahitur, ita et acquisitio legati, sed illa ad diem mortis, *l. si ex re* §. *ult. de stipul. serv. l. hæres*, *de acquir. possess.* hæc ad diem aditæ hæreditatis, *d.* §. *cum servus*, quia acquirit legatum qui agnoscit, *l. ei qui ita de condit. instit. l. cum vero*, *in fine de fideicommiss. libert.* et agnoscit cui vult ad se pertinere, et pertinere est deferri, et defertur ab adita hæreditate: qui agnoscit igitur delationem acquirit, et amplectitur, et hoc tempus quo agnoscit, conjungit cum eo quo delatum est: nec vero idem est deferri et diem cedere legati, cedit ex die mortis, defertur ex die aditionis; cessionis effectus est transmissio, delationis effectus acquirendi, aut repudiandi facultas; mitto exactionem differentiam quæ in hac re inter legatum vindicationis et legatum damnationis, et de legato vindicationis hæc dicta volo.

Ad L. IX.

Certi condictio competit ex omni causa, et ex

omni obligatione ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo præsens sit obligatio. (*) *Ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem, vel conditionem non potero agere.*

§. 1. *Competit hæc actio etiam ex legati causa, et ex lege Aquil. sed et ex causa furtiva per hanc actionem condicitur. Sed etsi ex SC. agetur, competit hæc actio: veluti si is cui fiduciaria hæreditas restituta est, agere volet. Sive autem suo nomine quis obligatus sit, sive alieno, per hanc actionem recte convenitur.*

Hoc loco Ulpianus docet quam late pateat actio si certum petatur sive certi condictio: nec enim de rebus creditis eam tantum esse, sive de contractibus, et de aliis omnibus obligationibus: sine obligatione autem non esse: nam ut vulgo dici solet, utque Theophilus etiam noster loquitur, obligatio mater est actionis: quamobrem Accursio primum in his verbis *ex omni causa, ex omni obligatione*, videtur esse παραλληλισμός, inculcatio, et causam ab obligatione nulla in re differre. Sed quod posterius notat verius est causam esse contractum, contractum parentem obligationis, obligationem conditionis: ex omni igitur causa, id est, ex omni contractu, *l.* 1. §. *debitum, de pecun. constit. l.* et quid sit *omni* sic explicat, sive ex certo contractu petatur, sive incerto: at certum quidem contractum vocat eum qui proprium nomen habet, incertum eum qui nomine vacat in *d.* §. *debitum*, *l. et uno, inf. de accept. l.* nam etsi incertum sit nomen contractus, certum tamen esse potest quod petitur ex eo contractu. Finge: dedi tibi lancem ut mihi Stichum dares, non das Stichum: mihi duplex competit actio, condictio ob rem dati, et præscriptis verbis sive in factum civilis actio, et utriusque causa condictio certi, et quæ competit ex causa ob rem dati est ex bono et æquo non ex contractu, sicut condictio ob rem dati; *l. in summa de condict. indeb.* Præscriptis verbis est ex ipso contractu: incertus est contractus do ut des, et præscriptis verbis actio condictio incerti, *l. duo* §. *ult. de precari.* quia in id quod interest concluditur; sed potest ex ejus contractus causa tamen etiam certum condici, ut si dedi togam ut mihi Stichum dares, condicam te mihi Stichum dare oportere: vel si convenerit ut darem decem, tu manumitteres Stichum: et postquam manumisisti, nolim dare, tu mihi condices 20. dare oportere, *l.* 3. §. *quinimo, de condict. caus. dat.* vel si dedi pecuniam certam doti ut in causam divortii eam mihi redderes obtingente casu, ex ipso contractu recte condicam pecuniam dari oportere, *l. legem, C. de pact. l.* 1. *C. de pact. convent.* ubi utilis condictio, id est, efficax condictio quasi ex promutuo: ergo ex contractu incerto est tam certi quam incerti actio, sicut ex converso ex contractu certo potest esse certi et incerti actio: ex causa obligationis ex empto non erit condictio certi quoniam id quod est in obligatione, videlicet traditio possessionis, est rei incertæ: ex causa obligationis ex vendito potest esse quid certum videlicet pretium quod debetur ex ea causa: eadem est ratio locationis et conductionis. Sic ex mandato, si mandato tuo solvero pecuniam creditori tuo, mihi competit actio mandati, quæ incerti actio est (nam omnes actiones bonæ fidei et arbitrariæ incertæ sunt, quia quod judex arbitrabitur petiit, non certum quid: ut hoc est, quod Cicero ait, judicium, id est, actionem strictam esse pecuniæ certæ: arbitrium, id est, actionem bonæ fidei vel arbitrariam, esse pecuniæ incertæ) vel mihi competit certi condictio, *l.* 12. *de novat. l. fidejussorem, mand.* Idemque procedit in societate, *l. in duobus*, §. *exceptio, de jurejur.* et evenit sæpe ut malint plerique agere stricto judicio id est, certi condictione, quam judicio bonæ fidei, quia melior est condictio causæ, si ad judicem eatur, quem stricta formula includat, quam si ad arbitrum, cui ex bona fide statuendi sit permissa libera potestas: huic enim absolvere licet, et quanti velit litem æstimare: nec displicet alia Accursii consideratio: malle etiam quosdam nonnunquam agere leniore judicio, id est, certi condictione, quam mandati, vel pro socio, quod sint famosæ, condictio certi non item, *l. cessat, de obligat. et act.* quia infamia facti subducitur his condictionis lenioribus verbis, ajo te mihi ex causa mandati, vel pro socio dare oportere: nec enim dicitur reus socium fraudasse, aut fidem fregisse: causa actionis simpliciter dicitur, puta mandatum, vel societas, et ita condictione furtiva non dicitur furtum fecisse, sed dare oportere ex causa furtiva, nec tamen ideo fur, poterit enim esse furis hæres, *l. si duo* §. *idem Julianus, de jurejur.* ergo jam illud perspicuum est condictionem certi non esse famosam, licet pendeat ex causa famosa, et similiter non crescat etiam ex inficiatione, licet causa ex qua pendet, ex inficiatione incrementum accipiat argum. leg. *item veniunt*, §. *cum prædiximus, de petit. hæred.* non tamen erit perpetua si obligatio ex qua pendet, sit temporaria, ut Accurs. recte sentit: et in summa, mitigari potest principium principale objecta certi condictione, exasperari non potest, quæ definitio est summe notanda. Præterea sicut non ex omni contractu incerto datur condictio certi (nec enim datur ex articulo facio ut facias, quia facta incertis annumerantur) ita non ex omni contractu certo datur certi condictio,

(*) *Vide Merill. variant. ex Cuj. lib.* 1. *cap.* 15.

non ex causa depositi, vel commodati, vel pignoris, ut Accurs. notat recte, quia nemo rem suam condicit nisi furi, vel proximo furi, cum nec amplius quam semel res sua cujusque fieri possit, et condictio in hoc proposito restrictius accipitur pro hac formula: *Si paret dare oportere*, quæ latius alias pro quacunque actione in personam, et hac ratione forsitan sub *hoc t. de reb. cred. si cert. pet.* Prætor edixit de commodato, et de pignore separatim, quia etsi crediti appellatione hi contractus contineantur, non tamen continentur actione si certum petatur, id est, condictione certi: vel propter hoc solum ut id admoneret, quod et eodem edicto forsitan de deposito meminit sub hac exceptione, nisi dolo malo vel depositum, vel commodatum, vel pignus inficiaretur, qui accepit soluta omni pecunia, *l. 4. §. res, hoc t. l. si quis inficiatus §. ult. depos.* Recte etiam Accurs. condictionem *certi esse generalem*, tum quod detur ex omni causa, ex omni obligatione, tum etiam quod in eam omnes res veniant, quarum natura et quantitas certa est, falsum esse venire in eam tantum pecuniam numeratam: nam et pecuniam venire et rem certam omnem. In condictionem triticariam non venire res omnes: nec enim venire pecuniam numeratam: magnæ disputationis est, cur non veniat pecunia quod initio *hoc t.* declaravi, et ubicunque opportune inciderit declarabo: nunc ratione eam designare brevissime satis est. Actio si certum petatur, est stricta, triticaria, arbitraria: hac enim actione utitur qui non simpliciter id quod debetur petit, sed qui id quod debetur æstimari desiderat, quod nunquam petit is cui nummi debentur, quia certa nummorum æstimatio est: ex hoc discrimine pendent innumera: multum enim longeque inter se dissidere actiones dicit, qui unam ait esse strictam alteram arbitrariam, et hoc inter cetera actionem si certum petetur, esse condictionem certi: actionem triticariam incerti. Ceteræ actiones ut indebiti, ob rem dati, sine causa, ex stipulatione, ex testamento, ex causa furtiva, vel certi, vel incerti actiones sunt: quæ divisio utilis est in plerisque causis, ut in *l. 1. sup. de cond. furt.* Quæ accipienda est de condictione certi: nam condictio incerti datur etiam non domino veluti creditori, aut bonæ fidei possessori, et in *l. ex quibus, de condict. indeb.* Quæ in condictione certi vera est, in condictione incerti falsa, et in illa regula, rem suam nemo condicit quæ vera est in condictione certi: nam in condictione incerti rem suam (si improprie loqui licet) id est, rei suæ possesionem condicere quilibet potest. Possessio incerti condicitur, quia incerta res est: nec enim sensibus percipitur, sed intellectu solo abstrahitur. Recte etiam Acc. actionem Prætoriam in factum separat a condictione certi, quod illa sit subsidiaria, ubi omnes aliæ deficiunt actiones, hæc concurrat cum aliis plerisque: interdum etiam sola competat veluti ex stipulatione, mutuo, testamento. At rursus revertamur ad Ulp. Ex omni contractu certum condicere licet. Obligationum ex contractu quadrigæ sunt, res, verba, literæ, consensus. At rursus literis fit obligatio vel nominib. vel literis; nomin b. translato veteri debito ex causa emptionis vendit. aut locationis, conductionis, aut mandati, aut mutui, aut ex quolibet alio titulo, in literarum obligationem facta solemni obligatione per scripturam mensæ, ut Theop. interpretatur recte, et interpretationem ejus confirmat *l. 6. C. Theod. de denun. vel edit. rescr.* hic modus constituendæ obligationis in desuetudinem abiit, et in usum venit aliud genus obligationis literarum, quæ contrahitur chirographo, quo caverit quis absenti, se mutuam pecuniam accepisse, quam non accepit, si intra constituta tempora non opposuerit exceptionem non numeratæ pecuniæ: hoc genus obligationis incognitum fuit prudentib. non incognita nominum obligatio: qua de causa fit sæpe mentio nominum, non literarum, quia eo jure perpetua erat exceptio non numeratæ pecuniæ: hodie si intra biennium non opponatur, nudæ literæ pariunt obligationem, ex qua actio nascitur si certum petetur de chirographo, et quidem sola perinde atque ex mutuo actio si certum pet. de reb. cred. sola: et ex aliis certum condicere licet, sive consensu, *l. in duob. §. excep. de jurejur.* sive re, sive verbis contracta sit obligatio, sive conjunctim, id est, simul utroque re et verbis, *§. quoniam, inf. l. oblig. de act. et obligat.* quæ plerunque fit ex causa mutui: nam mutuo adjungi solet stipulatio hoc pacto ut duo contractus sint, ut dixi in *l. 2. sup. §. ult.* Ceterum ut ex contractu liceat certum condicere multa exiguntur, ut id quod in obligatione est, certum sit, ut res de qua agitur non sit actoris, et quod hoc loco nominatim ait Ulp. ut præsens sit obligatio: quoties dies vel condictio non adjicitur, vel non inest tacite, præsens intelligitur. Quod si dies vel condictio apponatur, vel tacite insit, expectanda est: ante diem vel condictionem non potero agere certi condictione, scilicet excepto casu *l. 1. C. de condict. ex leg.* nam incerti potero agere ad interponendam cautionem in bonæ fidei judiciis, *l. in omnib. de judic.* ubi non abs re dicit in *bonæ fidei*: nam in strictis non interponitur cautio ante diem vel conditionem, nisi cum bonorum separatio fit, *l. 4. de separat.* ubi scriptum est, *in bonæ fidei*, ibi intelligenda est diastole semper, quod sit aliud in strictis. At videamus modo an id verum sit, quæ hic adjicit Accursius hoc interesse ante diem agat quis, an ante condictionem, quod hic scilicet nil agat, ille male agat, equidem nego hoc

esse verum, et moveor, *l. pecun. inf. hoc tit.* quæ hoc quærit quidem an is qui agit ante conditionem, nihil agat, non respondet tamen nihil agere eum, sed ante tempus agere, id est, plus petere: quæ male agere est, non nihil agere: et rursus quidem fateor, eum nihil agere qui nullam actionem habet: nego male agere eum qui actionem habet, sed exceptione summoveri potest, quæ tamen vulgaris omnium definitio est: nec enim male agit qui justa et efficaci actione utitur: male agere, est plus petere vel summa, *l. 4. de compens.* vel tempore, *l. 1. §. ult. quando dies ususfr. leg. ced. l. 2. §. quia ita stipul. de eo quod certo loco.* Jam autem plus petit tempore tam qui ante conditionem, quam qui ante diem agit, §. *plus, Inst. de act.* Stulte etiam quidam, eum qui nihil agit: et male agere, contra eum qui male agit, non continuo nihil agere: nihil agere, et male agere, contraria sunt, sicut ajentia et negantia: non possit igitur idem et non actum dici, et male actum. Cum vero dicimus, eum qui agit ante diem vel conditionem non nihil agere, hoc significamus, non nullam eum actionem habere, et verum est: nam si in diem fuerit stipulatio, nasci constat obligationem statim: de stipulatione conditionali, idem non constat, sed probabimus infra idem esse. Obligatio autem non est sine actione, non magis quam mater sine filio atque ideo ut existit obligatio, actio existit simul, et cedit dies et venit simul: nam et verbum cedere continet veniendi significationem. Plaut. in Aul. *Cedit miles*, id est venit: Enn. apud Cic. *Cedunt de cælo ter quater corpora sancta*: Varro apud Nonium, *Cedit citus Celsus dives.* At Jurisc. discrimen faciunt inter cedere et venire diem: si in diem sit concepta stipulatio, diem ajunt cedere statim non venire statim: si sub conditione, neque cedere, neque venire statim antequam conditio extiterit. Cedere, est incipere deberi; venire, est agi posse: ergo ante diem est obligatio, non actio: eodem argumento licet dicere, stipulationis in diem obligationem esse præsentem, quia cedit statim, quæ in hoc loco negatur esse præsens. Opponitur enim præsens obligatio obligationi in diem. Sed hoc est breve responsum. Obligatio in diem non est præsens, id est, quæ præsentem diem habeat, quo exequi eam possimus, sed est præsens dilata in alium diem, *l. 1. judic. sol.* et si præsens obligatio, non nulla igitur actio, qua tamen si quis agat ante diem, male agat. Itaque non statim venit dies quo bene agi possit sine periculo plus petit. venit statim quo non nihil agi possit. Quod si sub conditione concepta sit stipulatio, obligatio etiam vel actio non est præsens simpliciter: sed quodammodo: est enim præsens, id est, quæ ex præsenti vires accipit conditionalis, *l. 57. qui et a quib. manum. l. ususfruct. de stipul. serv. l. is cui, de obligat. et act. l. 1. quando de pecul. act. annalis est*, et consequenter est etiam actio præsens conditionalis: non nulla igitur, qua si quis agat ante conditionem, non nihil agat, sed male agat. Hæc dixi de stipulatione: nam legati alia est causa. Qui de legato conditionali agit, ante conditionem nihil agit, quia ejus dies neque cessit, neque venit: et ideo mortuo legatario ante conditionem, legatum non transmittitur in heredem: secus est mortuo stipulatore ante conditionem. Non omittam aliam differentiam inter stipulatorem et legatarium conditionalem. Stipulator conditionalis mitti solet in possessionem bonorum, sed non mittitur cum effectu, quia non contrahit pignus cui nondum nec pecunia, nec cautio ad plenum debetur. Legatarius conditionalis missus in possessionem, pignus contrahit, quia etsi nondum res vel pecunia ullo modo ei debeatur, cautio tamen ei debetur exemplo judiciorum bonæ fidei, *l. pen. quib. ex cau. in poss. eat.* sicut eodem exemplo usuræ debentur legatario ex mora: non eodem jure sunt omnes actiones strictæ, id est, non pari jure stricto. In actione legatorum usuræ veniunt ex mora, officio judicis, et ante diem vel conditionem cautio interponitur, quæ interponitur etiam in stipulatione dotis, *l. ult. §. præterea, C. de jur. dot.* quæ habet hoc etiam commune cum actionib. bonæ fidei, ut sit ipso jure nulla dolo dante causam contractui. Et quæ hactenus quidem diximus, sunt de obligationib. ex contractu. Sed sunt aliæ quasi ex contractu, aliæ ex maleficio, aliæ quasi ex maleficio, an etiam ex iis omnib. certi condictio competit? et esse quasi ex contractu Ulp. docet, dum ait, eam competere ex legati causa. quoniam ex legati causa heres tenetur ex quasi contractu: nam aditio, immistio, agnitio bonorum possessionis, quasi contractus est, *l. 3. §. ult. l. 4. quib. ex caus. in poss. eat. l. pen. de separat.* Potest tentari et successionem necessariam quasi contractum esse, si dominus servum suum heredem instituerit, sicut necessariam societatem: ex negotiis quoque gestis quasi contractus est, et constat esse condictionem certi, *l. in duab. §. excepto, de jurejur. l. 5. de excep. rei jud.* ergo et ex causa tutelæ, et societatis necessariæ, et indebiti soluti, et precarii, et constituti. Dum autem ait et ex l. Aquil. et ex causa furtiva per hanc actionem condici, significat dari etiam ex obligatione quæ descendit ex maleficio: ergo et ex causa vi bonorum raptorum, et rerum amotarum, *l. si concubina, §. non solum, de act. rer. amot.* et ex causa injuriarum, quæ obligationes debent descendere ex facto, *l. actionum, §. ex facto, de obligat.* ex peccato, *l. obligamur, eod.* quia, inquit, in facto summa quæstionis consistit. Quid

hoc est? Actor scilicet ait fecisti, reus, non feci: summa quæstionis est an fecerit, causam si dixeris in facto consistere, aliud dixeris, hoc nempe deficere causam afficientem, adjuvantem, prohibentem ipsum factum, causam fuisse faciendi, quod συνεκτικὸν αἴτιον Rhetores vocant. Obligationes, ut indicavi jam, quæ descendunt ex maleficio, quadripartitæ sunt: aliæ enim ex furto, aliæ ex rapina aliæ ex damno, aliæ ex injuria nascuntur: maleficia hæc privata sunt, de quibus disceptatur apud recuperatores, seu judices privatos: alia sunt publica quæ apud Magistratus disceptantur: et his quoque si certum petatur non dubito quin possit aptari certi condictio, veluti de peculatu, vel de residuis, vel de pecuniis repetundis, de quibus etiam ad recuperato res iri Cornel. Tacitus ait *lib. 1. et Plin. 2. et 6. epist.* nec quicquam vetat ex publico crimine dari privatam actionem, non magis quam ex incerti contractu, certam. Rursus alia sunt ordinaria, alia extraordinaria, et ex horum omnium causa si certum petatur, non dubito quin possit agi condictione. Porro certa sunt delicta privata, certa publica, certa omnia ordinaria, certa omnia extraordinaria, quæ vel publicis, vel privatis vicina sunt, et similia: ut abigeatus, et expilatio, furtum. Sed præter hæc restant innumera alia maleficia: est enim malum infinitum, ut Pytagoræi dicebant. Quare in privatis causis, quæ cetera omnia complecterentur, quorum non est certum nomen, introducta est actio de dolo, everriculum militiarum omnium: in criminalibus, stellionatus. Ubi enim deficit criminis nomen, stellionatus objicitur, *l. 3. stellion.* quod Rhetores inscriptum maleficium appellant, et ex his causis si certum petatur non dubito etiam quin per hanc actionem condici possit ut sicut ex contractu certo vel incerto, ita ex maleficio certo vel incerto nascatur. Ut vero contractibus adjunxi quasi contractus, ita maleficiis adjungo quasi maleficia, quorum exempla sunt in *t. de oblig. quæ quasi ex maleficio nasc.* Hæc est magna judiciorum privatorum quadriga. Contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium, minores duæ, contractus una, maleficium altera: contractus hæc, res, verba, scriptura, consensus: maleficium hæc, furtum, rapina, damnum, injuria, ut quæ multiplex divisio obligationum traditur in *l. obligamur, de oblig. et act.* ejus partes singulæ ad genus aliquod superiorum referri possunt. De iis quæ fiunt re aut verbis, aut re et verbis, consensu, ex peccato: non ambigitur quin superioribus quadrigis inferantur, nam quæ ex contractu fiunt, re aut verbis, aut conjunctim, ex consensu fiunt, quæ ex peccato, ut furto, rapina, damno, injuria, omnes ex re consistunt, id est, ex ipso facto, *l. 4. in princ. l. actionum §. ex facto, eod. t.* et hoc est quod ait *d. l. obligamur.* Summam quæstionis in facto consistere, an fecerit reus quod objicitur, nec quæri in his, an verborum conceptio solemnis intervenerit an scriptura, an duorum pluriumve consensus: nam est quidem maleficium συνάλλαγμα, sed involuntarium quia abest consensus ejus cui fit contractus, sed involuntarius, malus contractus, *l. si rerum, de re judic.* De ea quæ fit ex necessitate eam ego retuli sup. ad quasi contractum. De ea videamus, quæ fieri dicitur lege, et de ea quæ jure honorario: hæ sunt adversæ ei quæ fit ex necessitate: nam necessitate obligatur cui non licet aliud facere, quam quod præceptum est lege, aut jure prætorio, cui liberum est facere aut non facere quod præceptum est, quæ lex minus quam perfecta est, *lege*, inquit, *obligamur*, *etc.* Non possum assequi qua ratione qui obtemperat præcepto legis possit in obligationem incidere: nam si incidit, et agi cum eo potest. Obtemperatio legum justitia est: is sane qui contra legem facit, id est, qui facit quod lex vetat, obligatur, ut lege Furia testamentaria, qui plus mille assium legati mortisve causa capit, quod lex vetat, tenetur in quadruplum, auctore Ulp. et Theoph. Qui autem obtemperat præcepto legis, id est qui facit quod lex jubet, non video quemadmodum obligari possit; cum obligari potius conveniat eum qui non facit quod lex jubet, ut tutor qui repertorium non facit: qui ob eam causam incidit in causam suspecti *ex l. 12. tab.* et vinculis publicis contineri jubetur, *l. 3. §. tutores, de suspect. tut.* et hoc tamen omittitur a Modestino, et contrarium asseritur, eum qui facit quod lex jubet obligari: an igitur tam obsequens quam contumax tenetur? Videamus an huic loco perobscuro lucem aliquam adferre possit quod statim sequitur de obligatione quæ fit jure honorario: nam quo modo fiet jure honorario, eodem etiam fiet jure civili: *jure honorario*, *etc.* Quorum verborum sensus est perspicuus: obligari, inquit, jure honorario eos qui non faciunt quod edicto perpetuo, aut a Prætore præcipitur, ut qui jubente Prætore rem dari, aut auferri non patiuntur, qui tenentur pœnali judicio, *l. 1. si quis jus dic. non obtemper.* et retro obligari eos qui faciunt quod edicto perpetuo vel a Prætore prohibetur, ut qui parentem vel patronum in jus vocant, vel qui aperiunt tabulas testamenti ante quæstionem familiæ habitam, occiso testatore, utrumque edicto perpetuo prohibetur, hi tenentur pœnali judicio, *l. in eum, de in jus voc. l. lex Cornelia §. ult. de SC. Syllan.* Item qui fecit opus novum, quod Prætor facere prohibuit, tenetur actione, quod adversus edictum factum sit, *l. si opus, de oper. nov. nuntiat.* nam edictum dicitur non perpetuum tantum quod Julianus condidit,

sed et quodcumque Prætor jubet, aut vetat. Vox viva est prætoris edictum, et hoc est quod dicitur in *l. qui vetante*, *de reg. jur.* nam quælibet vox Prætoris edictum est. Modestinus non dicit, eum qui obtemperat edicto, obligari, sed vel eum qui non facit, quod jubet edictum, vel eum qui facit quod edictum vetat. Eodem igitur modo scribere debuit Modestinus in *d. l. obligamur*: et vero forsitan ita scripsit, lege obligari nos, cum non obtemperantes legibus, aliquid non secundum præceptum legis aut contra facimus. Transeo quæ Accurs. vel alii in eum locum commenti sunt ineptissima. Transeo quæ cogitavi ipse multa et verisimilia, nec amplexus sum, et id quod verius esse arbitror, quodque comparatio juris honorarii non postulat, sed flagitat. Existimo non alia ratione obligari nos lege quam jure honorario hoc jure obligamur non faciendo quod Prætor jubet, vel faciendo quod vetat: ergo et legi obtemperando nemo obligatur. Necessaria obtemperatio obligat, ut in servo hærede instituto, quod est necessitate obligari vel lege perfecta, nos loquimur de lege aut jure ordinario minus quam perfecto, quod faciendi aut non faciendi arbitrium non eripit. Addit Modestinus, etiam nudum consensum sufficere obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit, dixerat, ante ex consensu nos obligari necessario, id est, necessitate obstringi dandi, vel faciendi, vel præstandi, ut in emptione, venditione, locatione et conductione, societate, mandato: nulla est obligatio, quæ non adstringit necessitate, *l. in vendentis*, *C. de contrah. empt.* ex pacto obligamur, sed non necessario: ergo improprie: id vero intellexerat de consensu verbis expresso, verbis, inquam, quibuscunque, non solemnibus, non formalibus: nam ut eleganter ait *d. l. 2. de oblig. et act.* in iis obligationib. quæ consensu fiunt, nulla verborum proprietas desideratur, id est, nulla propria formula, sed adjicit, nudum a verbis consensum, id est, tacitum consensum obligationi sufficere, videlicet etiamsi verbis non expresseris, quod exprimere potuisti, *l. 4. pro soc.* Societatem contrahi re, id est, sine verbis, tacito consensu, contra stipulationem, ut Cajus 2. *In tit.* interpretatur: re et verbis, duo sunt genera contrahendi inter præsentes, *l. 2. de pact.* et ideo *d. l. 5.* additur vel inter absentes coiri societatem posse, quod fit etiam duobus modis, per nuncium, id est, voce viva, vel per epistolam, id est, voce tacita. Et postremo Modestinus ait, etiam nutu solo pleraque consistere: hujusmodi sunt contractus omnes quicunque tacito consensu consistunt, et a mutuo contrahi possunt, vel si quis significet se velle adire hæreditatem suo periculo, *l. servo §. si pupillo*, *ad Trebell.* vel nutu relinquat fideicommissum, *l. nutu*, *de leg. 3.* vel assignet libertum, *l. 12. de novat.* nutus est plus quam tacitus consensus: ideoque quod tacito consensu geri potest, et nutu geritur, sive gestu: utroque modo linguæ vice fungimur. Ovidius nesciens linguam Geticam, *Per gestum*, inquit, *res est significanda mihi*. Cic. pro Balbo. *Gratificatur mihi gestu accusator*: nutum fecisse significat Ovid. 3. amor.

Exiguo signet gestu quodcunque loquetur.

Quod vero præterea additur in *h. l.* hoc nimirum est, ex causa etiam dari certi condictionem, veluti restituta hæreditate ex SC. Trebelliano, hæreditate fiduciaria, id est, fideicommissaria, ut *l. si postulante §. ult. ad Trebell.* quanquam proprie est ea fiduciaria quæ per æs, et libram mancipata est contracta fiducia restituendi alteri. Sequitur: *sive autem etc.* quod accipio de fidejussore obligato alieno nomine, *l. 1. §. verbis, de oblig. et act.* ut hoc dicat, etiam ex causa accessoriæ obligationis condictionem dari, et ita procedit si non depositi vel pignoris, vel commodati fidejussor accesserit, quia ex his causis non est certi condictio, quod de re nostra sint potius, quam de re nobis debita, qua de causa dubitabatur, an his causis posset accedere fidejussor, *l. 2. de fidejussor.* et an ex his causis libratio legaretur recte, quia rei suæ obligatio nulla videtur esse: alii verba hæc explicant de hærede, male: nam hic adeundo subit personam defuncti: et ideo proprio nomine tenetur, alii de tutore vel curatore: male; nam hic convenitur alieno nomine, sed non obligatur alieno nomine, et hic agi opinor de eo qui obligatur, et convenitur simul alieno nomine: hic enim finis Ulp. ut ex omnibus obligationibus doceat certi condictionem dari.

Ad §. 2. Quoniam igitur, *§. 3. Idem erit*, *et §. 4. Idem quæri.*

§. 2. *Quoniam igitur ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive conjunctim: referendæ sunt nobis quædam species quæ dignum habent tractatum, an hæc actio ad petitionem earum sufficiat: puta, numeravi tibi decem, et hæc alii stipulatus sum: nulla est stipulatio. An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus: uno, qui re factus est, id est, numeratione: alio, qui verbis, atque inutiliter: quoniam alii stipulari non potui, et puto posse.*

§. 3. *Idem erit si a pupillo fuero sine tutoris auctoritate stipulatus, cui tutore auctore credi-*

di : nam et tunc manebit mihi condictio ex numeratione.

§. 4. *Idem quæri potest, et si quod tibi numeravi sub impossibili conditione stipuler; cum enim nulla sit stipulatio, manebit condictio. Sed etsi ei numeravero, cui postea bonis interdictum est, mox ab eo stipu er: puto pupillo eum comparandum, quoniam et stipulando sibi acquirit.*

Postquam ostendit Ulpianus, certi condictionem non tantum ex contractibus, sed ex aliis etiam causis dari, redit ad causam mutui, et ait: quoniam ex omnibus contractibus hæc certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive conjunctim: ideo non addit, sive consensu, quia tractatus est tantum de obligatione mutuæ pecuniæ quæ non fit consensu, sed re, verbis, vel simul utroque. Re si numeretur pecunia, id est, mutua sine stipulatione. Verbis, si numerationi statim addatur stipulatio, quo genere hoc agis ut sola stipulatio teneat. Idemque erit si stipulationem numeratio sequatur statim, *l.* 5 §. *ult. l.* 6. *de novat. l.* 3. §. *ult. l* 6. *ad Maced.* Nam ut nihil interest sequatur emptio an præcedat traditionem, nihil, sequatur stipulatio an præcedat pactum statim: ita nec an sequatur numeratio in continenti, an præcedat stipulationem: idemque erit si numerationi ex intervallo addatur stipulatio, novandi animo. Nam prior contractus novationis jure perimitur, quod utique verum est si inter contrahentes id actum sit, etsi stipulatio sit inutilis, §. *præterea, Instit. quib. mod. toll. oblig.* Re autem et verbis obligatio fit, si post creditam pecuniam ex intervallo interponatur stipulatio non novandi animo: hoc enim casu duo contractus sunt: idemque erit si post creditam pecuniam ex continenti interponatur stipulatio inutilis: recte inutilis: nam si fuerit utilis, sola stipulatio tenet: si inutilis, duo intelliguntur esse contractus, unus utilis, alter inutilis, nec per inutilem videtur ab utili recessum. Supererit igitur condictio ex numeratione cessabit condictio ex stipulatione, ut in hac specie: credidi tib. 10. et hæc Titio reddi a te stipulatus sum: nulla stipulatio est, quia alteri stipulari non possum, et ex numeratione condictio est, *l.* 3. *C. de contrah. stipul. l.* 126. §. *Chrysogonus, de verb. oblig.* Idem erit si qua aliqua alia ratione inutilis erit stipulatio. Finge: credidi pupillo 10. tutore auctore, et hæc eadem mihi reddi ab eodem pupillo stipulatus sum sine tutoris auctoritate: nulla est stipulatio, creditum manet: est igitur ex numeratione condictio non ex stipulatione. Nec quidquam obstat §. *præterea, Instit. quib. mod. tollit. oblig.* quia de stipulatione loquitur facta novandi animo, nos de ea quæ non est facta novandi animo, sed tamen secundum Constitutionem Justiniani etiam hodie idem est in ea quæ facta est novandi animo, hoc tamen non expresso, ut novatio fiat, quia hodie verbis fit novatio, non nudo consensu: itaque nisi nominatim expressum sit ut novatio fiat, duo sunt contractus, atque adeo si posterior sit inutilis, ex priore actio est, ex numeratione scilicet, si et ipsa sublata non sit silentio 30. annorum: quam in rem Græci ponunt speciem hujusmodi: post quinquennium quam numeravi pecuniam mutuam pupillo, tutore auctore, eam ab eodem stipulatus sum sine tutoris auctoritate, et confidens stipulationi ab eo tempore silui per an. 25. nec pecuniam exegi: post volo repetere pecuniam ex numeratione per condictionem: an possim: et negant posse, quia a numeratione exierunt jam 30. anni. qui tamen refelli possunt eo quod constitutum est interrumpi præscriptionem 30. annor. nova cautione *l. cum notis.* §. *sed etsi quis, C. de præscript.* 30. *annor.* interrupta igitur sic est per stipulationem et a stipulatione numerandi sunt 30. non a numeratione, quod ita fuerit utique si utilis esset stipulatio. At inutilis non interrumpit præscriptionem, quia pro eo est ac si interposita non esset. Itaque vera est Græcorum opinio. Porro exemplis superioribus inutilis stipulationis, quorum unum est de stipulatione facta alii, alterum de stipulatione in personam pupilli facta sine tutoris auctoritate, Ulpian. adnectit alia duo, in quibus etiam quasi duobus contractibus mutuo, et stipulatione cessante stipulatione, ex mutuo condictio superest. Credidi tibi 10. eaque mihi reddi sum stipulatus sub conditione impossibili: nulla stipulatio est, creditum manet. Impossibilis conditio vitiat contractus: dubitabatur etiam an vitiaret legata, fideicommissa, institutiones, sed obtinuit non vitiare, *l.* 3. *de condit. et demonstrat.* cum qua conjungenda *l. impossibilis, de verbor. obligat.* Conjunctio differentiam inter contractus facit, et ultimas voluntates: et ratio differentiæ notatur in *l. non solum, de obligat. et act.* quæ loquitur de contractibus: sed quia ex lib. de fideicommissis sumpta est, innuit separanda nobis esse fideicommissa a contractibus hac ratione: in contractibus rem geri ex duorum pluriumve consensu: atque ideo omnium voluntatem speciari debere. Porro omnium voluntas non ea est ut efficax sit stipulatio sub impossibili conditione facta, velit hoc forsitan stipulator, sed non promissor, quia nil agi putat apposita conditione impossibili. In testamentis vel codicillis res agitur ex unius voluntate, qui si sanus sit mente, etiamsi quædam in testamento scripta sint, quæ videantur esse parum integri animi, aut aberrantis, tamen quæ sani sunt hominis amplectimur, hisque adhærescimus: et quæ contraria iis vel dissimilia pro

supervacuo habemus: ut si falsam demonstrationem apponat legato, demonstrationem circumscribimus quasi mendum, et falsam causam: longe magis et legatum conservamus, si ex die heredem instituat, institutionem habemus pro pura, diem circumducimus quasi vitium, ut ait *l. hæreditas, de hæred. instit.* quasi mendum, ut *l.* 1. *de condit. instit.* Aliud exemplum est de prodigo cui bonis interdictum est: credidi ei ante interdictionem 10. hæc mihi post interdictionem reddi stipulatus sum: nulla est stipulatio, creditum manet. Comparatur prodigus pupillo non furioso: neuter promittendo obligatur sine auctoritate, uterque stipulando acquirit sine curatoris vel tutoris auctoritate uterque adeundo sibi acquirit, sed pupillus tutore auctore, ille forsan sine curatore, *l.* 5. *l. pupillus, de acquir. hæred.* Quod olim furioso denegatur tantum: nam neque obligatur, neque acquirit obligationem vel hæreditatem, curatore auctore, *l.* 5. *de reg. jur.* Denique nec ex numeratione, nec ex stipulatione condictionem acquirit: condictionem tamen ex consumptione acquirit, *l.* 12. *inf.* Dices: prodigus comparatur furioso, *l.* 40. *de reg. jur.* Sed qua in specie? in qua et pupillus, *l. sed. hoc ita, de aq. et aq. plu. arc.* nam et pupillus pati posse non intelligitur, *l. in eo quod plus* §. *pupillus, de reg. jur.*

Ad §. 5. *Si nummos.*

§. 5. *Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos, absente te et ignorante: Aristo scribit, acquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus lib.* 10. *scribit veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari quin si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio: cum quotidie credituri mutuam pecuniam ab alio poscimus, ut nostro nomine creditor numeret futuro debitori nostro.*

Quæstionis est, si nummos meos tuo nomine credidero, cui acquiratur condictio ex ea numeratione tibi an mihi? et mihi potius videtur quam tibi, et in mutuo hoc præcipuum est, ut qui dedit suam pecuniam, quique eam accipientis fecit is demum habeat condictionem: at singulari jure receptum est, si voluntate tua tuo nomine dedi, ut tibi acquiratur obligatio: nam et ejus qui accipit, cogitatio hæc est ut se putet accipere a te et ita plerumque res geritur, cum crediturus forte Titio pecuniam, me jam debitorem tuum, vel procuratorem, vel creditorem futurum rogas, ut tuo nomine numerem Titio futuro debitori tuo, *l.* 2. §. *pen. l.* 15. *hoc t. l. qui negotia, mand. t. l.* 126. §. *Chrysogonus, de verb. oblig.* Id vero benigne receptum est ob crebrum et necessarium usum creditæ pecuniæ, ut perinde habeatur, ac si longiore circuitu ego tibi numerassem, tu Titio, ut quod fieri potest longiore, fiat breviore via: nam et iniquum est, me debitorem tibi imputare pecuniam, quam tua voluntate Titio dedi, vel me procuratorem experiri tecum mandati, et quod mandatu tuo dederim Titio, vel etiam me creditorem, qui pecuniam quam me rogasti voluntate tua Titio numerari, tecum experiri certi condictione, et nullam tamen esse tibi in accipientem actionem. Usu receptum hoc esse significatur hoc articulo cotidie (sic recte scribi Victorinus Afer docet) benigne receptum ait *l. qui negotia*, singulariter *l.* 15. *inf.* natural æquitate id est naturalis juris moderamine, *l* 5. *de bon. quæ lib.* et contra regulam juris, nempe hanc: mutuum non contrahere me, nisi de meo fecerim tuum, et contra illam, per liberam personam non acquiri nobis obligationem: sed benigna ratione, quæ etiam efficit, ut per procuratorem possessionem acquiri usus receperit. Excipitur hic casus, si procurator vel debitor, vel creditor, suam pecuniam nostra voluntate crediderit nostro nomine: nobis enim per eum acquiritur obligatio ex mutuo, atque etiam ex promutuo, *l.* 5. *C. de condict. indeb.* Constitutione Justiniani ex eadem causa acquiritur nobis etiam per eum pignoris obligatio ipso jure sine cessione, exemplo principalis obligationis, *l.* 2. *C. per quas person. nob. acq.* et ob hunc potissimum casum pecuniæ creditæ in *l. solutum* §. *per liberam, de pignor. act. et l. per procuratorem, sup. de procurat.* adjicitur, non semper, et plerumque. Igitur si meam pecuniam tua voluntate, tuo nomine dedi, et tuo nomine stipulatus sum tibi reddi; hoc etiam casu quasi duobus contractibus intervenientibus, uno utili, altero inutili, erit quidem tibi condictio ex numeratione, sed non ex stipulatione, quia ut per liberam personam nobis actio acquiratur, hoc tantum receptum est in mutuo, non in stipulatione, *d.* §. *Chrysogonus.* Et hac ratione, puto, juncta est hæc quæstio superiori tractatui de contractu re pariter et verbis facto. Sed videamus, an etiam si meam pecuniam tuo nomine sine voluntate tua credidero, acquiratur tibi obligatio. Constat inter omnes, tibi acquiri, si tua voluntate credidero, et hoc est quod ait, *nec dubitari*: sed non ita constabat, si absque tua voluntate, absente et ignorante te: quidam enim tibi non acquiri dicebant, forte quia hoc casu illa iniquitas non occurrit, ut non habeas condictionem, et mihi tantum tenearis: nec enim mihi teneris ulla actione, qui sine mandato nomine tuo credidi, cum res tuæ hoc non postularent, ut tuo nomine alia pecunia crederetur: sed obtinuit hoc etiam casu tibi condictionem acquiri eadem fictione, quia videtur velut tua, quæ tuo nomine data est, a te profecta, et quia hoc ita procedit si nomen approbaveris, quæ

approbatio retroducitur, et mandato comparatur: nam nomen si probaveris vel mihi cedes condictionem, vel sine cessione mihi dabitur utilis condictio ex numeratione, sicut et si pecuniam tuam tuo nomine credidissem, *l. 4. C. si cert. pet.* quod Græci quasi singulare notant. Cum tamen in multis aliis causis, quoties est actio cedenda, si non sit cessa, placeat competere utilem actionem, *l. 2. §. nunc tractemus, de tut. et ration. distrah. l. 1. et 2. C. de obligat. et act. l. ex legato, G. de legat. l. ult. C. quando fisc. vel privat. l. postquam C. de hæredit. vend. l. si cum emptore, sup. de pact. l. 1. et 2. C. de contr. judic. tutel.* Quærit hoc loco Accurs. si meam pecuniam credderim tuo nomine, et confestim stipulatus sum eam mihi reddi, an ulla mihi competat actio; et putat per stipulationem non posse tibi eripi primam actionem acquisitam, sed nego tibi ullam quæsitam: unus enim contractus est stipulatio, quæ sola ut teneat agitur dum numerationi applicatur statim, *l. 6. de novat.* nec refert quicquam nomine numeretur meo an alieno; et ita Fulgosius *l. 4. C. si cert. pet.* Rursus quærit quid e contrario dicendum, si meam pecuniam meo nomine credidi, et in continenti stipulatus sum eam tibi reddi; an tibi competat actio ex pacto incontinenti, et inclinare in hoc videtur ut competat: sed verior est prior opinio: ut eadem sit ratio stipulationis et pacti. Si posteaquam meam pecuniam credidi meo nomine hanc stipuler alii, nulla stipulatio est, creditum manet, ut dixi in §. *quoniam.* Item si paciscar alii, nullum est pactum, *l. quo tutela §. ult. de reg. jur.* Et in summa singulare hoc est in pecunia credita, ut per liberam personam ex numeratione nobis acquiratur, non ex stipulatione, non ex pacto facto in ipsa numeratione, quia in mutuo pecunia ipsa re numeratur velut mea: in stipulatione vel facto, nulla intervenit res veluti mea, et præterea pactum factum in ipsa numeratione non inest a parte actoris: hoc enim admissum est tantum in bonæ fidei judiciis.

Ad §. 6. Deposui, L. IX., et Ad L. X., et XI.

§. 6. L. IX. *Deposui apud te decem: postea permisi tibi uti. Nerva, Proculus, etiam antequam moveantur, condicere, quasi mutua, tibi hæc posse ajunt, et est verum, ut et Marcello videtur: animo enim cœpisse possidere. Ergo transit periculum ad eum qui mutuum rogavit, et poterit ei condici.*

L. X. *Quod si ab initio cum deponerem, uti tibi (si voles) permisero: creditam non esse antequam mota sit: quoniam debitu iri non est certum.*

L. XI. *Rogasti me ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, et nummis uteretis: si vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris priusquam venderes, utrum mihi, an tibi perierit, quæstionis est. Mihi videtur Nervæ distinctio verissima, existimantis multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, necne: ut si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc ut venderem: sed hæc causa fuit vendendi, ut tu uteteris: tibi eam periisse: et maxime si sine usuris credidi.*

Casus qui sequitur in § ult. l. 10. et l. 11. explicatus est in *l. 4. sup.* Brevius igitur perstringam: deposui apud te pecuniam, postea permisi tibi, ut ea uterere quasi credita: fit statim credita antequam etiam mota sit, quia præsens mutuum est. Quod si initio deposui apud te pecuniam ea lege, ut ea si voles uteretis quasi credita, non fiet credita antequam mota sit, quia mutuum est conditionale. Fit mutuum hoc casu facilius quam superiori: quia hoc casu pecunia quæ mea erat tua fit: superiore, pecunia quæ mea non erat, tua fit; et magis superiori similis est is qui proponitur in *leg. 11. in prin.* Dedi tibi rem meam vendendam, ut pecunia ex ea re redacta utereris quasi credita: nam et hæc pecunia mea non est. Putat tamen Ulpian. si vendideris, et pecunia uti volueris, pecuniam mutuam factam. Quamobrem reprehenditur ab Africano in *l. qui negotia, mand.* quia mutuum voluntas nuda non efficit, sed datio pecuniæ meæ, et negat utendum esse argumento superioris casus, expositi scilicet in §. *si nummos:* quia in eo benigne receptum est, ut mutui obligatio mihi quæratur, licet pecunia non fuerit mea, quæ data est meo nomine. In aliis non est ita receptum, nec quod benigne est in uno receptum, id continuo producendum ad consequentias. Et utitur simili ratione Africanus in *l. pen. sup. hoc t.* Neque enim, inquit, sicut illud receptum est, ita hoc quoque receptum est. Et Ulp. quoque in *l. 11.* ait receptum, sed putare se, quo verbo significat aliud defendi posse, arbitrari, opinari se, non scire: qua de causa, nec fideicommissum inducit, *l. generali, de usufr. leg.* Sicut scio, et non dubito, *l. et eo modo, de legat. 1. l. unum ex familia §. item Marcus, de legat. 2. l. Pamphilo, de legat. 3.* quo modo Apollonium loqui solitum lib. de vitis philosophorum Philostratus scribit lib. 2. et veteres, sed nimis arroganter.

Ad §. 1. Si tibi. L. XI.

§. 1. *Si tibi dedero decem, ut novem debeas: Proculus ait, et recte, non amplius te ipso jure de-*

bere, quam novem. Sed si decem dedero, ut undecim debeas: putat Proculus amplius quam decem condici non posse.

Placet ratio Stephani, quia pactum adjectum ex continenti inest ex parte rei in stricti judicii contractibus, non ex parte actoris. Quid est inesse ex parte actoris? Actionem competere ex ipso contractu ejus quod pacto conventum est, obtinendi causa. Quid inesse ex parte rei? prodesse pactum etiam ipso jure, etiam non opposita exceptione pacti: et ita priore casu si dedero decem sic ut novem debeas, dum ait non amplius te ipso jure debere quam novem, significat numerationi pactum inesse ex parte rei. Posteriore casu si dedero decem sic, ut undecim debeas, negat inesse ex parte actoris, dum negat amplius quam decem condici posse. Et priore quidem casu Proculus ait quasi certus, et adjicit Ulpian. recte. Posteriore autem id Proculus putat non quasi certus, sed quasi ita existimans, nec Ulpian. adjicit recte, quia ut arbitror, constabat quidem inter omnes stricti judicii contractibus inesse ex parte rei pactum factum ex continenti, ut *l. 4. §. ult. de pact. l. lecta, inf. hoc t.* Sed ex parte actoris alii etiam inesse dicebant, ut hodie Latini interpretes, alii negabant, ut Græci, quorum sententia verior est, et confirmatur opinione Proculi, et *l. si tibi, in princ. de pact.* ubi ita videtur propemodum argumentari Paulus: si 10. dederis sic ut 20. debeantur, non nascitur obligatio ultra 10. nam in alia decem, aut ex numeratione nascitur, aut ex pacto: at ex pacto non nascitur, certe nec ex numeratione, quia numerata non sunt, ergo nulla obligatio ultra decem. Idemque eo quod dicitur in mutuo pactum incontinenti factum nil prodesse ad acquirendam obligationem, præterquam in pecunia nautica vel qua alia pecunia, cujus periculum creditor suscipit *l. 5. de naut. fœnor.* Quod tamen generaliter constat prodesse in contractibus bonæ fidei, *l. qui negotia, mand.* et comparatione pacti, quod fit ex intervallo: nam sicut alio jure, aliaque ratione est pactum factum ex intervallo in stricti judicii contractibus, alia in bonæ fidei, inest enim in his si detrahat contractui ex parte rei, et ex parte actoris, in illis nulla ex parte, *l. 5. de rescind. vend.* ita consequens est ut non debeat in omnibus eodem jure esse, quod fit ex continenti: certe in bonæ fidei contractibus constat inesse ex utraque parte, id est, prodesse tam ad augendam quam minuendam obligationem, *l. jurisgentium, §. quinimo, de pact. l. in bonæ fidei. C. eod.* quibus locis frustra ait, in bonæ fidei. si idem est in strictis: sed nos etiam in his negamus idem esse: lex est conventio facta statim in ipso contractu: lex venditionis aut locationis obligat, lex stipulationis aut mutui non obligat, et quod ait *l. venditor, sup. com. præd. Per stipulationis vel venditionis legem obligantur*, sic est accipiendum, ut per stipulationem obligentur adjectam venditioni, vel per pactionem: lex est non pactio solum, sed conventio omnis, id est, pactio vel conventio facta statim in ipso contractu. Hæc obligat indistincte si contractus sit bonæ fidei. Si sit juris stricti contractus, pactio a stipulatione distinguitur: stipulatio enim obligat, pactio non obligat: ut si datis 10. paciscar undecim reddi, non amplius quam 10. reddentur: si stipuler undecim, undecim debentur, quia quasi fœnus, sive quasi donatio quod amplius est accipitur, utrumque per stipulationem contrahitur recte: pactio neque donationem efficit, neque fœnus, et priore casu si dedero centum, addita pactione, ut 900. debeantur quasi mille donaturus, non pactio donationem efficit, sed datio. Posteriore casu pactio intervenit sola, ut præter mille, centum debeantur (decem enim vel undecim in jure, id est, decem millia vel undecim millia) non donatio: idemque eadem ratione cum Accurs. statuendum opinor, si datis 10. paciscar, ut 10. reddantur, et præterea facias aliquid mea causa, ut scilicet etiam hæc pactio non formet actionem. Sed redeo ad stipulationem. Si acceptis decem, stipulanti 11. promittam sine fœnoris nomine, nascitur obligatio sine donandi animo, ut *l. 2. C. de dot. cauta, et non numer.* nec locus est exceptioni non numeratæ pecuniæ, quæ tunc duntaxat locum habet, cum is qui sperat se accepturum undecim, promittat undecim, et postea tantum 10. accipit, *l. 2. l. cum ultra, C. de non num. pecun.* In proposito posteaquam accepit decem, promittit undecim, quæ stipulatio rata est, nisi forte error intervenerit. *§. 1. Instit. de except.* vel nisi dolo extorta sit quo casu ex constit. Justiniani, creditor jus omne debiti amisit, nisi facti eum pœnituerit ante litem contestatam, et actionem remiserit, *l. 5. C. de plus petit.* Tertiam dico, nam desiderantur duæ Græcæ, prima Zenonis, altera Justiniani. Quid si stipulanti 10. promittam undecim? an ultra decem contrahitur obligatio? minime, etiamsi stipulatori continuo placuerit diversitas responsionis, quia ex placito nudo non nascitur verborum obligatio, sed et placuisse eam confestim necesse est, ut in decem contrahatur obligatio, *l. 1. §. si stipulanti. l. inter stipulantem §. si stipulanti, de verbor. obligat.* alioqui nulla est obligatio *§. præterea, Instit. de inutil. stipulat.* quia neque interrogationi responsio, neque animi amborum congruunt: parum est, non congruere interrogationi responsionem, si modo coeant animi confestim: si non coeant confestim, nulla est stipulatio, in qua non congruit interrogationi responsio:

idemque est si stipulanti decem promittam novem: nam sola 9. debentur, si modo confestim stipulatori placuerit diversitas responsionis: idem igitur est quod in mutuo: nam si datis 10. placeat 9. reddi, novem tantum debentur: si datis decem, undecim reddi, decem tantum debentur, quia neque mutuum, neque stipulatio nudo consensu contrahitur: an igitur aliud est in his contractibus qui nudo consensu fiunt? sic videtur: nec obstat *l.* 10. *loc.* Primum enim si tu sentias te locare quinque, ille se conducere decem, non pluris erit conductio quam quinque. Verum e contrario si tu locare 10. ille conducere 5. nihil agitur quia etsi in aliis causis sequamur conductoris potius quam locatoris sensum, *l. veteribus de pact.* in pretio tamen potius spectari debet ejus sensus qui pretium facit: porro pretium facit, statuit, indicat locator: sequamur igitur in pretio faciendo potius sensum locatoris aut venditoris: sed ita si prosit conductori, ut si sensit se locare 5. conductor 10. non si obsit, ut contrario casu, quo cum etiam conductoris sensum spectari minime conveniat, cujus non est pretium facere, constat nil agi. Et hoc quidem ita procedit si in eo dissensu permanserint: si enim postea melius explicaverint se et alter ad alterius se mentem adjunxerit, ex mente ejus cui se adjunxit alter, pretium æstimabitur, et convalescet locatio, quæ consensu perficitur, et ita in *l.* 4. *C. de dot. promiss.* Si plus me accepisse dotis scripsero, quam accepi, dantis voluntate pacti videmur de dando residuo, et pactioni statur, quæ sola dotem constituit, *l. ad exactionem, C. eod.* idemque erit si voluntate utriusque instrumento emptionis majus pretium sit adscriptum quam convenisset, hoc animo, ut majus deberetur. Debebitur enim majus quasi ex nova venditione, *l. pacta, de contr. empt.* quod tamen videtur esse contra *l. venditor, C. de rescind. vend.* quæ hactenus pessime explicata est ab omnibus: nam quod vulgo dicitur primam partem legis, id est, propositionem esse de dolo emptoris; illationem, id est, secundam partem de dolo venditoris: ac postrema parte ad dolum emptoris Imperatores reverti absurdum est, cum propositionis et illationis idem debeat esse subjectum, item et conclusionis: et emendare in ea *l. minus pretium*, non ferunt ulli libri, non Basilica, in quibus est, πλέον τίμημα. Sed meo judicio ita fingenda species: emptor non quod vellet augeri pretium, sed quod vellet pluris videri emisse quam emisset, ut fit quotidie, majus pretium adscripsit instrumento emptionis, consentiente venditore, qua in re venditor sumit doli argumentum, dicens, de alio convenisti, de alio scripsisti, videris fecisse dolo malo: desidero itaque rescindi venditionem; sed negant Impp. justum esse desiderium venditoris, quia sciente et consentiente eo id omne egit emptor, et non quo se majori pretio obligaret, sed ut videretur pluris emisse, quia de eo non quod scriptum sit, sed quod placitum sit pretium, si non sit solutum, ex vendito peti posse ajunt.

Ad §. 2. *Si fugitivus.*

§. 2. *Si fugitivus servus nummos tibi crediderit: an condicere nummos tibi dominus possit, quæritur: et quidem si servus meus, cui concessa est peculii administratio, crediderit tibi, erit mutua: Fugitivus autem vel alius servus contra voluntatem domini credendo, non facit accipientis: quid ergo? vindicari nummi possunt, si exstant: aut si dolo malo desinant possideri, ad exhibendum agi. Quod si sine dolo malo consumpsisti: condicere tibi potero.*

Si servus meus aut filiusfamil. qui liberam habet peculii administrationem tibi nummos peculiares crediderit, mihi obligaris, et potero tibi condicere, licet nummi mei non fuerint, sed peculiares. Separari enim rationem meam a peculiari ratione: peculium est quasi proprium patrimonium servi vel filiifamil. *l.* 20. *l.* 40. *l.* 48. *in fin. de pecul. l. si decem, inf. de statulib.* et ordinarius sive actor dominus vicarii, id est, peculiaris servi, *l. servos* §. *ult. de legat.* 3. *l. si servus meus, de pecul.* Verum enim vero quamquam servi peculii domini esse intelliguntur, non possunt tamen alienare rem peculii rem, nisi liberam habeant peculii administrationem a patre vel domino concessam, *l.* 18. *l.* 19. *de pig. a. l. l. si quis hac lege* §. *ult. de rei vind c. l.* 10. *quod cum eo, etc.* qua etiam concessa, donare et perdere non possunt, *l. filiusfamil. de donat. l.* 1. §. 1. *quæ res pign. obl g. poss.* Sicut etiam, cujus potestas etiam plenissima est, procurator qui liberam habet administrationem bonorum, non potest alienare usquequaque, *l. Lucius* §. *ult. de adm. nst. tut. l. creditor* §. *pen. mand.* nec qui liberam testamenti factionem impetraverunt, omnes contemnere solemnitates juris possunt: nec enim licentia conceditur, sed libertas, quo in verbo ratio quædam et modus inest. Servi igitur aut filiifamil. quibus generaliter peculii libera administratio concessa est, ita ut dixi alienare possunt: ergo et mutuum dare (nam mutuum alienationis species est) non tamen filiofamil. nam mutuum dare filiofamil. perdere est, *l.* 3. *ad Macedon.* et domino acquiritur condictio, *l.* 2. §. *pen. sup.* quia voluntate ejus credidisse videntur. Concessa enim libera administratione, et mutui datio concessa intelligitur. Igitur ut liber homo mihi acquirit condictionem, si mea voluntate

suos nummos meo nomine crediderit (id enim benigne receptum est) ita servus et filiusfamil. si habens liberam peculii administrationem, vel etiam si non habens voluntate mea peculiares nummos crediderit, mihi acquirit condictionem : an igitur eodem exemplo mihi acquirit condictionem qui non habuit liberam peculii administrationem et nummos peculiares credidit meo nomine, absente et ignorante me, ut *l.* 9. §. *pen. sup. eod.* minime : nam ut sit condictio hoc necessario exigitur, ut sint nummi accipientis, liber homo, dando suos nummos, dominum facit accipientem, et mihi si meo nomine dederit etiam ignoranti condictionem acquirit. Servus dando peculiares me ignorante, me non concedente liberam administrationem, dominum non facit accipientem : et ideo mihi condictio ex numeratione non competit : quid ergo ? competit mihi vindicatio nummorum, si extant, vel si dolo malo consumpti sint, actio ad exhibendum, quia non videntur consumpti, qui sunt dolo malo consumpti : quod si bona fide consumpti sint, mihi datur condictio, id est, ex mutuo, etsi mutuum non fuerit; ut deficiente alia, vel hæc competat, ne res cedat lucro accipientis, et hoc est quod interpretes ajunt, consumptione conciliari mutuum recte, ut *l.* 6. §. *idem ait, de negot. gest.* dicitur, ratihabitione, conciliari negotium : quod enim non fecit numeratio, hoc facit consumptio bona fide facta: ut in *l.* 12. *et* 13. *et l. non omnis* §. *si pupillus, inf. hoc t. l. quod si forte* §. *ult. l. Cassius, de solut. l. obligari* §. *pupillus de auctor. tut.* Consumptio, inquam, bona fide facta : et hac ratione hæc condictio a veteribus Jurisconsultis appellata est condictio de bene depensis, auctoribus Græcis interpretibus, qui scripsere in Lexico suo, *condictio de bene depensis*, τοῦτ' ἐςιν ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος, et hoc loco bene depensa interpretantur bona fide depensa (non sobrie, honeste, utiliter) sed ab eo qui errat in facto, id est, qui se pecuniam mutui nomine existimabat accepisse a domino, vel ab eo qui jus credendi habet. Eadem vero ratio intervenit in servo fugitivo : nam si is nummos peculiares crediderit, non facit res accipientis, quia etiamsi liberam habeat peculii administrationem, eam per fugam amisit, *l. libera, de pecul.* præsumitur enim dominus mutasse voluntatem, nec velle liberam peculii administrationem permanere in eo qui sit in fuga, sicut nec in eo qui possideatur a fure, aut de quo nesciat vivus an mortuus sit : et ideo si extant nummi, vindicare eos dominus potest; si mala fide consumpti, agere ad exhibendum quasi vindicaturus exhibitos. Si bona fide, condictione de bene depensis, et ita accipienda *l. fugitivus, de solut.* ut qui accipit nummos a fugitivo domino obligetur consumptione bona fide facta, quod καλὸν δαπάνημα vocant, et contra Theophil. §. *ult. Instit. quib. alien. licet vel non*, consumptionem mala fide factam: κάκιςον δαπάνημα : nec male fugitivo Ulp. statim adjunxit furem in *l.* 13. nam fugitivus servus quodammodo fur est, maxime si pro libero se gerat, *l.* 1. *C. de serv. fugit. l. ancilla, de furt.* quia se pro libero gerendo sui possessionem intervertit, et furtum nihil aliud est, quam interversio possessionis rei mobilis, *l.* 1. §. *Scævola, si quis test. lib. l.* 1. *de distract. pign.* sed hoc inter fugitivum et furem est, quod si fugitivus nummos peculiares mutuos dederit, domino competit condictio de bene depensis. Si fur nummos subreptitios sibi acquirit, *l.* 13. ubi non dicit quidem cui nascitur, sed Joan. Doroth. Thaleleus, Steph. recte ipsi furi non domino, quia non domini nomine dedit, quo etiam nomine si dedisset, domino competeret actio de reb. creditis, non condictio de bene depensis : nec mirum hoc videri debet : nam et furi datur depositi et commodati, vel ex locato, vel pignoratitia, *l. non ab judice, sup. de judic. l.* 1. §. *si prædo, l. bona fides, inf. depos. l. ita, inf. commod. l. si pignore* §. *si prædo, de pign. act l. si urbana, de condict. indeb.* Nec obstat quod dicitur, furem de improbitate sua non consequi actionem, quod sic accipiendum, ut non possit agere furti quod teneatur furti : vel mandati, quod hortatu alieno furtum fecerit : vel pro socio, ut in furti partem veniat, *l.* 12. *de furt. l. si a reo* §. *ult. de fidejussor.* hæ actiones in ipso furto causam positam habent, superiores in alio contractu, non in furto ipso, ac similiter si dicatur neminem ex delicto suo meliorem suam facere conditionem, *l. non fraudantur, de reg. jur.* dicam, non facere etiam furem meliorem suam conditionem, licet acquirat condictionem ex consumptionem, vel depositi, vel similis, quia non ideo rem lucrifacit, aut non furto liberatur, et illas acquirere eum ex contractu, non ex delicto, et ad *d. l. non fraudantur*, convenientius exemplum est, quam deficere in *l. si ab hoste, solut. matr.* Generaliter autem qui alienam pecuniam credendi causa dat, habet condictionem de bene depensis, *l. non omnis* §. *ult. inf.* quæ ut significat *l.* 13. *inf.* pro modo consumptionis bona fide factæ quotidie crescit, ut Græci ajunt τῇ καθ' ἡμέραν δαπάνῃ συναυξάνεται, et pro parte consumpta pro parte tantum condicitur : nam ut ex numeratione condictio datur, quatenus numeratum est, ita ex consumptione quatenus consumptum est bona fide : sed ex numeratione tamen non condicimus per partes, quia etiam ex uno eodemque contractu numeratio non fit per partes, ex consumptione condicimus per partes : quia ea per partes fieri potest; habet etiam is qui alienam pecuniam credendi causa dedit condictionem

ex stipulatione, si eam sibi reddi stipulatus sit, *l. 2. C. si cert. pet.* qua de causa in *l. si quis pro eo* §. *si nummos, de fidejuss.* additur *sine stipulatione,* cum proponitur nullam obligationem acquirere eos, qui nummos alienos mutuos dant, nec adversus reum, nec adversus fidejussorem ante consumptionem pecuniæ, et quod ait *ex ea numeratione,* sic accipiendum est, ut subnascatur potius ex numeratione, quam nascatur ex consumptione, quæ condictio est naturalis. At quærit Acc. num utilis sit condictio ex stipulatione, quod etiam quæri potest de condictione ex consumptione, si pecuniæ dominus eam vindicet, aut vindicarit: et placet mihi, et omnibus valde, quod respondit, eum qui accepit pecuniam, se adversus stipulatorem tueri posse, exceptione doli, quod non sit æquum ei reddi pecuniam quam dominus vindicat, et utitur argumento *l. 1.* §. *si servus comm. de stip. serv.* Placet hoc quidem, at displicet illud quod subjicit idem Acc. et negat, ei qui alienos nummos credidit extante pecunia ratione possessionis condictionem dari, ut reddatur possessio, quam habuit antequam pecuniam numeraret: datur enim ex promutuo, *l. indeb.* §. *sed si nummi, de condict. indeb.* Ergo et ex mutuo, cui tamen æque poterit opponi exceptio doli, si et pecuniam suam esse dominus vindicare velit, vel de male consumpta agere ad exhibendum. Quare sic concludo: ei qui alienam pecuniam dedit credendi causa, dari condictionem incerti, id est, possessionis, et condictionem certi ex stipulatione: et si non intervenerit stipulatio, condictionem ex consumptione, sicut si suam pecuniam crediderit, et stipulatus sit, constat non concurrere condictionem ex numeratione, *l. 6. et 7. de novat.* Quod autem idem Acc. scribit ad hæc verba, *quia nondum, d. l. 13.* talia sunt, ut non coargui, sed statim obliterari debeant. Verum ait *l. si admonitus alienos nummos fuisse*, quia si meos nummos fuisse putavi, utique condicam totos ex numeratione, quoniam hæc condictio scindi non solet, nisi in *l. 64.* §. *1. de solut.* et condicam utiliter, si modo non opponatur mihi exceptio doli, id est, si non objiciatur alienos nummos fuisse: quod si objiciatur, integrum mihi erit transire ad condictionem ex consumptione, et vel partem condicere, si pars tantum consumpta sit: partem autem extantem dominus vindicabit. Quia vero in *d. l.* hæc generalis definitio traditur in Papiniano lib. 8. qu. est. eum qui alienam pecuniam dedit credendi causa, non ante acquirere condictionem quam pecunia consumpta sit, ei ex consumptione bona fide facta condictionem dari, quam appellavimus condictionem de bene depensis, vel totius summæ, si tota consumpta sit, vel prout consumpta erit: augeri enim condictionem in dies pro modo consumptionis, idcirco recte arbitror huic sententiæ Papiniani conjungi posse, *l. pater filiæ, inf. de jur. dot.*, quæ est ex eodem libro Papiniani. Pater filiæ nomine nummos alienos dederat in dotem quos mutuos acceperat, vel in solutum acceperat a non domino: non est dos profectitia antequam a marito consumpti sint bona fide, quia nec ante, vel solutione, vel mutui datione, videntur patris facti, antequam consumpti sint. Consumptio sola alienorum nummorum numerationem vel solutionem conciliat, et longe alia est ratio fundi: nam si fundum alienum bona fide emptum pater dederit in dotem, dos est profectitia, *l. 7.* §. *1. eod. tit.* alienæ rei venditio consistit, alienæ pecuniæ mutuum non consistit: qui alienam rem emit, tenetur ex vendito: qui alienam pecuniam accepit, non tenetur condictione, nisi pecunia bona fide consumpta, sit idcirco ante consumptionem dos non intelligitur esse profectitia.

Ad L. XII.

Si a furioso, cum eum compotem mentis esse putares, pecuniam quasi mutuam acceperis: eaque in rem tuam versa fuerit: condictionem furioso acquiri Julianus ait: nam ex quibus causis ignorantibus nobis actiones acquiruntur, ex iisdem etiam furiosis acquiri. Item si is qui servo crediderat furere cœperit: deinde servus in rem domini id verterit: condici furiosi nomine posse: et si alienam pecuniam credendi causa quis dederit, deinde furere cœperit, et consumpta sit ea pecunia: condictionem furioso acquiri.

Furioso acquiri condictionem ex consumptione bona fide facta, ut si qui pecuniam quasi mutuam a furioso acceperat, quem putabat sanæ mentis, eam consumpserit; recte ait, *quasi mutuam,* quia mutua non fit ab initio, sed post; si bene dependatur, mutua fuisse intelligitur, si male, furioso competit ad exhibendum actio, vel si extet vindicatio, et hoc tradit hoc loco ex Pomponio, et Juliano qui et de pupillo idem scripsit in *l. non omnis* §. *si pupillus, hoc t.* aut sane quod ibi Julianus scribit de pupillo qui credidit sine tutoris auctoritate, ita accipiendum est, ut non aliter acquirat condictionem, quam si bona fide consumpta sit: finge igitur eum qui pecuniam accepit, dantem puberem esse existimasse, ut *l. obligari* §. *pupil. de auctor. tut.* §. *nunc admonendi, Instit. quibus alienar. lic. vel non.* Eademque ratio est solutionis: nam si pupillus suam pecuniam solverit sine tutore quam debebat, vel furiosus, vel prodigus, vel si quis alius alienam pecuniam (est enim harum personarum hac in re conditio eadem) non ante liberatur quam consumpta sit pecunia bona fide: hæc

ratione, quod facto pupilli, vel furiosi, vel prodigi, ad eum qui accepit, pecunia pervenerit, et in eo qui alienam dedit hac ratione, quod facto ejus eadem pecunia pervenisse intelligatur, de qua experiri jam cum eo dominus non potest, cum sit bene depensa, nec tamen æquum sit eam accipientis lucro cedere, quæ ratio naturalis est. Condictio igitur de bene depensis est naturalis, id est, ex bono et æquo potius quam ex mutuo. Conditio de rebus creditis est civilis. Eadem vero intervenit ratio, si pupillus, furiosus, vel prodigus pecuniam solverit indebitam, ut habeat condictionem ex consumptione: quia pecuniam accipientis non fecerit numeratione, et generaliter in *l. interdum*, *inf. de condict. indeb.* traditur, has personas locum facere repetitioni, consumpta pecunia videlicet, etiamsi ex ea causa solverint indebitum, ex qua alii non habent condictionem indebiti, ut docui in *l. illud sup. de minor.* nam ignorantibus, et absentibus comparantur, etiamsi proprie neque scire, neque ignorare intelliguntur. Et sequitur generalis regula in *h. l. ex quib. caus.* etc. Ignoranti acquirit servus vel filiusfamil. dominium et obligationem, ignoranti acquiritur liberatio, actio furti vel damni injuria, et actio Pauliana, actio negotiorum gestorum, et legatorum vel fideicommissorum actio, *l. si a furioso*, *de oblig. et act.* Actio, inquam, legatorum personalis, non dominium *l. filiusfam. inf. qui testam. fac. poss.* et hæreditas suo, et necessario hæredi, *l. furiosus*, *inf. de acquir. hæred.* §. 5. *sui autem*, *Instit. de hæred. quæ ab intest. l.* 2. *inf. de condict. triticar.* Ergo et furioso ignoranti etiam acquiritur condictio de reb. credit *l.* 9. §. *pen. h. t.* si quis suos nummos meo nomine crediderit me ignorante, ergo et si furiosi nomine. Item sanæ mentis homini, et ignoranti acquiritur condictio etiam de bene depensis, ut si credita servo alicui pecunia versa sit in rem domini, me ignorante. Nam mihi adversus dominum acquiritur hoc casu non tantum honoraria de in rem verso, sed et directa condictio de bene depensis, §. *ult. Instit. quod cum eo*, etc. Ergo et furioso mihi, qui secundus est casus hujus l. item si pecuniam alienam dedi credendi causa, et ea sit bona fide consumpta, mihi acquiritur condictio de bene depensis, et consumptis, ergo et furioso mihi, qui tertius casus. Tota igitur lex est de condictione de bene depensis.

Ad L. XIII.

Nam et si fur nummos tibi credendi animo dedit, accipientis non facit: sed consumptis eis nascitur condictio. Unde Papinianus lib. 8. quæst. ait: S. alienos nummos tibi mutuos dedi: non ante mihi teneris, quam eos consumpseris: quod si per partes eos consumpseris: an per partes tibi condicam, quærit: et ait condicturum, si admonitus alienos nummos fuisse, ideo per partem condico, quia nondum totos consumptos compereram.

§. 1. *Si servus communis decem crediderit: puto, sive administratio servo concessa est, sive non, et consumantur nummi: in quinque competere actionem: nam et si communes nummos tibi credidero centum, posse me quinquaginta condicere, Papinianus lib. 8. quæstionum scribit, etiamsi singula corpora communia fuerint.*

Si servus communis 10. *crediderit.* Accursius servus communis, inquit, æqualibus partibus, recte: et 10. quæ erant, inquit, dominorum communia æqualiter: dixisset melius, 10. peculiaria, et peculio præsertim ad utrumque dominum pertinente: nam servum in hac specie credidisse de peculio demonstrant verba quæ sequuntur: *sive administratio servo concessa est, sive non.* Finge igitur: Servus communis meus et tuus de peculio 10. credidit: utrique nostrum condictio acquiritur: condictio de reb. creditis, si liberam peculii administrationem habuit: condictio de bene consumptis, si eam non habuit: vel hoc casu, id est, quando non habuit liberam administrationem extantibus, aut male consumptis nummis, utique datur vindicatio, vel ad exhibendum actio *l.* 11. §. 1. *sup.* acquiritur autem singulis condictio partis dimidiæ ejus summæ, et hoc est quod ait primum *competere actionem:* namque singulis 5. nummorum repetitionem competere, quod confirmat a simili: est affectio similis quædam inter peculiares nummos servi communis, et communes nummos: at si nummos mihi cum alio communes tibi credidero, dimidiam totius summæ, non singulorum corporum dimidiam partem condico: ergo et servus communis mihi cum alio, si nummos peculiares tibi crediderit, summæ dimidiam partem condicam, si centum crediderit 50. si 10. quinque, et hoc de communibus Ulp. refert ex Papiniani 8. quæstionum, locus est in *l. si is cui nummos*, *de solut.* et idem de promutuo communium nummorum proditum est in *l. si pene* §. *si falso*, *de condict. indeb.* competit ergo mihi creditis communibus nummis, vel ex falsa causa datis in solutum condictio dimidiæ partis totius summæ ex numeratione, quia ejus tantum partis alienationem habui, *l.* 16. *h. t.* vel etiam alterius partis condictio competit ex consumptione: atque ideo differentia hæc est inter priorem et posteriorem casum, quod priori condictio competit pro parte tantum, quia servus communis credidit qui sustinet personam duorum: posteriori condictio competit in solidum, quia unus ex sociis pecuniam

credidit si consumpta tota pecunia sit: pecunia communis dividitur numero, non corpore, vel etiam si mavis existimare communem eam esse pro indiviso, et singula nummorum corpora esse communia, facienda tamen divisio numero non corpore, quia pecunia non tam corpore, quam quantitate spectatur, et videtur commodum debitoribus creditoribusque ut numero dividatur obligatio, *l.* 29. *in fin. de solut.* Porro, l. 16. ut ejus quoque interpretatio hoc loco concludatur, male accipit Acc. de socio bonorum omnium: hic enim propriam pecuniam habere non potest, quia etiamsi nondum quæ nuper acquisivit, in commune redegerit, tacite communicare intelligitur, *l.* 2. *inf. pro soc.* Propriam autem pecuniam, inquit, mutuam facit socius credendo in solidum, etiamsi non consentiant ceteri socii: communem autem dando non consentientibus ceteris, mutuam tantum facit pro sua parte: et ideo condictionem in solidum non habet antequam pecunia omnis bona fide consumpta sit, interim partem suam tantum condicere potest, ut si fuerint socii tres, et ex communi pecunia crediderit 30. ea tantum condicere potest quæ propria ejus fuisse intelliguntur, et plus parte sua alienare non potuit, dissentientibus ceteris, etiamsi totorum bonorum socii fuerint, *l. nemo ex sociis, in princ. pro soc.* et ideo recte in eodem libro Paulus in *l. si unus*, *eod. tit. Si unus*, inquit, *ex sociis rem communem vendiderit consensu sociorum*: quia scilicet nisi consenserint socii ea venditio partis tantum alienatio est, et adjicit, *pretium dividi debet* dividitur autem numero, ut dixi, non corpore.

Ad L. XIV.

Si filiusfamilias contra Senatusconsultum mutuatus, pecuniam solverit: patri nummos vindicanti nulla exceptio objicietur. Sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem; quoniam toties condictio datur, quoties ex ea causa numerati sunt, ex qua actio nasci potuisset si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem.

Pertinet etiam hæc l. ad condictionem de bene depensis: nam ex causa crediti seu indebiti soluti, eadem ratio est crediti et soluti: si indebitum, quod solvo de meo, fiat tuum, ex numeratione indebiti condictio nascitur, si de meo non fiat tuum, ex consumptione. Sciendum autem est, multum interesse utrum filiofam. credatur pecunia, an patrifamil. nam si patrifam. credatur, ex mutuo nascitur naturalis et civilis obligatio: si filiofam. civilis non nascitur ob Senatusc. Macedonianum, quo denegatur actio pecuniæ creditæ filiofamil. et hac ratione credere filiofamil. perdere est, *l.* 3. *inf. ad Maced.* quia neque peti quod datum est, neque repeti potest: nascitur tamen obligatio naturalis, cui Senatusconsultum Macedonianum impedimento non est: cujus effectus hic est, ut inhibeat soluti condictionem. Quocirca si filiusfamil. mutuatus contra SC. Macedon. per errorem solverit, forte paterfam. factus, vel ex castrensi peculio, vel si quis alius, quibus modis pecunia fit accipientis, quasi de indebito soluto condictio non est, *l. qui except. inf. de condict. indeb. l. sed etsi paterfam. in fin. et l. seq. inf. ad Maced.* Sed quæritur in hac l. si filiusfamil. solverit de pecunia peculiari, vel patris, atque ita pecuniam non fecerit accipientis, an solutæ pecuniæ patri vindicatio, vel condictio competat. Finge filiumfamil. pecuniam solvisse, sibi ab alio donatam: et si quidem hac conditione data sit, ut creditori solvatur, videtur a donatore profecta protinus ad creditorem, et fit accipientis, ac proinde a patre vindicari non potest, quia nec filii nec patris unquam videtur fuisse. Sed si simpliciter donata sit, non potuit solvendo filiusfam. eam alienare, quia patri pecunia acquisita est: et ideo extantem pater vindicabit, nec repelletur exceptione ulla: filiusfam. si vindicet quasi hæres patris, repelletur doli exceptione, ne veniat contra factum suum, *l. si non sortem* §. *si filiusfam. inf. de condict. indeb.* At rursus quæritur an bona fide consumptam eam pecuniam, ab eo puta, qui solvi sibi existimabat pecuniam voluntate patris, aut post emancipationem filii, pater condicere possit, et ait cessare condictionem ex consumptione, et utitur vera ratione, quia toties datur condictio ex consumptione, si pecuniæ dominium ad accipientem non transierit, quoties foret ex numeratione, si pecuniæ dominium ad accipientem transiisset. Hoc autem casu non foret ex numeratione, etiamsi dominium ad accipientem transiisset, quia naturalis obligatio inhibet condictionem: ergo non erit etiam hoc casu conditio ex consumptione, si dominium ad accipientem non transierit. Propositio est: toties condictio ex consumptione datur, quoties ex ea causa numerati sunt ex qua actio, id est: condictio ex numeratione esset: est enim condictio ex consumptione actio fictitia: fingit enim dominium transiisse: ex his igitur causis danda ex quibus datur et competit vera, ut Publiciana quæ etiam fictitia est actio. Assumptio hæc: in proposito autem non esset, id est, condictio non esset ex numeratione: conclusio hæc: denique, id est proinde, per errorem soluti cessare repetitionem, id est, condictionem ex consumptione, quæ poterat videri quæsita patri per filium. Et ait, per errorem, id est, etiamsi per errorem facti est:

scienter enim vel per errorem juris, nulla dubitatio est. Sed etsi per errorem facti: cessat condictio, nisi forte solverit credens se debere ex alia non justa causa, ut Acc. videtur. Obstat huic sententiæ *l. sed etsi paterfam.* §. 1. *ad Maced.* quæ dicit, patri ex omni eventu competere condictionem: ex omni eventu, id est omni modo, παντὶ τρόπω, sive ad extremum, quasi diceret, ut deficiat vindicatio, condictio non deficit: denique quicquid evenerit, hæc supererit patri. Græci non esse condictionem indebiti, sed generalem, male: nam generalis non datur sine causa, et causa alia non subest, quam indebiti. Latini contra, non esse generalem, sed specialem esse sine causa, quod nunquam fit, ut cui convenit generalis, non conveniat specialis, non erit etiam certi, ubi non possit esse incerti de bene depensis: alii, non esse persona filii, sed patris, male: nam et hic et ibi quæritur an competat. Eadem igitur quæstio ubique, et ex sua persona patri nulla est condictio, aut si qua est, per filium est. Alii, non esse consumptam pecuniam bona fide, sed mala; imo esse potius ad exhibendum actionem, *l.* 1. §. *ult. sup.* quia non est certe furtiva: ubi est actio ad exhibendum, condictio non est *l. interdum, l. dominus, l. si in area, de condict. indeb. l. servus inscio, de fidejussor.* Alii, non esse si filiusfamil. suo nomine solverit, esse si patris nomine. At ubique solvit suo nomine, et si patris nomine quasi de peculio obligati, indebiti competit magis, quam si filii nomine: animadverti eodem libro, et hoc et illud scripsisse Ulp. nempe 29. ad edictum, at in illa ex Juliani sententia, in hac ex Marcelli, qui est Juliani reprehensor, exagitator, et quasi insidiator perpetuus, levem rimam in Juliano si offendit, figit aculeum, adeout alii auctores cum quid verissimum esse significare volunt, et Julianum dicant scribere, et verissimum esse, cum et Marcellus consentiat, *l. si servus* §. *sed an is, ad leg. Aquil. l.* 2. *in fine, de nox. act.* Quid igitur evidentius quam referri eodem libro diversas sententias Juliani et Marcelli, et ad Juliani quæ refertur *d. l. si paterfam.* §. 1. notam Marcelli applicandam hoc loco, *et verior Marcelli est.*

Ad L. XV.

Singularia quædam præcepta sunt circa pecuniam creditam: nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam: obligaris mihi, quamvis nummos meos non acceperis. Quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est: ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas, et convenerit ut crediti nomine eam retineas: videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta.

Singularia quædam, Singularia, id est, contra regulam, contra juris rationem, ut dixi *l.* 9. §. *ult.* et recepta non præcepta, Basil. ἐπὶ τοῦ δανείου τινὰ παρὰ τὴν ἀκρίβειαν καὶ παρὰ κανόνα ἐδέχθησαν, benigne recepta, *l. qui negotia, inf. mand.* Regula juris hæc est: ut is tantum mihi obligetur ex numeratione, id est, ex mutuo, cui pecuniam numeravi meam: jus singulare est, ut mihi obligetur ex numeratione, etiam is cui jussu meo debitor meus pecuniam mihi debitam numeravit, quo facto debitor a me liberatur, nec abest huic juri color: fingitur enim mihi dari a debitore pecunia, et protinus a me ad illum profecta, ut in *l.* 3. §. *sed si debitorem, de donat. int. vir. et uxor. l. licet* §. 1. *de jur. dot.* Quasi brevi manu, et sine circuitu dum celeritati studeo, occulta, id est, subrepta actione una, acceptæ a debitore pecuniæ quam accepisse finget dum is accipit cui creditum volui, hac fictione jus singulare sustinetur. Eademque ratione et fictio intervenit, si quis mandato meo alii pecuniam numeraverit: nam is qui accipit, licet neque ego numeraverim, neque meam pecuniam acceperit, tenetur tamen mihi ex mutuo, ego danti teneor mandati: nam si Titius redditurus mihi pecuniam mea voluntate dederit eam Cajo, ego Titio, Cajus mihi tenetur condictione, licet meam a me pecuniam non acceperit, *l.* 9. §. *pen. sup.* Item si filiusfamil. aut servus cui libera peculii administratio concessa est, nummos peculiares crediderit, mihi acquiritur condictio, licet nummi peculiares non mei fuerint, *l.* 2. §. *pen. l.* 11. §. *ult. sup.* quia voluntate mea credere intelligitur is cui permisi liberam administr. quod in his quidem facilius admittitur, propterea quod nummi peculiares filii aut servi ad me pertinet, vel etiam sunt mei, et quodammodo duo domini summæ peculii, et duo possessores, ut dotis maritus et uxor Præterea jure potestatis per eos mihi acquiri potest superioribus casibus difficilius, quia per liberam personam mihi non acquiritur, et pecunia quam liber homo dat voluntate mea, nullo modo mea est: sed benigne receptum est, ut per liberam personam nobis acquiratur condictio non mutui tantum sed etiam indebiti, *l.* 6. *C. de cond. indeb.* et causa data ea non secuta, *d. l.* 9. §. *quoties,* quæ sunt ex promuto propter necessarium usum rerum expediendarum, ut quod forte occupatus per me expedire non possum, vel non tam celeriter quam vult is qui me mutuam pecuniam rogat, id assequar per alium: qua etiam necessarii usus ratione receptum est, ut per liberam personam nobis possessio acquiratur. Quæritur an etsi non mea voluntate sed

meo nomine quis nummos crediderit, me absente et ignorante, mihi acquiratur condictio: nam hoc non ita ut illud usu est receptum, sed prudentib. placet et mihi quoque, hoc casu conditionem acquiri si nomen approbo, *l.* 6. §. *pen. sup.* nec longe aberit ab eo quod receptum est, quia approbatio nominis seu ratihabitio mandato comparatur: ex quo intelligitur, huic fictioni locum esse, etiamsi me absente alius meo nomine crediderit, in quo etiam jus singulare maxime elucet circa pecuniam creditam: nam aliis casibus inducitur quoque hæc fictio, sed ita demum si me præsente, ut *l. quod statuliberi, inf. de donat. caus. mort. l. si procurator, de verb. oblig. l. falsus* §. *si is qui, de furt.* in credito neque mea, neque pecuniæ præsentia exigitur. Si igitur debitorem alii jussi dare, mihi acquiritur condictio, sive dederit me absente sive præsente, et sive pecuniam habuit paratam in manu dum jussi, sive non: at non videtur mihi possessio et dominium possessione acquisitum, nisi præsentem præsens jussero dare, *l.* 1. §. *pen. inf. de acquir. poss. l. pecuniam, de solut.* quo casu mihi tradita fingitur longa manu, id est, minus, non cominus de manu in manum. Quæritur, an etsi pecuniam quam mihi debes ex causa mandati convenerit ut debeas quasi mutuam, fiat mutua, et mihi acquiratur condictio, ut quod in duabus personis est receptum etiam in eadem persona recipiatur id, ut quod fit per alium, fiat per te ipsum, et videaris mihi tu dedisse quod debebas ex causa mandati, et idem mox recepisse ex causa crediti, quæ fictio brevis manus appellatur. Ulp. putat idem recipiendum hoc casu, receptum illo est, hoc non est receptum: sed inquit, inducendum et recipiendum est: consequens enim est, ut si dum mihi ab alio debitos nummos accipis mea voluntate, meos videris accipere, qui credere tibi eos volo, videaris etiam accipere meos, dum ante debitos ex causa mandati retines in creditum mea voluntate. Atque ita quodammodo accipis a te ipso, ut quæ fictio valet in uno casu, valeat etiam in altero: quia de similibus idem judicium. Obstat *l. qui negotia, mandat.* procurator a debitoribus meis exegerat 10. eam igitur pecuniam debebat ex causa mandati: per epistolam mihi significavit se eam debere ex administratione, et debiturum quasi creditam sub usuris semissibus. Epistola habetur pro nuda pactione in *l.* 18. *de fund. dot.* continent enim cautionem debitæ pecuniæ ex causa mand. et pactionem hanc ut pecunia credita fiat, atque adeo ut periculum ejus pecuniæ quod non erat procuratoris, nunc ad eum pertineat, et aliam ut debeantur usuræ semisses, et pacto quidem hoc fieri potest in judiciis bonæ fidei, veluti mandati, dum inchoatur actio ut ait *l. nec ex prætorio, inf. de reg. jur.* dum constituitur obligatio, dum cavetur ut periculum mandatarii, sit, et ut debeat usuras: atque ita erit hoc casu, quia mandati obligatio manet: nec enim pacto etiam fit mutua pecunia, quæ si esset mutua, usurarum petitio non esset, *l. idemque* §. *si quis Titio, eod. tit.* cur non fit mutua? quia aut novatione tantum hoc fieri potest, aut fictione quadam sed novatione hoc fieri in hoc casu non potest, quia novatio non fit sine stipulatione, non etiam fictione ut videatur pecunia recepta ex administratione et mox data eidem in creditum: quia si admittatur hoc casu, ut ex contractu mandati nuda pactione mutua fiat pecunia, admittetur et ex venditione, locatione, vel quo alio contractu, quod est absurdum: nam ita constitueremus, mutuum fieri nuda pactione posse, quod fit datione, numeratione. Et hoc est quod ait, *alioqui, etc.* alioquin significat absurdum: male quidam accipiebat *alioquin* pro *ceterum*, atque ita dicebat convenisse in *h. l.* 15. non convenisse in *l. qui negotia* qui refellitur illis verbis, *usuras de quibus convenerit.* Respondet autem Africanus his quæ objici poterant, ex deposito, commodato, pecunia mutua fit nuda pactione, *l.* 9. §. *ult. sup.* facile in his contractib. fictio inducitur, quia quæ erat mea, tua fit ex mandato, vendito, locato non erat. Respondet etiam rationi Ulpiani. Si a debitore meo mea voluntate pecuniam acceperis, mutua fit, cur non et si a seipso debitore meo? sed ait illo casu id esse benigne receptum, quod ad consequentias non est producendum, *l. quod contra, de reg. jur.* jus commune facile producitur, non jus singulare, *l. pen. inf. hoc tit.* Quod igitur non est receptum, non etiam recipiendum, si deerret a jure communi, nec ubi est eadem ratio, et idem jus, si ratio sit ficta non vera et naturalis. Dissentit igitur ab Ulpiano: et ita videtur Fulgosio, et Molineo, et mihi. Nam et in alia statim specie dissentit ab eodem: si tibi vendendam dedi, ut pretio utereris eadem ratione, ut docui *l.* 11. *sup.* quam speciem attigerat etiam Ulp. h. lib. 31. ut indicat *l. rogasti, de præsc. verb.* et male in ea specie pro Ulp. facere opinantur, *l. si pro mutua, C. si cert. pet.* ut ibidem exposui. Quam rationem componendo dissidio quærunt interpretes, nemo probabit. In *l. qui negotia*, inquiunt, pecunia debita ex causa mandati erat consumpta, idcirco non fit mutua: in hac l. extabat: vaticinantur, et quamvis sit consumpta pecunia, quia tamen non est consumpta obligatio pecuniæ, Ulp. recte diceret obligationem mandati posse mutari in causam mutui. Græci sic accipiunt, ut non sit condictio ex mutuo, sed mandati, propterea quod periculum est mandatarii: dicunt, ἀναδυομένη τοῦ δανειακοῦ τὴν φύσιν, quibus verbis plane desciscunt ab Ulp. et hærent Africano. Male

autem Acc. colligit ex *l. adversus, C. de non numer. pecun.* alium contractum posse converti in causam crediti, nuda pactione: nam ibi in chirographum est, in stipulationem vel obligationem nominum, non in creditum. Contra idem colligit ex *l. si ex pretio*, *C. si cert. pet.* contractum venditionis non posse converti in causam mutui, videamus an recte. Duæ in ea ponuntur species: prior est: pretium quod mihi debebas ex causa venditionis, interposita stipulatione novandi animo promisisti sub usuris stipulanti mihi, et ita concepta est stipulatio: ea quæ mihi debes ex causa mutui spondes cum usuris semissibus? falsa causa præmissa est stipulationi, nec enim debebantur ex mutuo, sed ex vendito: an peti possunt usuræ? et ait posse, quia principalis obligationis substantia non deficit. Sors enim debetur et quidem ex stipulatione, quæ facta non fuit sine causa, cum præcesserit eam venditio: nec falsa causa expressa in stipulatione novationem vitiat: ergo debetur etiam usura deducta in stipulat. Posterior species hæc est: pecuniam mihi debebas ex causa venditionis, eam de te stipulatus non sum novandi animo, ut priore casu: sed instrumento conscripsimus falso eam deberi ex causa mutui: in quo et de usuris præstandis convenit circa stipulationem: quæritur an mutata vel novata sit prior obligatio, et ait, nihil mutatum de præcedenti obligatione, ex quo male colligunt, debitum ex causa venditionis non posse converti in causam mutui: neque enim id egimus ut pecunia debita ex causa venditionis fieret mutua, quod conventione fieri posse Ulp. arbitratur, sed simulavimus esse mutuam. Simulata, inquit lex, pro infectis habentur: non est igitur mutua: si abesset igitur simulatio, esset mutua, et ita sumpto argumento ex *d. l. si pretio*, confirmatur potius Ulp. opinio, quæ etiam hodie prævaleret, nec admitteretur subtilitas Africani a judicib. vel potius tollendæ dubitationis causa ex ea specie agitata in Ulp. et Afric. quia unus dicit mandati, alter crediti esse obligationem, ageretur in factum, id est, præscriptis verbis. Usuræ etiam in specie *l. si ex pretio*, de quib. convenit, peti non possunt ex pacto, quia pactum non cohæret obligationi ex vendito, sed falso instrumento mutui, quod etiamsi esset mutuum, non deberentur citra stipulationem: in *l. qui negotia*, usurarum pactio cohæret cautioni, sive obligationi mandati: nam epistola procurator cavit se ex administratione debere certam summam, eamque se debiturum sub usuris semissibus, quasi creditam sibi, ut in *l. Publia* §. 1. *depos.* et quia credita non sit, sed manet debita ex causa mandati, usuræ peti possunt ex pacto facto in constituenda obligatione, quæ peti non possent, si pecunia mutua facta intelligeretur: nam in strictis judiciis, quale est mutuum, usuræ non debentur ex pacto quod factum est initio constituendæ obligationis. In *l. si ex pretio*, factum est ex intervallo et seorsim a contractu venditionis: ideoque in ea specie non præstantur usuræ quæ pactæ sunt, sed quæ officio judicis accedunt ex mora in bonæ fidei judiciis. Idem Accurs. circa pecuniam creditam singularia ait esse octo: ac primum ut mutua fiat pecunia, licet mea non fuerit duobus casibus, qui proponuntur in *h. l.* si debitorem meum jussero tibi dare, et si quam debebas ex causa mandati voluero retinere quasi creditam, quib. additur tertius recte ex *l.* 9. §. *pen. C. per. quas pers.* ut etiam mutua fiat mihique acquiratur condictio, et pignoratitia actio, si quis alius non debitor suam pecuniam alii dederit meo nomine, sed male acquiri per pactum, quia et pactio fieret mihi inutiliter: acquiritur per numerationem, quia ego videor numerasse. Cetera quæ commemorat Accurs. non sunt singularia circa pecuniam creditam: quid enim his verbis significatur, *singularia quædam ect.* quædam benigne et jure singulari in mutuo esse recepta. Ceterum quæ in mutuo, et in soluto. Eadem enim ratio crediti et soluti, *l. non omnis* §. *si pupillus, inf.* eadem causa obligandi et liberandi *l. inter* §. *sacram, de verbor. oblig.* ut igitur condictio ex mutuo, ita liberatio mihi acquiritur, si quis mea voluntate, vel meo nomine dederit suos nummos, aut solverit, et quæ circa pecuniam creditam, et circa aliam rem cujus datione in creditum iri solet. Quæ autem præterea commemorat, aut mutui jura singularia non sunt, aut proprietates sunt pecuniæ, non singularia, veluti ut nummi consumpti videantur, qui mixti sunt aliis, ita ut discerni non possint. Hoc neque in mutuo est jus singulare, neque in pecunia, sed natura et proprietas pecuniæ hæc, sicut frumenti, ut mixtione consumpta videatur, nec tamen mixta pro consumpta habetur semper, quod mox apparebit, si prius indicavero quod de pecunia est proditum in *l. si alieni*, *de solut.* id in frumento Accurs. non admittente, male: cum etiam alii frumento frumentum ita confundi possit, ut discerni nequeat, *l. in nave*, *loc.* et sane sicut nummi alieni quos solvi meo creditori inscio, vel invito domino, si mixti erant aliis, ita ut discerni nequirent, creditoris facti intelliguntur, et ego ab eo liberor, ita et frumentum fit accipientis: nec moveor *l.* 5. *in princ. de rei vind.* nam et quod ibi dicitur de frumento, in pecunia locum habet. Si meum et tuum frumentum non communi consensu nostro confusum sit, ita ut discerni alterum ab altero non possit, et similiter si mei et tui nummi confusi sint, frumenti aut pecuniæ acervus non est communis, sed vindicamus invicem, quantum paret in illo acer-

vo frumenti cujusque esse. A credito tuo, cui ex acervo illo forte solvisti bona fide accipienti non vindico, neque tu, neque ego quod meum est: nam propter tuam pecuniam, etiam meam acquisivit creditor, qui bona fide recepit. Sed si meos nummos creditori solveris, quos ille suis miscuerit, puto mihi vindicationem superesse, quantum paret in illo acervo meum esse, non videri igitur plane consumptos. Sequitur, inter singularia etiam hoc esse in pecunia debita, ut totum patrimonium minuat: hoc pecuniæ naturale est, non mutui jus singulare, quia non corpora nummorum spectantur, sed quantitas, et quantitas quæ debetur inest toti patrimonio, si tanti sit quanti pecunia est. Et hoc casu est quod ait *l. si fideicom.* §. 1. *sup. de jud.* æs alienum non esse certorum, sed universorum bonorum, et pari ratione si duobus institutis, unus rogatus sit hæreditatem restituere, retentis vel acceptis 100. illa centum quia insunt portioni suæ, *l.* 12. *inf. de leg.* 2. *l.* 88. *de verbor. signif.* videtur hæres accipere ex parte sua, id est, jure hæreditario, atque ideo imputat illa in Falcidiam in solidum, *l. deducta*, §. *acceptis*, *ad Trebell. l. cum pater, in pr. de leg.* 2. eadem male deputat inter singularia Accurs. si communes nummos credidero, licet possint videri singula corpora nummorum esse communia, tamen quinquaginta possum condicere ex numeratione, quia non corpora ipsa excogitamus, *l.* 13. §. *ult. sup. l. si pœnæ* §. *ult. de cond. indeb.* quod ut adnotat Fulgosius, etiam de aliis rebus dici potest quæ pondere vel mensura constant: quia hæ quantitate valent, non corpore: id etiam non recipio inter singularia mutui, quod adnotat Accurs. tutorem sibi mutuam pecuniam pupilli scribere, et sibi posse solvere, *l. quoties* §. *non tamen*, *de administrat. tut.* nam et sibi emere potest palam, et bona fide *l.* 5. *C. de contrah. empt.* *l.* 5. §. *pen. de auctor. tut.* At fateor, facilius mutuum permitti quam emptionem, quia in emptione præsumitur plerumque calliditas aut gratia: fateor etiam esse melius, ne tutor emat rem pupilli, nisi forte ex auctione, *l.* 2. §. *tutor, pro empt.* vel creditore distrahente, *d. l.* 5. §. *ult.* vel jure distractam rem alteri eo pretium non solvente, retinendo eodem pretio, ut in *l. tutor rerum, de administr. tut.* vel etiam rem venalem sibi emendo palam, bona fide, justo pretio, quod et ita procedit in curatore, procuratore, gestore. Vix enim emunt rem domini, ut in œconomo, ut etiam alter sibi possit emere rem ecclesiæ, *Nov.* 120 et in comite patrimonii, et in palatino, et in patrono fisci, qui administratores sunt rerum privatarum Principis, *l. ult. C. de fide et jur. hast. fisc.* in mutuo non potest esse fraus, quia quantum accipit, quantumque erat daturus alii, tantum sibi præscribit mutui nomine, sub iisdem usuris. Postremo quod ait Accurs. pecuniæ mutuatitiæ usuras ex pacto non deberi, non est singulare in mutuo, sed commune omnium contractuum stricti judicii: propterea quod in strictis judiciis pactum ex intervallo, aut in continenti factum, non inest ex parte actoris, ut dixi *l.* 11. §. *si tibi sup.* Ceterum quæ annotavit ad hanc l. Accurs. satis sup. nostris ponderibus examinavimus.

Ad L. XVI.

Si socius propriam pecuniam mutuam dedit: omnimodo creditam facit, licet ceteri dissenserit. Quod si communem numeravit: non alias creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant, quia suæ partis tantum alienationem habuit. (*)

Lex decima sexta explicata est in l. decimatertia supra hoc tit.

Ad L. XVII.

Cum filiusfamilias viaticum suum mutuum dederit, cum studiorum causa Romæ ageret: responsum est a Scævola, extraordinario judicio esse illi subveniendum.

Si filiusfamil. absens studiorum causa mutuam pecuniam acceperit, cessat Senatusconsultum, si modo probabilem modum mutuando non excesserit, id est, viatici quantitatem, *l.* 7. §. *quod dicitur, ad Macedon. l.* 5. *Cod. eod.* ubi studiorum causæ jungitur legationis causa, ut et in *l. si longius*, §. *filiusfam. sup. de jud.* duæ hæ sunt absentiæ causæ justæ, sed idem obtinet si absit ex qualibet alia justa causa: nullus igitur ea in re præcipuus favor studiorum. Hæc l. non est de eo qui mutuam accepit, sed de eo qui dedit, cum studiorum, inquit, causa Romæ ageret. Solebant provinciales Romam mittere adolescentes litterarum causa, *l.* 5. §. *ego puto, D. de injur.* ait autem extraordinario judicio ei subveniendum esse, quia scilicet præsens non est pater qui agat extraordinario, id est, utili condictione, quia directa patri acquiritur jure potestatis, et utrique datur non quidem ex numeratione, sed ex consumptione. quia filius liberam viatici administrationem non habuit. Viaticum licet a via dicatur, ut illa demonstrant, mori esse, in patriam sine viatico pervenire, stultum esse deficiente via viaticum augere: pecuniam tamen quamcunque significat paratam victus causa, et alibi quidquid esui aut potui paratum est, viaticum æstivum Plauto, id est, pocula, ut videatur potius a vita deduci quam via. Directa actio ordinaria est, utilis extraordinaria, quia

(*) *Vide Merill. variant. ex Cuj. lib.* 1. *cap.* 16.

non competit jure directo, sed utilitatis causa, §. *recte, Instit. de mand. d.* §. *filiusfam. l.* 6. *in fi. mand. l.* 5. §. *pen. de constit. pecun.* Quinimo dandis utilibus actionibus Prætores non rectum jus aut consuetudinem spectant, sed utilitatem, ac plerumque in casibus frequentioribus juri parent, in casibus novis utilitati, non juri. Et hæc utilium actionum accommodandarum origo: accommodari enim proprie dicuntur quod est flecti, qua de causa inflexæ etiam dicuntur et obliquæ, et πλαγιαςιναὶ· et ita Cic. de leg. Manilia: *majores nostros in pace consuetudini, in bello utilitati paruisse, semper ad novos casus temporum novorum canones accommodasse.* Fateor jus directum esse plerumque utile, quod eam ob rem χρειῶδες Theoph. vocat. Verum si aliud eadem illa utilitas quandoque nobis suadet, ut actiones exerceat etiam filiusfam. suo nomine, veluti absente aut cessante patre, ne absentia aut negligentia patris noceat filio: in specie proposita, si viaticum suum mutuum dederit, impune fraudem patiatur, et egestate Romæ laboret, viatico suo non recepto. Viaticulo dicit *l. si longius* §. *ult.* per diminutionem, ut Apulejus, *Viaticulum mihi corrasi*, et hæc ratio utilitatis effecit, primum ut polliceretur Prætor actionem edicto suo injuriarum filiofam. causa cognita, si neque præsens esset pater, neque procurator patris vellet experiri, *l.* 7. *sed si unius* §. *ait Prætor, de injur. l. in personam, sup. de pact. l.* 8. *sup. de procurat.* Cur duobus posterioribus locis de injuriarum tantum actione, quando hæc sola ex edicto competit filiofamil. et edictum trahitur etiam ad legem Corneliam? ut scilicet ex ea lege possit agere filiusfam. suo nomine, absente patre, *l.* 5. §. 2. *de injur.* quia causa cognita datur ei injuriarum actio, extraordinaria autem datur de plano, edicti autem exemplo prudentibus placuit etiam filiofam. ceteras dandas actiones, quæ ex maleficio veniunt, veluti utilem actionem furti, si quid ex pagano peculio subreptum sit, vel bonis raptis, vel damni injuria, ne dum pater expectatur, impunita sint maleficia, quia pater venturus non est, vel ne dum venit se substrahat is qui noxam commisit, *l. si longius* §. *si filiusfam. de jud.* et interdictum quod vi aut clam, quod etiam arborib. succisis competere dicitur filiof. colono, *l.* 19. *quod vi aut clam*, nec mirum cum et inquilino detur actio damni infecti, *l. si filiusfam. de dam. infec.* et actio in factum pœnalis ex edicto de in jus vocando, *l. si libertus, de in jus voc.* ubi hoc loco, ait subveniendum esse filiofam. absente patre. Simili igitur remedio, nimirum data utili actione sive extraordinaria causa cognita, et ad hanc actionem referri potest *l. in factum, de obligat. et act.* Superiores sunt ex facto hæc est in factum, *l. actionem, eod. t.* sed etiam nos inf. latius accepturi sumus conjuncta *d. l. in factum* cum ista, quia et ex lib. 1. disput. Ulp. ambæ sunt sumptæ. Est autem argumento simili ejusdem libri conjungenda *d. l.* 19. *et l. si libertus* cum *l. sed si unius*, quia ex edicto Prætoris, filiofam. suo nomine datur actio injuriarum. At si paterfam. esset, Ulp. adjiceret interdictum quod vi aut clam, et actionem in factum ex edicto de in jus vocando. Paulatim crescunt sententiæ juris: placuit postea prudentib. filiof. ex contractib. dari utiles actiones depositi, commodati, mandati, *l. filiusfamil. de obligat. et act. l. Jul. depos. d. l. si longius*, et creditæ pecuniæ hoc loco. Quid cunctamur? omnes ergo actiones extra ordinem filiofam. dantur, absente vel cessante, vel quiescente patre, sive ex maleficio, sive ex contractu veniant, et hoc potius esse quod Ulp. definit *eod. lib. d. l. in factum*, quia plurativo numero dicit in factum actiones, id est, utiles ex omni causa, omnis actio utilis est in factum, quæ utilis in *l. quidam, de hæred. instit.* in factum dicitur in *l. si vero non*, §. *si filiof. mand.* et quæ utilis in *l. qui mortis, de mort. caus. donat.* in factum dicitur in *l. mortis causa* §. *si donatarius, eod. t.* quæ utilis in *l. ult. in fi. de religios.* in factum in *l. si hæres rem, de leg.* 2. actio quoque præscriptis verbis modo utilis dicitur, modo in factum. Exercere autem utiles actiones filiifam. possunt suo nomine, vel per se, vel per procuratorem, *l.* 8. *sup. de procurat. l. sed si unius*, §. *idem Julianus, de injur.* omnib. qui suo nomine actionem habent, procuratorem dandi est facultas: et quia his actionib. filiusfam. suo nomine experitur, sane non cavet de rato, ut de injuriarum actione nominatim est proditum in *l.* 5. §. 4. *de injur.* Dices, cur filiafam. quæ agit de dote, absente patre cavet de rato, *l. si cum dotem* §. *si soluto, sol. matrim.* quia hæc actio communis est patris et filiæ, licet dos sit profectitia, et intendi debet voluntate utriusque et communi nomine, quia et communis res est, communis dos, *l.* 2. § 1. *l.* 3. *sol. matrim.* quæ ratio etiam efficit, ut pater si agat absente filia, cavere debeat de rato, *d. l.* 2. §. *ult. inf. rem rat. hab. l. non solum* §. *si de dote procurat.* Hodie communes etiam sunt omnes actiones filiofam. acquisitæ ex causis adventitiis, quia nec filius sine patre, nec pater sine filio iis experiri potest, *l. ult.* §. *ubi autem, C. de bon. quæ lib.* proinde rati cautio utrinque exigitur, si alter agat absente altero, quod olim tantum obtinuit in causa dotis: ex aliis enim causis secundum jus vetus etiam in adventitiis cessat rati cautio. Secundum quam sive prætoria, sive civili actione injuriarum filius agat suo nomine, non cavet de rato, *d.* §. 1. patris nomine non potest agere. Contra pater et

filii, et suo nomine agere potest, *l.* 1. *de injur.* et si quidem suo nomine agere potest ea actione injuriarum, eadem ratione non cavet de rato, quia suo nomine agit: si filii nomine, quia consumit actionem filii, cujus etiam consensum non exigit, frustra caverit ratam rem filium habiturum: et hæc est summa *d. l. non solum*, §. *si pater*, ubi *cum*, id est, quandoquidem sive ἐπειδὰν, ubi egit pater filii nomine, filio nulla superest actio. Obstat *l. si sine* §. *ult. rem rat. hab.* quæ dicit, procuratorem agentem patris nomine injuriarum quæ patri competebat filii nomine, atque ita sub patris nomine agentem filii nomine ex lege Cornelia, ut formula ibi posita demonstrat, quod filius ejus verberatus pulsatusve sit, qua non agit pater suo nomine, cavere rem ratam habiturum, si procurator patris caveat, et pater ipse igitur si agat: vitiosa est consequentia: multum enim interest pater agat, an patris procurator: nam pater agendo filii nomine consumit actionem filii: procurator agendo non consumit actionem filii, antequam pater ratum habuerit, quo casu actio redit ad filium. Quocirca non aliter ad agendum admittitur procurator quam si caverit utrumque rem ratam habiturum. Ex injuria facta filiofam. duob. oritur actio patri ex edicto prætoris non ex lege Cornelia, *l.* 5. §. *illud*, filio atque ex edicto prætoris vel ex lege Cornelia, qua tamen et filii nomine pater agere potest et agendo consumere: suo autem nomine agendo, non consumit actionem filii, et contra filius suo nomine agendo consumit quidem actionem suam patri, *d. l. sed si unius*, §. *pen.* sed non actionem patris et hoc ubi duæ sunt actiones. Ubi autem est una actio acquisita patri per filium, sive filius agat, sive pater, nihil est necesse cavere de rato cum alterius actionis metus non subsit, et agat quisque suo nomine. Uno autem judicio consumet actionem utrique: et agit quidem filius, ut dixi, absente patre, præsente, aut invito patre non agit, ne injuriarum quidem, quia absente patre non aliter datur filiis injuriarum actio, quam quod verisimile sit patrem, si præsens esset, acturum fuisse, *d. l. sed si unius*, §. *filiofam.* excipitur tamen accusatio adulterii constitutione Adriani, *d.* §. *filiofam. l. filiam, inf. ad leg. Jul. de adult.* Pater agit invito filio, excipitur tantum etiam querela inofficiosi, *l. Papinianus*, *in princ. de inoffic. testam.* et ratio hæc est, quia hæc actio non ex re ipsa, ex exhæredatione, sed ex indignatione et querimonia filii nascitur, *l. filius eod. tit.* si filius non queratur qui exhæredatus est, si se non immerentem putat, quæ nota non pertingit patrem, nulla est querela inofficiosi, non potest igitur agi illo invito. Excipitur et actio de dote, ut dixi supra, quæ communis est: hanc neque filius intendit invito patre, neque pater invita filia: ait extraordinario judicio, id est, ut vulgo placet, invocato officio judicis sine actione, et male officium judicis privati aliud dixeris esse nobile, aliud mercenarium: nobile quod exercet ultro, mercenarium quod serviat actioni: nullum enim est officium privati quod non serviat actioni: extraordinarium igitur judicium, vel officium est cognitio Prætoris, vel utilis actio, non est cognitio Prætoris hoc casu, quoniam vix est ut huic cognitioni Prætor operam suam interponat, cum nullus in ea liberorum versetur favor; æque enim ex alia justa causa Romæ versanti filiofam. subvenire constat. Restat igitur esse utilem actionem, *d. l. si longius*, §. *si filiusfam.* et ita Joanni videtur et Græcis. Utrumque remedium esse quod Accurs. putat, non inveni, et indigna, ut dixi, res est cognitione Prætoris, nisi cum dat judicium, quod certe dat causa cognita, exemplo edicti de injuriis.

Ad L. XVIII.

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias: Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum; et puto nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit: licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia secundum voluntatem dantis, nummi sunt consumpti. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: nec depositum, nec mutuum est. Idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi: sed in utroque casu consumsptis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit.

Causa de qua disputatur in h. l. est scholastica, id est, quales Rhetorices studiosis olim declamandæ dari solebant: ego tibi pecuniam dedi quasi donaturus tu quasi mutuam accepisti: dissensimus nescio quo errore circa causam dandi et accipiendi: ego me donare, tu te mutuari putasti: utrum donatio est, an mutuum, an aliud quidam? non est donatio, quia non concurrit idem affectus ex parte dantis et accipientis, *l. in omnibus reb. de obl. et act.* et eadem quoque ratione non est mutuum, *d. l. in omnib.* quæ de donatione specialiter loquitur, sed generaliter de omnibus causis transferendi dominii, ex quarum numero constat esse mutuum: et specialiter etiam de venditione, quamquam venditio consistat etiam rei alienæ, ut non displiceat illud Senecæ, *venditio alienatio est*, *lib.* 8. *de benefic.* quia scilicet domino vendente et tradente, certe alienatio est: quod si id quod proposui neque donatio est, neque mutuum, neque aliud igitur quoque: nam si id non est

in quo consensit alter, nec illud in quo neuter profecto. Quid ergo? an manet pecunia cujus fuit? posset dici, pecuniam tuam factam, quia sive res quæ est donata secundum opinionem meam pro donatione est, sive pro mutuo secundum opinionem tuam, tam donatio quam mutuum alienatio est. Concurrit opinio utriusque nostrum in mutando dominio pecuniæ ejusdem: sed dicam non congruere opinionem nostram in causa dominii: ego enim cogitavi donationem, tu mutuum: nullam igitur subesse causam, et dominium non mutari sine causa: nudam traditionem dominium non transferre. Dubitari poterat, an quia concurrit utriusque affectus in mutando dominio ejusdem pecuniæ, sive rei, licet nuda traditio sit, pecunia accipientis fieret? Quamobrem Ulp. cum esse mutuum negasset, quasi plus dicat adjicit, *magisque nummos accipientis non fieri*: magis, id est, plus dico: *cum alia*: id est, quia non consensit in causam traditionis, et præterea etiamsi concederetur pecuniam factam accipientis, magni interesset scire qua ex causa: nam si ex donatione, nihil debet reddere. Si ex mutuo, reddere debet tantundem: mutuum datio est, non donatio, est *δόσις ἀναποδότως*, ut ait Arist. 4. *τοπικῶν*: mutuum creditum solubile, donatio creditum insolubile. Seneca 4. *de benefic.* vel si non apparet ex qua causa, nihil potius actum, id est, non mutatum dominium videtur: huic autem definitioni Ulp. adversatur *l. cum in corpus*, *de acquir. rer. dom.* in qua Julianus ait, pecuniæ dominium in te transferri, et ita argumentatur. Si dissensus in causis alienat onis, non impedit alienationem, quoties una causa est insolubilis, ut donatio: et contra causa quam cogitavit accipiens, solubilis, veluti mutuum: longe minus igitur dissensus in causa alienationis impediet alienationem, seu translationem dominii, si quæ utrique parti causa in mentem venit, fuerit insolubilis, veluti una legatum, altera stipulatio: quia quod ex hac vel illa accipio, in perpetuum recipio, nunquam danti redditurus, sed non exprimit qua ex causa pecuniæ proprietas in te transeat; ego supplebo audacter, ex causa mutui, quoniam, ut hic Ulp. refert, Julian. negabat donationem esse. Itaque ex sententiá Juliani ego pecuniam condicam ex numeratione quasi mutuam, et erit hæc causa *ἀσύστατος κατὰ τὸ ἀντίστροφον*, ut Hermogenes docet: quia quum ego dedi pecuniam condicendo, non sequor meam priorem sententiam, quia tibi donatam pecuniam volui: denique neuter sua, sed uterque alter alterius sententia notatur, et prævalet prior sententia tua, ut Julianus existimat: dissentit a Juliano Ulpianus, et donationem quidem esse admittit cum Juliano. Ceterum an sit mutuum quod Julianus ponit pro certo, in controversiam vocat his verbis, *sed an mutua sit*, *videndum est*, ac respondet se opinari, non scire, *et puto*, *etc.* non putat igitur ex numeratione condictionem esse, sed fatetur esse ex consumptione facta bona fide, et vero quod non fit ex numeratione, etiam colligit esse ex consumptione, recte. Hoc enim illi succedit et subcontinuatur, *l. si fi iusf. sup.* verum condicenti eleganter ait obstare exceptionem hanc: *Si non voluntate tua*, qui animum habuisti donandi mihi, *nummi consumpti sunt*. Itaque quod Julianus negabat donationem esse, inspecto initio, verum esse Ulp. putat; inspecto exitu falsum. Sed an etiam extante pecunia obstabit exceptio pecuniæ donatæ vindicanti? Sic videtur Accurs. et mihi placet. Prætermissum autem est hoc loco, propterea quod de condictione tantum institutus erat sermo. Prior igitur opinio mea prævalet, non tua. Quid vero dicemus e contrario si quasi mutuam dedi, tu accepisti quasi donatam, an vindicanti extantem, aut condicenti consumptam obstabit exceptio doli? minime: est enim hoc atque illo casu longe diversa ratio: illo enim qui pecuniam accepit mutui opinione, postea amplectetur opinionem donantis, atque ea donatio ex post facto convalescit, quæ pependit interim, donatio acceptione, quamvis sera, confirmatur. Hoc casu is qui pecuniam dedit mutui opinione, postea non amplectetur opinionem accipientis, qui putabat eam sibi donari; non potest igitur res effectum habere donationis: et ita condicet recte, atque ita etiam hæc dantis opinio prævalebit. Quid si ego quasi depositam dedi, tu quasi mutuam accepisti? quas inter causas hoc interest, quod ex deposito reddatur eadem species, ex mutuo idem genus: et quod lex de novis tabulis, si inciderit, aboleat mutuum, non depositum: et idem quæri ex contrario potest, si ego quasi mutuum, tu quasi depositum, eademque ratio intervenit, si ego quasi mutuam, tu quasi commodatam vel contra; nam et in pecunia commodatum consistit: *detur*, inquit, *ostendendi causa*, ut *l. 3. §. ult. l. 4. inf. commodati*: respondet nec esse depositum, nec commodatum, nec mutuum, quia non concurrit utriusque affectus. Extantem igitur vindicari posse, consumptam condici condictione de bene depensis: nec obstabit exceptio doli, quia in hoc consenserunt ambo, ut danti pecunia redderetur, et reddatur eadem, aut alia tanta, non refert. Sed si inciderit lex novarum tabularum, ei qui dedit quasi mutuum, obstabit exceptio, ut hic prævaleat dantis opinio. Quam rem quomodo possit bona fide consumere, quam quasi depositam vel quasi commodatam accepit quis? dicam: forte putavit se liberatum iri reddendo tantumdem, quia pecunia dabatur quæ functionem recipit in suo genere quam specie qui error juris ei nocet, cum se

hoc genere periculo subjiciat. Hæc est vera interpretatio h. l. et *l. cum in corpus.* Interpretes in utramque vaticinati sunt varia : in hac, dantem ex donatione tantum velle pecuniam accipientis fieri, in illa quoquo modo: idcirco pecuniam fieri accipientis insolubiliter : alii, in hac donasse eum ultro in illa obligari. Commenta sunt mera : alii, idque est probabilius, et defendi potest quantum ad juris subtilitatem attinet, pecuniam accipientis non fieri ipso jure : sed benignius esse ut accipientis facta intelligatur, agenti domino opposita doli exceptione, ut in *l. si tibi dederim*, *inf. de donat.* atque ita quod Jul. ait proprietatem in te transire, non fieri ipso jure, sed beneficio exceptionis : at certe putabat, opinor, Julian. statim dominium ipso jure fieri accipientis : nam ut cum tu dedisti quasi debitam ex stipulatu, ego accepi quasi debitam ex testamento, ipso jure mea fit, qui casus huic a Juliano comparatur : ita si tu quasi donaturus, ego quasi mutuam accepi, pecunia ipso jure mea fit, et quidem proinde ut ego existimavi ex mutui causa : de aliis errorib. eodem libro disputarat Jul. *l. si procurator, de acqu r. rer. dom. l. si me in vacuam, inf. de acquir. possess. l. qui mihi donatum, de donat.* quæ huic conjungi possent, sed nolo egredi fines propositi tituli.

Ad L. XIX.

Non omnis numeratio eum qui accepit, obligat : sed quoties id ipsum agitur, ut obligetur. Nam et is qui pecuniam mortis causa donat, numerat quidem pecuniam, sed non aliter obligat accipientem, quam si existat casus in quem obligatio collata fuit : veluti si donator convaluit : aut qui accipiebat, prior decessit. Et cum pecunia datur ut aliquid fieret : quandiu in pendenti est, an id futurum sit, cessabit obligatio. Cum vero certum esse cœperit, futurum id non esse, obligabitur qui accepit : veluti si Titio 10. *dedero ut Stichum intra Calendas manumittat ante Calendas nullam actionem habeo : post Calendas ita demum agere potero, si manumissus non fuerit.*

§. 1. *Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi causa dederit : consumpta pecunia condictionem habet, vel liberatur ; non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum qui acceperit, pervenisse. Quapropter si eandem pecuniam is qui in creditum, vel in solutum acceperat, alii porro in creditum, vel in solutum dederit, consumpta ea et ipse pupillo obligatur vel eum a se liberabit, et cum cui crediderit, obligatum habebit, vel se ab eo liberabit : nam omnino qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumpta ea, habet obligatum eum qui accepit : item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui accepit.*

Obligatio aut re fit, aut verbis, aut consensu : omitto eam quæ fit litteris, quæ omissa etiam est vel potius incognita in Pand. Substantia ejus obligationis quæ ex consensu fit, sane consistit consensu, ejus etiam quæ verbis fit, nam stipulatio nisi habeat consensum, nulla est, *l.* 1. §. *conventionis, sup. de pact. l.* 3. §. *ult. de oblig. et act.* sed præter consensum exiguntur etiam verba; nec enim fit tacito consensu, nec quibuscumque verbis, nec inter absentes. In his quæ consensu fiunt sufficit consensus quilibet, et fiunt etiam inter absentes ; ejus etiam obligationis quæ re contrahitur substantia consistit ex consensu, sed præter consensum etiam exigitur res, id est, datio, ut in mutuo numeratio, quæ pecuniam faciat accipientis, et æque in permutatione traditio, quæ rem faciat accipientis, et h. e. quod dicitur in *l.* 1. *inf. de rer. permut.* permutationem ex re tradita initium præbere obligationi, alienam rem dantem nullam contrahere permutationem. Dices, imo et obligationis empti venditi, quæ consensu fit, substantia consistit etiam ex re et ex pretio, *l. pacta, de cont. empt.* Sed hoc interest, quod permutatio ex re tradita, mutuum ex pecunia numerata consistit. Substantia obligationis expletur numeratione, ut ait *l. contra inf. ad Maced.* mutuum non fit nudo consensu, *l. qui negot. mand.* permutatio quoque non contrahitur nudo consensu, *l. ex placito, C. de rer. permut.* emptio vel venditio non ex re tradita, vel pretio numerato consistit, sed ex re conventa, ex pretio convento, id est, ex consensu solo. Quod dixi, ejus obligationis quæ re fit substantiam consistere ex consensu, id probatur hoc argumento *l.* 3. *inf. de oblig. et act.* Substantia obligationis non in eo consistit ut rem aliquam corporalem, vel incorporalem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel præstandum, in qua propositione dare, est tradere proprietatem, facere, est veluti ædificare domum, præstare, est dare possessionem, *l. ex empto, de act. empt.* propositio igitur hæc est : substantia obligationis est, ut obstringat nobis alium necessitate dandi. Sequitur assumptio in *d. l.* 3. numeratio autem pecuniæ per se sola etiamsi pecuniam faciat accipientis, non obstringit accipientem necessitate dandi, sed consensus. Ergo consensus est obligationis substantia, id est, obligationem constituit etiam eam quæ re, id est, numeratione contrahitur: nam numerationem per se solam non obligare certissimum est, id est, si hoc animo numeretur et accipiatur ut obligatio nascatur fieri enim potest donandi animo, *d. l.* 3. et hæc quæ fit hac mente, nullo unquam modo obli-

gat, vel obligatura accipientem est. Est enim vera, absoluta directa donatio: sed si id agatur ut datio obliget, id est, si in eo consentiat animus utriusque contrahentium, sane obligabit: et quidem prout actum fuerit vel confestim, vel postea: aut igitur numeratio nunquam obligat, ut quæ fit absolute donandi causa, aut obligat confestim, aut postea: confestim obligat quæ fit mutui nomine, etiamsi solutioni inseratur dies vel conditio, puta ut Calendis proximis reddatur, vel si navis ex Asia redierit: nam quæ in diem, vel sub conditione fit stipulatio, obligatio est, quæ confestim vires accipit, licet differatur in diem certum vel incertum, ut diximus *l.* 9. *sup.* quod si mutua detur pecunia pure, nec solutioni dies adjiciatur, vel conditio, nihil est evidentius quam id agi, ut confestim obligetur is qui pecuniam accepit, non tamen et protinus ei condici poterit: post triduum ei posse condici Græci adnotant hoc loco, qui confestim interpretantur, post triduum, opinor ex *l. ult. C. de errore adv. l. ult. C. de jud.* de numeratione si quæras quæ mutui nomine fit sub die vel conditione, hæc pecuniam non facit accipientis, et confestim obligat. Confestim autem non obligat, sed post existente casu in quem collata obligatio est, quæ fit donandi animo, non absolute: nam absoluta donatio nunquam obligat, sed mortis causa, vel sub modo: et hi sunt casus qui proponuntur in h. l. primus est de donatione mortis causa, secundus de donatione sub modo. Donatio mortis causa id est, pecuniæ donatæ numeratio mortis causa, obligat accipientem, non quidem statim, sed postea si convaluerit donator, vel etiam dum pendet an convalescere possit, si eum pœnituerit vel si is, qui accepit, prior decesserit: his enim casibus ei qui pecuniam dedit, competit condictio ob rem dati, ut Cassiani putant, *l.* 12. *inf. de condict. caus. dat. l.* 16. *l. qui mortis l. senatus* §. 1. *de mort. caus. donat.* Sabini videntur dedisse utilem actionem in rem, et inde conjuncta utriusque scholæ sententia, data est utraque, *l.* 14. 29. *et* 30. *eod. tit.* Julianus auctor h. l. Cassianus fuit. Donatio autem sub modo, qui est secundus casus h. l. non obligat statim, sed tunc duntaxat cum primum certum esse cœperit, jam impleri modum non posse. Finge: donavi tibi 10. ut Stichum intra Calend. manumitteres, ante Calend. inquit, nulla obligatio, nullave actio est: paulo ante dixerat, cessare obligationem: cessat quæ nulla est ad tempus, ut in *l. inter* §. *sacram de verb. oblig. l. qui res*, §. *aream, de solut.* non quæ nulla est semper: ante Calendas igitur cessat, nisi pœniteat dantem: post Calendas incipit, si Stichus manumissus non fuerit, et danti competit condictio ob rem dati, *l.* 3. §. *quod si ita, de cond. caus. dat. l.* 9. *Cod. eod.* Atqui post Calendas fit liber ipso jure Constitut. D. Marci et Commodi, ergo non competit condictio ob rem dati, *l. si pecuniam* §. *si servum, inf. eod. tit.* sicut nec ex stipulatione pœnali, *l. ult. C. si mancip. ita alien. etc* Dicam, non fieri liberum ipso jure, et constitutionem pertinere ad servum venditum, vel donatum, vel traditum ea lege ut manumittatur, non ad hunc casum, si tibi dedero pecuniam, ut servum tuum manumittas, *l. naturalis* §. *at cum do, inf. de præscr. verb.* nisi eam dedero quasi pretium servi, *l. Paulus respondit, inf. de liber. caus. l. si is qui pretium, C. si mancip. ita fuerit aliena.* Et illo casu quo servus venditur, vel donatur ea lege ut manumittatur intra certum tempus, post tempus nullus est effectus constitutionis, si venditor vel emptor pœnitentiam egerit, *l.* 3. *inf. de serv. export. l.* 3. *l. pen. inf. qui sine manumiss. ad libert. etc.* quia constitutio subsequitur voluntatem dantis, et ambulatoria est, ut voluntas dantis. Emptor vel donatarius non potest impedire venditorem vel donatorem quo minus manumittat; sed neque si manumiserit tenetur ex vendito, vel præscriptis verbis in id quod interest, *l. quæsitum inf. de serv. expor.* Contra *l. si pecuniam* §. *si servum*, ait: si tradidi servum ut manumitteres, et nunc pœnituerit, et post pœnitentiam manumiseris, teneri te condictione ob rem dati in id quod interest. Quare interpretes statuunt generaliter, in contractibus innominatis esse locum pœnitentiæ, in nominatis non esse, quod falsum est: nam et precarium pœnitentia revocatur et mandatum re integra, et si dedi pecuniam ut servum tuum manumitteres vel si dedi servum ut eum manumitteres, quod ex pœnitentia hæc res revocatur, non aliam rationem habet, quam quod mandato similis sit, sicut si mandassem ut faceres, id est, ut manumitteres, et re tamen integra etiam pœnitere licet, *d.* §. *si servum*, nominis causa nihil efficit. Ideo autem condictioni locus est in id quod interest si tradidi servum ut manumitteres, et post pœnitentiam meam manumiseris, quia hoc fine principaliter tradidi ut manumitteres, cum ego forte non possem manumittere, *l. si quis eum, de condit. et demonstr.* et ideo debet hujus rei liberum mihi esse arbitrium et cum libertatem non possim revocare, saltem repeto id quod interest; sed si vendidi, et præcepi ut manumitteres, hæc mihi finis principaliter proposita fuit, ut pretium pro servo auferrem, non ut manumitteres. Idcirco mutatio voluntatis mihi non parit actionem in id quod interest, *d. l. quæsitum*, et hæc sufficiant de condictione ob rem dati: sequens §. est de condictione de bene depensis, de qua satis sup. *l.* 11. 12. *e.* 13.

Ad L. XX.

Si tibi pecuniam donassem, ut tu mihi eandem crederes: an credita fieret? dixi, in hujusmodi propositionibus non propriis verbis nos uti: nam talem contractum neque donationem esse, neque pecuniam creditam. Donationem non esse: quia non ea mente pecunia daretur, omnimodo penes accipientem maneret. Creditam non esse: quia exolvendi causa magis daretur quam alterius obligandi. Igitur si is qui pecuniam hac conditione accepit, ut mihi in creditum daret, acceptam dederit: non fore creditam, magis enim meum accepisse intelligi debeo. Sed hæc intelligenda sunt propter subtilitatem verborum: benignius tamen est, utrumque valere.

Pecuniam tibi numeravi donationis causa, ea lege ut mihi statim mutuam dares: quæritur an sit donatio, an mutuum? dixi, inquit Julianus, in hujusmodi propositionibus non propriis nos verbis uti sed abuti, *l. fidejussor* §. 4. *de fidejussor*. Propositiones vocat hypotheses seu quæstiones Rhetoricas non Dialecticas, ut in *l. tutor, inf. ad Vellejan. l.* 20. *inf. de hæred. vend. l. si pecuniæ, inf. ut in possess. leg.* Cur autem in hujusmodi quæstionibus non utimur propriis verbis: nam si verborum subtilitatem, et proprietatem spectas, id est, λεπτολογίαν, talis contractus neque donatio, neque mutuum est: non est donatio *quia non ea mente, etc.* ubi *penes*, significat plenum et irrevocabile dominium: trahitur enim a penitus, *l. penes, inf. de verb. signif. l. eum qui, inf. de usurp. et usucap.* et proprie donatio est alienatio rei quæ propriæ liberalitatis gratia fit hac mente, ut nullo casu ad se res revertatur, *l.* 1. *de donat.* quæ vera et absoluta donatio dicitur in *l. Senatus* §. 1. *de donat.* et directa, *l. donatio, C. eod.* ut directa manumissio Concilii Toletani 4. c. 72. donatio causa mortis, et donatio sub modo, non est mera donatio, quia accipientem obligat, *l. prox. sup.* et multo minus est donatio, si quis sic det ut recipiat *l. qui sic solvit de solut*, quia nec alienatio. Talis contractus non est etiam mutuum, si acceptam pecuniam donationis causa mox mihi credideris, quia contractus hoc sensu ex lege donationis fiet magis exolvendi, et te liberandi causa, quam me obligandi: denique solvisti te obligatione potius quam tibi obligationem acquisivisti; solvisti potius quam dedisti: nemo enim coactus pecuniam meam dat. Ego quoque magis videor meum accepisse, id est mihi debitum, ut Accurs. interpretatur non male, et ita creditor in jure suum recipere dicitur id est, suum æs alienum, *l. repetitio, de condict. indeb.* et Ciceroni *nummi sui*, id est, qui sibi debentur, *proprium*, *l.* 15. *ad l. Falcid.* non possum videri meum accipere, id est, pecuniam meam jure dominii, donaveram enim, licet non absolute, et de credito magis dubitatur quam de donatione, quia solutio potius videtur esse quam creditum. Concludit autem Julianus, benignius esse, ut admissa abusione verborum, et donatio valeat, et mutuum, id est, ut videatur pecuniæ dominium a me in te transisse, et mox a me ad te redisse, *l. qui id quod* §. 1. *inf. de don.* nec obstat lex *qui sic solvit*, quæ de eo loquitur, qui resolvere voluit statim alienationem quam fecit, veluti qui donavit ut statim sibi redderetur, quæ donatio futilis et ridicula est: nos de eo qui dedit ut mox sibi crederetur, id est, nos de eo qui non resolvere donationem voluit, sed ex nova causa dominium acquirere, quæ voluntas facit, ut recte crediderit donatarius, qui videbatur tamen accepisse potius quam dedisse, quique revera et utrumque datione ejusdem pecuniæ egit, ut solveret et crederet, quæ tamen videbantur simul stare non posse, et ita rerum expediendarum, puta liberandi debitoris causa creditor accepisse intelligitur, qui dedisse potius videbatur quam accepisse, *l. si quis duos, de solut.* ubi solvisse, id est a se debitorem solvisse accipiendo pecuniam in *l.* 91. *eod. tit.* Alias qui solutum accepit ut statim redderet, non videtur accepisse. Datur in ea specie pecunia dicis causa, ut numerationis loco intercedat, et ita rerum expediendarum causa admittitur etiam nonnunquam hodie locatio, vel venditio nummo uno, *l. si ususfructus, de jure dot.* Nam et suppositiones admittuntur, *l.* 91. *de solut. l. atquin*, §. *si cum me, sup. de negot. gest.* et imagines juris, fictiones, colores, et falsæ expositiones: est igitur casus in h. l. quo quis obstringitur necessitate credendæ pecuniæ ex pacto donationi adjecto, quod pacto fieri potest et stipulatione, *l. si pœnam stipulatus, de verb. oblig.* Ratio autem benignitatis hæc est, ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis impediatur contrahentium, ut *l.* 1. *C. ut act. ad hæred. et cont. hæred. inc p.* latitudo voluntatis opponitur subtilitati verborum.

Ad L. XXI.

Quidam existimaverunt, neque eum qui decem peteret, cogendum quinque accipere, et reliqua persequi: neque eum qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi. Sed in utraque causa humanius facturus videtur Prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur: cum ad officium ejus pertineat lites diminuere.

Ex hac l. conjuncta *l. permittend. sup. si pars*

hær. petat. quæ est ex eodem lib. colligitur, eum qui pecuniam petit per condictionem, vel fundum aut hæreditatem per vindicationem, a Prætore compelli ad accipiendam partem oblatam, et reliquam duntaxat partem pecuniæ persequi. Sed huic definitioni opponitur *l. tutor* §. *Lucius de usur.* quæ negat oblatione, et obsignatione partis debiti retardari totius debiti usurarum præstationem: oblationem igitur partis nullius momenti esse. Nam et oblatæ, sive depositæ, sive obsignatæ partis usuras currere: quod putant esse contrarium propositioni et definitioni h. l. nec sciunt liquido, ut hæc distinguere debeant. Alii dicunt, in h. l. debitorem partem confiteri et offerre, partem inficiari. Esto: nam et id ponit aperte *d. l. permittendum:* in illa autem confiteri totum, et partem offerre tantum: debuit qui totum confitebatur offerre totum proinde offerendo partem nihil agit: at non apparet in illa certe debitorem confiteri totum, et partem etiamsi partem confiteatur, eamque deponat, partem inficietur, etiam totius debiti usuras currere et deberi: nam si debentur ab eo qui bona fide confitetur totum, et ab inficiatore igitur, quia sane melioris conditionis esse non debet inficiator, quam debitor bonæ fidei, *l. si in partem* §. *si prædo, de pet. hær.* non potest igitur hæc disjunctio admitti in quæstione dictæ *l. tut.* quoniam utroque casu totius sortis usuræ currunt. Alii, rigorem juris in hac, in illa æquitatem exponi. Nego in hac exponi æquitatem juris, sed humanitatem Prætoris: nec enim quod hic definitur, ita procedit juris æquitate quadam sine Prætore, sed ita agitur res per Prætorem, cujus officium est lites minuere, et compellere actorem, ne agatur in solidum si pars ei offeratur, et in specie ibi exposita nullus intervenit Prætor qui moderetur rigorem juris, quia res omnis geritur extra judicium, offertur et obsignatur pars sortis extra judicium, quod genus solutionis non minorem habet vim extra judicium, quam si fiat in judicio, dummodo fiat congruo loco, id est, quo debetur, testibus præsentib. *l. 9. C. de solut. l. acceptam, C. de usur.* et de sorte integra, *d. l. 9.* hæc liberat reum sorte et usuris, et liberat fidejussores et pignora, non quæ fit pro parte tantum: nullus igitur in *d. l. tutor,* Prætor intervenit, et nulla ergo in ejus specie applicari æquitatis moderatio potest. Alii dicunt, in ea l. fuisse usurarium debitum, in hac non fuisse, quod ita refello. Si in ea est usurarium debitum sicuti est, eo ne magis obsignatione partis coercenda videtur præstatio usurarum, quod sane etiam fit per Prætorem, sed non citra Prætoris imperium. Itaque usurarii vel non usurarii debiti distinctio nullum discrimen ponit, sed Prætoris interventus vel absentia: si non interveniat Prætor, oblatio partis nullius est momenti. Prætore auctore efficax est, sive usurarium sive gratuitum debitum sit: itaque verior mihi videtur sententia eorum qui observant in h. l. rem geri in jure seu in judicio, id est, apud Prætorem, in illa extra judicium, ut in *l. si debitor offerre, de solut.* et ut persuadeam omnibus hanc distinctionem verissimam esse, quæstio hæc omnis nobis ab exordio est detexenda. Non ambigitur ex conventione addita mutuo, creditori particulatim recte solvi, *d.* §. *Lucius*, et ex legib. id est, ex 12. tab. dos solvitur recte annua, bima, trima die, et ex iisdem legib. si plures hæredes debitori aut creditori extiterint, per partes solutio fit, et ex constitutionib. canon patrimonialium et emphyteuticorum prædiorum solvitur tribus pensionib. quolibet anno, *l. placuit, C. de coll. fund. patr.* et sine lege, sine conventione particulatim creditori solvitur recte, §. *sicut autem quib. mod. toll. oblig. quod debetur*, inquit, *pro parte recte solvitur*, subintelligendum volenti, nam ibi solutio comparatur acceptilationi, quæ fit inter volentes et pro parte recte, *l. pars inf. de accept.* Acceptilatio est solutio imaginaria, solutio est quæ re fit, *l. 16. de solut.* itemque obsignatio re fit et solutio dicitur, *d. l. 9.* et omnium solutionum eadem ratio, ut volenti solvatur recte, invito autem creditori pro parte non solvatur recte nam congruere debet solutio numerationi: ut summatim numerata est pecunia, ita et summatim solvenda, non particulatim. Invito quoque ei qui habet rei vindicationem pro parte res non restituitur, aut offertur recte. Invito etiam ei qui nullam actionem habet pro parte non datur recte, nisi cui legatum sit aliquid sub conditione, si Titio dederit 10. Titius nullam habet actionem, *l. 8. inf. si quis omiss. caus. test.* et in potestate legatarii est dare vel non dare. Est enim ea conditio potestativa, sed quæ debeat impleri summatim, non per partes, in ito Titio, in cujus personam conditio collata est, nisi favore libertatis, *l. cui fundus, de cond. et demonstr. l. cum hæres* §. *item si decem, de statulib.* Ex eo sequitur, eum qui partem obsignat creditore accipiente nisi totum recusante, nec sorte liberari, nec usuris totius sortis, *d. l. tut.* §. *Lucius*: et similiter non liberari periculo. Nam *l. qui 10. inf. de solut.* de eo loquitur qui offert solidum: non liberatur etiam pœna si promiserit pœnam, si non solveretur pecunia ad diem, et ad diem solverit, vel obtulerit partem tantum, *l. trajectitiæ, de oblig. et act. l. qui servus* §. *ult. si quis caution.* quoniam in ejus specie enumeratio personarum dividit pœnam *l. qui fundus, de cond. et demonstr.* et ibi ita fuit concepta stipulatio: *Stichum et Damam et Pamphilum judicio sisti*: non liberatur etiam pignus si solverit vel obtulerit partem quandiu vel

unus nummus debebitur, *l.* 9. §. *omnis, de pig. act. l. qui pign. de pignor. l. Jul.* §. *offerri de act. emp.* nec obstat *l. ult. quib. mod. pignus vel hypoth. solvit.* quia ibi duo contractus, et ex uno offertur integra summa, liberatur ergo pignus quantum ad illum attinet, invito creditore. Et hæc etiam de pignore et de pœna procedunt, etiamsi nolenti solvatur pars. Sed non ita de usuris volenti pro parte solutis. Nam usuræ debentur pro modo sortis. His cognitis videamus, quæ sit sententia hujus legis: ait, *eum qui decem peteret.* Petere proprie est vindicare, sed hic est petere conditione ut *l. cum fundus inf.* et in tit. *si certum pet.* Quoniam statim de vindicatione subjicit *neque eum qui fundum suum diceret:* et rursus petere, vel per judicem petere est, ut *l. seq.* vel per Prætorem, ut hoc loco, quoniam subjicit, *sed in utraque causa*, id est, tam in vindicationis, quam condictionis causa, *humanius mihi facturus Prætor videtur*, ect. Sit igitur species hujusmodi: quidam apud Prætorem petit a Titio 10. sibi dari oportere, vel petit fundum suum esse. Titius offert quinque, vel cedit partem fundi: alia quinque negat se debere, vel aliam fundi partem ad se pertinere dicit. Quæritur, an cogatur actor partem accipere: quid quæratur nondum intelligo: non hoc quæritur, an præcise cogatur in manum accipere quod offertur, velit nolit: id enim respuere cuilibet liberum est: sed hoc quæritur, ut lex ait, an *reliquum tantum partem possit judicio persequi* id est, an rel quæ tantum partis judicem judiciumque daturus sit Pretor, an solidum: petebatur enim a Pretore actio. Ita fingenda species: in petitione actionis est forma quædam judicii, et hoc est quod ait M. Tull. apud Prætorem antequam judex detur quodammodo agendi potestatem dari, ut plane duplici judicio res eadem disceptari videatur, uno apud Prætorem, altero apud judicem a Prætore datum, quod et illud significat, *in jus vocare esse juris experiundi causa*, quoniam in jure primum de jure nostro disceptamus. Sic igitur actor apud Prætorem offerente reo partem pecuniæ, vel partem fundi, desiderabat sibi totius pecuniæ, vel totius fundi actionem dari et judicem. Quidam desiderium ejus probabant, ne invito divideretur actio. Sed Jul. ait, *humanius facturum Prætorem si, etc.* id est, si reliquæ tantum partis ei actionem dederit, cum ad officium ejus pertineat lites diminuere: male quidam, dirimere: diminuitur cum materia litis minuitur, cum in partem quam defendit reus, non etiam in eam quam cedit et offerat datur actio et huic loco convenienter Seneca controvers. 25. *quædam declamatorem tanquam Prætorem facere oportere, litis minuendæ causa*: non eadem erit potestas judicis dati ut scindat judicium jam conceptum, oblatione partis a reo facta et multo minus extra judicium non interveniente magistratu, qui rem comparat inter debitorem et creditorem, inter petitorem et possessorem. Poterat is contra quem actio est pro parte invito offerendo, se pro parte liberare: hoc Prætorium, non judiciale est, non extrajudiciale est. At enim in confitentem partem nec offerentem sive cedentem putem Pretorem daturum actionem in solidum. Nam et hæc l. et ei conjuncta *d. lex permittendam* oblationem et cessionem exigit. Sed confitente eo nec offerente, potest actor desiderare interim sibi solvi æs confessum, vel partem confessam, *l. qui sol dum, in princ. de leg.* 2.

Ad L. XXII.

Vinum quod mutuum datum erat, per judicem petitum est: quæsitum est. cujus temporis æstimatio fieret: utrum cum datum esset, an cum lis contestata fuisset, an cum res judicaretur? Sabinus respondit: si dictum esset, quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset (si non, quanti tunc) cum petitum esset.

§. 1. ***Interrogatus cujus loci pretium sequi oporteat, respondit, si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset: si dictum non esset quanti ubi esset petitum.*** (*)

Hæc l. pertinet non simpliciter ad condictionem si certum petetur, sed et ad condictionem triticariam quia in ea agitur de æstimatione vini petiti facienda officio judicis pro ratione loci et temporis quod fit condictione triticaria. Condictio si certum petetur non est æstimatoria, id est, æstimandæ rei; in ea nullum est judicis arbitrium, sed quod in ea petitur, omnino dari oportet, et quia quod proponitur in h. l. omnino idem proponitur in *l. ult. de cond. tritic.* ex eo liquet hanc pertinere ad condictionem triticariam: hæc est arbitraria condictio, si certum petatur stricta. Triticaria petit res omnes preter nummos, etiam incorporales, etiam rem suam, ex causis ex quibus rem suam dominus condicere potest, *l.* 1. *et* 2. *inf. de cond. tritic.* quod enumeratis variis speciebus rerum, Jurisconsult. exequitur in *d. l.* 1. quoniam dubitari poterat, an tot res complecteretur condictio, quæ nomen a tritico haberet; sed inditum est nomen casu quodam, quocirca non impedit etiam quin et aliæ res eadem actione petantur. Condictione si certum petetur, omnes res certæ petuntur: ergo et nummi, non res incorporales, quia incertæ sunt, et latius hoc exposui ad Africanum Tractatu 2. et 3. Sequitur h. l. quæstio: vinum quod mutuo datum

(*) *Vide Verill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 17.

erat, petitum est lite contestata coram judice, nec omissa est in agendo, vel excipiendo, vel replicando æstimationis mentio, quia vel actor æstimari vinum desiderabat, vel reus non dissentiente actore: quæ æstimationis mentio judicium sui origine, initioque strictum arbitrarium facit, ut exceptio vel replicatio doli judicium strictum bonæ fidei, facit; ut omnino actiones arbitrariæ sint, quæ duas clausulas habent, unam de solvendo vel exhibendo, alteram de litis æstimatione, quarum priori qui paret, absolvitur, posteriori qui paret vel non paret ex parte, plerunque damnatur ex posteriore. Quæritur autem in hac actione cujus temporis aut loci æstimatio fiat: hæc duo sunt quæ variant pretia mercium, locus, et tempus, utrum tempus et locus, quo contractum est, an quo lis contestata est, an quo res judicata? Utraque lex, si dies et locus obligationi adjectus sit, eum spectari vult quo dari debuit, quia id agere videntur contrahentes, dum adjiciunt diem vel locum: ut is spectetur solus, *l.* 59. *de verb. oblig.* Si non sit adjectus, tempus et locum litis contestatæ, et hoc jure utimur plerunque. Itaque utraque lex judicem instituit quemadmodum arbitrari et judicare debeat rem petitam condictione triticaria. Sed huic definitioni obstat primum *l. cum quis*, *inf. de oblig. et act.* cui respondi ad Africanum Tractatu 3. illud observandum, in illa Africanum de merce loqui, ut *l. ult. de cond. triticar.* et eodem lib. Africanus mercis appellatione an contineatur homo, *l. mercis de verb. signif.* quod erit usui statim in explicanda *l. pen. tit. de condict. triticar.* quæ etiam obstat superiori definitioni. Spectari enim vult tempus rei judicatæ, vel tempus mortis, si homo petitus perierit ante rem judicatam, et tempus mortis docet accipiendum paulo latius, non pro extremo vitæ momento, sed pro tempore morti proximo, mortiferoque vulnere. Vulnere tali vilior fit servus, morbo non fit vilior. Morte jam, jamque imminente plane nullus est, idcirco non ἄκαιρον τελευτὴν spectamus, ut dicunt Basilica, sed latius aliquanto tempus, quo homo longe a morte in suo pretio constitit, nondum plane vilior factus, nondum deploratus, et hoc quidem in utroque procedere ait, sive res petita in rerum natura sit, sive esse desierit, nisi post moram, id est, post litem contestatam, vel etiam ante, cum antiquior mora est litis contestatione, res deterior facta sit: habendam enim rationem a tempore moræ quanto deterior facta, et ideo si quis post moram servum eluscatum dederit, quia non paruit ad plenum priori clausulæ, non liberabitur, sed ex posteriore, ut fit in actionibus arbitrariis, tanti damnabitur quanti deterior factus est post moram. Sed si deterior factus non sit post moram, vel post litem contestatam, hoc est certius tempus moræ, ut significant constitutiones, quæ dicunt post litem contestatam usuras legatorum deberi, quæ tamen possunt et ante litem contestatam deberi, si qua alia ratione contracta sit mora: dum *d. l. pen.* ait spectari tempus rei judicatæ, excludit tempus litis contestatæ, et contra *h. l. et d. l. ult.* dum ait tempus litis contestatæ spectari, negat spectari tempus rei judicatæ, quæ sunt contraria; non est autem verisimile ut tam proxima *l. pen. et ult.* pugnent inter se. Animadverti *l. ult. et l. vinum*, loqui de merce nominatim, et ponere exemplum in vino, oleo, tritico, et addere in fine, idem juris esse in ceteris rebus, quæ sunt in merce, ut carne, pisce, caseo et similib. quorum pretium mutatur in foro in dies, vel in horas, et *l. pen.* loquitur de his reb. quæ non sunt in merce, veluti homine, *d. l. mercis*, vel fundo vel ædibus: nam et fundi venditor non dicitur mercator: mercator est qui negotiationem exercet coemendæ certæ rei, et in foro venundandæ carius, quam coemerit, si possit, et proprie qui vendit aversione, *l. majus* §. 1. *de pen. leg. l. suos*, *de leg.* 3. In his rebus judex facit æstimationem ex tempore rei judicatæ vel mortis, si res interierit ante rem judicatam: et ratio differentiæ hæc est, quia mercium pretium variatur temporibus, et potest esse aliud litis contestatæ, aliud rei judicatæ tempore, et convenientius est stricto judicio, qualis est condictio triticaria (sive est arbitraria, a stricto enim judicio desinit in arbitrium) si initium ejus spectes, spectari æstimationem quanti fuerit merx cum peteretur, id est, litis contestatæ tempore. Ceterarum rerum pretium non ita mutatur, et ideo frustra est, si quis ante rem judicatam earum æstimationem spectandam esse judicaverit. Et simile propemodum est, quod quæritur de legatis, utrum cedant a morte, an ex apertis tabulis, an ab adita hæreditate quod magni interest. Si legata transmitti possint in hæredem, cedunt a morte. Si non possint transmitti, cedunt ab aditione, quia frustra diceret quis, ea cedere ante aditionem, *l.* 3. *inf. quand. dies legat. cedat*, et si res petatur condictione triticaria cujus pretium non soleat mutari, frustra dicam æstimationem spectari ante rem judicatam, cum eadem sit semper, et melius ex fine judicium æstimari, quod etiam exitu arbitraturus est: nonnunquam fateor res istas, licet id perraro accidat, pluris esse litis contestatæ quam rei judicatæ tempore, ut si homo deterior factus sit post litem contestatam, vulnere accepto, vel quo alio casu, et tunc etiam fateor æstimationem servi redigi ad tempus litis contestatæ, ne reo sua mora prosit: imo vero si antiquior sit mora litis contestatione, et post moram ante litem contestatam, quanti homo fuerit priusquam deterior fieret spectabitur, *d. l. pen.* et secundum hæc accipienda *l. fundum*, *de novat.* Sti-

pulatus fundum, deinde stipulatur quanti fundus est non novandi animo : secunda non est inutilis : nam ex prima dabitur fundus, ex secunda æstimatio. Si ex prima solverit vel petierit fundum, jure non tollitur secunda, id est, ipso jure, per exceptionem tollitur si solverit fundum non factum deteriorem post secundam stipulationem, id est, talem qualis fuit secundæ stipulationis tempore: nullo modo tollitur, si solverit fundum factum deteriorem post secundam stipulationem, quia in secunda venit æstimatio, quæ fuit stipulationis tempore quia nominatim stipulatus est quanti tunc esset fundus : in prima venit æstimatio, quæ fuit stipulationis tempore, quia nominatim stipulatus est quanti tunc esset fundus ; in secunda venit æstimatio quæ fuit litis contestatæ tempore ; sed si deterior factus sit post litem contestatam ; alioqui nihil attinet spectari magis litis contestatæ, quam rei judicatæ tempus. Et spectabitur ergo tantum litis contestatæ tempus, etiamsi deterior factus sit ante litem contestatam sine culpa promissoris, ubi Accursius recte, culpam etiam moram complecti. Itaque si culpa promissoris, id est, post moram promissoris deterior factus sit ante litem contestatam, æstimatio referetur ad moræ tempus. Eandem interpretationem admittit *l. hominem inf. mand.* Initio ait : si solverit fidejussor hominem, eum recuperaturum actione mandati, quanti fuit homo solutionis tempore, quia scilicet tantum ei abest. Deinde stipulatorem ait, petiturum quanti fuit homo promissus litis contestatæ tempore, nisi solutioni dies adjectus sit, quo casu dies observatur quo solvi debuit : alioqui dies litis contestatæ, scilicet si homo deterior factus sit post litem contestatam : alioqui nihil attinet potius spectari tempus litis contestatæ, quam tempus rei judicatæ. Sic igitur statuo : quoties utriusque temporis eadem æstimatio est, arbitrario judicio convenientius est, ut dicamus spectari tempus rei judicatæ, quo scilicet judex arbitratur quanti res sit : sic enim æstimamus judicium ab eventu ipso, quod initio strictum sit. Condictio triticaria initio stricta est, exitu judicii arbitraria, quia duas clausulas habet, a quo fine quoties utriusque temporis eadem æstimatio est, melius est ut dicamus spectari tempus rei judicatæ. Quoties autem alia est tempore litis contestatæ, alia tempore rei judicatæ, ut si pluris sit litis contestationis quam rei judicatæ tempore, sequemur naturam stricti judicii, id est, tempus quo petitus homo est quasi stricto judicio, si patet eum hominem dari oportere ne reo sua cunctatio et mora prosit : forte et rei judicatæ, non litis contestatæ tempore : nam et litis contestatæ potius, quam moræ tempus spectatur, si fuerit pluris litis contestatæ tempore, ut etiam mora sua ei obsit, *l. pen. rer. amot.* ut lex pen. dumtaxat locum habeat cum utroque tempore ejusdem pretii fuit, vel cum pluris rei judicatæ, quam alio tempore. His addamus *l.* 2. §. *quæsitum, de privat. delict.* nam et condictio furtiva jus suscipit et causam condictionis triticariæ, *l.* 1. §. *ult. de cond. triticar.* et sumit in ea judex æstimationem a tempore litis contestatæ, re postea deteriore facta : addemus et *l.* 3. §. *in hac, commod.* quæ in bonæ fidei judic. ait, spectari tempus rei judicatæ, quia scilicet iis id tantum petitur quod judex æstimabit ex fide bona dari oportere. Itaque refertur estimatio litis ad tempus rei judicatæ : quamquam possit etiam judex ex mora ducere æstimationem, si eo tempore pluris fuerit, *l.* 3. §. *ult. de act. emp.* in strictis autem quæ non remanent, scilicet in jure suo stricto, sed desinunt in æstimationem arbitrariam, id est, quib. inducta est mentio æstimationis in modum exceptionis vel replicationis, vel etiam in actione ipsa : in his, inquam, spectamus litis contestatæ potius quam rei judicatæ tempus, si post litem contestatam res deterior facta sit. Imo et retrorsum tempus moræ, si mora antiquior fuerit litis contestatione, *l.* 8. §. 1. *de cond. furt.* et pluris fuerit eo tempore, quam litis contestatæ. Nam si post moram creverit æstimatio, litis contestatæ tempus spectatur. Sin autem res non sit deterior facta post litem contestatam, id est, si utriusque temporis eadem æstimatio fuerit, nihil refert sive dixeris litis contestatæ, sive rei judicatæ tempus observari. Illud observandum in *d. l. pen.* temporis tantum mentionem fieri, non loci, quia scilicet idem est locus litis contestatæ, et rei judicatæ tempus, *l. ubi, de judic.* qua ratione etiam in mercib. nihil refert dicas spectari locum litis contestatæ an rei judicatæ ; et quod ait de loco litis contestatæ dicitur in hac l. potius comparatione loci quo datum est, quam quo res judicatur. Idemque obtinet in judiciis bonæ fid. ut nihil referat, quo loco, litis contestatæ, an rei judicatæ, *l.* 3. §. *ult. de act. empt.* Sicut commune illud est omnium judiciorum, ut tempus locusve spectetur quo dari debuit. Ex ista omni disputatione, quid tandem certi? In mercibus quæ mutant subinde pretium, tempus locumque litis contestatæ spectari, die vel loco non adjecto, non rei judicatæ, non contractus, in ceteris rebus a mora prorsum quanti plurimi fuerint. Hæc certissima definitio est.

JACOBI CUJACII. J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. I. Lib. XVIII. De contrahenda emptione, et de pactis inter emptorem et venditorem compositis, et quæ res venire non possunt.

In hanc tertiam partem congesti sunt omnes contractus. Præcessit mutuum, et alii. Igitur recte nunc de emptione et venditione subjungit. Initio videndum est quid sit emptio. Et primo emptionis nomen generale est, *l. statulib.* 29. *inf. de statulib. l. sicut, quib. mod. pig. vel hypoth. sol.* Varro *lib.* 2. *c.* 10. *de re rustica. In emption b.* inquit, *dominum legitimum lex fere res perficiunt, etc.* Ulp. *de dom. et acquis. rer. in Fragmentis.* Cajus *tit. de testament. in Inst.* Ubi in omnibus locis modi acquisition s sub hoc genere venditionis notantur. Et legendum est ibi pro *simul, semel, et adoptio* ibi, pro adrogatione scripta est, quod notandum est, ut in *l. paterfamil. de adopt.* Ulp. *tit. de domin. rerum,* ait : *Commercium esse jus emendi, et vendendi invicem, jus* id est, emptionem. At commercii nomen generale est : sequitur ergo ut et emptionis nomen generale sit. Commercii nomen generale esse apparet ex *l. cum servus* §. *ult. de leg.* I. Ubi prohibentur legari ea, quorum commercium non est. Non est accipiendum, quæ emi et vendi non possunt, sed quæ alienari, et acquiri omnino non possunt. Sic accipiendum est commercium in §. *non solum, Instit. de leg.* ubi eadem sententia est, in quo loco, verba hæc abundant, *vel adipisci non potest.* Absunt enim a veteribus libr. et Theoph lo. Theoph. autem interpretatur, *commercium* jus acquirendi, jus sibi comparandi : non autem jus emendi : eadem significatio generalis reperitur apud Paul. *lib.* 5. *Sentent. tit.* 4. §. *moribus.* ubi interdicitur prodigo commercio, id est, non emptione tantum, sed etiam legato, hæreditate, et aliis omnibus alienandi generibus. Ita usurpatur apud Ulp. *tit.* 10 quibus duobus locis vitiose legitur, *ea re,* legendum, *quare.* Rationes hujus appellationis sunt du e. Una est, quoniam in quocunque genere alienationis fere semper olim adhibebatur emptio, in testamentis, §. 1. *Instit. de testam.* in emancipationibus, §. *præterea, Instit. quib. modis jus patriæ potestat.* in adoptionibus, *l. liberos, de cap. min.* Altera ratio est; quod veteres verbum *emendi* generaliter usurpabant. Festus in dictione *emere,* in dictione *redemptores,* in dict one *abemito.* His omnib. locis dicitur, verbum emptionis generaliter accipi : emptionis appellatio specialis est pro contractu ita appellato, quem sic definit Isidorus: *emptio est commutatio rerum, et contractus ex conven entia veniens.* Ubi convenientiam interpretor consensum. Nam emptio ex consensu proficiscitur, *l. consensu, de oblig. et act.* Et hæc dictio facit ne ejus definitio conveniat permutationi. Nam permutatio non tam consensu, quam reipsa contrahitur, *l.* 1. *de rer. permut.* Hic autem contractus duobus verbis appellatur emptio, et venditio, tametsi ea diversa sunt, ut constat ex *l.* 1. *inf. et d. l.* 1. *de rer. permut.* Interdum tamen totus contractus uno nomine significatur tantum, emptionis tantum, vel venditionis tantum, *l. veteres, de act. empt.* Cujus l. ea est sententia, venditionem interdum poni pro emptione, et e contra: aut potius uno tantum nomine vel venditionis vel emptionis significari totum contractum. Et idcirco hæc verba a multis non recte sunt exposita. Alciat. *lib.* I. *παρέργ. c.* 22. cujus sententia refutatur *leg. seq.* ubi dicitur, *idem est in locatione et conductione, quod in emptione et venditione dicitur. Idem dic. est de locat. et conduct.* qui tamen retractavit hanc sententiam, *lib.* 5. *παρέργ. c.* 15. Hotoman. ita interpretatur, *in emptione et venditione,* id est, locatione et conductione, quod et l. seq. refutatur. Sed rectum est : quemadmodum in venditione interdum totus contractus significatur, sic et in locatione, et conduct one. Hinc factum est, ut plerunque actio empti dicatur, quæ debet dici actio venditi, *l. ex conventione, C. de pact. l.* 1. *C. si serv. ext. se emi mandaver.*

Ad L. I.

Origo emendi vendendique a permutationib. cœpit : olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur : sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilib. inutilia permutabat : quando plerunque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles : electa materia est, cujus publica ac perpetua æstimatio difficultatib. permutationum æqualitate quantitatis subveniret : eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia præbet, quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque sed alterum, pretium vocatur.

§. 1. *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur. Veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem, Sabinus et Cassius esse emptionem venditionem putant. Nerva et Proculus, permutationem, non emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste utitur, qui exercitum Græcorum

ære , ferro , hominibusque vinum emere refert illis versibus.

Ε'νθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες Α'χαιοὶ ,
Α'λλοι μὲν χαλκῷ , ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ ,
Α'λλοι δὲ ῥινοῖς. ἄλλοι δ' αὐτοισι βόεσσι ,
Α'λλοι δ' ἀνδραπόδεσσιν ,

id est ,

Hinc quidem vinum emebant comati Archivi,
Alii quidem ære , alii autem splendido ferro,
Alii vero pellibus , alii autem ipsis vaccis ,
Alii autem mancipiis.

Sed hi versus permutationem significare videntur , non emptionem : sicut illi.

Ε'νθ' αὖτε Γλαύκῳ κρονίδης φρένας ἐξέλετο ζεὺς
Ο'ς πρὸς Τυδίδην Διομήδεα τεύχε ἄμοιβεν.

id est ,

Hic rursus Glauco Saturnius mentes exemit Jupiter ,
Qui cum Tydide Diomede arma mutavit.

Magis autem pro hac sententia illud diceretur , quod alias idem Poeta dicit.

Πρίατο κτεάτεσσι ἑοῖσιν.

id est ,

Emit possessionibus suis.

Sed verior est Nervæ et Proculi sententia. Nam ut aliud est vendere , aliud emere, alius emptor, alius venditor , sic aliud est pretium, aliud merx, quod in permutatione discerni non potest , uter venditor sit .

§. 2. *Est autem emptio juris gentium. Et ideo consensu peragitur, et inter absentes contrahi potest , et per nuntium et per literas.*

In hac l. 1. docetur origo emptionis et venditionis , et quid differat emptio et venditio. Arist. *lib.* 5. *Eth. c.* 5. *et Polit.* 1. *c.* 6. perpetuam æstimationem dicit et immutabilem, *l. cum hæreditas, ad SC. Treb.* §. 1. *de satisd. tut. Ist.* Nec adversatur, quod pretia nummorum quotidie abrogantur et minuuntur, et quod scripsit Arist. *lib.* 1. *Politicorum, nummum lege consistere, nec perpetuam esse ejus æstimationem.* Et alibi *l.* 5. *c.* 5. *Ethic. posse nummi æstimationem antiquari et reddi inutilem* : nam perpetuam vocat comparatione ceterarum rerum, quæ permutantur, veluti vini, olei, frumenti, et ceterarum rerum. Perpetua igitur nummi æstimatio est non simpliciter , sed ad alias res relata , eaque forma publica percussa. Plin. lib. 23. c. 13. ait , *æs signatum fuisse a Servio Tullio : argentum vero signatum fuisse anno urbis* 478. Ubi numeri corrupti sunt : *Aurum vero* 60. *annis post argentum.* Ubi quoque corruptus est Plinius : nam ubi legitur *minutissimo vero*, legendum est , *novissimo vero : quantitate* , hic legendum , non *qualitate.* Sed locus hic defendi potest hoc modo . quantitas significat hoc loco pretium sive æstimationem. Ita accipitur in *l. ult. de leg.* 2. *l. cum ab uno , eod. l. empti fides* , *C. eod.* quæ dicitur quantitas, vocatur pretium in *l.* 2. *h. t. l. quamvis , de solut.* Ita accipienda est quantitas in *l. a Divo Pio* , §. *si pignorat. de re jud.* qui locus valde exercuit Alciat. *lib.* 6. *παρέργ. c.* 3. *et l. creditores , si cert. pet.* Breviter autem ita explicandus est, ait Ulp. eo loco, *prædia addicantur ea quantitate,* interpretandum est, *addicantur tanto pretio sive valore,* ut vulgo dicunt, vel *æstimatione, quanta est summa quæ dicitur,* ne si forte pluris aut minoris valeat , alteruter , id est , debitor , aut venditor injuria afficiatur. Id explicat Duaren. *lib.* 1. *cap.* 6. *Disputat.* Denique Aristoteles ait , *formam esse in nummo signum quantitatis.* Veluti si ego togam dedi , ut tunicam acciperem , videtur permutatio , manent enim species : quia cum res tantum proponantur permutatæ permutatio dicenda est , non emptio : nihil enim hic est , quod emptionem dicere possimus. Sed advertendum est , proponi hanc quæstionem , postquam dixit usum nummi fuisse inventum : invento igitur nummo , si quis vellet togam emere , et conveniret de pretio , cum tamen pecuniam non haberet , loco pretii daret tunicam , videbatur debere esse emptio, quia hoc actum est inter contrahentes. Hic autem contractus et voluntate et consensu perficitur , qui suadere videbatur ut contraheretur emptio : contra vero pretium , quod deficit , docet esse permutationem. Et hæc posterior sententia obtinuit. Similis omnino dubitatio est in *l.* 1. *C. de rer. permut.* ubi is qui volebat emere possessionem, pro pretio dedit aliam possessionem: ideoque rescriptum est , non esse emptionem : et tamen quia voluntas contrahentium fuisset , ut res emeretur , rescriptum est , esse actionem ad similitudinem actionis ex empto. Sed hi versus Homerici permutationem significare videntur. Verbum οἰνίζοντο significat, *vinum quærebant*, aut *parabant.* Itaque non minus convenit venditioni quam permutationi. Sed pro subjecta materia ita accipiendum est , ut conveniat permutationi potius quam emptioni. Plinius quoque eundem locum de permutatione intelligit *lib.* 3. *c.* 1. Loquitur enim de hoc loco , sicut et illi in sequentib. verbum α'μείβειν non significat emere , sed remunerari , et permutare. Itaque hæc verba significant non esse venditionem, sed permutationem. Et Plin. dicto loco loquens de eadem re refert ad permutationem. Sed mirum est, quod Alciatus *lib.* 9. *παρέργ. c.* 17. ait , ex hoc loco probari posse adversus sententiam Pauli , emptionem esse , non permutationem hoc argumento : ubi res permutatur , res pro re datur , ubi vero pretium pro re , emptio. At hoc loco pretium est datum pro re : nam ἑκατόμβοιον est genus nummi : ita appel-

latum quod forma bovis in eo expressa fuerit. Julius Pollux in Lexico: Didymus Homeri interpres. Sed respondeo, non dici hoc loco pro armis datum fuisse pretium, sed data fuisse arma pro armis, quæ valerent centum bobus, pro armis quæ valerent tantum novem. Hoc autem non est consequens, *data sunt arma æstimata* 190. *nummis* : ergo *dati sunt* 100. *nummi* : alioqui sequeretur, semper contrahi emptionem, permutationem nunquam: quia nulla res datur, quæ pretio æstimari non possit. Ita ergo recte argumentatus est Paulus. Magis autem pro hac sententia illud diceretur: ne in hac quidem specie emptio est, quanquam verbum πρίασθαι, emere significat. Etsi enim contrahentes usi sunt verbo emendi, defuit tamen voluntas et consensus, sine quo emptio perfici non potest, et in permutationib. plerunque utimur verbo emendi, ut *sup. sed an sine nummis*, et Plin. *lib.* 33. *c.* 1. Quod in permutatione discerni non potest, quo loco videtur legendum *emptitasse*, *arg. l.* 1. *inf. de rer. permut.* Et hæc est prima differentia inter permutationem et emptionem, quod in permutatione non discernuntur merx et pretium, neque venditor et emptor: in emptione vero hæc discernuntur: 2. differentia est, quod permutatio perficitur rei traditione: emptio vero consensu, *l.* 2. *de oblig. et act. l. invitum*, *Cod. h. tit.* 3. differentia est, quod in permutatione rei dominium transferri dicitur, in emptione minime: 4. est, quod res aliena vendi potest, permutari vero non potest: 5. est, quod ex emptione datur actio in id quod interest: ex permutatione vero datur condictio, vel actio ad id quod interest. Hæc omnia traduntur in *l.* 1. *inf. de rer. perm.* Est autem emptio juris gentium, *l. ex hoc jure*, *de just. et jure*, et per nuntium et per literas fit, non quod nuntius aut literæ consentiant, sed quod consensus illis declaretur: hæc enim nudum ministerium tantum præstant, *l. et licet*, *de const. pecu.* Observandum autem est, hæc duo fere semper conjungi, *tit. de obl. ex consensu*, *Instit. l.* 2. *de obl. et act. l. qui autem*, §. *ult. et l. seq. de const. pecun. l.* 9. *de precar. l. ult. de cess. bon. l. muliere*, *de jure dot. l. ult. de sponsal.* Quæ lex sumpta est ex tit. *de his qui notant. inf.* Is dicitur esse infamis, qui duas habet uxores, aut qui bina sponsalia contraxit. Unde explicuerunt JC. eo loco quo modo sponsalia contraherentur, nempe per nuntium et per epistolam. Quæritur hic ab Accurs. an hic contractus fieri possit, si alio modo innotescat voluntas, quam per nuntium, vel per epistolam. Existimo satis esse, si quoquo modo innotescat consensus, nec necesse esse, ut certior fiat absens per nuntium aut literas. Prima ratio est quia ubique apud illos mentio fit nuntii et literarum, exempli tantum causa: non quod alterum eorum etiam necessarium sit: 2. ratio ducta est ex *l. item veniunt*, §. *petita*, *de pet. hær.* ubi satis est, denuntiatum esse fisco, nec refert, quo modo aut a quo id factum sit: 3. ratio est ex *d. l. ult. de sponsal.* ubi hoc additur, per alium, quam per nuntium posse sponsalia contrahi, quasi sufficiat per alium modum innotuisse: 4. ratio est, quod eadem debeat esse conditio utriusque contrahentis, *l. emptor*, *inf. de rescind. vend. l. pen. Cod. de solut.* At qui nusquam expressum est, emptorem debere declarare consensum suum per nuntium vel per epistolam: imo vero in jure Pontificio expressum est, satis esse, si quocunque modo consensum suum declaret, *Clem.* 1. *de procurat.* Non est igitur hoc desiderandum ab emptore. Objicitur *l. absenti*, *inf. de acq. vel amitt. poss.* ubi dominus miserat servo epistolam, qua jubebat eum esse liberum: et responsum est, non esse prius liberum, quam epistolam accepisset, quasi non satis fuerit alio modo innotuisse domini voluntatem, quam per epistolam: Resp. quæ dicimus intelligenda sunt, si hoc non est actum ut absens fieret certior per nuntium vel per epistolam id est, si nuntius vel epistola destinata non sit ut certior fieret. Dicta autem lege *qui absenti* hoc actum est, ut non fieret certior servus alio modo, quam per epistolam quæ in hoc destinata fuit.

Ad L. II.

Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest.

Ratio prima h. l. est, filius quicquid acquirit, acquirit patri, §. 1. *Inst. per quas person. nob. acquir.* Pater igitur si emerit a filio, rem suam emit, quod est prohibitum, *l. si venditor*, *inf. eod.* 2. ratio est, quod nulla obligatio consistit inter patrem et filium, *l. frater a fratre inf. de cond. indeb.* 3. ut inutilis est stipulatio inter patrem et filium, ita etiam emptio, §. *item inutilis*, *de inutil. stipul.* 4. quia nemo contrahere potest secum: filius autem et pater una atque eadem persona esse censetur §. *ei qui Inst. de inutil. stip. l. ult. C. de impub. et aliis sub. l. cum simus*, *C. de agricol. et censit.* Denique idcirco prohibiti sunt contractus inter patrem et filium, quia inter eos lis nulla esse potest, *l. lis nulla de judiciis*, *sup.* Propter has igitur rationes prohibita est emptio inter patrem et filium, quæ quidem cessant in reb. castrensib. Ea enim acquiruntur filio non patri, §. *igitur*, *per quas person. nob. acq.* Deinde quod attinet ad castrensia, pater et filius diversæ personæ hic censentur, et lis esse potest *d. l. lis nulla.* Quod intellige quoque de reb. quasi castrensibus in quib. idem jus est *l.* 1. §. *nec castrense inf. de coll. bonor. l. cum opor-*

tet, §. 1. *et* §. *cum autem C. de bonis quæ lib.* Sine pretio venditio nulla est. Eadem reg. traditur *Inst. eod.* §. 1. *et l. empti fides, Cod. eod.* quæ ita accipienda est, ut saltem convenisse de pretio satis sit, quia emptio consensu, et conventione perficitur, nec necesse est pretium numeratum esse, quod dicitur *inf.* et in *d. l. empti fides. et d.* §. 1. *Inst.* Ad contrahendam emptionem necessarium est pretium, id est, non est necesse datam esse pecuniam, si modo de pretio conventum sit. *Pretium est, quod pro re empta datur.* Ita definit Nonius Marcellus, apud quem verba hæc *nec par vocat ullo pretio*, vitiosa sunt, et legendum est, *nec parvo caput illa pretio.* Varro ita definit, quod æstimationis emptionisque causa constituitur.

Ad §. 1. *Sine pretio.*

§. 1. *Sine pretio nulla venditio est. Non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem,*

Sine scriptis. Ex his verbis apparet necessariam esse scripturam in emptione, quod tamen juris regulis repugnat: nam scriptura non est necessaria in contractibus *l. contrahitur, inf. de pign.* quæ conjungenda est cum *l. 4. inf. de fide instr.* Idem dicit *lex pactum quod bona fide, C. de pact.* et toto jure civili nulla fit mentio scripturæ necessariæ in amptione. Denique Paulus *lib. 2. Sentent. tit. ex empto*, §. *in eo contractu*, ait, scripturam non esse necessariam in emptione. Resp. est, hæc verba, *sine scriptis*, addita esse a compositorib. a quibus etiam addita sunt in *l. 4. cum inter C. de comm. et peric. rei vend.* Ubi hoc quoque recte notavit Accurs. Hoc autem ab illis factum est ne hæc lex 2. pugnaret cum §. 1. *Inst. de empt. et vend.* Ubi mentio fit emptionis in scriptis, et maxime cum *l. contractus, C. de fide instr.* ex qua lege tota hæc ratio contractuum faciendorum in scriptis profecta est. Ea autem lex multis in locis vitiosa est. Nam initio pro *dationes*, legendum, *dationis*. Deinde pro *quas tamen*, leg. *illos tamen quos.* Præterea pro *transactionum*, leg. *transactionis*, quæ emendatio liberabit vos eo scrupulo, qui torsit Acc. vehementer enim dubitat eo loco, quomodo dictum sit *contractus transationum*, cum transactiones tam distractus sint, quam contractus. Denique pro *præcesserint ; processerint*, legendum est. Hinc explicanda est *l. 55. inf. h. t.* ubi nulla emptio dicitur, quæ sine pretio est, et imaginariam interpretor adumbratam, quam Impp. vocant simulatam, *l. 3. C. eod.* Simulata autem est et imaginaria, cum fingitur convenisse de pretio, et nullum tamen pretium intercessit. Hoc confirmatur *l. imaginar. de reg. jur.* Nam si imaginaria non est venditio, in qua intercedit pretium, oportet imaginariam esse, in qua nullum est pretium. Ita imaginaria venditio accipienda est in §. *præterea, quib. mod. jus pater. potest. solvit. Inst.* §. *accessit, Inst. de testam. ordinand. l. 4. si ab ignoto, inf. de manumission.* Ubi Accurs. male interpratatur imaginariam venditionem, id est, per momentum duraturam: nam illic revera emptor nullum habebat animum emendi, nec dat ullum pretium, sed pretium, quod accepit a servo. Hinc explicandæ sunt *l. 36. 37. 38. h. t.* Observa ex *d. l. 38. si quis donationis*, videndum esse hac in re an venditio fiat minori pretio donationis causa, quo casu venditio valet: an vero fiat venditio omnino causa donandi: quo casu, quia pretium deest, nulla est venditio. Eodem pertinet *l. 3. C. eod.* ubi substantiam emptionis non interpretor consensum, ut Accurs. sed pretium, ut in *l. pacta conventa, inf.* Huc pertinet *l. 7. et 8. C. eod.* ex *d. l. 7.* delendum est verbum *donationis*. Hinc quoque explicanda est *l. fundi h. t.* in cujus specie hoc unum dubitatur, an pretium esset in emptione. Quod cum aliqui ex veterib. JC. negarent, plurib. tamen placuit pretium esse in ea specie, saltem pactum esse loco pretii. Itaque recte contractam esse emptionem venditionem: pretium debet esse certum et in pecunia numerata, §. *item pretium, Inst. de emp. l. 7.* §. 2. *et 3. h. t.* Ex quibus §§. hoc notandum est exemplum, quantum pretium in arca habeo continere certum. Quod confirmatur *l. ubi autem, de verb. oblig.* idque convincit errorem Th. *ad tit. de verb. oblig.* Quo loco ait hoc exemplum continere incertum. Hinc nascitur quæstio, an pretium debeat conferri in arbitrium ementis aut tertii alicujus. Resp. non conferri in abitrium ementis, *l. quod sæpe 35. h. t.* Ratio est, quia non dicitur esse in potestate ementis aut vendentis, ut venditio valeat, quod fieret si pretium illi definiendum relinqueret, *l. in vendentis, C. eod.* Objicitur §. *pen. de contr. empt. Inst.* ubi emptio ita recte contrahitur, si Stichus tibi placuerit, erit tibi emptus tot aureis. Quo loco nonnulli existimant, pretii definitionem esse commissam arbitrio ementis. Resp. id falsum esse, et eo loco emptionem idcirco valere, quia totus contractus permittitur arbitrio ementis, adjecto certo tempore, quod efficit, ut totus contractus valeat: nam sine adjectione temporis incertus fuisset, atque inutilis. Itaque arbitrio ementis non potest committi pretium. Potest autem committi arbitrio tertii, ita ut si tertius ille definiat, valeat emptio: si vero non definiat, sit inutilis, *l. ult. C. eod.* Ex quo nasci potest hæc quæstio, si tertius ille iniquum pretium definiat, an standum sit ejus definitioni? Et videbitur esse standum, quia quoties eligimus aliquem, qui aliquid fa-

ciat, de eo queri non debemus: æquius tamen est, ut si manifesta iniquitas appareat, corrigatur a judice bonæ fidei. Hoc est expressum in *l. 79. societatem, cum 4. ll. seq. sup. pro. soc.* Notandum præterea in hac *l. ult.* verba tributa esse Cajo in *l. si merces* 25. *inf. loc.* Objicitur huic *l.* 16. §. *ult. inf. de pig.* ubi nullum pretium certum est constitutum, neque arbitrio tertii commissum, et tamen venditio valet. Resp. Jus singulare esse in eo §. *ult.* introductum in favorem debitorum, ut facilius reperirentur, qui illas pecunias crederent: deinde, quia emptio accedit contractui pignoris, idcirco constitutum est, ut quemadmodum contractus principalis valet, ita etiam accessorius valeat. Pertinet quoque ad pretium *l. quod vendidi* 19. *inf. hoc tit.* in qua consulitur venditori, qui pretium nondum est consecutus: nam post consensum contrahentium, et constitutum pretium certum, emptio perfecta est, et res etiam in emptoris dominium transire dicitur. Verum quia interdum emptor moratur in solutione pretii, ne venditor, et re sua, et pretio careat, consulitur illi hac *l. Aut satisfactum.* Observandum satisfactionem esse loco solutionis, *l. satisfact. de solut. et l. solut. verb. de verb. signif.* Itaque hæc duo satisfacere et solvere in libris jur. civilis semper fere æquantur et conjunguntur, *l. grege* §. *etiamsi, inf. de pig. l. pen. inf. quib. mod. pig. vel hyp. solv. l.* 5. *eod. tit.* quæ conjungenda est cum *d. l. grege, l.* 6. *quib. mod. p g. vel hypoth. solv.* quæ conjungenda est cum *l.* 1. *de migrando, l.* 4. *ait prætor, de re judic. l. procur.* §. *pen. de tribut. act. l. quod si, de pig. act.* Et sane satisfacere nil aliud est quam facere, quantum alicui satis est: sic Ascon. in *act.* 3. *in Verrem*, interpretatur. Cajus eo firmat in *l.* 1. *qui sat. cog.* et Pomponius in *l.* 5. *de verb. oblig.* Ajunt enim satisfacere esse desiderium alicujus implere, aut id præstare, quo aliquis contentus sit: quod perinde est, ac si solveret. Satisfactio autem variis modis fit, *l. si rem alienam* §. *omnis. de pig. act.* Quod igitur dictum est in §. *venditæ, de rer. divis. Inst.* satisfactionem fieri expromissore dato, vel pignore, dicendum est, exempli hæc tantum causa dicta esse, quia aliis multis modis satisfactio fit, quod indicat generalis significatio hujus verbi, et *d. l. si rem alienam, et l.* 6. *quib. mod. pig. solv.* ubi satisfactio dicitur fieri jurejurando. Hoc ita accipiendum est, nempe satisfactionem esse loco solutionis, si quidem venditor velit: nam invito creditori aliud pro alio solvi non potest, *l.* 2. *si cert. petat.* Deinde hoc exemplum est in *l.* 6. *quib. mod. pig. solv.* neminem cogi satisfactionem accipere. Deinde, quod diximus, loco solutionis pretii satisfactionem admitti, patitur exceptionem duob. casib. Unus est in *l. a Divo Pio* §. *sed si emptor, de re jud.* ubi pretium est solvendum, nec satisfactio ejus loco admittitur. Alter casus est in *l. si curator* 5. *inf. de jure fisci.* Ubi re fiscali vendita, necessario pretium solvendum est. Et notandum eam l. 5. esse conjungendam cum *l.* 1. *de offic. proc. Cæsaris*, quæ conjunctio hanc habet utilitatem quod tollit difficilem ἀντινομίαν, quæ nascitur inter has duas leges. Nam l. 1. interdicitur procuratori Cæsaris ne vendat: in l. 5. hoc illi præcipitur, ut quoties vendidit, pretium accipiat. Ergo permittitur venditio procuratori Cæsaris, quæ intelligenda est permitti, si non fiat contra commodum et utilitatem Cæsaris. *Satisfactionem*, hic quidam legunt *satisdationem.* Male: quia non est satisdationis verbum satis generale, quia satisdamus tantum fidejussoribus, *l.* 1. *qui satisd. cogant.* Plurib. autem modis satisfacimus, ut fidejussorib. jurejur. et aliis modis infinitis. Dicimus igitur, emptorem non aliter fieri dominum, quam soluto pretio, aut satisfacto venditori, aut fide habita de pretio. Cujus rei hæc utilitas est, quod interea emptor non usucapit, et contra venditor, cum adhuc sit dominus, potest rem venditam vindicare, *l. procuratoris, l. pen. sup. de tribut. act.* Objicitur *l. incivile, C. de rei vind.* in qua dicitur, traditione facta rei emptæ dominium transferri, neque rem posse amplius vindicari, sed pretium petendum esse. Resp. in ea l. fidem habitam fuisse de pretio: ac proinde nihil obstare, quominus emptor rei venditæ dominus fiat. Et his explicata est lex 12. *C. eod.* explicata est quoque *l. ut res* 53. *inf. h. t.* cujus l. eadem omnino est sententia, quæ legis *quod vendendi.* In ea superest tantum explicandum verbum *expromissoris*, de quo inter eruditissimos non convenit. Plerique enim existimant significare fidejussorem: quibus ego non assentior: expromissor enim est qui solus obligatur, non cum alio, ut fidejussor, et totam aliquam obligationem in se transfert. Probatur *l. et eleganter* §. *servus, de dolo malo.* Ubi reus pactionis, et expromissor pro eodem ponuntur. Atqui reus non significat fidejussorem, et eo loco erat reus is, qui solus erat obligatus: non autem qui accedebat alterius obligationi, ut fidejussor. In eodem quoque §. manumissio servi facta est ea conditione, ut post manumissionem servus transferret in se obligationem, id est, ut post manumissionem expromissor fieret. Ita enim JC. seipsum explicat, et quod dixit initio §. *transferre obligationem in aliquem*, in fin. ejusdem §. dicit expromissorem esse. Idem probatur *l.* 4. *inf. de cond. caus. dat.* Ubi acceptilatio facta fuerat debitori hac conditione, ut expromissorem daret. Hic igitur sublata erit obligatio per acceptilationem, nec potest dici expromissor

accedere obligationi, ut fidejussor, cum nulla obligatio supersit: sed is intelligendus est, qui totam aliquam obligationem in se suscipit, et solus obligatur. Denique confirmat *l. ult. sup. ad SC. Maced.* ubi filiusfamil. expromittit pro ea pecunia quam accepit contra SC. quamdiu scilicet erat filiusfamil. et dicitur novatio fieri per hanc expromissionem. At ubicunque fit novatio, tollitur prior obligatio, et nascitur altera. Expromissor igitur est, non qui pro alio fidejubet, sed qui novam obligationem ex se constituit, et solus obligatur. Hoc quoque indicat l. nostra: Juriscons. enim ait, sese velle interpretari plenius fidejussorem, et interpretatur expromissorem, quasi alius sit expromissor a fidejussore, recte percepta significatione hujus vocis in explicanda *l. 5. de verbor. obligat.* Et cum ostendat diversum esse expromissorem a fidejussore, docet quoque diversum jus competere ei, qui fidejussorem accipit et expromissorem. Expromissor recte, et statim potest conveniri: fidejussor non nisi excusso principali debitore. Itaque venditor, qui accepit expromissorem, poterit statim agere cum expromissore. Quod si accepit fidejussorem, prius agere debebat cum emptore, qui reus est principalis, deinde cum ejus fidejussore.

Ad L. III.

Si res ita distracta sit, ut si displicuisset, inempta esset, constat non esse sub condictione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione.

Difficultas hujus legis pertinet ad pacta inter emptorem et venditorem facta, ut hic tit. ostendit. In qua hæc difficultas est, an emptio sit conditionalis, an vero resolutio emptionis sub conditione. Et placuit Juriscons. esse resolutionem emptionis sub conditione, quæ sententia est Juliani in *l. 2. inf. pro empt.* Ut intelligatur utilitas decisionis, conjungenda est hæc l. cum *l. 2. inf. de in diem addict.* Ea enim lex ostendit, quia emptio pura est, quæ tamen sub conditione resolvitur, emptorem usucapere, fructus facere suos, accessiones lucrari, et periculum quoque rei emptæ sustinere: quæ omnia cessarent, si esset emptio sub conditione. Conjungenda quoque est h. *l. cum l. 2. de leg. commissor.* Nam lex commissoria est similis emptioni resolutæ sub conditione. Objicitur §. *pen. Instit. de contrah. empt.* ubi quemadmodum est conditionalis emptio, ita videtur quoque esse conditionalis venditio. Respond. formulas, quæ sunt utroque loco, facile indicare, hic esse resolutionem emptionis, illic autem emptionem sub conditione: nam hæc est formula in Institutionibus, *si Stichus tibi intra certum diem placuerit, erit emptus tot aureis,* quæ manifeste continet exemplum venditionis conditionalis, ut Justin. quoque exposuit. Formula autem quæ hic proponitur, non ad contrahendam emptionem spectat, sed ad resolvendam eam quæ contracta est.

Ad L. IV. V. et VI.

L. IV. *Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur.*

L. V. *Quia difficile dignosci potest liber homo a servo.*

L. VI. *Sed Celsus filius ait, hominem liberum scientem te emere non posse: nec cujuscunque rei, si scias alienationem esse, ut sacra et religiosa loca: aut quorum commercium non sit, ut publica, quæ non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur: ut est campus Martius.*

Non in pecunia, id est, in patrimonio, *l. quod in litore, de rer. divis. l. pacta conventa, inf. hoc t.* Quod idcirco est dictum, quia respublica, quæ non est in patrimonio populi, vendi non potest; quæ autem est in patrimonio populi, vendi potest. Publica igitur ita sunt distinguenda: vel sunt in patrimonio populi, et vendi possunt: habentur enim loco privatarum rerum, et fiscus est in illis loco privati: vel sunt in usu publico populi, id est, usibus populi serviunt, ut campus Martius, et theatrum, et ea vendi non possunt. Omnium rerum, quas quis habere, possidere, persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum nulla est venditio, *l. si in emptione §. omnium, hoc tit.* Natura autem eximit commercio hominum liberum hominem: nam liber homo natura hujusmodi est, et libertas juris naturalis est, *l. 4. sup. de just. et jur. l. libertas, de stat. hom. §. libertas, institut. de jure person.* Quod si servus esset alienæ potestati subjectus, amitteret etiam facultatem, quam natura consecutus est. Liber igitur homo natura non potest vendi, nisi emptor ignoret eum esse liberum. Quo casu ejus venditio valet, *l. 4. h. t. et l. seq.* quæ tradit rationes justæ ignorantiæ: nam homo liber et servus natura idem sunt. Nec diversa est utriusque figura, aut facies. Denique ex aspectu distingui non possunt. Ex eo igitur non potuit cognoscere emptor, liber esset necne, an servus. Non obstat, quod homo liber non potest effici emptoris, quæ res videbatur efficere emptionem nullam, cum res empta non possit acquiri emptori. Sciendum enim est, ut venditio valeat, non esse necesse rem venditam emptoris fieri, nec idcirco inutilem esse emptionem, quod emptoris fieri non possit. Emptor enim non desinet agere ex empto ad id quod interest adversus venditorem, quod expres-

sum est in *l. si tibi, C. de eviction.* Huc pertinet *l. liberi hominis, inf. hoc tit.* in qua idem omnino dicitur, quod in *l.* 4. *et* 6. *in princ. h. t.* Ex his nata est hæc quæstio, an valeat emptio liberi hominis quoties in eum casum confertur, *cum servus erit.* Hæc tractatur in *l.* 34. §. *liberum hominem, inf. h. t.* et respondendum est, non posse emptionem in eum casum conferri, quia nefas sit ejusmodi casus expectare. Dubitatio nascebatur ex eo quod certum est, res futuras emi vendique posse, ut partus futurus et fructus, *l.* 8. *inf. h. t.* Et eadem ratione servus futurus recte vendi. Existimatum tamen est iniquum, inhumanum, et turpe hac conditione hominem liberum emere: et hoc providerunt juris auctores, si hoc permitteretur, fore, ut qui liberum hominem emisset, procuraret, quantum posset, ut in servitutem redigeretur, quæ ratio impedivit quoque, ne pactum de futura successione valeret, *l. ult. C. de pact. l. inter stipulantem* §. *sacram, de verb. oblig.* Huc pertinet *tit. Cod. de patri. qui fil. distrax.* Ubi in l. 1. jus est singulare adversus regulas nobis traditas: nam filius non potest emi ab ignorante. *l.* 2. *eod. t.* Exceptio est omnium eorum, quæ tradidimus in ea l. Constituit enim Imperator, ut pater possit vendere filium propter inopiam, et egestatem ictus. Unde apparet liberum hominem a sciente emi posse, modo vendatur propter egestatem patris, d. l. 2 in qua legendum est, *sanguinolentos*, non *sanguinolentus*, ut legit Accursius, et imperite interpretatus est, id est, capitaliter, sive sanguine puniendus. Nam sanguinolentos interpretor eo loco, pueros recens natos, quoniam illi adhuc perfunduntur sanguine. Impp. in *l.* 1. *Cod. Theod. de expositis*, interpretantur recens natos: et horum sanguinolentorum mentio fit *tit. seq. C. Theod.* Ita quoque accipiuntur sanguinolenti in *tit. Cod. de infantib. exposit.* Et ita Donatus usurpavit, interpretans locum Andriæ, *Scitus puer Pamphilo natus est, Actu* 3. *scen.* 2. Huc pertinet *l.* 1. *Cod. de liber. causa, et l. t.* 1. *lib.* 5. *Sent. Pauli.* Jus gentium exemit hominum commercio res sacras et religiosas, quia jure gentium introductæ sunt religiones et cæremoniæ. Loca sacra et religiosa, et quæcunque alia pertinent ad religionem. Itaque res sacræ et religiosæ legari non possunt, *l. cum servus* §. *ult. de leg.* 1. §. *non solum*, *Instit. de legat.* Non possunt quoque in stipulationem deduci, §. 1. *de inut. stipul.* Denique non possunt emi, *l.* 6. *et* 4. *h. t.* Quod semper intellige, si emptor scivit eorum conditionem: nam si ignoret ea sacra esse, emere potest. Hinc traditum est, ædem sacram non posse vendi, *l.* 73. *inf. h. t.* Quod adeo verum est, ut ne diruta quidem æde sacra, locus possit vendi, in quo erant ædes sacræ. Quod tamen dubitationem aliquam habere videbatur: nam eo ipso, quod diruta erat ædes sacra, videbatur locus factus esse profanus, et religio sublata esse, una cum ipso ædificio. Contra tamen responsum est favore rerum sacrarum, et hanc legem intelligit Justinianus in §. *sacræ, de rer. divis.* ubi notavi, legendum esse *rescripsit*, pro *scripsit*. Hanc lectionem confirmat inscriptio l. 37. quæ sumpta est ex *lib.* 3. *respons.* Huc pertinet *l.* 3. *C. de sacr. ecc.* Ubi interpretor martyres, martyrum reliquias auctore Harmen. quæ lex sumpta est ex *l.* 7. *t. de sepul. viol. C. Theod.* ex quo eodem loco sumpta est lex *ult. C. de religios. et l.* 2. *C. de sacros. eccles.* quæ adhuc sunt corruptæ. Nam in *l. ult. de relig.* legitur *humanum*, cum legendum sit, *humandum*, in l. 2. legitur *humanis*, cum legendum sit, *humandis*. Una est exceptio reg. nostræ in *l. in modicis, inf. h.* t. ubi locus sacer et religiosus vendi possunt propter accessionem rei alterius, veluti cum fundus aliquis venditur, in quo est locus religiosus, emptio valet, quia locus hic religiosus est accesesio fundi. Exemplum hujus rei est in *l. locum*, *C. de relig.* Exemplum quoque est apud Cornel. Tacitum *lib.* 1. *Annalium*, ubi accusabatur apud Tiberium Falamius, quod vendidisset hortos, et cum illis statuas Augusti. Statuæ autem principum habentur numero rerum sacrarum. Rescripsit autem Tiberius, nihil eum admisisse, quod pœna dignum esset, cum statuæ principum soleant accedere venditionibus hortorum et domuum, quemadmodum et simulachra reliquorum numinum: quod tamen ita accipiendum est, nisi in vendendo fundo exceptus sit ille locus sacer, qui accedit fundo, *l. hanc legem, inf. hoc tit.* Altera exceptio est in §. *sacræ, de rerum divis. Instit.* Nam res sacræ vendi possunt causa redemptionis captivorum, quia potior nobis esse debet cura hominum, quam rerum, cum res omnes sint comparatæ hominum gratia, et eorum usibus subserviant. Denique animæ, maxime Christianorum reliquis omnibus vasis et instrumentis sacris præferuntur, *l. sancimus*, *C. de sacros. eccles.* In qua l. pro *ipsorum exactionem*, legendum est, *ipsorum actionem.* Objicitur nunc nostræ reg. *l. qui officii* §. 1. *inf. h. t.* ubi si quis, etiam ignorans, loca sacra vel religiosa emerit, non tenet emptio. Respondeo, duobus modis intelligi teneri, et perfectam esse. Uno, ut res tradatur, et acquiratur emptori. Hoc priori casu non est perfecta venditio, rei scilicet sacræ vel religiosæ. Et ita accipienda est *l. qui officii.* Altero modo dicitur perfecta venditio, cum intercessit consensus et pretium, ita ut actio ex empto competat emptori ad id quod interest. Hoc posteriori casu perfecta est venditio rei sacræ et religiosæ, et ita intelligenda est *l.* 4. *sup.* Et generaliter, loca sacra et religiosa, et publica,

et liberi homines, si venditi fuerint, non possunt acquiri emptori. Agitur tamen actione ex empto ad id quod interest, *l. si tibi*, *C. de evict.* Objicitur *l. ossa* §. 1. *sup. de relig. os. et sumptib. funer.* ubi religiosa re vendita non dicitur actio ex empto, ut diximus, sed actio in factum, et quasi ex empto. Respondeo, Juriscons. in *d. l. ossa* considerasse emptionem non esse perfectam, ut res acquiri possit emptori: itaque dixit tantum actionem in factum, et quasi ex empto: at in *l. qui officii* consideravit emptionem perfectam esse, ut agi possit ad id quod interest: itaque dixit competere actionem ex empto. Simile est exemplum in *l. 8. inf. et l. si sterilis*, *inf. de action. empt.* Nam in l. 8. dicitur emptio esse nulla, si nulla res sit, quæ emi possit. At in *l. si sterilis* nulla res subest: venditus enim erat partus, qui non erat futurus, nempe partus quinquagenariæ mulieris, et tamen datur actio ex empto. Ergo ubi emptio perfecta non est, datur actio ex empto: quod intelligendum est, ut perfecta non sit, quantum ad dominium consequendum: quantum autem ad alias res, perfecta sit. Moribus civitatis prohibitum est vendere loca publica, *l. 6. hoc tit.* Publica autem distinguenda sunt, ut dixi supra explicans hæc verba, *in pecunia*. Si enim sint in usu populi, vendi non possunt: si vero in patrimonio populi, vendi possunt, *l. pacta conventa*, *inf. eod.* Præterea quemadmodum venditio rei sacræ consistit propter accessionem, ita etiam publicæ, argumento leg. *l. in modicis*, *inf.* Præterea quemadmodum liber homo, res sacra, et religiosa non possunt emi in eum casum, quo homo scilicet liber, servus futurus sit, aut res sacra fiat profana: ita etiam res publica non potest emi in eum casum, quo futura sit privata, argumento *l. si in emptione* §. *liberum*, *inf. eod. l. inter stipulantem* §. *sacram*, *de verbor. oblig.* Difficultatem hic movet quod diximus, emptionem harum rerum consistere, si emptor ignoret: atqui videbatur debere esse inutilis, quemadmodum stipulatio harum rerum est inutilis, §. 1. *de inutil. stipul.* Sed dicendum est hac in re differre stipulationem ab emptione: et differentiæ ratio hæc est, quod in stipulatione oporteat transferre rei dominium in stipulantem. Cum autem hæ res non possint cuiquam acquiri, merito in stipulationem deduci non possunt: in emptionem autem non est necesse dominium rei transferre, etsi dominium non transferatur, agit tamen emptor ad id quod interest, *l. si ita distrahatur* §. 1. *inf. eod.*

Ad §. 1. *Si fundus L. VI.*

§. 1. *Si fundus annua, bima, trima die, ea lege venisset, ut si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret: et si interim emptor fundum coluerit, fructusque ex eo perceperit: inempto eo facto restituerentur, et ut quanti minoris postea alii venisset, ut id emptor venditori præstaret, ad diem pecunia non soluta, placet, venditori ex vendito eo nomine actionem esse. Nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto, dicatur actionem ex vendito futuram esse. In emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit, sequendum est: et cum lege id dictum sit, apparet hoc duntaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti venditi utrique solveretur.*

Hic §. debet referri ad caput de pactis conventis. Fructus restituentur non adjecta condictione, si emptor fecisset fructus suos pro cultura et cura, §. *si quis a non domino*, *de rerum divis.*

Ad §. 2. *Conditio.*

§. 2. *Conditio quæ initio contractus dicta est, postea alia pactione immutari potest. Sicuti etiam abiri tota emptione potest, si nondum impleta sunt quæ utrinque præstari debuerunt.*

Contractus emptionis plerunque in parte tollitur, aut mutatur: plerunque vero in totum. Quoties in partem mutatur, dicitur renovari aut reformari, *l. si unus* §. *pactus*, *l. jurisgentium* §. *adeo*, *sup. de pact.* In quo §. recte legitur, *repetita parte emptionis*. Et hoc significat renovatam fuisse et reformatam partem emptionis. Quod dicitur factam esse novam emptionem in *l. pacta conventa*, *inf. eod.* Interdum vero emptio mutatur in totum, et tunc dicitur discedi ab emptione, ut hic, *l. ab emptione*, *sup. de pact. l. 2. inf. de rescind. vend. d.* §. *pactus*, *et d.* §. *adeo*. Ut autem hæc locum habeant, necesse est nondum impleta esse, quæ utrinque præstari debuerint, quod alibi illi dicunt, rem nondum esse secutam, *d.* §. *adeo*, *rem esse integram*, *d. l. 2.* Omnia esse integra, *d. l. ab emptione*. Sciendum autem est, venditorem debere rem præstare in hoc contractu, emptorem vero pretium. Si igitur neque pretium solutum, neque res tradita, res dicetur nondum secuta, res integra dicetur. Et ita interpretatur Justinianus §. *ult. quib. mod. tollit. oblig. Inst.* Difficultatem hic facit, quod Juriscons. exigit, ut nondum impleta sint, quæ utrique præstari debuerint, id est, ut neque pretium solutum sit, neque res tradita, quasi non sufficiat, ut recedi non possit ab emptione, alterum tantum esse factum, id est, pretium solutum, vel rem traditam. Objicitur huic loco *l. 2. C. quando liceat ab empt. discend.* Ubi dicitur, parte pretii soluta non licere recedere ab emptione. Ergo satis

est, pretium esse solutum, ut discedi non possit ab emptione, nec utrumque necesse est, et fundum traditum esse, et pretium solutum. Auget difficultatem *d. lex ab emptione*, ubi dicitur omnibus integris recedi posse ab emptione; quasi satis sit, vel pretium esse secutum, vel rem esse traditam, ut non possit ab emptione recedi. Respondeo: utrinque hoc loco accipiendum esse pro altera parte, et ita hic locus conveniet cum *d. l.* 2. et significabit satis esse alterum impletum esse, ut recedi non possit ab emptione, et ne quisquam miretur, quasi inusitata sit significatio hujus dictionis utrinque: ita accipitur in *l. rescripto*, *sup. de pact. l. si ita scriptum*, *inf. de liber. et post. l. ult.* §. *ipsum*, *C. de bonis*, *quæ liber.* Ratio hujus §. est in *l.* 2. *C. eod. l. nihil tam naturale*, *de regul. jur.* quam l. conjunge cum *l. an inutilis*, *inf. de acceptil.* Et quod diximus de emption. habet locum in omnibus obligationibus quæ consensu contrahuntur. Nam hæ omnes contrario consensu tolluntur, *d. l. ab empt. d.* §. *ult. quibus mod. tol. oblig.* Excipitur mandatum, in quo non est necessarius consensus utriusque, ut in aliis obligationibus sed unius voluntas sufficit. Ratio differentiæ hæc est, quod ut mandatum contrahitur plerumque unius tantum gratia: unius tantum voluntas etiam sufficit, ut distrahatur. Ceteræ obligations contrahuntur gratia utriusque, et ideo utriusque contrahentis voluntas necessaria est in illis distrahendis. Denique mandatum, priusquam executioni mandatum fuerit, nullam parit actionem, et quanquam consensu contractum sit mandatum, re tamen integra nulla actio ex eo nascitur. In ceteris vero obligationibus ex consensu, simul atque consensus intervenerit contrahentium, aliquid illis acquisitum est, et actio nata est. Itaque merito sine utriusque voluntate non dissolvuntur.

Ad L. VII.

Hæc venditio servi, si rationes domini computasset, *arbitrio conditionalis est. Conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. Sed utrum hæc est venditionis conditio, si ipse dominus putasset suo arbitrio: an vero si arbitrio viri boni? Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est: quemadmodum si quis ita vendiderit*, si voluerit: *vel stipulanti sic spondeat*, si voluero, decem dabo: *neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. Placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri, quam domini. Si igitur rationes potuit accipere, nec accepit: vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta conditio emptionis est: et ex empto venditor conveniri potest.*

§. 1. *Hujusmodi emptio*, quanti tu eum emisti, quantum pretii in arca habeo, *valet. Nec enim incertum est pretium, tam evidenti vendit. Magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.*

§. 2. *Si quis ita emerit* est mihi fundus emptus centum, et quanto pluris eum vendidero: *valet venditio, et statim impletur. Habet enim certum pretium centum: augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit.*

Hæc lex pertinet ad pacta conventa, et conjungenda est cum *l. in personam* §. *generaliter*, *de regul. jur.* et continet exemplum aptissimum illi regulæ, *an sit obstrictus.* Alia ratio redditur in *l. in vendentis*, *C. eod.* quia obligatio non adstringit necessitate contrahentes: atqui si valere velimus obligationem, oportet ut adstringat, ut vinculum sit, ut apparet ex definitione obligationis, *tit. de oblig. Instit.* Idem est in stipulatione, et propter eandem rationem *l. stipulatio*, *de verb. oblig.* quæ conjungenda est quoque cum hac lege, argumento rei ipsius, et inscriptionis, et cum stipulatio et emptio hac in re similes sint, ex stipulationum jure hic dicendum est, emptionem contractam sub hac conditione, *si voluero*, nullam esse: contractum vero sub hac, *cum voluero*, valere: quia posterior formula tacitam tantum habet conditionem, non æque expressam, ut prior, *l. centesimis* 46. *de verb. oblig.* Objicitur §. *pen. Instit. de contrah. empt.* ubi venditio facta sub hac conditione, *si Stichus tibi placuerit intra certum diem, erit emptus tot aureis*, et apparet emptionem esse collotam in arbitrium emptoris: quæ tamen dicitur valere. Nonnulli respondent in eo §. non esse emptionem, sed resolutionem emptionis sub conditione, quod ostendimus esse falsum, *l.* 3. *sup.* Alii existimant pretium esse tantum collatum in arbitrium emptoris, alii in formam et qualitatem rei. Sed quocumque te vertas, semper penderet ex voluntate emptoris contractus, quod hoc est prohibitum. Itaque respondendum est, totum contractum esse collatum in arbitrium emptoris: sed quia arbitrio illi adjectus est certus dies, ita ut emptor intra certum tempus cogatur arbitrari, valet emptio. Prohibetur enim emptio conferri in arbitrium contrahentis, quia obligatio semper penderet. Hæc igitur ratio cessat propter adjectum diem certum: §§. duos seqq. sup. in l. 2. explicui.

Ad L. VIII.

Nec emptio, nec venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi. Et tamen fructus, et partus fu-

turi recte emuntur : ut cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur : sed si id egerit venditor, ne nascantur, aut ne fiant : ex empto agi posse.

§. 1. *Aliquando tamen, et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur. Quod fit cum captus piscium, vel avium, vel missilium emitur. Emptio enim contrahitur, etiamsi nihil inciderit, quia spei emptio est. Et quod missilium nomine eo casu captum est: si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur.*

Ad contrahendam venditionem necessaria est res, quæ dicitur merx in *l.* 1. *sup. eod.* Hæc generalis regula dubitationem movebat in hac specie, in qua venditi sunt fructus, aut partus futuri. Videbatur enim res nulla subesse, quoniam hæ res nondum sunt in rerum natura, sed sperantur tantummodo. Et hæc species plerunque fallit, quoniam multis modis contingere potest, ut neque fructus, neque partus nascantur. Responsum tamen est valere hanc emptionem, quia conditionalis est ut *sup. l. prox. in prin.* Inest enim tacita hæc conditio, si fructus nascantur, aut partus, *l.* 1. *in prin. et* §. *ult. de condit. et demonst.* Ubi vulgo ita legitur, *nisi ipsa conditio insit.* Legendum ita; *nisi ipsa vi conditio insit.* Et ita legitur Floren. et dictio *vi* eodem sensu usurpatur in *l.* 1. *inf. de statulib. l. qui decem* §. *Stichum inf. de solut.* pro qua Jurisconsult. alibi dicit τῇ δυνάμει, id est, vi ipsa, *l. adversus, de recept. arb.* Eadem conditio quæ dicitur vi inesse, admittitur in stipulatione, *l. interdum de verb. signif.* in pignore, *l. potior* §. *si de futura, qui potior. in pig. hab. l. et qui nondum de pignor.* in legatis, §. *ea quæ, de legatis, Instit.* quia plerunque contingebat, ut venditoris culpa fructus, aut partus non nascerentur. Subjunxit Jurisc. quoties ejus culpa hoc contigerit, perinde videri emptionem perfectam, ac si nati essent partus, aut fructus: hoc respondet Jurisconsult. hic : ratio generalis est hujus regulæ in *l. jure civili, inf. de cond. et demonstrat.* Huic regulæ generali subjiciuntur tres exceptiones de captu missilium, piscium, et avium, in quibus nulla res est, sed spes tantum, et tamen emptio valet. Addendum est quoque quartum exemplum ex *l.* 11. *inf. de hæred. vel. act. vend.*

Ad L. IX.

In venditionibus, et emptionibus, consensum debere intercedere, palam est. Ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti : quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti : nam cum in corpore dissentiatur, apparet, nullam esse emptionem.

§. 1. *Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet : nulla dubitatio est quin valeat emptio et venditio : nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.*

§. 2. *Inde quæritur si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit. ut puta, si acetum pro vino veneat, æs pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile : an emptio et venditio sit. Marcell. scripsit lib. 6. Digest. emptionem esse et venditionem : quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope* οὐσία, id est, substantia est: *si modo vinum acuit. Ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma,* id est, intinctus, *aliud pro alio venisse videtur : in ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur.*

Tria sunt necessaria ad contrahendam emptionem, pretium, res, et consensus. De pretio, et re jam dictum est; de consensu videamus. Consensus est necessarius in emptione, quoniam emptio est ex genere obligationum, quæ consensu perficiuntur, *l.* 2. *de obl. g. et act. et tit. de obl. ex consen. Inst.* Dissensus igitur vitiat emptionem, si consensus est necessarius. Sed quomodo vitiet, vel non, ut possit intelligi, regula hæc constituenda est. Dissensus in pretio, in ipsa emptione, in corpore, in materia, in sexu vitiat emptionem. In nomine autem et qualitate aliqua hominis accedente non vitiat. Hæc est propositio summa, ad quam septem capita revocabimus. Dissensus in pretio vitiat emptionem, quia substantia emptionis in pretio consistit, et cum pretium deficit, emptionis substantia deficere videtur, *l.* 5. *C. eod. l.* 2. *sup. eod.* In emptione dissensus est, cum quis emere se putat quod alter donat, vel contra *l. si ego, si cert. pet. l. cum in vend. et seqq. h. t.* Dissensus in corpore vitiat emptionem. Hujus rei sunt duo exempla in *d. l. in venditionib. h. t.* Idem juris est, si consensum fuerit in corpus, et tamen corpus ipsum desierit esse in rerum natura ante venditionem. Nam hoc casu consensus in corpus non efficit validam emptionem non confirmat emptionem. Ratio, quia sine re emptio non consistit, *nec emptio, sup. hoc t.* Et hoc traditur in *l. si etsi consensu* 15. *inf. hoc tit.* Dissensus in materia vitiat quoque emptionem. Sciendum autem ... materiam, qualitatem, substantiam, pro eodem usurpari. Substantia et materia pro eodem ponuntur in *l. in venditionib. h.*

f. qualitas, et materia in *l. quid tamen*, *hoc t.* Et qualitas pro utroque, id est, pro materia et substantia, in *l. si sterilis* §. *quamvis*, *de action. empt.* Ergo dissensus in materia, qualitate, et substantia eadem sunt. Et hoc generaliter verum est, dissensum in materia vitiare emptionem. Hujus rei sunt aliqua exempla in *d. l. in vendit.* in quibus reprehenditur Marcellus, præterquam in uno, nempe cum acetum pro vino veniit. In quo ita distinguendum est: aut vinum fuit, quod in acetum degeneraverit, et valet ejus emptio, quia substantia aceti et vini eadem fere. Aut ab initio acetum fuit, nunquam autem vinum, et emtio non valet, quia substantia hujus aceti diversa est a substantia vini. Jurisc. adfert exemplum hujus aceti *Embamma*. Accurs. aliter male legit, quem sequitur F. Connanus, vir alioqui doctissimus: nam præterquam quod lectio Accursii nullam rectam habet sententiam, rectæ sententiæ adversatur: nam dixit Jurisc. ab initio fuisse acetum, nunquam autem vinum. Quod si cum Accursio legas, verba illa significant fuisse vinum, antequam emeres. Rectius igitur legitur *embamma*, et confirmatur auctor. librorum Florentinorum, et Norcorum, et manuscriptorum. Deinde Harmenopulus vertens hæc verba, vertit ὄξος σκευαςὸν id est, acetum factitium, ita comparatum. Denique hæc dictio convenit sententiæ. Cum enim vallet subjicere aceti factitii exemplum, recte dixit Embamma, cum tale sit nempe acetum factitium. Columella utitur hoc verbo *lib.* 12. *cap.* 55. *de re rustic.* In cæteris autem rebus dissensus in materia vitiat emptionem: præterquam in hac sola specie quam diximus. Objicitur *l. si sterilis* §. *quamvis*, *de act. emp.* Ubi in lib. Florentinis diserte scriptum est: cum in materia erratur, non vitiari emptionem: respondendum est, vitiosas esse Pand. Floren. in eo loco, id quod sententia ipsa satis convincit, et ceteri libri. Sed ex eo §. hoc addendum est hoc loco: quamvis dissentio in materia vitiet emptionem, tamen ex hac vitiosa emptione, competere actionem, quanti interest adversus venditorem. Huc pertinet *l. seq. hic*, quæ continet rationem: qua refellitur sententia Marcelli, quæ fuit hujusmodi: cum consensum est in corpus, etiamsi dissentiatur in materia, non tamen vitiatur emptio. Si hoc esset verum, sequeretur cœcum hominem, vel minus peritum discernendarum materiarum, facile decipi, quia in corpus consentire posset: de materia autem præ cœcitate, vel imperitia judicare non potest. Iniquum autem est ob cœcitatem aliquem falli, maxime in contractu bonæ fidei, qualis est emptio. Ex his oritur hæc quæstio, quid dicendum sit, si uterque in materia erravit, verbi gratia: uterque æs, quod aurum esset existimaverit. Nullus enim hic est dissensus. Responsum tamen est, emptionem nullam esse, *l. quod tamen*, *inf. hoc t.* Verum si aliquid vendatur, quod inargentatum sit, vel inauratum, cum tamen hoc ageretur, ut ex auro solido esset, emptio valet, *d. l. quid tamen*, *in princ.* Ratio est, quod non omnino dissentitur, et erratur in materia. Pars enim aliqua ejus rei, quæ venditur, aurum est. Simile est exemplum in *d. l. in vendit. sup.* ubi acetum pro vino venditur, quia in aceto est aliqua substantia vini. Simile etiam est exemplum in *l.* 10. ubi aurum erat deterius, quam existimaretur. Sed tamen non erratur in materia, cum aurum sit. Objicitur *l. cum ab eo*, §. *ult. hoc t.* Accursius ita respondet: in eo §. *ult.* actum esse nominatim, ut mensa quasi solida ex argento venderetur, quod cum factum sit contra, emptionem nullam esse. Duabus de causis hæc solutio mihi displicet. Una est, quod verbis l. non continetur, verba nihil simile habent. Altera est, quod in *l. quid tamen*, hoc perinde actum, ut viriola inaurata quasi solida ex argento venderetur, quia in bonæ fidei contractibus, quod agitur, pro cauto semper habetur, *l. cum quid*, *sup. si cert. pet.* et tamen illic venditio nulla est, Eodem igitur modo pugnant. Respondendum videtur, multum interesse inter argentata, vel inaurata, et ea quæ auro cooperta sunt: quoniam inargentata, vel inaurata aliquid argenti vel auri admixtum, vel infusum habent. Itaque in illis emptio recte consistit, juxta traditam rationem a Juriscons. in *d. l. quid tamen*, et exemplo vini, quod in acetum degeneravit, *d. l. in venditionibus*. Quæ autem sunt argento cooperta, nihil argenti admixtum habent, neque infusum, ut mensa lignea, quæ argento cooperta est, nihil argenti habet admixtum, neque infusum. Itaque erratur omnino in materia, et proinde emptio nulla est: recte Alciatus *lib.* 2. *disp. cap.* 4. obiter hic admonendum putat, quid *viriola* significet. Viriola esse genus ornamenti dicunt quidam, sed quale non addunt. Ego dico esse genus ornamenti, quod brachio inseritur, quod vulgo *brachiale* vocant. Plinius *lib.* 33. *cap.* 3. colligitur etiam ex *l.* 8. *de opt. leg. l. ult. de auro*, *et arg. leg.* Sequitur dissensus in sexu, ut si puer pro muliere emptus sit. Dissensus autem in qualitate aliqua homini accedente non vitiat. Veluti si mulier pro virgine empta sit, *l. alioquin*, *hoc loco*. Virginem hic accipio proprie. Interdum virgo pro muliere usurpatur, *l. argento* §. *mulieri*, *de aur. et argen. leg.* Sic et apud Virgilium Servius hæc verba interpretatur. *Ah virgo infœlis!* virginem pro muliere interpretatur. Sciendum tamen est, etsi emptio mulieris pro virgine valeat, dari act. ex empto ad resolvendam hanc venditionem. Ergo summo quidem jure hæc venditio valet, sed ex æquo et bono dissolvitur, *l. ex empto* §. *si*

qu s virginem, *de actionib. emp.* Ita ll. istæ conciliandæ, quæ videbantur pugnare. Dissensus præterea in bonitate auri, vel alicujus alterius materiæ, cum de materia ipsa constant, non vitiat emptionem, *l. aliter*, *hoc t.* Cujus exemplum potest constitui in auro æroso vel argentoso, quod plurimum æris vel argenti habet admixtum, Plinius *l b.* 33. *cap.* 5. *l. creditor*, *de solut.* Ubi mentio fit ærosæ pecuniæ, quod verbum Alciatus, nescio qua de causa, immutavit, et legit aliter *lib.* 2. *disp. cap.* 25. Ærosa est, quæ plurimum æris habet admixtum. Notandum tamen est si venditor dolo fecerit, ut aurum deterrimum vel ærosum pro optimo venderetur, agi adversus eum quanti interest, *l. Julian.* §. *si venditor*, *de action. emp.* Et hæc ita sunt conjungenda. Cum intelligamus, quomodo dissensu vitietur emptio, vel non; videndum est cujus dissensus spectetur, quod tractatur in *l. hujusmod*, *et seq. hoc t.* Difficultas ex eo nascitur, quod cum servus vel filius nomine domini vel patris contrahat, videbatur spectandum esse an dissensissent pater, vel dominus, quibus acquirebatur, et quorum maxime intererat, potius quam dissentirent filius vel servus, qui contrahebant. Responsum est tamen contrahentium tantum dissensum vel consensum spectari. Cujus rei exceptio est in *l. sed si.* Quoties scilicet nominatim mandatum est filio, vel servo, vel alii, ut servum aliquem emerent: hoc enim casu propter mandatum spectatur consensus patris tantum vel domini: itaque si fugitivus emptus sit, non desinit emptio valere. Huc pertinet *l. domini*, *et seq. inf.* in qua distinguitur an venditor et emptor simul dissenserint, et erraverint, an vero venditor tantum, an tantum emptor, an neuter denique. Primo casu si res vendita periit, emptio nulla est, quia sine re emptio non consistit, *l. nec emptio*, *sup.* Si vero dimidia tantum pars, vel minus dimidia parte venditæ rei periit, emptio reliquæ partis valet. Secundo casu idem juris est: tertio casu emptio valet: quarto casu nulla est, et dolus dolo compensatur. Hæc est summa sententiæ ejus legis. Huic loco valde repugnat *l. si duos inf.* ubi duo servi sunt venditi, et uno mortuo, qui dimidiam partem efficit, emptio nulla est. Videbatur autem dicendum, quemadmodum in *l. domini*, ut cum dimidia pars rei emptæ supersit, emptio valeat. Locus hic quoque obscurus est difficilisque. Accursius respondet in *l. si duos*, emptorem non fuisse empturum, nisi putasset se habiturum utrumque. Verum eodem modo dicendum est, emptorem non fuisse empturum domum vel fundum, cum putasset se habiturum integrum, maxime cum ex communione discordiæ nascantur, *l. cum pater.* §. *dulciss. de leg.* 2. Sed hoc mihi displicet. Dicendum igitur videtur, jus singulare esse in *l. si duos*, quia duo servi empti sunt uno pretio, et difficile est uno mortuo alterum æstimare, cum emptor forte unum pluris æstimet, alterum venditor. Et cum hac de re inter emptorem et venditorem constare non possit, satius visum est ut emptio nulla esset, quam ut pro parte superstite valeret.

Ad L. XV.

Etsi consensum fuerit in corpus, si tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.

§. 1. ***Ignorantia emptori prodest, quæ non in supinum hominem cadit.***

Hæc regula latissime patet, et interpretanda est. Primo quid sit ignorantia supina. Est autem ignorantia dissoluta, *l. cum sex*, *de ædil. ed.* quam l. Accurs. forte voluit allegare. Nam l. quam ipse citat nihil ad rem facit. Alibi dicitur: nimia securitas, et crassa negligentia, *l. nec supina*, *de jur. et fac. ignor.* Ergo ignorantia non supina, sive quæ in supinum hominem non cadit, est non dissoluta, non crassa negligentia, non nimia securitas. Exemplum hujus supinæ ignorantiæ est in *l.* 4. *sup. hoc tit.* quæ l. est conjungenda cum h. §. Est etiam Pauli ex libro ad Sabinum, quod notandum est, et hujusmodi exempla sunt aptissima. Illic dicitur, liberum hominem non facile dignosci a servo. Ergo supina ignorantia non est, cum quis servum pro libero emit, et contra. Supinæ autem ignorantiæ exemplum extat in *l. ea quæ. hoc t.* cum homo luminibus effossis emitur, et tamen emptor de sanitate stipulatur.

Ad §. 2. *Si rem meam.*

§. 2. *Si rem meam mihi ignoranti vendideris et jussu meo tradideris: non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit: sed quasi tuum dominium ad eum transire. Et ideo etiamsi donaturus mihi rem meam jussu meo alii tradas: idem dicendum erit.*

Speciem facile intelligitis. Objicitur *l. ejus qui*, *sup. si certum pet.* Ubi servus præpositus calendario in provincia manumissus est ignorans, et ex parte hæres scriptus: deinde pecunias credidit. Quæritur an mutuum contractum sit: credidit eas quasi esset servus ignorans se esse libertum. Itaque non fuit illi propositum credere illas tanquam essent suæ. Responsum est tamen, creditas esse pro ejus parte. Hic quia non fuit propositum tradere traditio nulla est. Cur ergo in *d. l. ejus qui*, est mutuum, cum illi non fuit propositum cre-

dere? Resp. hoc non videtur dici in *l. ejus qui*, non fuisse propositum servo mutuum dare. Imo ex ejus more et professione, quia mutuo dare solebat, et huic rei præpositus erat a domino, verisimile est illi propositum fuisse mutuo dare. Deinde in hac mutui datione nihil est periculi, ut hic tradit: quia res tradita aut alia ejus loco ad dominum non redit. In mutuo autem res mutuo data, aut alia quæ functionem in genere suo recipiat, domino redditur. Deinde in illa l. non dubitat an illi propositum fuerit mutuum dare, an non, sed mutuum contractum esse fingitur, eo scilicet modo, quo contrahi debuit. Itaque etiamsi illi non fuit propositum initio mutuum dare, tamen ratum hoc habuit, vel alio modo confirmavit.

Ad L. XVI.

Suæ rei emptio non valet, sive sciens, sive ignorans emi: sed si ignorans emi, quod solvero, repetere potero, quia nulla abligatio fuit.

§. 1. *Nec tamen emptioni obstat, si in ea re ususfructus dumtaxat ementis sit.*

Hæc lex pertinet ad res, quæ emi possunt. Eadem reg. traditur in *l. 2. de cond. indeb. l. debitor, de pign. act. l. si mandavero §. si ii, mand.* Una est except o hujus reg. in *l. cetera, de leg.* 1. ubi dicitur quis rem emere posse suam sub conditione. Idem dicitur in *l. existimo, hoc t.* quæ est conjungenda cum *l. existimo, de verb. obl.* II. exceptio est in *l. si emptio §. rei suæ, hoc t.* III. *in l. quod si uno §. ult. de in diem addict.* ubi accessione res tua emi potest. *Repetere potero*, scilicet condict. indebiti, *l. 3. de cond. indeb.* quæ conjungenda cum hac l. *Ususfructus ementis sit.* Id est ususfructuarius non prohibetur emere rem, in qua habet usumfr. quia ea res non est sua, nec suam rem emere debet. Res enim, in qua usumfr. habemus, aliena dicitur esse, §. 1. *Inst. de hær. inst. l. 1. §. 1. ad Senatusc. Syllanian.*

Ad L. XVII.

Officio tamen judicis pretium minuetur.

Officio judicis pretium minuetur, id est, quia ususfructus ejus sit, officio judicis convenit, ut tantum diminuatur de pretio, quanti æstimari potuit ususfructus. Ex his nascitur difficultas in *l. seq.* explicanda.

Ad L. XVIII.

Sed si communis ea res emptori cum alio sit: dici debet, scisso pretio pro portione, pro parte emptionem valere, pro parte non valere.

Hæc l. 18. conjungenda cum *l. si comm. de stip. serv.* Illic hujus loci exemplum extat.

Ad §. 1. Si servus.

§. 1. *Si servus domini jussu in demostrandis finibus agri venditi, vel errore vel dolo plus demonstraverit, id tamen demonstratum accipi oportet, quod dominus senserit: et idem Alsenus scripsit de vacua possessione per servum tradita.*

In hoc §. traditur servum non posse domini conditionem facere deteriorem, *l. is qui §. ult. de acq. hæred.* Observetur hic contractam jam fuisse emptionem: de demonst. agri tantum agitur. Itaque hæc non pugnant cum supradictis in *l. in hujusmodi.*

Ad L. XIX.

Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione.

Objicitur *l. arborib. l. sed etsi quis, de usufr.* ubi dicitur, etiam ubi satisfactum est ab emptore, dominium esse in pendenti: ergo satisfactione non transfertur dominium, ut hic dicitur. Respondendum est, eo loci agi de re empta a communi servo, et dicitur, antequam pretium sit numeratum, dominium esse in pendenti, id est, non posse intelligi, cui ex dominis res sit acquisita. Ergo quod attinet ad dominos tantum dominium est in pendenti. Quod autem attinet ad servum qui emit, dominium non est in pendenti. Et regula generalis in eo locum habet, ut vel pretii solutione, vel fide habita de pretio, vel satisfactione dominium rei emptæ in eum transferatur. Hæc una difficultas supererat in hac lege. Reliqua superius explicavimus in lege secunda.

Ad L. XX.

Sabinus respondit: si quam rem nobis fieri velimus: etiam veluti statuam, vel vas aliquod, seu vestem, ut nihil aliud, quam pecuniam daremus, emptionem videri: nec posse ullam locationem esse, ubi corpus ipsum non detur ab eo, cui id fieret. Aliter atque si aream darem, ubi insulam ædificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur.

Hac lege traditur nota, qua emptio a locatione discernitur, et est magni momenti. Est autem ejus-

modi: locator et emptor inter se comparantur. Nam hoc primum supponendum est ut enim locator mercedem præstat, sic etiam emptor pretium. Hoc posito ita hæc differentia locationis et emptionis traditur: in emptione nullum corpus præstatur ab emptore, præstatur tantum pretium. In locatione præstatur corpus a locatore. Eadem differentia traditur in *l. convenit* 56. *inf. h. t.* quæ una explicabitur cum hac l. ubi dicitur in locatione materiam præstari a locatore, in emptione vero materiam non præstari. Eadem l. traduntur duæ aliæ differentiæ locationis et emptionis: una est: quod in emptione corpus ipsum, quod datur a venditore, alienatur: in locatione non alienatur corpus, quod datur, *l. pen.* §. *ult inf. hoc. t.* Altera differentia est, quod in locatione res, quæ locatur, in eodem statu, et ejusdem manet: in eodem statu, id est, in eadem substantia, quasi dictum sit, substantiam eandem in locatione permanere: in emptione vero res immutatur: quod tamen perpetuum non est, et convenit tantum illi speciei, de qua agitur in *l. convenit*, et similibus speciebus. Hæ sunt tres notæ, quibus differunt. Hinc explicanda est *l.* 2. *inf. loc. et* § *item quæritur*, *de loc. et conduc. Instit.* Quod enim illis locis dicitur, utrobique emptionem et venditionem esse, nulla ratio adfertur: sed adferenda est ex his differentiis, quas tradidi, quia scilicet nullum corpus præstatur ab emptore, et materia quæ præstatur a venditore, alienatur: quod etiam utroque loco dicitur, locationem esse. Rationes petendæ sunt hinc, quibus id confirmetur, quia scilicet præstatur a locatore, et ea materia non alienatur, sed ad locatorem redit: qui enim locat, dominium non alienat. Objicitur *l. item si pretium* §. *cum insulam*, *loc. inf.* ubi nullum corpus proponitur traditum a locatore, et tamen dicitur esse locatio. Resp. materiam hic præstari sive corpus a locatore: hæc autem materia est solum, sive area, in qua domus ædificanda est. Et hoc quidem in hac lege expressum non est, satis tamen ex ea colligitur: verbum enim locandi, quo usus est Jurisconsul. hanc vim habet, ut materiam præstitam esse oportuerit a locatore. Deinde hæc verba, ut sua impensa omnia faciat, videntur hoc significare, ut sua impensa et suis materiis in area mea ædificium extruat. Corpus autem præstari, cum area præstatur, apparet, ex *l. Sabinus, in fi.*

Ad L. XXI.

Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori: quia potuit re integra apertius dicere.

Traditur hic regula generalis. *obscuritatem* verborum scilicet. Est eadem in *l. veterib. ff. de pact.* et in *l. in contrahenda, de reg. jur.* Ratio hujus reg. est in *l. ea quæ commendandi*, *in fi. inf. hoc t.* Nam qui obscure loquitur, fallendi causa, id facere videtur, et ab eo dolus non abest. Pœnam igitur hanc doli sustinet, quod interpretatio obscurorum verborum adversus eum fit: exemplum autem hujus l. est in *l. cum in lege, inf. hoc t.* quam hic quoque explicabimus. Obscuritatem pactionis, quæ in ea l. declarat *l. si servitus, sup. de servit. urban. prædior.* quæ conjungenda est cum *l. cum in lege*.

Regula autem hæc ita accipienda est, ut quoties ex eo, quod actum est, aut ex alia re constare non potest, quod actum sit, interpretatio sit facienda adversus venditorem. Præterea hoc locum habet, quoties venditor pactionem obscuram concipit; cum enim potuerit apertius eam concipere, hac pœna afficitur, ut obscuritatem adversus eum interpretemur, *d. l. veteribus*, *et hac l.*

I. Objicitur huic regulæ *l. in lege*, *inf.* ubi interpretatio sit pro locatore adversus conductorem. Respondendum est, hanc legem nihil obstare, etsi Accurs. se valde torqueat, quia locator est in locatione, quod emptor in emptione. Cum igitur illic dicitur, interpretationem fieri pro locatore, hoc dicitur, interpretationem fieri pro emptore, et adversus venditorem.

II. Objicitur *l. insulam*, *qui potiores in pig.* ubi interpretatio fit pro venditore, non adversus eum Resp. interpretationem pactionis obscure potuisse hic colligi ex natura contractus, nempe pignoris, quia in pignore, qui prior est tempore, potior est jure. Itaque nihil necesse fuit interpretari adversus venditorem.

III. Objicitur *l. si in emptione*, *hoc t.* Resp. pactionem quoque hoc loco non esse obscuram: id est, non ita esse obscuram, quin ex eo quod actum est interpretatio fieri possit: nam hæc natura contractuum est omnium, ut quoties plures res ejusdem generis debentur, electio sit debitoris, *l. plerunque, inf. de jur. dot.* §. *huic autem, Inst. de actionib.* Plures autem Stichi debebantur a venditore, et solvi poterant. Merito ergo ejus electioni hoc relictum est, ut solveret, quem mallet. Accursius notat, in judiciis aliud esse, sed tamen nihil est, *l. inter stipulantem* §. 1. *de verb. oblig. et v. de commentaria* Duareni, ubi ambiguitatem in contractibus et judiciis explicat. L. 21. 22. 23. explicavimus sup. in l. 4.

Ad. L. XXV.

Si ita distrahatur illa aut illa res: utram eligit venditor, hæc erit empta.

§. 1. *Qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere: ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit.*

Traduntur in hac lege duæ regulæ. Prior est, quoties duæ res venditæ sunt sub alternatione, venditor eliget utram volet tradere, *l. plerunque §. pen. de jur. dot.* quæ cum hac l. conjungenda est. Ibi generaliter de promissione dicitur, hic de emptione et venditione. Exemplum hujus reg. est in *l. si in emptione §. pen. inf.* Altera regula constituit differentiam inter emptionem et stipulationem. In stipulatione necesse est dominium rei transferre. Et hoc ex eo profectum est, quod in omnibus formulis stipulationum solet addi verbum *dare*, *§. omnis, et seq. de verb. obligat.* Verbum autem *dare* significat dominum facere, dominium transferre, *l. ubi autem §. ult. inf. de verbor. oblig. §. sic itaque discretis, de actionib. Instit.* In emptione vero non est necesse dominium rei transferre, sufficit rem tradere. Hujus differentiæ hic effectus est, quod rerum sacrarum, religiosarum et publicarum emptio nulla est, etiamsi ab ignorante fiat, *l. inter stipulantem §. sacram, de verbor. oblig.* Emptio autem talium rerum valet, si tales esse ignorentur, *l. 4. et seq. sup. hoc t.* Ratio: hoc fit, quia in emptione venditio sola sufficit, et potest tradi res religiosa, et publica. Itaque possunt facile tradi ejusmodi res. In stipulatione autem traditio non sufficit, sed necessaria est dominii translatio: dominium autem earum rerum transferri non potest.

Ad L. XXVI.

Si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit, vel cui tempus ad deliberandum de hæreditate ita datum sit, ut ei diminuendi potestas non sit: dominus non ero. Dissimiliter atque si a debitore, sciens creditorem fraudari, emero.

In hac lege emptio nulla est propter personas non idoneas, et malam emptoris fidem. Primum hoc statuendum est: in emptione consensus est necessarius, *l. in venditionib. sup. eod. l. in omnib. de obligat. et action.* Is autem cui bonis interdictum est, consentire non potest, quia nulla est ejus voluntas, nec consensus, *l. furiosi 40. inf. de regul. jur. l. Fulcinius, §. plane, quibus ex caus. in poss. eat.* Bonis autem illi interdicitur, qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando corrumpit, *l. 1. de curat fur. et prod.* et quod ad egestatem facile deducetur, nisi illi subveniatur, *l. is qui, de tutorib. et curat. dat. ab his.* Hinc factum est ut curator detur ei, cui bonis interdictum est, *d. l. 1. et d. l. is qui.* Hinc quoque factum est, ut nulla sit ejus voluntas, *d. l. furiosi:* quia autem voluntate caret et consensu, ac etiam indiget aliena opera in rebus suis gerendis, interdictum est illi omnibus juris actibus, in quibus voluntas et consensus et propria prudentia desiderantur. Primum interdicitur illi testamenti factione, *l. is cui inf. de testam.* Deinde interdicitur illi stipulatione, ut per eum aliquid alienetur, *l. is cui bonis, inf. de verb. obligat.* Denique interdicitur illi venditione, ut hic et apud Paul. *lib. 3. Sent. tit. 4.* ubi non solum emptione illi interdicitur, sed etiam omni commercio et cujuscunque rei alienatione. Incidit quæstio, an alienare possit ante interdictionem. Causa cur alienatio nulla sit, est interdictio, *l. Julianus, de curat. furiosi inf. l. si curatorem, de in integr. restitut. minor. C.* Et sane si inopia judicii, quæ fecit ut illi bonis interdiceretur, et mores perditi alienationem nullam reddidissent, non fuisset necessaria interdictio. Itaque existimo alienationem factam ante interdictionem valere, et solam eam nullam esse, quæ interdictionem secuta est. Quod placuit quoque juris pontificii auctorib. *c. veritatis, ext. de dolo et contum.* Una exceptio hujus rei colligitur ex *l. si vero non remunerandi §. si adolescens, sup. mand.* et ex *l. si quis cum sciret, pro empt.* Ex quibus apparet, si quis nepoti alicui et perdito homini pecuniam dederit, quem sciebat protinus consumpturum esse, veluti scorto alicui daturum, contractum nullum esse, etiam ante interdictionem. Itaque emptio ante interdictionem contracta cum ejusmodi homine, nulla est. Expressa est hæc species in *l. si quis cum sciret.* Quod ergo dicitur in hac l. intelligendum est etiam de eo, cui non est interdictum. Altera persona, quæ hic prohibetur vendere, nempe is, cui tempus datum est ad deliberandum de hæreditate, ita ut interea hæreditatem non diminuat: sciendum enim est cum deliberans de adeunda hæreditate peteret a prætore, ut ex bonis hæreditariis aliqua alienaret, venderet, solitum fuisse hoc illi permitti, *l. Aristo §. 1. cum duab. ll. seq. de jure deliber.* Quoties igitur illi non permittitur vendere, ipso jure interdictum esse intelligitur. Et sane quandiu deliberat, res hæreditariæ dici ejus non possunt. Itaque merito interdicitur venditione. Utroque autem casu, h. e. cum a prodigo et deliberante aliquid emitur, emptio nulla est, si emptor sit malæ fidei, h. e. si sciat bonis interdictum esse, vel deliberanti ablatam esse potestatem alienandi, *d. l. si quis cum sciret, et hic in verbo sciens.* Quod observandum: nam necessariam conditionem includit Alioqui enim si ignorans emeret ab eo, cui bonis interdictum est, emptio valeret, *arg. l. 4. sup. eod.* Ubi rerum sacrarum emptio valet si ab ignorante fiat, et valet propter bonam fidem. Ex his nata est

hæc quæstio: an is, qui in fraudem creditorum vendit scienti, recte vendat, an emptio hæc valeat? Videtur non valere propter malam fidem: scit enim eum alienare in fraudem creditorum. Resp. tamen est, valere. Et hoc interest inter hanc speciem et superiores, quod quanquam in his omnibus sit mala fides emptoris, tamen in duabus primis interdictum est venditione, in postrema non est interdictum. Verumtamen in odium hujus malæ fidei et fraudis, et in favorem creditoris hoc constitutum est, ut emptio summo jure recte contracta in fraudem creditoris revocetur, §. *item si quis in fraudem*, *Instit. de action. l. videamus.* §. *in Faviana, de usur. toto tit. de his, quæ in fraud. creditor.*

Ad L. XXVII.

Qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse: bona fide emit: at qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit, vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse; non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit.

Quia multum interest inter bonæ fidei, et malæ fidei emptorem, explicat quis sit uterque. Malæ fidei emptor est, qui scit rem, quam emit, non esse vendentis, aut qui emit ab eo, a quo non debuit, aut quoquo modo non debuit. Bonæ fidei vero emptor est, qui existimat esse vendentis, aut eum a quo emit, posse vendere, et emit quo modo debuit. Eadem definitio utriusque traditur in *l. bonæ fidei* 100. *de verb. sign.* Duo sunt exempla malæ fidei possessoris. Unum hic est in principio bonæ fidei emptoris, ad quæ explicanda confert *l. quæcunque*, §. *ult. de Public.* e qua explicatur difficultas, quæ incidit in primum exemplum. Dubitari enim potest quis debeat probare tutoris auctoritatem intercessisse. At in ea *l. quæcunque*, §. *ult.* respondetur emptorem hoc probare debere. Ex eadem leg. recte colligitur exceptio secundi exempli: nam illic dicitur, eum qui deceptus, falso tutore auctore, emerit, bona fide emisse. Et observandum est, male sustulisse Haloandrum in *l. quæcunque* dictionem *auctore*, quæ reperitur in Florentinis, et ceteris fere libris excusis, hic quoque in l. nostra. Latissime quoque patet hæc distinctio bonæ fidei emptoris, et malæ fidei: ex ea enim petenda est ratio *l. 4. et sequentium, sup.* ubi rerum sacrarum et ceterarum emptio valet, quia emptor fuit bonæ fidei. Proponitur enim ignorans emisse. Hinc petenda est ratio *l. et si consensum*, §. *ult. cum l. seq. sup.* Hinc quoque petenda est ratio *l. si sciens, sup.* ubi emptor est malæ fidei. Itaque emptio nulla contrahitur. Huc pertinet quoque *l. si fundum, Cod. de rei vind.* ubi emptor emit sciens ab eo, qui non erat dominus. Est quoque emptor malæ fidei qui mercatur contra interdicta legum *l. quemadmod. C. de agricol. et censit.* Cujus legis inscriptio ita restituenda est: *idem Augusti ad Maximum.* Emptor quoque est malæ fidei, qui dolo induxit venditorem ut venderet, *l. si dolus, et l. dolo, C. de rescind. vend.* Intellexisse autem quis sit emptor bonæ fidei et quis sit malæ fidei, has utilitates habet. I. Emptor bonæ fidei fructus facit suos, §. *si quis a non domino, de rerum divis. Instit.* Deinde usucapere potest, *l. qui fundum* §. *procurator, pro empt.* Præterea fruitur omnibus possessoris commodis, *l. igitur*, §. *potest, de liber. causa.* Ubi hoc observandum est, eum videri esse bonæ fidei emptorem, qui non justis rationibus existimat, quod existimare debuit, sed cum sine calliditate et dolo id existimat. Contra vero malæ fidei emptor nihil omnium horum consequitur, *dict.* §. *si quis a non domino*, *l. non solum*, §. 1. *de usurpat. et usucap.* Hinc quoque explicari debet *l. si in emptione*, §. *item si emptor, eod.* Idcirco enim in eo §. emptio nulla est, quia sciebat emptor rem esse furtivam, et erat emptor malæ fidei.

Ad L. XXVIII.

Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.

Ratio hujus juris petenda est ex *l. si ita distrahatur*, §. 1. *sup.* et ex *l. ex empto*, §. 2. *de action. emp.* Exceptio hujus regulæ una est in *l. si in emptione*, §. *item si et empt. inf. h. t.* ubi res aliena furtiva vendi non potest. Idque prohibitum est *l. Atilia* §. *furtivæ. Institut. de usucapion.* Ne tamen dominus conqueri possit, cautum est ut rem suam venditam ab emptore evincere possit. Et hoc quoque consultum est emptori, qui habet venditorem obligatum rei evictæ nomine *l. ex empto* §. 1. *de act. empt. l.* 1. *de rer. permutat. inf.* Denique observanda est hic differentia inter pignus et emptionem, quia res aliena pignori dari non potest, *l. quæ prædium, C. si res alien. pign. data sit.* Res autem aliena emi potest. Cujus differentiæ hæc ratio est quod in pignore oportet jus aliquod in re constitui: qui autem nihil juris in eam habet constituere non potest: quoniam nemo plus juris in alium transfert, quam ipse habeat, *l. nemo, de regul. jur. l. traditio, de acq. rer. dom.* Traditio igitur sola sufficit in emptione, *d. l. ex empto*, *d. l.* 1, *de rer. permut. et d. l. si ita, hoc t. sup.*

Ad L. XXIX.

Quotiens servus venit, non cum peculio distrahitur: et ideo, sive non sit exceptum, sive exce-

ptum sit, ne cum peculio veneat, non cum peculio distractus videtur: unde si qua res fuerit peculiaris a servo subrepta, condici potest, videlicet quasi furtiva: hoc ita, si res ad emptorem pervenerit.

Agitur hic de venditione servi ordinarii, quod intelligitur ex *l. sed et si* 30. Dicitur enim illi subesse vicarius. Cui autem vicarius subest, is est ordinarius. Quoties igitur vendebatur servus ordinarius, non vendebatur cum eo peculium, nisi nominatim hoc additum esset. Et hoc fiebat, quia plerunque plus est in peculio, quam in servo, et vicarius pluris est quam ordinarius, *l. justissime, inf. de ædil. edic.* Vehementer igitur falleretur venditor, si quod multo pluris est servo, ejusdem venditioni accederet. Idem responsum est in *l.* 3. *in princ. eod.* Quod in emptione responsum est, constitutum quoque est in pignore; ut pignori dato servo non intelligatur peculium pignori datum, nisi nominatim adjectum sit, *l.* 1. §. 1. *inf. de pign.* Idem quoque obtinet in servo legato *l. si legatus, inf. de pecul. leg.* quæ lex est conjungenda cum *h. l.* Cum igitur peculium remaneat venditori, nec transeat ad emptorem, eadem observantur in re peculiari surrepta, quæ in qualibet alia re nostra, quod hic traditur, et duabus ll. sequentibus. *Unde si qua res.* Effectus hujus rei, condici potest, videlicet quasi furtiva: *si res ad empt. perv.* Alter effectus hujus rei. *Ex operis l.* 31. *h. t.* Quoties res aliqua est nostra, omnes ejus rei fructus ad nos pertinent, §. *is vero, Instit. de rer. divis.*

Ad L. XXXII.

Qui tabernas argentarias vel ceteras, quæ in solo publico sunt, vendit: non solum, sed jus vendit. Cum istæ tabernæ publicæ sunt, quarum usus ad privatos pertinet.

Emptio nulla esse videbatur, quia solum publicum vendebatur. Publicum autem nihil vendi potest, *l.* 22. *sup. eod.* Sed respondet non vendi solum, sed jus in solo, h. e. in tabernis in solo positis. Tametsi enim sit publicum, usus tamen tabernarum in eo ædificatarum ad privatos pertinet. Ratio juris hujus in eo posita est, quod solum accedit venditioni superficiei, et quod alioqui per se vendi non poterat, propter accessionem recte venditur, argumento *l. hanc legem, et l. in modicis, sup. hoc t.*

Ad L. XXXIII.

Cum in lege venditionis ita sit scriptum, flumina, stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint: *nec additur, quæ flumina, vel stillicidia: primum spectari oportet, quid actum sit: si non id appareat tunc id accipitur, quod venditori nocet: ambigua enim oratio est.*

In lege *Labeo* 21. hæc lex est exposita a nobis.

Ad L. XXXIV.

Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum servum: neque intelligatur, quis ex pluribus accesserit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit: nihilominus fundi venditionem valere constat. Sed Labeo ait, eum Stichum deberi, quem venditor intellexerit: nec refert quanti sit accessio: sive plus in ea sit, quam in ipsa, re, cui accedat: an minus: plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus, sicut cum domus propter marmora et statuas et tabulas pictas ematur. (*)

Hujus legis aliquot §§. supra exposuimus. *Nec refert quanti.* Objicitur lex *justissime, inf. de ædilit. edic.* ubi dicitur hominem non accedere posse rei minoris pretii, et tamen hic videtis accedere fundo. Resp. hoc esse accipiendum de re minoris pretii, cui homo non convenit, cum qua nihil habet commune. Homo autem convenit fundo, et accedit fundo tanquam instrumentum, *l. proinde, inf. de ædil. edic.* §. *eandem rationem.* Recte igitur accedit fundo, quanquam fundus minoris prætii sit, et hoc quoque expressum est in *l. quod si nolim* §. *ult. et l. seq. inf. de ædil. edic.* §. 1. explicui in *l.* 4. *sup.*

Ad §. 2. *Item si emptor.*

§. 2. *Item si et emptor et venditor scit furtivum esse, quod venit, a neutra parte obligatio contrahitur. Si emptor solus scit, non obligabitur venditor, nec tamen ex vendito quidquam consequitur: nisi ultro quod convenerit præstet. Quod si venditor scit, emptor ignoravit: utrinque obligatio contrahitur. Et ita Pomponius quoque scribit.*

Hic §. explicatus est in *l. qui rem alienam, l. qui a quolibet. Nisi ultro,* prior. Ita etiam sumitur in *l.* 1. *tit. de usur. l.* 1. *de interdic.* Ita interpres Terentii etiam accepit §. 3. exposui in *l. suæ rei* 16. *h. t.*

Ad §. 4. *Alia causa.*

§. 4. *Alia causa est degustandi, alia metiendi:*

(*) *In hac lege Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 11.

gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat: mensura vero non eo proficit, ut aut plus, aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.

Interdum venditio fit hac lege, ut degustetur quod est venditum: interdum ut quis illud metiatur. Priore casu emptio perfecta non est, priusquam degustatum fuerit. Idcirco enim de re gustanda convenit, ut post gustum probare vel improbare liceat. Posteriore casu, emptio ante mensuram perfecta est. Idcirco enim de mensura convenit, ut intelligatur quantum emptum sit. Hæc differentia magni est momenti; multum enim refert an emptio sit perfecta, an non: quia ubi perfecta est, periculum statim ad emptorem pertinet, *l. quod sæpe* §. *in his, hoc tit. l.* 1. *inf. de peric. et comm. rei vend.*

Ad §. 5. *Si emptio.*

§. 5. *Si emptio ita facta fuerit*, est mihi emptus Stichus aut Pamphilus: *in potestate est venditoris, quem velit dare: sicut in stipulationibus. Sed uno mortuo, qui superest dandus est. Et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Sed et si pariter decesserunt, pretium debebitur: unus enim utique periculo emptoris vixit. Idem dicendum est etiamsi emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere: si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut quem voluisset, emptum haberet: et illud, an emptum haberet.*

Hic §. etiam magna ex parte est explicatus in *l. si ita distrahitur. Sicut in stipulationibus.* Hoc est expressum in *l. eum qui certarum* 138. *inf. de verb. oblig. et l.* 2. §. *Scævola, sup. de eo quod certo loco*, qui locus est adhuc corruptus in omnibus libris editis. In Florentinis recte est, si pro *eum*, restituas *eum. Sed uno, etc.* Postquam res vendita est, periculum pertinet ad emptorem. *Si emptoris fuit arbitrium, etc.* Hunc locum explicuimus supra in *l.* 2. Et hic notandum quod non possit conferri pretium in arbitrium unius ex contrahentibus, *l. in vendentis, C. eod. l. hæc venditio, sup. eod.* Hæc exposui in *d. l.* 2. *sup.*

Ad §. 6. *Tutor rem.*

§. 6. *Tutor rem pupilli emere non potest, idemque porrigendum est ad similia: id est, ad curatores, procuratores, et qui negotia aliena gerunt.*

Ratio hujus §. est, ne fraus aliqua fiat pupillo. Deinde tutor esset auctor in rem suam, quod prohibitum est, *l.* 1. *inf. de auct. tutor.* Deinde idem homo non potest fungi officio emptoris et venditoris, *l.* 5. §. *item ipse inf. de auct. tut.* Fungeretur autem officio utriusque si rem pupilli emeret. Itaque pupillaris rei emptio recte illi interdicta est. Objicitur *l.* 5. *C. eod.* Resp. conciliationem horum locorum petendam esse ex *d. l.* 5. Nam in ea dicitur non prohiberi tutorem emere rem pupillarem palam et bona fide. Ita igitur distinguendum est: vel tutor emit palam et bona fide, et emptio valet: vel emit per interpositam personam et mala fide et emptio nulla est, et prohibetur hæc emptio tutori. Eodem modo respondendum est ad *l. tutor rerum* 56. *de admin. tutor. inf.* In ea *l.* hoc aperte invenitur, et hæc solutio confirmatur *l. pupillus*, §. *item ipse tutor, inf. de auctor. tut.*

Ad L. XXXV.

Quod sæpe arræ nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat: sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.

§. 1. *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicet*, quanti velis, quanti æquum putaveris quanti æstimaveris, habebis emptum.

Arra est, quod ante pretium datur, et fidem facit contractus facti, ac totius pecuniæ solvendæ. Connanus ita definit: est ea pretii pars, quæ ab emptoribus firmandi contractus gratia repræsentatur. Hæc definitio falsa: nam ex ea apparet arram esse partem pretii. Arra autem pars pretii non est, quia sine arra emptio consistit, et arra non semper datur. Sine pretio autem emptio nulla esset, *l.* 2. *sup. eod.* Deinde in pretio emptionis substantia consistit, *l.* 3. *C. eod.* In arra emptionis substantia non consistit, sed arra est argumentum tantum emptionis contractæ. Denique definitio Connani est conversa ex Græco aliquo auctore, apud quem omnino nulla fit mentio pretii (et hoc addit de suo, male.) Ea definitio est in Etymologico Græco ἀῤῥαβών ἐστι etc. Existimant vulgo arram dictam esse a re, pro qua datur: certe veteres vocabant sæpius arrabonem, quam arram. Varro *lib.* 3. *de ling. Lat.* et passim apud Ter. et Plaut. Hæc de nomine arræ. Loco arræ dabatur aliquando annulus, *l.* 5. §. *item si institor. sup. de inst. act.* Plinius *lib.* 33. *c.* 1. *inf.* Ex quo apparet annulum quoque solitum fuisse dari pro sponsionibus, quod et reperitur in *l. si gratuitam*, §. *ult. inf. de præscr. verbis.* Interdum aurum dabatur pro arra, *C. quando liceat ab emp. disced. l.* 2. De arra vero hoc jus constituitur, ut venditione celebrata, cui arra accesserit, is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdat quod dedit. Si vero venditor, duplum restituere compellatur, §. 1.

Inst. eod. Exemplum est in *l. 6. inf. de leg. commiss.* ubi emptor perdit quod dedit. Quod si utriusque consensu dissoluta sit emptio, utili actione ex empto agit emptor ad repetendam arram, *l. ex empto*, §. *is qui vina*, *inf. de act. emp.* Sic interpretanda quoque est *l. 2. C. quan. licet ab emp. disc.* Denique adjiciendum est arram fuisse solitam dari in argumentum sponsaliorum rite contractorum, *l. 38. inf. de ritu nup. l. 16. C. de episcop. audient.*

Ad §. 2. *Veneni.*

§. 2. *Veneni mali quidam putat non contrahi emptionem: quia nec societas, aut mandatum flagitiose rei ullas vires habet. Quæ sententia potest sane vera videri de his, quæ nullo modo adjectione alterius materiæ, usu nobis esse possunt. De his vero, quæ mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti, et alia quædam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.*

Venenum est verbum medium, et continet tam id, quod ad sanandum paratum est, quam ad occidendum, *l. 3. inf. ad l. Cor. de sicar. l. qui venenum 236. de verb. signif. inf.* ubi JC. utitur testimonio Homeri. No. Marcellus idem sentit explicans dictionem medicamentum. Et Servius interpretans locum Virgilii 1. Georg. *Ille malum virus.* Ait enim virus et venenum tam bonum esse, quam malum. Veneni ergo mali non contrahitur emptio, idque similitudine mandati et societatis probatur: nam rei flagitiosæ societas nulla est *l. nec prætermittendum*, *sup. pro soc.* Mandatum quoque rei flagitiosæ nullum est, §. *illud quoque*, *Inst. de mand. l. si remunerandi*, §. *rei turpis*, *l. si mandavero*, §. *qui ædem*, *sup. mand.* Ita etiam emptio rei flagitiosæ et veneni mali nulla est. Cujus rei una est exceptio: nisi ex eo veneno medicamentum salubre fiat, ut antidotum: quod venenum quidem est, et solet contra venenum dari. In Florentinis legitur, antidoti, contra venenum, non male. Nam Gellius *lib. 17. cap. 16.* ita usurpavit. Et ex eo cap. Gellii delenda sunt verba *Populi Romani.* Eadem de causa emptio nummorum plumbeorum dolo malo contracta nulla est, *l. 9. de l. Corn. de falsis*, *inf.*

Ad §. 3. *Si quis amico.*

§. 3. *Si quis amico peregre eunti mandaverit, ut fugitivum suum quærat: et si invenerit, vendat, nec ipse contra Senatusconsultum committit, quia non vendidit; neque amicus ejus, quia præsentem vendit; emptor quoque, qui præsentem emit, recte negotium gerere intelligitur.*

Traditur in hoc §. ratio, qua fugitivus servus vendi potest. SC. cautum fuit, ut non liceret fugitivum vendere. Sic *l. 2. de plagiariis, inf.* Huc pertinet *l. in fuga, C. ad l. Fabiam de plagiar.* Accurs. existimat hoc SC. esse Libonianum, de quo agitur in *tit. ad l. Cor. de falsis, inf.* sed vehementer errat. Quomodo fuerit vocatum hoc SC. nondum legi. Certe apparet ex *l. 1. sup. de servo fug.* factum fuisse Modesto consule et hic Modestus reperitur consul una cum Probo tempore Alexandri, *l. 9. C. de excus. tut.* Vetus inscriptio quæ sic habet: *Schola speculatorum legionum primæ, et secundæ adjutricum, piorum, fidelium, Severianorum refecta per eosdem, quorum nomina scripta sunt infra, dedicante Flavio Æliano præfecto prætorio Calendis Octobris. Modesto et Probo coss.* Sane si quis consul Modestus reperitur sub Marco Philosopho, libenter existimarem hoc Senatusconsultum fuisse factum tempore Marci. Nam apparet, ex *l. 3. sup. de serv. fug.* Marcum habuisse hac de re orationem in senatu. Solebant autem Imperatores ante Senatusconsulta orationes habere, *l. cum hi, sup. de transact. l. pen. ad S. C. Tertull. l. pen. de his quibus ut ind.* Ratio hujus Senatusconsulti hæc fuit: quod servus fugitivus videatur esse liber, *l. quid sit*, §. *idem recte*, *inf. de ædil. edic.* Deinde hac ratione servi fierent faciliores ad fugam, quod ne contingat publice interest. Denique servus fugitivus fugendo sui furtum facit, et se furtivum facit, *l. 1. C. de ser. fug.* Furtivus autem servus non potest vendi, *l. si in emptione*, §. *item emptor*, *sup. h. t.* Ratio autem vendendi hujus servi hæc est, ut inquiratur ab emptore, et cum fuerit ab eo deprehensus, aut ab altero, ejus nomine vendatur, h. t. et *l. in fugam C. ad leg. Fab. de plag.*

Ad §. 4. *Si res vendita.*

§. 4. *Si res vendita per furtum perierit: prius animadvertendum erit, quid inter eos de custodia rei convenerat: si nihil appareat convenisse, talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfam. suis rebus adhibet: quam si præstiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet, ut tamen scilicet vindicationem rei et conditionem exhibeat emptori. Unde videbimus in personam ejus, qui alienam rem vendiderit, cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit. Ob id ipsum damnandus est: quia si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emptorem transferre.*

Res vendita subrepta est venditori. Quæritur cui

perierit, emptorine, an venditori? Distinguendum est hoc modo: vel custodiam ejus suscepit venditor usque ad traditionem cujus generis conventio legitima est, *l. contractus, inf. de reg. jur. l. 1. in princ. inf. de peric. et comm. rei vend.* Hoc casu ad venditoris periculum rei pertinet §. *cum autem, Inst. eod.* ubi eadem species proponitur. Vel non suscepit custodiam, et hoc casu custodia talis in eo desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet, *l. custodiam, inf. de per. et comm. rei vend.* Objicitur *d.* §. *cum autem*, ubi dicitur hoc casu, ubi custodiam non suscepit, eum esse securum. Ex quo apparet eum custodiam præstare non debere. Resp. hæc non pugnant inter se, custodiam præstare, et securum esse. Imo vero ipse est securus quod custodiam præstitit, ac dolo omni, ac culpa caret. Sed dicet quis. Ergo nihil interest quando convenit de custodia præstanda, vel quando non convenit, quia utroque casu præstanda est. Resp. multum interesse, quia quo casu convenit de custodia præstanda, periculum pertinet ad venditorem: quo casu non convenit, si eam præstitit, securus est, nec periculum sustinet, *d.* §. *cum autem et h.* §. Hac ergo custodia præstita si res subrepta sit, emptoris periculum est; ut tamen illi consulatur, venditor debet illi mandare vindicationem et condictionem rei. Difficultatem hic facit, quod emptione perfecta dominium transit in emptorem, et venditor desinit esse dominus. Itaque ne ipse quidem venditor videtur habere vindicationem. Sed respondendum est, venditorem ipso jure remanere dominum ante rei traditionem, §. *utique, Inst. eod.* Addendum est, venditorem mandare quoque debere actionem furti, *l. eum qui emit* 14. *in pr. inf. de furt.* Cui rei duo objiciuntur. Primum: venditor non videtur posse mandare actionem furti cum ei non competat: nam actio furti competit ei, cujus interest, *l. cujus inf. de furt.* Nihil autem interest venditoris, cum non sustineat periculum, et pretium jam acceperit. Dicendum est, quia adhuc dominus est, idcirco competere actionem furti, *d. l. eum, qui emit, et l. si vendidero, inf. de furt.* Deinde ejus interest cedere, et mandare actiones: quam molestiam non sustineret, si res esset salva. Alterum quod objicitur ejusmodi est. Actio furti competit emptori suo jure. Ergo mandanda non fuit. Competit ei, quia ejus interest rem salvam esse, *d. l. cujus, inf. de furt.* §. *furt., Inst. de oblig. quæ ex delicto.* Et hoc Expressum est in §. *item si fullo*, in his verbis: *Sed et bonæ fidei emptor*, *Inst. de oblig. ex delict.* Dicendum est: interesse quidem emptoris, sed eum posse suum consequi alia ratione, nempe actione ex empto. Itaque nihil necesse est hanc actionem furti illi competere, *d.* §. *furti actio.* Deinde quod dicitur in illis verbis: *sed et bonæ fidei emptor*, diversum est ab hac specie. Hic enim proponitur emptor emisse a vero domino, sed quia res nondum tradita est, nondum est dominus, nec potest agere actione furti. Illic vero proponitur res empta esse a non domino, et tamen tradita. Quamquam igitur emptor summo jure dominus fieri non potuit, res tamen tradita est. Et hæc traditio sufficit, ut se dominum bona fide existimet esse, et furti agat. Addendum denique est, si quid venditor consecutus est aliqua actione, id eum præstare debere emptori. Objicitur huic rei *l. venditor, inf. de hæred. vend.* ubi venditor nihil præstat eorum, quæ consecutus fuerat. Respondendum est, ibi rem fuisse subreptam ante venditionem, et proinde rem esse tantum præstandam, non duplum, quod vi actionis erat consecutus. Quod si rem alienam quis vendiderit, non videbatur condemnandus, ut has actiones mandaret, cum eas non haberet. Resp. tamen, eo magis esse damnandum, quod culpæ ejus hoc adscribatur, qui vendidit rem, quam alienam esse sciebat, et qua subrepta, sciebat sibi non competere jus mandandarum actionum. Tenebitur ergo in idem, quod interfuit emptoris actiones esse mandatas.

Ad §. 5. *In his quæ pondere.*

§. 5. *In his quæ pondere, numero, mensurave constant (veluti frumento, vino, oleo, argento) modo ea servantur, quæ in ceteris: ut, simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint. Nam si omne vinum vel oleum vel frumentum, vel argentum, quantumcumque esset, uno pretio venierit: idem juris est, quod in ceteris rebus. Quod si vinum ita venierit, ut in singulas amphoras: item oleum, ut in singulos metretas: item frumentum, ut in singulos modios: item argentum, ut in singulas libras certum pretium diceretur, quæritur, quando videatur emptio perfici. Quod similtier scilicet quæritur, et de his, quæ numero constant, si pro numero corporum pretium fuerit statutum. Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri: Ut in singulos metretas, aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quæ adnumeraveris, etc.*

Res aversione vendita est, quæ confuse et acervatim pretio insimul dicto, non in singulas res constituto, vendita est. Hæc definitio satis intelligitur e *h.* §. *et l.* 4. *inf. de peric. et comm. rei vend.*

confirmatur *l. opus* 36. *inf. loc.* ubi opus aversione locatum opponitur ei, quod ita locatum est, ut in singulos pedes et mensuras a conductore præstetur. Confirmatur *l. ult. sup. ad l. Rhod. de jactu*: ubi navis aversione conducta opponitur ei, quæ ita conducta est, ut in singulas amphoras merces præstanda sit. Sic accipi debet *l.* 1. §. *exercitorem, inf. de institor.* Hoc proposito breviter, hæc est sententia hujus §. Rerum, pondere, numero, mensurave constantium per aversionem venditarum periculum pertinet ad emptorem, *l. qui officii* 62. §. *ult. inf. h. t. l.* 4. *de peric. et comm. rei vend.* Rerum autem sine aversione venditarum, h. e. quæ singulæ emptæ sunt, non universæ simul, periculum pertinet ad venditorem priusquam hæ res adnumeratæ, admensæ, vel appensæ fuerint, ut h. Cujus rei multa exempla proponuntur et inter cetera unum de vino doliario, quod alibi vocatur doliare, *l.* 1. *de peric. et comm. rei vend.* Et dictum est a doliis, in quibus solet condi. Sunt autem dolia majora et ampliora vasa, in quibus vinum vel frumentum conditur, eaque humi defigi et defodi plerumque solent *l. dolia, inf. h. t. l. pen. inf. de action. empt. l. Lucius* 39. *de leg.* 3. *et l.* 3. *inf. de trit. vino oleo leg.* Cato de re rustica cap. 148. quem locum claviat Budæus. Plinius *lib.* 14 *C.* 21. in quo capite pro, *sic coopercula*, est legendum, *sit opercula.* Objicitur huic rei *l.* 1. §. 1. *inf. de peric. et comm. rei vend.* ubi vini per aversionem venditi periculum, emptione perfecta, non statim pertinet ad emptorem, ut diximus, sed tantum post degustationem. Respond. est. in ea l. 1. convenisse, ut emptor periculum præstaret, quod est repetendum ex superiore clausula, hoc modo: aut non convenit quoad periculum vini sustineat: et usque ad degustationem sustinebit. Idque propter hanc conventionem, etiam emptione perfecta sustinet periculum venditor, quod alioqui, sine conventione scilicet sustinuisset emptor, *d. l.* 1. *de peri. et comm. rei vend.* §. *sed et custodia, l. si quis vina* §. *si in aversione, de peric. et comm. rei vend. l. convenit, C. de peric. et comm. rei vend.* Tres ll. seqq. explicatæ sunt supra l. 2. ubi diximus necessarium esse pretium in venditione. Illic est ratio harum ll.

Ad L. XXXIX.

Si debitor rem pignoratam a creditore redemerit, quasi suæ rei emptor actione ex vendito non tenetur: et omnia in integro sunt creditori.

§. 1. *Verisimile est eum, qui fructum olivæ pendentis vendidisset, et stipulatus est decem pondo olei, quod natum esset: pretium constituisse ex eo quod natum esset usque ad decem pondo olei: idcirco solis quinque collectis, non amplius emptor petere potest, quam quinque pondo olei, quæ collecta essent: a plerisque responsum est.*

In hoc §. 1. species hæc est: dederam tibi pignori rem meam, non tuam. Quia rei suæ emptio nulla est, *l. suæ rei, sup. eod.* Rem autem suam vendidisse debitorem ex eo intelligimus, quod pignori dederat. Rem enim alienam pignori dare non potuerat, *l.* 2. *sup. de pignor. act.* Sciendum tamen est, debitorem posse emere rem suam pignori datam per interpositam personam, *l. si mandavero* §. *sed hi, sup. mand.* Et ita accipienda est *l. epistola* §. 1. *sup. de pact. Verisimile est.* Dubitatio hujus §. et §§. omnium sequentium pendet ex conventione, ex pacto. *Stipulatus est, etc.* Passive hic accipitur, et in *l. si non sortem* §. *si decem, sup. de condict. indeb.* §. *præterea, Inst. quibus modis toll. obligat.* His tribus locis tantum in toto jure accipitur verbum stipulatus passive, *Usque ad* 10. *pondo olei.* Quia hæc verba *quod natum esset,* restringunt generalia verba, et taxationis vim habent, *l. cum certus, inf. de trit. vi et oleo leg.* quæ lex conjungenda est cum hoc §. Ibi idem dicit in legato, quod hic in emptione. *Quam quinque.* Imo si nihil collectum sit, emptio nulla est, quoniam sine re emptio non consistit, *l. nec emptio, sup. eod.* Hæc enim verba, quod natum esset, habent vim conditionis, et efficiunt ut emptio sit contracta sub conditione, *l.* 1. *inf. de condition. et demonstrat.* Cum igitur deficiat oleum, deficit, conditio, et emptio nulla est, *l. si quis fundum* 58. *sup. eod.*

Ad L. XL.

Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat: ut emptor in diebus triginta proximis fundum metiretur, et de modo renuntiaret: et si ante eam diem non renuntiasset, ut venditoris fides soluta esset. Emptor intra diem mensuræ, quo minorem modum esse credidit, renuntiavit, et pecuniam pro eo accepit: postea eum fundum vendidit: et cum ipse emptori suo admetiretur, multo minorem modum agri, quam putaverat, invenit. Quærebat, an id, quod minoris esset, consequi a suo venditore posset. Resp. interesse, quemadmodum lex diceretur: nam si ita dictum esset, ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur, et domino renuntiet, quanto modus agri minor sit: quo post diem trigesimum renuntiasset, nihil ei profuturum: sed si ita pactum esset, ut emptor in diebus proximis fundum metiatur, et de modo agri renuntiet: et si in diebus triginta renuntiasset, minorem modum agri esse;

quamvis multis post annis, posse eum, quo minoris modus agri fuisset, repetere.

§. 1. *In lege fundi aquam accessuram dixit: quærebatur, an etiam iter aquæ accessisset. Resp. sibi videri id actum esse: et ideo iter quoque venditorem tradere oportere.*

§. 2. *Qui agrum vendebat, dixit fundi jugera decem et octo esse, et quod ejus admensum erit, ad singula jugera certum pretium stipulatus erat. Viginti inventa sunt. Pro viginti, debere pecuniam respondit.*

§. 3. *Fundi venditor frumenta manu sata receperat. In eo fundo ex stipula seges erat enata, quæsitum est, an pacto contineretur. Resp. maxime referre, quid est actum. Ceterum secundum verba, esse actum, quod ex stipula nasceretur, non magis quam si quid ex sacco saccarii cecidisset: aut ex eo quod avibus ex aere cecidisset, natum esset.*

Et de modo agri renunciet, etc. Non intra 30. dies, sed quocunque tempore voluerit, multis post annis. Nam cum servitus aquæ vendita sit id quoque videtur venditum, sine quo aquæ servitus esset inutilis, *l. 1. §. usus fr. sup. si ususfruct. pet. l. fistula 1. resp. inf. eod. l. si venditor, sup. de relig. et sumpt. fun.* Manusata quæ sint explicatur in *l. pen. inf. eod. in pr.* Nomine manusatorum aut frumentorum ea tantum comprehenduntur, quæ ab agricola sata sunt. Si igitur ex stipula seges nata fuerit, aut ex eo quod cecidit ex sacco saccarii, aut avibus ex aere, non videtur esse hoc exceptum hac conventione. Stipula autem definitur in *l. sylva §. 1. inf. de verb. sign. spicas in messe dejectas, etc.* Ita accipit Varro *lib. 9. de lingua latina. Nemo reprehensus est*, inquit, *qui e segete ad spicilegium reliquit stipulam.* Ita quoque Ter. in Adelph. *præter hæc*, inquit, *meridie ipso faciam, ut stipulam colligat.* Ita uterque accepit stipulam, quemadmodum JC. in *d. l. sylva. Saccarius est*, qui saccis gestandis operam suam locat, et inde quæstum facit. Unde Apulejus *lib. 1. de asino aureo* dixit saccariam facere, hoc est, saccis gestandis operam locare, et inde quæstum facere. *Ex ore.* In Florentinis legitur *ex aere*, et recte.

Ad §. 4. Cum fundum, §. 5. Dolia, et §. 6. Rota.

§. 4. *Cum fundum quis vendiderat, et omnem fructum receperat: et arundinem cæduam, et sylvam in fructum esse respondit.*

§. 5. *Dolia, quæ in fundo domini essent, accessura dixit, etiam ea, quæ servus qui fundum coluerat, emisset peculiaria emptori cessura respondit.*

§. 6. *Rota quoque per quam aqua traheretur, nihilominus ædificii est, quam situla.*

Ratio hujus §. est, quia fructus nomine arundo, et cædua sylva comprehenduntur, *l. item si fundi §. ult. et l. seq. de usufr.* quæ conjungenda est cum *l. sylva, de verb. sign.* Eodem quoque modo dolia accedunt emptioni, quia dolia sunt in instrumento fundi, *l. instr. inf. de inst. vel instr. leg.* Imo etiam legato fundo sine instrumento dolia infixa debentur, *l. cum fundus 21. eod. tit.* Itaque recte hic responsum est, dolia accedere venditioni. Eodem quoque jure rota accedit venditioni ædificii, proinde aciculа. Est autem rota, qua ex flumine aqua extrahitur vel fonte, vel puteo. Isidorus *lib. ult. etymol.* 15. Vitruvius *lib. 10. cap. 9. 10. et 11.* Tertullianus vocat rotas aquilegas in *lib. de anima.* Paulus vocat rotas aquarias *lib. 3. Sent. t. 6.* Earum mentio fit in *l. 2. sup. comm. præd.* Item apud Lampridium in Heliogabalo, qui solebat adulatores alligare talibus rotis.

Ad L. XLI.

Cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, ut esset is sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ante calendas Julias liberaret: quæsitum est, an utiliter agere possit ex empto in hoc, ut venditor eum liberaret. Respondit: videamus, quid inter ementem et vendentem actum sit, nam si id actum est, ut omnimodo intra calend. Julias venditor fundum liberaret: ex empto erit actio, ut liberet: nec sub conditione emptio facta intelligetur: veluti si hoc modo emptor interrogaverit, erit mihi fundus emptus, ita ut eum intra cal. Jul. liberes. Vel ita, ut eum intra cal. a Titio redimas. Si vero sub conditione facta emptio est, non poterit agi, ut conditio impleatur.

Erit mihi fundus emptus, etc. Multum refert, an sub conditione, an vero sub modo contracta sit conventio: modum enim et conditionem differre ostendit *tit. de condit. et demonstrat. inf. et tit. de condit. sub mo. C.* Sub modo ita concipitur conventio: *erit mihi emptus fundus, ut eum intra calendas Julias liberes:* Sub conditione vero: *erit mihi emptus fundus, si eum intra calend. Jul. liberes.* Nam dictio, *ut*, modum significat. Dictio vero, *si*, conditionem, *l. demonstr. falsa, §. ult. inf. de condit. et demonstr.* Modus non suspendit obligationem, et quod contractum est sub modo, statim debetur, *l. media, inf. de manumiss. testam.* Conditio vero suspendit obligationem. Et quod sub modo contractum est, statim peti potest. Ac statim, id est, simul atque modus extiterit, *d. l. media, et l. causa, inf. de manumiss.* Et hoc casu peteretur

statim fundus, nisi dies adjectus esset, qui obligationem differt. Die accedente statim petitur. Quod vero sub conditione contractum est, non potest peti nisi conditio exstiterit. Et si conditio nunquam exsistat, nunquam petitur: adjuvat hanc differentiam *l. eas 79. inf. de cond. et demonstr.* In cujus fine Haloander non recte addit negationem. Ita explicatum est hoc pactum quod videbatur obscurum.

Ad §. 1. *Mensam.*

§. 1. *Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens. nulla est emptio: pecuniaque eo nomine data condicetur.*

Hic §. est a nobis explicatus in *l. quid tamen* 14. *supr.* Eguinarius Baro putavit hunc §. *et l. qui tamen*, non posse conciliari. Sed ego secutus Zasium in *d. l. quid tamen*, eas conciliavi. Et sequor ejus sententiam, donec melior occurrat.

Ad L. XLII.

Domini neque per se, neque per procuratores suos possunt saltem criminosos servos vendere, ut cum bestiis pugnarent. Et ita Divi fratres rescripserunt.

Idem dicitur in *l. circumcidere*, §. *servo, inf. ad l. Corn. de sicar.* Ea ratio est: quia publice interest ne domini re sua male utantur. Male autem uterentur si servos suos ad bestias damnarent. Deinde hæc potestas dominorum vi a est valde perniciosa et periculosa: periculum enim est, ne animo suo et libidini satisfacerent, si plerunque servos frugi et probos bestiis objiciendos venderent. Præterea principis auctoritas elevatur, cum privatis permittitur, quod soli principi licere debet. Postremo, non licet dominis in servos suos animadvertere, nisi causa in judicio exacte examinata. *l. 2. sup. de his, qui sui vel alien. jur.* Proponitur autem hoc loco dominum non causa cognita, neque apud Judicem examinata servum condemnasse. Merito igitur hujusmodi venditio prohibita est, quæ tot regulis juris adversatur.

Ad L. XLIII.

Ea, quæ commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene ædificatam. At si dixerit hominem literatum vel artificem, præstare debet: nam hoc ipso pluris vendit.

§. 1. *Quædam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit. Veluti si quis hominem luminibus effossis emat, et de sanitate stipuletur: nam de cetera parte corporis potius st pulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat.*

§. 2. *Dolum malum a se abesse præstare venditor debet, qui non tantum in eo est qui fallendi causa obscure loquitur: sed etiam, qui insidiose, obscure dissimulat.*

Hæc l. est paulo obscurior superiore. Obscuritatem animadvertes ex *l. si venditor, sup. eod.* Quædam sunt quæ in vendenda re aliqua dicuntur ut præstentur. Quædam vero, quæ non dicuntur ut præstentur. Ea non dicuntur ut præstentur, quæ palam apparent, ut hic: et quæ ad nudam laudem servi pertinent, *l. sciendum, inf. de æd l. edic.* Ratio hujus rei est: quoniam ignorantia supina est falli in iis, quæ palam apparent. Ac proinde præstanda non sunt. Deinde quæ nullam utilitatem continent præter nudam laudem non dicuntur præstari quoque, ut si quis dixerit servum frugi servum probum, edicto audientem, hoc confirmatur *l. quod si venditor sup. de dolo malo.* Quædam sunt quæ dicuntur ut præstentur. Ea sunt quæ palam non apparent, ut literatum esse servum et præclarum alicujus rei artificem: et quæ non pertinent, ad nudam tantum commendationem, sed præterea continent utilitatem aliquam, propter quam res pluris vendita est, ut servum esse curracem, vigilacem, *dict. l. sciendum. l. si quid venditor, inf. de ædil. edic.* Non enim in his debet accusari ignorantia tanquam supina, quia palam non apparent, sed introspicere penitus oportet ut intelligantur. Hujus posterioris una exceptio est, nisi ea quæ ad nudam laudem pertinent, animo fallendi et decipiendi dicta sunt *d. l. quod si venditor.* Difficultatem hic facit, quod hoc casu cum decipiendi causa venditor dixit, JC. ait dari actionem de dolo, *dict. l. quod si venditor.* Objicitur enim primum quod in ea leg. *quod si venditor,* dicitur intervenisse promissum. Ex quo intelligimus contractam fuisse obligationem. Si obligatio contracta est, actio de dolo dari non debet, quia actio de dolo datur tantum in subsidium alterius actionis, et altera actione deficiente. Resp. est, promissum in hac l. tantum pro pollicitatione accipi, ex qua nec obligatio, nec actio nascitur. II. Objicitur *l. Julianus,* §. *si venditor, inf. de act. emp.* ubi dicitur: si venditor dolo mentitus fuerit, ut si dixerit, servum esse artificio instructum, qui non erat, dari actionem ex empto. Videbatur autem danda esse de dolo, vel omnino non danda, si obligatio contracta non sit. Resp. in eo §. *si venditor,* hoc dictum erat eo animo, ut præstaretur, proinde obligatio contracta est, ex qua nascitur actio ex empto. Apparet autem ex verbis ipsius l. hoc dictum fuisse

ut præstaretur, quia servum esse artificio instructum, servum esse peculiatum palam non apparet, nec nudam laudem continet, ut in *h. l. et d. l. sciendum.* Superiorum omnium una est exceptio in his verbis: *Quædam etiam pollicitationes*: pleraque enim eorum, quæ dicta sunt, ut præstarentur, non præstantur si ejusmodi sint, et adeo in promptu, ut emptores ea ignorare non potuerint. Idque est æquissimum, ut ignorantia scilicet supina et dissoluta hanc pœnam sustineat, *l. et si consensum*, §. 1. *sup. hoc tit.* Objicitur *l. apud Celsum*, §. *item Labeo de doli mali except.* ubi emptor sciens emerat hominem fugitivum, et tamen stipulatus de eo erat, scilicet fugitivum non esse. Resp. JC. eum agere posse ex hac conventione, nec doli mali exceptione repellendum: videbatur tamen repellendus cum id stipularetur, quod nemo ignoraret et ipse sciret. Resp. hæc valde diversa esse, quia in §. *item Labeo*, emptor et venditor sciverunt fugitivum esse servum, et dolus dolo compensatur, *l. dominum, inf. hoc tit.* Hic vero emptor ignoravit lumina esse effossa, sed dissoluta fuit hæc ignorantia et supina, ut ei nocere debeat: præterea in §. *item Labeo*, nominatim stipulatus est, servum non esse fugitivum. Itaque hæc quæstio expressa recte parit obligationem. Quod significat JC. eo in loco, cum ait, *quia hoc convenit*. Hæc vero stipulatio interposita generaliter de sanitate, de quavis alia corporis parte accipienda potius est, quam de ea, in qua deceptus est emptor, ut ei noceat, tam generaliter de ea concepisse ut h. dicitur in fin. Itaque crederem si stipulatus hic esset nominatim emptor, hominem cœcum non esse, conventionem hanc valituram fuisse *d.* §. *item Labeo*.

Ad L. XLIV.

Si duos quis servos emerit pariter uno pretio, quorum alter ante venditionem mortuus est, neque in vivo constat emptio.

Ratio hujus legis est petenda ex *l. cum ejusdem generis, de ædil. edic.*

Ad L. XLV.

Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere, ita emptori præstandum, quod interest, si ignorans interpola emerit, quam sententiam et Pomponius probat. In qua et Julianus est, qui ait: si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri: si sciebat, etiam damni, quod ex eo contingit. Quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum, quod vendidit, præstet.

Vestimenta interpola sunt vestimenta instaurata, renovata; quibus nova forma inducta est poliendo, vel a fullonibus, vel ab aliis. Isidorus *lib.* 19. *cap.* 12. ait, *interpola vestis illa vocatur, quæ dum sit vetus ad novam speciem recurrat.* Vestimenta igitur interpola vendita sunt pro novis: in quo deceptus est emptor, qui nova se emere existimaverat. Itaque propter hanc fraudem, et deceptionem tenetur venditor emptori, maxime cum agatur de judicio bonæ fidei, cujus naturæ adversatur, quemquam in eo decipi. Et idem dicitur in *l. præcipiunt, de ædil. edic.* ubi mancipia interpola vendita sint, id est, veterana, pro novitiis. Sed dubitatio nunc incidit, quanti teneatur venditor emptoris? distinguendum est, vel venditor ignorabat ea esse interpola, et tenetur ipsius rei nomine tantum, id est, ut præstet quanti minoris res fuit: puta vestimenta vendita sunt 20. aureis, quia sunt interpola, æstimantur tantum 10. tenetur venditor in 10. quanti minoris sunt, *l. Julian. in princ. de action. emp.* Idque æquissimum est ob malam fidem. Ignorantia enim, quæ dolo caret non est gravius punienda. Vel sciebat venditor ea esse interpola, et tenetur præter rem ipsam etiam damni, quod ex ea contigit: forte emptor ea alii promiserat quasi nova, et pœnam adjecerat, nisi nova essent. Cum reperta sunt interpola, solvit pœnam. Tenetur igitur venditor ejus pœnæ nomine, *d. l. Julian. in princ.* Idque æquissimum est, ut mala fides, et dolus venditoris, quem in hoc præstat contractu, hanc pœnam sustinere videatur. Exemplum superioris distinctionis proponitur in orichalco, *h. c in fi.* l. quod pro auro venditum est. Itaque si venditor ignoravit esse orichalcum, tenetur tantum rei nomine, id est, quanti minoris. Si vero sciverit, tenetur etiam damni, quod ex eo contigit. Vulgo autem in dictione orichalcum scribenda, peccatur. Scribenda enim per *o* non *au* diphthongum. Nam si per diphthongum scriberetur esset dictio composita ex Græco et Latino, quod inusitatum est. *Quintilian. lib. primi cap.* 9. Præterea Festus improbat hanc ἐτυμολογίαν. Denique hæc dictio habet correptam primam syllabam apud Poetas, ut Horatium in arte poetica: *Tibia non ut nunc orichalco juncta.*

Ad L. XLVI.

Non licet ex officio, quod administrat quis emere quidve per se, vel per aliam personam, alioquin non tantum rem amittit, sed et in quadruplum convenitur, secundum constitutionem Severi et Antonini. Et hoc ad procuratorem quo-

quæ Cæsaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc consensum est.

Summa hæc est: qui officium administrat in provincia, prohibetur emere. Is dicitur administrare officium, qui provinciam regit, qualis est præses proconsul, vel rector provinciæ, dicebatur interdum quasi dux. Eodem numero est quoque, qui in ea provincia militat, ut præfectus militum, vel tribunus. Hi enim omnes prohibentur in ea provincia emere, *l. aufertur §. quod a præside inf. de jure fisci, l. solet, de officio procons. l. quod officii, inf. hoc tit. l. præfect. inf. de ritu nuptiar. l. un. C. de contract. jud. l. plebiscito, sup. de officio præs.* quæ l. conjungenda est cum *l. qui officii, inf. et l. principalibus, sup. si cert. pet.* Hujus prohibitionis hæc ratio est, ne per potentiam venditiones extorqueantur, et vi magis, quam jure emptiones contrahantur, *l. venditiones, C. de his, quæ vi metusve causa fiunt*, quam l. observandum est sumptam esse ex C. Theodosiano, *tit. de contr. empt.* ut appareat eam l. loqui de venditionibus metu extortis, quæ a præsidibus et a potentibus fiebant. Huc pertinet lex *pen. C. de eod.* Altera quoque ratio est hujus interdictionis, quod ejusmodi personas oportet officio suo, et publicæ utilitati, non autem privato compendio, et lucro vacare, quod fieret si illis commercia in ea provincia permitterentur *l. milites, inf. de re milit.* et ead. l. nominatim loquitur de emptione. Huc pertinet quoque lex *milites, loc.* quæ eadem de causa interdixit militibus conductionem. Si quis contra fecerit, pœna hac punitur, quæ hac l. continetur, et de hac l. aliquid constitutum est in *l. aufertur §. quod a præside, de jure fisci.* Ubi dicitur rem, quam amittit emptor, fisco vindicari quod hic non dicitur. Sed addenda est legi una exceptio, quæ est in *f. h. leg.* nisi specialiter hoc sit concessum a principe. Cujus concessionis specialis exemplum est in *l. qui officii, in princ. inf.* Concessum est enim præsidi in sua provincia emere bona paterna, si a fisco distrahantur. Idque æquum fuit, ne bona e familia exirent. Existimo specialiter hoc quoque posse illis concedi a principe in quibuslibet aliis bonis, quam paternis, id quod indicant verba generalia hoc loco: *nisi specialiter hoc concessum sit quibusdam.* Hoc quoque confirmat *l. 1. de contract. judic. C. in princ.*

Ad L. XLVII. XLVIII. et XLIX.

Si aquæductus debeatur prædio: et jus aquæ transit ad emptorem, etiamsi nihil dictum sit. Sicut et ipsæ fistulæ, per quas aqua ducitur.

L. XLVIII. *Licet extra ædes sint.*

L. XLIX. *Et quanquam jus aquæ non sequatur, quod amissum est, attamen fistulæ, et canales, dum sibi sequuntur, quasi pars ædium ad emptorem perveniunt. Et ita Pomponius libro 10. putat.*

Hæ ll. nihil habent difficultatis, quod non sit supra expositum: *Etiamsi nihil dictum sit, etc.* Ratio est, quia hoc tacite inest contractui emptionis, quoniam aquæductus inutilis esset, nisi liceret aquam ducere, *l. qui fundum §. in lege, sup.* Idem dicitur quoque in *l. si venditor §. ult. de act. emp.* Ubi pro *œneum* legendum est *ahenum.* Est autem ahenum crater, quo aqua per fistulas ducta excipitur. *Dum sibi sequuntur.* Græce sequor cum dativo construitur. Mallem legere, *dum servitutem sequuntur*, si codice juvaret. Temerarium enim est fingere lectionem aliam absque auctoritate codicis.

Ad L. L.

Labeo scribit: si mihi bibliothecam ita vendideris, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem: et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem non esse dubitandum, quin præscriptis verbis agi possit: ego etiam ex vendito agi posse puto: quasi impleta conditione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.

Quin præscriptis verbis etc. Subjungit rationem. Idcirco agitur præscriptis verbis, quia non videtur contracta emptio. Subjungit tamen eo ipso, quod steterit per emptorem, quo minus emerit eum locum, videri emptionem contractam. Idque convenit regulis juris, quibus traditum est, quoties in potestate alicujus est, ut obligatio aliqua contrahatur, si per eum steterit, quominus contraheretur, eum obligatum esse, *l. in exsecutione 85. §. ult. inf. de verb. obligat. l. jur. civilis, inf. de condit. et dem.* Et simile est exemplum *sup. l. hæc conditio §. 1.* Recte igitur emptio hæc contracta dicitur. Et proinde recte ex empto agitur. Ex quibus apparet actiones præscript. verbis concurrere interdum cum actionibus aliis, ut h. concurrit cum actione ex vendito. Simile exemplum est in *l. 2. C. de pact. inter empt. et vend. in . si convenit, inf. de rescind. vendit.* (*) Nihil obstat *l. quoties inf. de præscript. verb.* Quod enim dicitur, actionem præscriptis verbis dari, quoties alia deficit, id ita accipiendum est, dari actionem præscriptis verbis, si actio tuta deficiat, hoc est, qua tuto experiri liceat: plerunque enim dari potest alia actio cum act. præscriptis verbis sed quæ minus tuta sit. Et hoc casu satius est agere præscriptis verbis.

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 6.*

Ad L. LI.

Litora, quæ fundo vendito conjuncta sunt in modum non computantur: quia nullius sunt: sed jure gentium omnibus vacant, nec viæ publicæ, aut loca religiosa, vel sacra. Itaque ut proficiant venditori, caveri solet, ut viæ, item litora, et loca publica in modum cedant.

Venditus est fundus, cui proximum est litus, emptor egit actione ex empto, ut sibi cederetur litus. Quæstio in eo est, an litus debeat in modum agri computari: videtur accedere fundo, et debere computari in modum agri, tanquam accessio quædam, maxime cum sine usu litoris fundo vix uti possimus: sed ea accessionis loco in emptionem veniunt, quæ emi possunt. Litora autem exempta sunt hominum commerciis, quia publica sunt, §. *riparum, de rer. divis.* Itaque litora non acccedunt vendito fundo, nisi hoc nominatim sit expressum. Quod ubi factum est, non est existimandum litora vendita esse, quæ vendi non possunt, sed jus tantum, quod est in litoribus: exemplo tabernæ argentariorum, quæ cum emuntur, non emitur solum publicum, sed jus tantum in illo, *l. qui tabernas, sup. eod.* Et huc pertinet *l. id quod* §. 1. *inf. de peric. et comm. rei vend.*

Ad L. LII.

Senatus censuit, ne quis domum, villamve dirueret, quo plus sibi acquireretur: neve quis negotiandi causa eorum quid emeret, venderetve. Pœna in eum, qui adversus Senatusconsultum fecisset, constituta est: ut duplum ejus, quanti emisset, in ærarium inferre cogeretur: in eum vero, qui vendidisset, ut irrita fieret venditio. Plane si mihi pretium solveris: cum tu duplum ærario debeas: repetes a me, quod a mea parte irrita facta est venditio. Nec solum huic Senatusconsulto locus erit si quis suam villam, vel domum, sed etsi alienam vendiderit.

Hoc Senatusconsultum factum est imperante Adriano, id quod indicant Coss. quibus factum est, Aviola et Pansa, *l. cetera, inf. de leg.* 1. Nomina horum Coss. integriora sunt in veteri quadam inscriptione, hoc modo, Marco Aquilio Aviola et Corellio Pansa Coss. et Corellii Pansæ meminit Plinius in epistolis. Hujus Senatusconsulti vestigium exstat apud Spartianum in Adriano. *Constituit*, inquit, *inter cetera, ut in nulla civitate domus aliquæ transferendæ ad aliam urbem ullius materiæ causa diruerentur.* Hoc Senatusconsulto vetitum est, ne quis domum villamve diruat, et ejus materias negotiandi causa emat vel vendat, *l.* 2. *Cod. de ædific. privat. l. Marcellus* 46. *inf. de donat. inter vir. et uxor.* Nititur hoc Senatusconsultum ratione quadam l. duodecim tabul. quæ vetat ne quis tignum domibus injunctum solvat, ne ruina ædificiorum decorum urbis aspectum corrumpat, *l. gemma, sup. ad exhibend.* §. *cum in suo, de rer. divis. Institut. l.* 1. *inf. de tigno juncto.* Nam si liceret lucri, et compendii causa diruere ædificia negotiandi causa, passim urbes ruinis deformarentur, *l.* 2. §. *si quis nemine, et l. ult. inf. ne quid in loco publ.* Ornatus autem urbium magnæ curæ fuisse veteribus legum auctoribus indicat *lex præscriptio, Cod. de oper. publ.* quæ jubet omnia dirui, quæ decoram civitatis faciem corrumpunt. Si quis contra fecerit, si quidem emptor est, hac pœna punitur, ut duplum ærario inferat; si vero venditor, irrita fiat venditio. Objicitur lex *ult. inf. de damn. inf.* ubi singuli, nempe emptor et venditor tantum simplum solvere coguntur. hoc est, quod dicitur, hoc loco. Respondeo: emptorem hic quidem solvere duplum sed cum solvere suo nomine, et venditoris, et sic singuli duplum tantum solvunt, ut *d. l. ult.* Nam nomine venditoris solvit pretium, nec venditor agere potest cum eo actione ex vendito ad consequendum pretium, cum hic dicatur irritam esse venditionem. Quod si emptor solvisset, jam pretium venditor repetit, tanquam indebitum condictione indebiti. Indebitum enim est, cum emptio nulla sit. Neque æquum est, in eo contractu venditorem pretium aliquod accipere, in quo pœna simpla mulctari debet. Alia pœna est in re simili *l. si quis C. de ædific. privat.* Si quis marmora, vel columnas ex urbe rus in aliquam possessionem transtulerit, ut ea possessione privetur. Eadem de causa hæc legari non possunt, ne scilicet urbs ruinis quoque deformetur, *d. l. cetera, et l. Senatus, inf. de leg.* 1. *et l. nutu, de leg.* 3. Verum quoties hæc causa cessat, condictio quoque cessat, ut si quis de una civitate in aliam marmora transferat, quoniam utrobique publicum decus est, et quod uni civitati adimitur, alteri additur, *d. l. si quis, de ædific. privat.* Idem est si in eadem urbe de una domo in aliam transferantur marmora, quoniam quod hic deformatur, illic exornatur, *d. l.* 2. *C. de ædific. privat.* Ubi ait imperator, hanc esse unam exceptionem regulæ generalis. Altera exceptio est, *d. l. ult. de damn. infect.* Nam licet de domo privata ad publicum opus marmora vel columnas transferre. In quo juris auctores majorem habuerunt rationem publici ornamenti quam privati, et facile passi sunt deformari privatum ædificium, ut publicum ornaretur. Tertia exceptio est, *d. l. Senatus* §. *Marcellus.* Maritus enim potest detrahere marmora et columnas ex diæta, quam in uxoris hortis fecit. Notandum autem est Mar-

celli sententiam diffuse explicari in ea *l. Senatus*, et exemplum proponit accommodatum generali regulæ, et eandem sententiam breviter proponit *l. Marcellus, de donat. inter. vir. et uxor.* Itaque conjungendi hi loci, ut recte intelligatur *l. Marcellus.*

Ad L. LIV.

Res bona fide vendita, propter minimam causam inempta fieri non debet.

Exemplum hujus l. recte quidem constituitur in *l. si voluntate, Cod. de rescind. vendit.* in his verbis: *Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est*; sed multo aptius judicabitur ope inscriptionis. Hæc enim l. sumpta est ex libro 1. Pauli *ad edictum ædilium Curulium.* Ulp. autem lib. etiam primo ad edict. ædil. Cur. quod exstat in *l.* 1. §. *sed sciendum D. de ædil. ed. inf. de ædil. edic.* ait, non quolibet quam levissimum efficere, ut vitiosus morbosusve habeatur, et redhibitioni sit locus: quæ regula similis est huic materiæ, et multa ejus exempla proponuntur in *d. l.* 1. Et lex 2. eodem pertinet. quæ sumpta est quoque ex libro Pauli, ubi dicitur, homines melancholicos non redhiberi. Hinc igitur exemplum constituemus aptissimum huic loco. Certum est, homines fanaticos et furiosos redhiberi: ad eorum naturam proxime accedunt melancholici. Non tamen propter melancholiæ vitium quisquam est redhibendus, quia res non dicitur redhiberi propter rem minimam, vitium minimum.

Ad L. LV.

Nuda et imaginaria venditio, pro non facta est: et ideo nec alienatio ejus rei intelligitur.

Hæc l. est a nobis explicata supra in l. 2. Exempla sunt in *l.* 56. 57. 58. *hoc tit.* Item recte constituetur exemplum hujus regulæ ex similitudine inscriptionum: *l. præcipiunt inf. de ædil. edict.* Ubi vetatur homo minoris pretii in emptione accedere. Si igitur venditus sit gladius, ita ut ei homo accedat, imaginaria erit hominis venditio, et simulata, non vera.

Ad L. LVI.

Si quis sub hoc pacto vendiderit ancillam ne prostituatur, et si contra factum esset, ut liceret ei abducere: etsi per plures emptores mancipium cucurrerit, ei qui primo vendit, abducendi potestas fit.

Pactum de non prostituenda ancilla, et si prostituta esset, de ea abducenda a venditore, legitimum est, et comprobatur Hadriani constitutione, *l.* 1. *C. si mancip. ita ven. ne. prost.* Huc pertinet, quod Spartianus in Hadriano scripsit, vetuisse Hadrianum vendi ancillam, vendi lenoni, nisi causa præstita. Leno enim, quamcunque emit, eandem prostituit, cum nihil honestum, et liberale cogitet, sed potius omnia sordida, turpia, et quæstuosa. Non obstat *l. Divus* 7. *inf. de jure patron.* ubi eadem pactio, id est, ejusdem pactionis inventio tribuitur Vespasiano. Dicendum est enim pactionem quæ est in *l. Divus*, diversam esse ab hac pactione. Id quod apparet ex *l. pen. inf. de servis export.* Itaque deceptus est in eo Accursius in *l. sed in hac lege, sup. de in jus voc.* Ratio hujus pactionis hæc est. Ad honeste vivendum pertinet, quod præcepto juris traditur ad tuendam pudicitiam, et avaritiam dominorum coercendam. Si quis ergo ancillam, contra hanc pactionem prostituerit licet venditori abducere. Jurisconsultus alibi dixit manum injicere, *l. sed si hæc, de in jus voc. l. Imperator, qui sine manumis. ad libert. perven.* Est autem abducere, sive manum injicere propria auctoritate, non exspectato judicis jussu, vindicare. Ita usurpavit Quintilianus libro septimo cum ait, *patrono in liberto manus injectio esto.* Una est exceptio hujus regulæ in *l. Titius, inf. de serv. export.* Ubi ancilla primum vendita fuit hac lege ut si prostituta esset liceret manum injicere. Denique vendita fuit hac l. ut si prostituta esset libera fieret: hoc casu, si prostituta sit, non licet venditori abducere: fit enim libera. Et tantus favor est libertatis, ut jus priore pactione quæsitum exstinguatur. Ex his nascitur hæc quæstio, si is, qui hac lege vendidit permisit prostitui: an libera fiat? Videbatur esse dicendum non fieri, quia unicuique licet recedere a conventione quam fecit. Verumtamen propter eundem libertatis favorem constitutum est, ut libera fiat; quæ conditio videtur adjecta in gratiam libertatis, *d. l. Imperator.* Ubi Jurisconsultus ait, hoc scriptum fuisse ab Imperatore cum patre suo, quæ constitutio existimatur vulgo deesse. Ego autem puto esse *l.* 1. *C. si mancipium ita venierit ne prostit.* Dicta enim *l.* 7. continet eandem omnino sententiam, quæ est in *d. l. Imperator.* Itaque ex stimo quoque vitiosam esse inscriptionem *l. Imperator*, uti multæ aliæ sunt vitiosæ. Et ita esse restituendam: *Imperator Severus et Antoninus Augusti.* Hi enim sunt quos Jurisconsulti intelligunt, cum dicunt, Imperator cum patre suo, *l. si duo* §. *ult. sup. de jurejur. l.* 6. § *sed etsi inf. de excus. tutor.* Huic conventioni est alia non dissimilis quæ fere semper eodem loco, et conjunctim tractatur, si prostituta ancilla sit, libera sit. Cujus ratio eadem est, quæ superioris. Et huc per-

tinet *l. Divus, de jure patron.* In qua Accursius existimat, hanc esse conventionem si sine priore conventione veniit, erit libera. Finge: ancilla veniit hac l. ut si prostituta esset, libera fieret. Si sine eadem lege veniit, existimat fieri liberam. Ego vero contra existimo, non esse satis, ut libera fiat, si sine hac lege veniit, sed necesse esse ut prostituta sit, quod conventio ipsa diserte desiderat. Et non peccatur adversus conventionem, cum prostituta sit. Hujus rei hic est effectus, quod ea, quæ sic fit libera, est liberta prioris venditoris, *d. l. Divus, et d. l. sed si hac lege.* Itaque non potest eum in jus vocare, nisi passus esset ipse eam prostitui. Eo enim casu, jus quoque patronatus ipse amittit. Alter effectus est quod ancilla hoc modo liberata, emptor non agit emptionis nomine adversus venditorem, *l. si mancipium* 34. *de evict.* Evictio enim contigit sine culpa venditoris.

Ad L. LIX.

Cum venderes fundum, non dixisti ita ut optimus maximusque: verum est, quod Quinto Mutio placebat, non liberum, sed qualis esset fundum præstari oportere. Idem et in urbanis prædiis dicendum est.

Qui non adjecit in vendendo fundo formulam hanc: Uti optimus maximusque est: eum qualis est præstare debet non liberum, *l.* 35. *sup. de serv. urb. l.* 6. §. 4. *sup. commun. præd. l.* 21. *sup. de condict. indeb. l.* 8. *in princ. inf. de act. emp.* Difficultas igitur hujus legis pendet ex hac formula, *uti optimus maximus.* Sciendum est in primis, hanc formulam solitam adjicit in venditionibus, Siculus *in libro de condit. agrorum.* Hæc formula significat fundum esse prestandum liberum ab omni servitute, *l. pen. de evict. l. si cum fundum* 126. *de verb. signific.* Adjuvat hanc interpretationem Cicero in oratione *de lege agrar.* ubi optimo jure prædia ea vocat, quæ sunt libera, non serva. Hæc formula eandem interpretationem recipit in legatis, *l. servo* 69. §. *si fundus, de leg.* 1. *l. non tantum* 168. *de verbor. signif. l. si mihi Mævius* 92. §. 1. *et l. Lucius* 93. §. *pen. de leg.* 3 Eandem quoque interpretationem recepit in stipulationibus d. *lex non tantum.* Hæc interpretatio porrigenda quoque est ad ædes venditas. In ea enim venditione eandem interpretationem habet, quam in venditione fundi, *l. uti optime, de verbor. signific.* Conjunge hanc *l.* cum *l.* 6. *comm. præd.* Una exceptio est juris hujus, *d. l. si cum fundum*, quoties additur aliquid illi formulæ, a quo interpretationem accipiat, ex eo, non ex sua natura explicanda est. Ei vero hoc adjectum est: *Jus fundi deterius factum non esse per dominum, præstabitur.* Itaque propter hanc adjectionem non præstabit liberum, ut formula significat, sed hoc tantum *jus fundi deterius factum non esse per dominum*, id est, dominum fundi purum, et absolutum tantum præstabit, liberum autem fundum a servitutibus non præstabit. Ita plerunque ex consequentibus præcedentia restringuntur, et explicantur *l. si venditor*, §. 1. *l. qui fundum*, §. *qui agrum*, *sup. eo l.* Latius quoque patet interpretatio hujus formulæ. Cujus rei exemplum est in *l. cum de lanionis* §. *item cum fundus, de instrum. leg.* ubi fundo legato sub hac formula, *uti optimus maximusque est*, instrumenta ea legata videntur, quæ ad id pertinent, in quo maxima pars fundi consistit. Idem dicitur apud Paulum *libro* 5. *Sent. tit.* 6. §. *fundo legato.* Itaque si hæc formula non est adjecta, *uti optimus maximusque est*, fundus præstari debet qualis est, id est, si liber sit, liber; servus, si servus sit. Hujus rei ratio est in *l. alienatio, inf. eod.* Hæc enim l. continet rationem hujus, et hæc l. continet exemplum illius. Nam quoties res aliqua alienatur, cum sua causa alienatur: ut fundus, si alienatus sit, si liber est, alienatur cum hac causa: si servus, alienatur cum eadem causa. Deinde in fine ejus *l. alienatio*, subjungitur exceptio, *præterquam si aliquid nominatim sit constitutum.* In quibus interpretandis fallitur valde Accursius. Ita enim interpretatur, præterquam si constitutione aliqua contra aliquid cautum fuerit, veluti *l.* 2. *C. si advers. vendit. l. cum notissimi*, *C. de præscr. trig. vel quadrag. ann.* Sed sciendum est, hanc leg. *alienatio* Pomponii esse: dictam vero leg. 2. *et l. cum notissimi*, esse Diocletiani et Justini. Quid igitur fieri posset, ut Pomponius, de illis constitutionibus cogitasset; quæ multis post eum seculis latæ sunt. Similis error Accursii est in *l.* 6. *sup. de restit. in integr.* Similis error in *l.* 3. *sup. de pet. hæred. et l.* 1. *C. de reb. cred. et jurejur. in fin.* Pomponii igitur verba sic interpretor, præterquam si nominatim aliquid convenerit inter contrahentes: Veluti si adjectum sit, *uti fundus optimus maximusque est*: hoc enim casu id ipsum præstandum est, de quo convenit, etiamsi non insit rei venditæ ex sua natura. Ita explicata est ea *l. alienatio*, et l. nostra hæc. Sed Accursius nobis negotium facit. Summa igitur sententia legis nostræ hæc est: qui vendidit fundum, *uti optimus maximusque est*, liberum præstare debet: qui vero simpliciter vendidit sine hac formula, vendidit cum sua causa. Ergo si servus sit, liberum præstare non debet. Accursius tamen existimat præstandum etiam esse hoc casu liberum. Quod existimo esse falsum. I. Quoniam Jurisconsulti constituunt differentiam inter fundum venditum sub hac formula, *uti optimus maximusque est*, et fundum simpliciter venditum

sine hac formula, in hac *l. et d. l. pen. de evict.* At si simpliciter fundus venditus esset, sine hac formula, liber præstandus esset. Nam etiam sine illa formula venditus, liber esset, quod est absurdum dicere. Altera ratio. Diserte hic exprimitur, cum sine hac formula venditus est, non præstari liberum. Eodem pertinet *d. l. pen.* ubi dicitur, venditorem evictionis nomine non teneri in eo jure quod tacite solet accedere, si non adjecta est illa conditio, *uti optimus maximusque fuerit.* Objicit Accursius *l. quoties* 61. *de ædil. edic.* eandem quoque Alciatus objicit. Respondeo, hæc l. nihil pugnat cum nostra sententia: Docet enim tantum quoties de servitute agitur, victum præstare debere quanto minoris. At negamus hic agi de servitute, idque aperte expressum est a Jurisconsulto *h. l. et d. l. pen.* Eodem modo respondendum est ad *l. sed si quid* §. 1. *de evict.* in qua legendum *servitus,* pro *servus,* ut docet *d. l. quoties,* et responsio ipsa. Vetustissimi quoque interpretes ita legerunt, ut Odofredus: *sed et si servitus evincatur.* Objicitur *l. in venditione* 41. *inf. de act. emp.* ubi vendita erat domus cum aquæductu, pro quo solvebatur pensio, de ea autem pensione in sententia nihil erat dictum: et ait Jurisconsultus, deceptum emptorem agere posse ex empto. Respondendum est in specie *l. in venditione*, non esse expressum, an vendita sit domus sub hac conditione; *uti optima maximaque est*, nec hoc quoque negatum est. Itaque in dubio ea potius interpretatio sequenda est, quæ juris definitionibus convenit. Interpretor igitur venditam esse domum sub hac formula, uti optima maximaque est, vel sub alia simili, quod obligat venditorem ad præstandam domum liberam omni servitute. Alciatus ad legem, *qui uti optimæ maximæque de verbor. signific.* aliud addit, nempe si quis sub hac formula, *uti optimus maximusque* emerit, nec fundus præstetur liber ab emptore, rescindi venditionem; id autem nullo jure probatur, nec ratione. Itaque non magis illi credendum est, quam alii, cum neque legem, neque rationem adducat. Deinde hoc esse falsum convincitur *hac l. nostra, et d. l. pen. de evict.* Ubi non dicitur rescindi venditionem hoc casu, sed liberum esse præstandum fundum, id est evictionis judicio propter servitutem cum venditore agendum.

Ad L. LIX.

Comprehensum erat lege venditionis, dolia sexaginta emptori accessura, cum essent centum. In venditoris fore potestate responsum est, quæ vellet, dare.

Duæ difficultates hic occurrunt, quarum utraque notatu, et memoria digna est: breviter, et concise rejectis ambagibus expediemus utramque. Una itaque est, an necessaria fuerit conventio, ut dolia accederent venditioni fundi: nam ipso jure videntur esse vendita cum fundo, nec necessaria est conventio, ubi ipso jure aliquid fit. Sed dicendum est quædam dolia accedere venditioni sine ulla conventione expressa, qualia sunt ea, quæ defixa sunt, vel defossa, de quibus non agitur h. c. Quædam vero non accedunt venditioni fundi, ut ea quæ moventur. Itaque in his necessaria fuit conventio, si vellet emptor ea accedere fundo, *l. cum fundus* 2. *inf. de instr. vel instr. leg.* Altera difficultas est: cum sunt centum dolia, et sexaginta tantum vendita sunt, venditoris videtur esse non dare, quæ vellet, sed emptoris potius esse accipere quæ velit, quia pactio obscura est, quam solemus interpretari adversus venditorem, et pro emptore, *l. Labeo, sup. eod.* Sed quod dicitur pactionem obscuram interpretandam esse contra venditorem, hoc ita accipiendum est, quoties alicunde certam interpretationem accipere non potest: Hic autem accipere potest certam interpretationem ex regula juris, qua traditum est, cum res incerta debetur, vel per alternationem, vel alio modo, electionem esse debitoris. Merito igitur eligit venditor, quæ velit dare. Similia sunt exempla *sup.* in *l. si ita distrahatur, et l. si in emptione* §. 1. *et* §. *pen. eod.* Interim tamen moneo auditores, ut videant *Observ.* 1. *cap.* 10. ubi notavi pro verbis *eum deberi, quem venditor elegerit*, supponenda esse verba, *quem emptor.* Explicuimus *l.* 61. in *l. suæ rei, supra.*

Ad L. LXII.

Qui officii causa in provincia agit, vel militat, prædia comparare in eadem provincia non potest: præterquam si paterna ejus a fisco distrahantur.

§. 1. *Qui nesciens loca sacra, vel religiosa, vel publica, pro privatis comparavit, licet emptio teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur: ut consequatur quod interfuit ejus, ne deciperetur.*

§. 2. *Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit: etiamsi res adsignata non sit.*

Hanc l. exposuimus quoque supra in *l. non licet ex officio*: præter id quod diximus ibi, addendum est, non solum, Rectores provinciarum, et ceteros prohiberi emere in provincia, sed et eorum officiales, *qui circa eos sunt*, inquit Jurisconsultus, *l. principalibus, sup. si cert. pet. l.* 3. *C. si cert. pet.* Et hoc accipiendum est de liberis, domesticis, assessoribus, et Comitibus

eorum, *l. un. C. de contract. jud. l. plebiscito, de officio præs. sup. l. diem functo, sup. de assessor.* id intelligendumque est de officialibus temporariis, qui ad tempus tantum in provincia officium gerunt, nam qui sunt perpetui, quales sunt actuarii, tabularii, viatores, non prohibentur emere in provincia, *l. præsidis, sup. si cert. pet.* Hac ratione Magistratus nostri, qui hodie in Gallia perpetui sunt, non prohibentur emere. §. 2. est a nobis explicatus *supra in l. loca sacra.* Postremus §. est a nobis explicatus in *l. quod sæpe, §. in his.*

Ad L. LXIII.

Cum servo dominus rem vendere certæ personæ jusserit, si alii vendidisset, quam cui jussus erat, venditio non valet. Idem juris in libera persona est, cum perfici non potuit in ejus persona, cui venditio dominus venire eam noluit.

Dubitatio hujus §. primi in eo est, quod quæ necessaria sint ad venditionem, ea hic intervenerint. Itaque videtur emptio esse perfecta, et valere. Nam intervenit pretium, merx, et consensus ejus qui vendidit: qui solus est necessarius. Quamquam enim plerumque res aliqua acquiratur, tamen illius solus consensus est necessarius, qui emit vel vendidit, *l. in hujusmodi, sup. h. t.* Sed idcirco non valet venditio, quia mandatum est ut certæ personæ res venderetur, et vendita non est ei certæ personæ: nam hoc casu propter mandatum necessarius est consensus mandantis, non autem vendentis tantum, *l. sed si servo, sup. eod.* Defuit autem hic consensus mandantis, quia voluerat alii vendi, quam cui vendita res est. Est autem in hoc §. exemplum regulæ illius, quæ traditur in mandato, mandati scilicet fines esse diligenter custodiendos, *l. diligenter, sup. mand.* Quod nos monet, ut conjungamus hanc *l. cum l. ita ut* 36. *sup. mand.* quæ ex eodem libro sumpta est, et plurima ejusdem regulæ exempla habet.

Ad §. 1. Demonstratione.

§. 1. *Demonstratione fundi facta, fines nominari supervacuum est, si nominentur, etiam ipsum venditorem nominare oportet: si forte alium agrum confinem possidet.*

Hæc regula hic traditur: in venditione fundi oportet fines demonstrari, *l. Titius hæres, inf. de act. empt.* ubi additur non necesse esse eos nominari. Ex quo nascitur hujus *l.* difficultas, quia propter fines non nominatos videtur incertus fundus venditus, et proinde nulla est venditio. Sed demonstratio est nominis vice. Nihil enim interest, an proprio nomine res aliqua nominetur, an vero alio modo quolibet demonstretur, *l. certum* 6. *sup. si cert. pet. l. si in rem, sup. de rei vind. l. nominatim, inf. de condit. et demonstr.* Objicit Accursius *d. leg. Titius hæres.* Dicendum est, eam legem nihil pugnare cum hoc loco, sed potius cum eo congruere: nam illic dicitur fines esse ostendendos: hic vero demonstrationem fundi esse faciendam, quæ eadem sunt. Demonstratio enim fundi fieri non potest nisi finibus ostensis. Sed hic præterea additum, ubi fines ostensi sunt, non opus esse nominari. Rursus objicit *l. quod sæpe §. ult. sup.* ubi dicitur, confinem non esse celandum in venditione fundi. Hic autem dicitur supervacuum esse nominare. Respondeo, diversas esse has species: nam illic agitur de confini, id est, vicino nominando. Hic vero de finibus, et limitibus ostendendis. Inter quæ plurimum interest. Hoc autem imposuit Accursio, quod hoc loco legit confines, ut in *d. §. ult. d. l. quod sæpe,* legitur, *confinem.* Hic autem legendum est *fines,* non *confines,* ut in Florent. et aliis libris. Si quis instet, fines non posse demonstrari non nominato vicino, et hic quoque ita perinde nominandum fuisse vicinum atque illic: respondendum est, discrimen aliud inter has species indicari ex his verbis *d. §. ult. confinem celaverit, quem emptor, si audisset, empturus non esset.* Hic enim nullus talis vicinus fuit; proinde non necesse fuit nomen ejus exprimi. *Si autem non nominentur.* Haloander addit hanc negationem, sed male. In Flor. enim legitur, si *nominentur,* quæ lectio melior est.

Ad L. LXIV.

Fundus ille est mihi et Titio emptus. Quæro, utrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondi, personam Titii supervacuo accipiendam puto: ideoque totius fundi emptionem ad me pertinere.

Quæro, an venditio in totum, aut in partem consistat? Videbatur venditio tantum consistere in partem, hoc est, emptoris, et pro parte Titii esse nulla, quia Titius non contraxit, et alii per alium acquiri non potest, *l. stipulatio ista, §. alteri, de verb. oblig. et tit. per quas person. nobis acquir. Instit.* Deinde eadem de causa stipulatio hoc modo concepta, id est, ab altero, in personam absentis nulla est. Contractus quoque de constituta pecunia nullus est, *d. §. alteri, l. cum quib. de constit. pecun.* Responsum tamen est, emptionem valere, et quod Titio acquiri non potest, id acquiri emptori, et perinde esse, ac si Titius totum fundum emisset. Rationem juris hujus vulgo hanc reddunt, quod in contractibus est locus juri accrescendi. Falsa est hæc sententia: nam jus accrescendi locum

habet in hæreditatibus, legatis, et testamentis, non autem in contractibus, et ll. omnes quæ loquuntur de jure accrescendi, de legatis, et de hæreditatibus loquuntur, nullæ autem de contractibus: maxime *l. unic. C. de caduc. tollend.* quæ de jure accrescendi lata est, loquitur de donationibus causa mortis, testamentis, et de hæreditatibus, de contractibus nullam mentionem facit. Postremo rationes juris repugnant, ut jus accrescendi locum habeat in contractibus: nam quoties locus est juri accrescendi, id alii accrescit, quod ab uno repudiatum, aut morte interveniente, vel alia idonea causa peti non potest. At hoc loco, non est repudiatum ab uno, nec ab eodem petitum: neque id etiam facere potuit, cum nihil juris habuerit: nam nec ipse contraxit, nec mandavit ut contraheretur nomine suo. Objiciunt locum esse juri accrescendi in usufructu, *tit. de usufructu accrescendo*, *sup.* et usumfructum constitui pactionibus et stipul. §. 1. *Instit. de usufr. l. 3. sup. de usufr.* Ergo in contractibus esse locum juri accrescendi. Respondeo non esse locum juri accrescendi in usufructu pactionibus vel stipulationibus constituto, sed in usufructu legato tantum, quod ipse *t. de usufr. accresc.* indicat. Cujus ll. omnes loquuntur nominatim de usufructu legato, non autem pactionibus aut stipulatione constituto. Objicitur *l. proprium, sup. comm. præd.* ubi si quis servitutem sibi et alteri sit stipulatus, adiectio alterius pro supervacua habetur, et tota servitus acquiritur stipulatori. Respondeo: hoc non fieri jure accrescendi, sed propter naturam rei, hoc est, servitutis, quæ individua est, nec patitur ut quidquam decrescat, vel de ea minuatur. Objicitur postremo hæc l. nostra, ubi res individua non est sua te natura, tamen videtur locus juri accrescendi. Respondeo: emptum fundum totum acquiri emptori non jure accrescendi, sed ex æquo et bono, quia tam emptori quam venditori expedit ita fieri: venditori, qui non contraxit cum Titio, pretium ab eo petere non potest. Deinde, non vendidisset fundum nisi totum. Emptori vero expedit, qui citra mandatum Titii emit, et Titius forte ratum postea non est habiturus. Deinde empturus non fuisset nisi totum. Preterea utrique expedit, totum fundum esse emptum uni, et in communionem non incidere, ad quam nemo invitus est compellendus, *l. si non sortem*, §. *si 100. sup. de condict. indeb. l. si quis animalia 46. de solut. l. cum pretium*, §. *dulcissimis*, *de leg.* 2. Huc pertinet *l. quod si uno, infr. de addict. in diem.* Et hæ sunt rationes quidem, cur tota res hic vendita sit, non propter jus accrescendi. Objicitur rationi hujus legis nostræ vel huic legi *l. mihi* 110. *de verb. oblig.* ubi stipulatus 10. sibi et alii, 5. tantum sibi acquirit non tota 10. pro parte ergo valet contractus, non in totum, ut hic. Dicendum est, illic agi de contractu stricti judicii, quod strictissime solemus interpretari, nec verbis ejus favemus, ut ea per interpretationem ex æquo et bono ad alia producamus, *l. quicquid adstringendæ, de verb. oblig. inf.* Hic autem est contractus bonæ fidei, in quo ex æquo interpretamur, et voluntatem et utilitatem contrahentium magis quam verba spectamus. Objicitur item *l. eum qui*, §. *item si mihi sup. de constit. pec.* ubi non potest acquiri obligatio constitutæ pecuniæ per alium. Itaque nec emptio quoque per alium acquiri posse videbatur. Dicendum est diversas esse species magis, quam contrarias. Nam in eo §. *Item*, nulla pars obligationis acquiritur, quia tota erat collata in personam alterius. In hac autem specie pars tantum contracta est in personam alterius, pars vero in personam ex contrahentibus. Et idcirco pars collata in personam alterius, huic accedit propter naturam rei: suapte quidem natura individua non est, sed propter utilitatem contrahentium. Lex 65. explicata est in l. 20.

Ad L. LXVI.

In vendendo fundo, quædam, etiamsi non condicantur, præstanda sunt: veluti ne fundus evincatur, aut ususfruct. ejus. Quædam ita demum si dicta sint, veluti viam, iter, actum, aquæductum præstatu iri. Item et in servitutibus urbanorum prædiorum.

Hæc l. 5. habet §§. omnino dissimiles. De §. 1. dicemus prius. Æquum est ea venire in venditionem, quibus non præstitis nimium falleretur emptor, et res ipsa abesset. Tametsi igitur dictum non sit, ut fundi evictio præstetur, aut ususfructus evictio, hæc tamen præstanda sunt, perinde ac si nominatim de iis convenissent: nam his non præstitis res abesset, sine qua emptio non consistit. Huc valde pertinet *l. ex empto*, *inf. de act. empt.* Ubi dicitur, hoc naturaliter inesse judicio empti, ut res præstetur: et sane venditor præstare debet habere licere, *l. emptor*, *eod.* quod non esset, si res abesset, aut ususfructus. Prima igitur exempla earum rerum, quæ præstantur, tametsi expressæ non sint, sunt rei evictio, et ususfructus evictio. Subjicio nunc duas generales exceptiones hujus regulæ. Una est in *l. si fundum*, *C. de evict.* nisi emptor sciens alienum fundum esse, emerit, hoc enim casu non præstat evictionem fundi venditor. Non videtur enim deceptus, qui sciens alienum fundum emit, et imputare sibi debet, qui non caverit, cum cavere possit. Secunda est in *l.* 1. *C. eod.* Nisi fundus aliquis ex vendita hæreditate evictus sit:

non enim hoc præstat venditor: nam quoties venditur hæreditas, jus quoddam venditur, non res certa. Tametsi igitur fundus aliquis ex hæreditate evictus sit, aut res quævis aliena, non desinit jus venditum esse. Imo etiamsi res omnes hæreditariæ evincantur, nullam earum præstare debet venditor: quia hoc jus qui emit, speciem tantum quandam emit, non rem certam. Itaque si in hæreditate nihil reperiatur, non desinit valere emptio: ut nec missilium atque jactus retis in mare, tametsi neque missilia capta sint, neque pisces, *l. nec emptio, sup. h. t. l. quod si in venditione, et seq. infr. de hæred. vel act. vend.* Alterum exemplum eorum quæ præstantur, etsi dicta non sint, est in *l. si cum fundum, inf. h. t.* Imo plura sunt exempla hujus rei in ea *l.* Primum enim exemplum est, præstandam esse bonam fidem et diligentiam a venditore, tametsi expressum hoc non sit. Idem dicitur in *l. 5. §. nunc videndum, sup. commod.* Hoc autem fit, quia utilitas utriusque, hoc est, emptoris et venditoris in hoc contractu vertitur. Alterum est, præstandum esse dolum, etiamsi non dicatur, *d. §. nunc videndum, et l. ea quæ commendandi, §. ult. h. t.* Ita explicata est lex, *si cum venderes, inf.* nisi quod Accursius hic quærit, si venditor tradere possit rem venditam, num res ab eo vindicari possit? Et existimat vindicari posse. Ego autem nego posse: quia emptor cui nondum res tradita est, non est dominus, *l. cum qui inf. de furt.* Itaque non potest agere rei vindicatione, quæ soli domino competit, et hoc expressum est in *l. Quintus 41. inf. de act. emp. l. qui pendentem 26. eod. l. si agens, sup. de rei vindic. l. servum, C. de rei vind.* Quædam sunt, quæ non sunt præstanda nisi dicta sint: ea videlicet, quibus non præstitis non nimium falleretur emptor, et res vendita non desineret esse integra. Ejus generis sunt, iter, via, servitutes rusticæ, urbanæ. Ex quo convincitur manifeste error Accursii, quem nuper reprehendi in *l. cum venderes, sup. h. t.* Hic enim dicitur nominatim, servitutes non esse præstandas, nisi nominatim hoc convenerit.

Ad §. 1. *Si cum servitus.*

§. 1. *Si cum servitus venditis prædiis deberetur, nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit, et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit: quidam recte putant, venditorem teneri ex empto ob dolum.*

Servitus statuto tempore amittitur, *tot. tit. quibus modis servit. amit. sup.* Ubi Jurisc. perpetuo utitur his verbis: *Servitus amittitur statuto tempore.* Hoc statutum tempus apud veteres fuit biennium. Paulus *tit. de servitutibus lib. 1. Sent. l. pen. C. de servitutibus et aqua.* Et existimo apud Jurisc. olim lectum fuisse *biennio, pro, statuto tempore.* Sed illud *biennio* immutatum fuisse a Triboniano propter *l. pen. et ultim. C. de servit. et aqua*, ubi constitutum est a Justiniano, ut servitus inter præsentes quidem amitteretur 10. annis: inter absentes vero 20. Ne igitur responsa Jurisc. his constitutionibus repugnarent, scripsit Tribonianus *statuto tempore*, pro, *biennio.* Eodem modo mutavit *l. Attilicinus 17. inf. de pact. dotal.* Dos olim re mobili constans exigebatur annua, bima, trima die. Ulpianus *tit. de dotibus.* Hodie vero exigitur statim post annum finitum. Cum igitur scriptum esset in ea *l. Attilicinus*, annua, bima, trima, ita mutavit Tribonianus, *statuto legibus tempore:* finge nunc: servitutem amisit emptor non utendo per statutum tempus, hoc est 20. inter absentes, et non usus est, quia nesciebat jus servitutis sibi competere, idque reticuerat venditor in vendendo, itaque commisit dolum. Nam dolum commissum esse arguit scientia, quæ in mala fide constituit venditorem, *l. si sciens sup. h. t. l. si fidejussor 29. in princ. sup. mand. et l. ea quæ commendandi, §. ult. sup.* Venditor enim hic insidiose et obscure dissimulavit. Apparet igitur dolum esse commissum: propter hunc dolum tenetur actione ex empto. Itaque si venditor non sciverit eam servitutem deberi, est bonæ fidei venditor et statim securus est, *arg. d. l. fidejussor. §. 1. et §. si cum debitor, et l. si procurat. 8. §. pen. sup. mand.*

Ad §. 2. *Quintus Mutius.*

§. 2. *Quintus Mutius scribit: qui scripsit ruta cæsa, quæque ædium fundive non sunt: bis idem scriptum: nam ruta cæsa ea sunt, quæ neque ædium, neque fundi sunt.*

Quis scripsit puto legendum. Ita legitur in Flor. In *l. venditionis* solita sunt addi hæc verba: *Ruta cæsa. Varro lib. 8. de ling. lat. Cic. 2. de Orat. et in fine Top.* Festus Pompejus, ruta cæsa ita explicat: *Ruta cæsa dicuntur, quæ venditor possessionis usus sui gratia concidit, ruendoque contraxit.* Quibus verbis hoc significat: cum vendebatur possessio vel fundus, venditor excipiebat quidquid cæsum aut rutum esset. Nonius Marcell. explicat *ruta, diruta*, et citat ex *lib. 2. Georg. Virgilii.* Eadem est Interpretatio Jurisconsult. in *l. fundi 17. §. 3. inf. de act. empt.* Ubi adfert exemplum rutorum et cæsorum. Hinc apparet, recte dictum esse in hac lege. Ruta cæsa quæque ædium non essent: bis idem scriptum esse. Nam quæ sunt ruta et cæsa ædium non sunt, *l. granaria 18. de action. empt.* Ubi tegulæ nondum ædificiis impo-

sitæ in rutis et cæsis habentur. Id quoque confirmatur *l. in rutis* 241. *inf. de verb. signific.* ex quibus licet intelligere vitiosam esse scripturam leg. *si venditor*, §. *Firmus* (in Florentinis) *inf. de act. empt.* Ubi ruta, cæsa, et vincta fixaque eodem loco ponuntur. At vincta et fixa ædium sunt. Ruta vero et cæsa ædium non sunt, et nominatim dicuntur ædibus non esse affixa, *d. l. fundi*, *dict. l. in rutis*, *dict. l. granaria*, et in hac ipsa *l. si venditor*, in Florent. Itaque in illa *l. si venditor*, ita legendum est: *An hæ ut vincta fixaque ædium essent, an ut ruta cæsaque non essent ædium.* Et ita hæc lex *si venditor*, si ita legatur, convenit cum aliis locis juris, quos citavi. Superest unus locus Cicer. *libro* 2. *de Oratore*: de hac re objicit Crassus Bruto, quod in ædibus vendendis rutis cæsis receptis, solum paternum non recepisset. Qui locus mire torquet aliquem interpretem. Quærit enim cur illi objiciatur, quod solum paternum in rutis cæsis non receperit, cum certum sit, solum non contineri appellatione rutorum cæsorum, ex *d. l. rutis.* Dicendum est, solum in eo loco, non accipi pro reliquiis soli paterni, ut existimavit, sed pro sella, in qua Jurisconsulti sedentes respondebant. Itaque nonnulli eo quoque loco *solium* legunt, quod idem significat, et utramque dictionem usurpat Festus in *d. sella.* L. 67. explicui *l. cum venderes.* L. 68. *in* 66.

Ad L. LXIX.

Rutilia Polla emit lacum Sabatenem angularium, et circa eum lacum pedes decem. Quæro, numquid et decem pedes, qui tunc accesserunt: sub aqua sint, quia lacus crevit: an proximi pedes decem ab aqua Rutiliæ Pollæ juris fiunt. Proculus respondit: Ego existimo eatenus lacum, quem emit Rutilia Polla, venisse quatenus tunc fuit, et circa eum decem pedes qui tunc fuerunt, Nec ob eam rem, quod lacus postea crevit, latius eum possidere debet, quam emit.

Quæstio est in eo, an intelligamus 10. pedes esse venditos circa aquam cum lacus crevit, an vero cum in eo statu est lacus, in quo fuit cum venderetur. Difficultas nascitur ex hac juris definitione, quod commoda omnia, quæ accedunt rei venditæ, pertinent ad emptorem, et maxime quod alluvione accrescit fundo. In qua specie videmus versari §. *cum autem*, *Instit. eod. l. id quod, inf. de peric. et comm. rei vend. l.* 1. *C. de peric. et comm. rei vend.* Cum igitur lacus creverit, videntur 10. pedes jure alluvionis acquisiti esse emptori. Respondet tamen, venditum intelligi fundum in eo statu, in quo fuit cum emeretur. Itaque si lacus creverit, 10. pedes venditi aqua teguntur, neque intelligendi sunt 10. pedes ab aqua quæ nunc crevit. Ratio hujus decisionis hoc jure nititur, quod lacus accessionem vel decessionem non recipit, *l. vicinus*, §. *ult. inf. de aqua pluvia arc. l. lacus inf. de acquir. rer. dom.* Ubi pro *exarescant*, legendum est *decrescant.* Ita legit vetustissimus interpres Goffredus. Et ratio hanc lectionem confirmat: ibi enim recte opponuntur crescere et decrescere quam crescere et exarescere. Et ita hæc verba opponuntur in *d.* §. *ult. l. vicinus.* Deinde locus est, qui perpetuam habet aquam, *l.* 1. *ut in flu. publ. navig. lic.* Perpetuam autem non haberet aquam si exaresceret: lacus quoque debet esse perpetuus *l. via*, §. 1. *sup. de servit. rustic.* perpetuus non esset si exaresceret. Acc. *d. l. vicinus*, §. *ult.* sic legisse videtur etiam. Hanc lectionem in Observat. meis observo, sed eam nunc aliis rationibus firmo.

Ad L. LXX.

Liberi hominis emptionem contrahi posse, plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat, quod idem placet etiamsi venditor sciat, emptor autem ignoret. Quod si emptor sciens liberum esse, emerit: nulla emptio contrahitur.

Hanc lege explicuimus in *l.* 4. *sup. de contr. empt.* et in *l. si in empt.* §. *liberum hominem, sup. Plerique existimaverunt.* Hæc verba sunt probantis, non dubitantis, neque negantis.

Ad L. LXXI.

Imperatores Antoninus et Verus Augusti Sexto Vero in hæc verba rescripserunt: quibus mensuris aut pretiis negotiatores vina compararent, in contrahentium potestate esse: neque enim quisquam cogitur vidère, si aut pretium aut mensura displiceat, præsertim si nihil contra consuetudine regionis fiat.

Varia fuerunt rerum pretia pro rerum varietate. Et inde nata est difficultas hujus l. et *l. vinum*, *sup. si cert. pet l. ideo, de eo quod certo loco*, *l. pretia. inf. ad l. Falcid.* Res quoque variis mensuris, et ponderibus venditæ fuerunt, ut apparet ex hoc loco, *et l. arbitrio* §. *de eo, sup. de dolo.* Imo in eadem regione plerunque sunt diversa rerum pretia et pondera. Itaque nulla fit injuria juri publico, si conveniat de certa mensura vel pondere quibus res vendatur, et huic conventioni standum est. Interposita est enim super adminiculis contractus, de quibus arbitrio nostro paciscimur, *l. pacisci*, *de pact.* Nam sane super iis rebus, ex quibus emptionis substantia consistit, non licet

contra jus publicum pacisci, *l. seq. et l. jus publ. sup. de pact.* Non est tamen hinc inferendum, non licere contra regionis consuetudinem pacisci: hoc enim ad substantiam contractus non pertinet. Idque nominatim est expressum in *l. circa, C. loc.* In qua l. delendum est pronomen *hoc*, et pro *potest*, legendum *possunt*.

Ad L. LXXII.

Pacta conventa, quæ postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur. Quæ vero adjiciunt, credimus hoc non inesse. Quod locum habet in his, quæ adminicula sunt emptionis: veluti ne cautio duplæ præstetur, aut ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur. Sed quo casu agente emptore, non valet pactum: idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. An idem dici possit, aucto postea, vel diminuto pretio, non immerito quæsitum est: quoniam emptionis sub tantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo, vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu, et nova emptio intercessisse videtur. (*)

Pacta, et pacta conventa idem significant. Hoc indicat *l. jurisg. §. idem responsum, sup. de pact.* ubi in eadem re solo verbo pacti utitur. Hoc indicat §. *ait Prætor, d. l. jurisg.* ubi pacta conventa dicuntur, quæ toto tit. de pact. dicuntur pacta simpliciter. Plerumque hæc nomina separantur, et altero eorum tantundem significatur quantum utroque. Plerumque conjunguntur: unam tamen rem tantum et eandem significant. Hinc Paulus *lib.* 1. *Sent.* inscripsit titulum, *de pactis, et conventis*. Hinc Cicero *pro Cæcinna*, *quæ judicia, aut stipulationis, aut pacti, aut conventi formula*. Pacta quoque nuda, et pactiones idem significant. II. Sciendum est, adminicula emptionis esse, quæ juvant contractum, quæ sunt subsidio et auxilio contractui, sine quibus tamen consistit contractus, ut cautio duplæ. Est autem cautio duplæ, qua rei pretium promittitur in eum casum, quo evincatur, *l. cum fundus* 48. *l. si dictum* 56. *in princ. de evictlon. inf.* Harmenopul. *lib.* 1. *tit.* 9. vertit τίμημα εἰς τὸ διπλοῦν, id est, *pretium in duplum*, sive duplum pretii. Hujus quoque dupli meminit Varro *lib.* 2. *c.* 10. *de re rus.* Hæc adminicula emptionis debent esse extra naturam contractus, *l. jurisgen. §. item responsum, sup.* Ex quibus apparet error Accursii, qui existimavit naturalia esse contractus *accidentalia*. Nam si adminicula, et ea quæ sunt extra naturam, eadem sunt, sequitur, ea quæ sunt secundum naturam vel naturalia esse, quæ adminiculis sunt accidentalia. Ex his quoque apparet substantiam et naturam eadem esse, et iisdem rebus constare. Videamus nunc de lege ipsa *pactorum*, quæ ex intervallo adjiciuntur contractui: quædam interponuntur super adminiculis contractus, quædam super substantia contractus. Quæ interponuntur super adminiculis, ea vel addunt vel detrahunt contractui: quæ addunt, non insunt contractui: quæ detrahunt, insunt. Exemplum eorum quæ addunt, est, ut cautio duplæ præstetur cum fidejussore. Solebant enim in emptione tantum cavere de dupla, non autem satisdare, id est, fidejussorem dare, *l. emptori*, *inf. de evictio.* Hoc igitur pactum non inest contractui. Itaque ait Jurisconsultus: quo quidem casu agente emptore non valet pactum, id est, hoc pactum emptori non prodest, nec ejus actionem informat. Intelligo igitur hoc pactum non inesse, ut producat actionem: nam quod attinet ad exceptionem, prodest ut omnia alia pacta, ex quibus exceptio, non actio nascitur. Et huc pertinent verba hæc hujus *l. idem vires habebit jure exceptionis agente venditore.* Quæ significant, hoc pactum tribuere exceptionem emptori, quod non potuit illi tribuere actionem. Et proinde dictum fuit initio, non inesse, hoc est, non informare actionem venditoris. Exemplum eorum pactorum quæ detrahunt, est, ne cautio duplæ præstetur. Solebat enim præstari hæc instituto et more perpetuo contrahentium. Inest igitur contractui hoc pactum, sed jure exceptionis, hoc est, ut id ad exceptionem prosit. Si igitur petatur cautio duplæ a venditore, hac exceptione se tuebitur. Idcirco autem adjecimus initio divisionis, ex intervallo: quia si pacta facta sunt in continenti, aliam vim habent: nam formant ipsam actionem, id est, formam et legem dant contractui, *d. l. Jurisconsultus §. quinimo, l. cum dotem, C. de jure dot. l. si fundum, et l. initio, C. de pact. inter. empt. et vend.* Itaque si in continenti adjectum sit, ut cum fidejussore cautio duplæ præstaretur, hoc pactum informabit actionem, ut juxta illud actionem instituere possimus. Objicitur lex *in bonæ fidei* 13. *Cod. de pact.* Ubi dicitur actio ex pacto in continenti adjecto dari, cum nunc diximus actionem tantum ex pacto informari. Respondeo in illa *l. in bonæ fidei* interpretandum est *ex pacto*, propter pactum vel secundum pactum. Sic Latini auctores usurpant præpositionem *ex*. Vulgo enim dicitur, ex præscripto, ex consuetudine, id est, juxta præscriptum, consuetudinem. Hoc sensu non pugnabit quod diximus, sed conveniet cum *d. l. in bonæ fidei*. Hoc enim significabit *d. l. in bonæ*, juxta pactum dari actionem, id est, actionem ex

(*) *Vide Meril. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 25.

pacto. Formam accipere, non autem dari actionem ex pacto. Pacta vero, quæ interponuntur super iis, quæ ad substantiam contractus pertinent, ut super pretio, re, consensu: in his enim substantia emptionis consistit, ut hic *et l. 3. C. eod.* Ea, inquam, pacta insunt contractui, *l. jurisg.* § *adeo, sup. de pact.* Ubi dicuntur ex eodem contractu esse, hic dicuntur inesse contractui. In his pactis ita distinguendum est: hæc pacta vel interposita sunt re integra, vel non integra. Si res integra non est, nulla nascitur actio ex his pactis. Si vero res integra est, receditur his pactis ab emptione, et nova emptio fit, *d.* §. *adeo*, *l. si unus* §. *pactus ne peteret*, *sup. de pact.* Et utrumque est expressum in *l. 2. de rescind. vend.* Et quemadmodum a tota emptione novo pacto recedi potest, ita ab ejus etiam parte, *d.* §. *adeo, et d.* §. *ne peteret.* Et Jurisconsulti his casibus dicunt, contractum esse reformatum, renovatum, et repetitum, *l. jurisgentium* §. *quinimo*, *de pact.*

Ad §. 1. *Papinianus.*

§. 1. *Papinianus: lege venditionis illa facta*, Si quid sacri, aut religiosi, aut publici est, ejus nihil venit. *Si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio ejus valebit, nec venditori proderit exceptio, quæ non habuit locum.*

Publicorum duo sunt genera. Quædam sunt vel in usu publico populi, quædam in patrimonio. Quæ sunt in usu publico, vendi non possunt, ut campus Martius. Quæ in patrimonio, vendi possunt, ut hic. Itaque si venditum aliquid sit ex iis, quæ sunt in patrimonio populi, et postea velit venditor objicere hanc exceptionem, *si quid sacri, aut religiosi*, quæ solita fuerat addi emptioni, *l. hanc legem, sup. eod.* Ea exceptio non proderit, neque oberit, quo minus recte res sit vendita publica. Objicitur *l. apud Julianum* §. *ult. inf. de legat.* 1. Acc. solvit, ibi fuisse redacta sub procuratore Cæsaris, hic vero non. Hanc solutionem vitiosam esse indicat *l. 1. sup. de offic. procurat. Cæsar.* ubi redacta sub procuratore Cæsaris vendi non possunt a procuratore Cæsaris. Dicendum igitur est, conciliationem hujus contrarii petendam esse ex verbis ipsius *l. apud Julianum*, in his verbis: *Commercium eorum non est, nisi ex jussu Cæsaris.* Idem dicitur in *d. l. 1. de officio proc. Cæsar. l. si curator 8. inf. de jure fisci*, quæ conjungenda est cum *d. l.* 1.

Ad L. LXXIII.

Ædes sacra terræ motu diruta, locus ædifici non est profanus: et ideo venire non potest.

Explicuimus §. 1. in l. 4. et hic locus est in §. *sacræ, Institut.*

Ad §. 1. *Intra maceriem.*

§. 1. *Intra maceriem sepulchrorum hortis vel ceteris culturis loca pura servata, si nihil venditor nominatim excepit, ad emptorem pertinent.*

Loca pura opponuntur religiosis. Observandum, hoc esse sumptum ex Papin. Ille autem supra l. prox. proposuit exceptionem addi solitam in emptione fundorum. *Si quid sacri*, etc. Finge igitur: fundum esse venditum hac exceptione, *l. si quid sacri, aut religiosi.* Certum erit hoc casu sepulchra esse excepta: quia sunt loca religiosa, quæ vendi non possunt, *l. 6.* §. *ult. l. 8.* §. *si quis, l. 12.* §. *Senatusconsulto, de religiosis et sumpt. fun.* Et sane ex verbis apparet non fuisse vendita sepulchra. Sed quæritur, an loca pura intra maceriem sint excepta? Quæstionem faciebat, quod sepulchra excepta sint, et hæc loca conjuncta sunt sepulchris. Itaque propter conjunctionem et accessionem videntur debere excipi. Respondet tamen, non esse excepta, et eo ipso, quod excepta non sunt, vendita esse.

Ad L. LXXIV.

Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint: quo facto, confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea, quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio confestim inchoabitur.

Solo consensu perficitur emptio, sed solo consensu non transfertur dominium rei emptæ, *l. eum qui emit, de furt. l. traditio, C. de pact.* Necessaria enim præter consensum rei traditio. Cujus ratio quædam hic traditur et effectus. Ratio rei tradendæ est per clavium traditionem apud horrea: idem dicitur in *l. qua ratione* §. *item si quis, inf. de acq. rer. dom.* §. *item si quis Inst. de rer. divis. l. 1.* §. *pen. inf. de acq. pos.* Quib. omnib. locis addenda est interpretatio ex his ll. videlicet ita videri dominium translatum per clavium traditionem, si claves apud horrea traditæ fuerint. Ita enim videtur esse apprehensa possessio corpore, quæ oculis tantum et aspectu apprehensa est, *l. quod meo, inf. de acq. possess.* Clavium autem traditio fuit vetus symbolum transferendi dominii: olim enim cum uxor in domum admittebatur, et domina particepesque rerum constituebatur, claves illi tradebantur. Contra vero cum divortium fiebat, et dominium rerum illi auferebatur, claves adime-

bantur. *Cic. 2. Philipp. Mimam illam res suas sibi habere jussit ex 12. tab. claves ademit, exegit.* Quanquam enim nonnulli eodem loco legant, *addidit*: malo tamen, *claves ademit*, quia in nonnullis veteribus libris ita reperitur; et Nonius Marc. ita legit in verbo *Eximere.* Effectus hujus traditionis est dominium transferre, si dominus fuit qui tradidit: nam plus juris transferre non potuit, quam habuit, *l. traditio, de acquir. rer. domin.* Si dominus non fuit qui tradidit, emptor tamen habet jus usucapiendi. Idque obtinuit propter bonam fidem emptoris, qui ignoravit rem alienam sibi esse traditam, §. 2. *de usucapion. Inst. l. sed etsi* §. *Marcellus*, §. *prætor*, §. *ult. sup. de Public.* quæ jungenda est cum *l. si res aliena* 10. *de usucap.*

Ad L. LXXV.

Qui fundum vendidit: ut eum certa mercede conductum ipse habeat; vel, si vendat, non aliis, sed sibi distrahat: vel simile aliquid paciscatur: ad complendum id quod pepigerunt, ex vendito agere poterit.

Duo sunt pacta emptionis in hac l. quib. similia sunt *l. si sterilis* §. *si sibi*, *de action. empt.* et *l. 2. C. de pact. inter empt.* Difficultas in his pactis nascitur. Primo, quod in priore pacto emptionis videtur deesse pretium. Itaque nulla esset emptio. Deinde, quod ex utroque pacto Jurisc. dat actionem, cum tamen pacta nullam actionem producant. Ad primam difficultatem respondeo, vi et potestate inesse pretium in priore pacto. Ita respondet Jurisconsultus in *d. l. si sterilis* §. *si tibi.* Ad secundam respondeo, utrumque pactum appositum fuisse emptioni ex continenti, vel potius in ipso contractu. Itaque merito actionem producere, *l. jurisg.* §. *qui minor*, et §. *adeo*, *de pact.* Ideo etiam ex posteriori pacto dari actionem præscriptis verbis, *l. 2. C. de pact. inter. empt.*

Ad L. LXXVI.

Dolia in horreis defossa, si non sint nominatim in venditione excepta, horreorum venditioni cessisse videri.

Hæc l. explicata est *sup. l.* 40. *dolia.* Ad eam interpretationem hoc addo: vincta, fixaque sunt horreorum vel ædium, *l. si venditor hominis, de action. empt.* Dolia igitur defossa cum sint horrei, merito accedunt emptioni horreorum.

Ad §. 1. *Eum qui.*

§. 1. ***Eum, qui in locum emptoris successit***, *iisdem defensionibus uti posse, quibus venditor ejus uti potuisset: sed et longæ possessionis præscriptione, si utriusque possessio impleat tempora constitutionibus statuta.*

Emptor iisdem defensionibus utitur, quibus venditor. Difficultatem hic facit, quod factum alienum alteri neque prodesse, neque præjudicare debet. Æquum tamen visum est, ut auctoris defensiones prodessent emptori, et ita non tam factum alienum videtur quam idem factum continuari inter emptorem et venditorem: ita ut si venditor possederit quinque annis inter præsentes, 10. inter absentes, et totidem quoque annis emptor possederit, hoc tempus sufficiat ad usucapionem complendam. Perinde enim habet ac si unus, ac semper possedisset. Id rescriptum est a D. Severo et Anton. §. *inter vend. Inst. de usucap.* Id quoque comprobatum est auctoritate multorum Imperatorum, et Jurisconsultorum, *l. super longi, C. de præscript. longi temp. l. ult. C. si quis ignor. rem min. emerit*, *l. id tempus*, *et l. si hominem*, *de usucap. l.* 1. §. *emptori*, *pro empt. l. Pomponius*, §. *præterea*, *de acq. pos. l. de acces. et l. pen. de divers. et temp. præscr.* Adeo autem verum est continuari poss. inchoatam a venditore, ut etiamsi emptor sciat alienam rem esse, non tamen interrumpatur usucapio, sed semper continuetur. Mala enim fides superveniens recte inchoatam usucapionem non vitiat, *l. un. C. de usucap. tsansform.*

Ad L. LXXVII.

In lege fundi vendendi lapidicinæ in eo fundo, ubique essent, exceptæ erant, et post multum temporis in eo fundo repertæ erant lapidicinæ. Eas quoque venditoris esse, Tubero respondit. Labeo, referre, quid actum sit, si non appareat, non videri eas lapidicinas esse exceptas: neminem enim nec vendere, nec excipere quod non sit: et lapidicinas nullas esse, nisi quæ apparent, et cædantur. Aliter interpretantibus totum fundum lapidicinarum fore, si forte toto eo sub terra esset lapis: hoc probo.

Difficultas hujus legis consistit in obscuritate pacti, quo lapidicinæ exceptæ fuerant. In quo sent. Labeonis probata est existimantis lapidicinas quæ nusquam apparebant tempore venditionis, non pertinere ad venditorem, sed ad emptorem: duabus rationib. nititur Labeo. Prior ducta est ex interpretatione lapidicinarum. Lapidicinæ sunt quæ apparent, et in quibus lapides cæduntur. Cum igitur hic non appareant, nec lapides in illis cædantur, non videntur exceptæ. Altera ratio est ducta ab absurdo: si lapidicinæ, quæ postea apparent, sint exceptæ, continget ut totus fundus sit

exceptus, quia apparere potest post venditionem in toto eo fundo sub terra esse lapides, quod absurdissimum esset et iniquissimum: nam hoc casu venditor haberet fundum et pretium, emptor vero neque fundum, neque pretium. Hæ rationes Labeonis confirmantur multis similibus exemplis in his ll. *l. si servitus, de servit. urban. l. fidejussor*, §. *Lucius, de pignorib. l. damni, de dam. infect. l.* 2. §. 1. *de hæredit. vendit. l. locus, in fi. de acq. poss.* Postremo observandum est his ll. *ubique*, positum, pro *ubicunque*. Sic *cuique*, pro *unicuique* in *l. jurisgen.* §. *ait Prætor, de pact.* Sic eadem dictio *ubique* in *l. quod nisi fiat, de op. libertor.* Sic in *l. urbana familia, inf. de verb. sign.* ubi legebatur antea, *ibique habitet.* Et ita ea l. adversabatur infinitis locis juris civilis. Emendatum autem est *ubique habitet*, et recte, neque pugnat cum aliis locis.

Ad L. LXXVIII.

Fistulas emptori accessuras in lege erat dictum. Quærebatur an castellum, ex quo fistulis aqua duceretur, accederet. Respondi, apparere id actum esse, ut id quoque accederet, licet scriptura non contineatur.

§. 1. *Fundum ab eo emisti: cujus filii postea tutelam administrans, nequaquam accepisti possessionem. Dixi, tradere te tibi possessionem hoc modo posse: ut pupillus, et familia ejus decedat de fundo: tunc demum tu ingrediaris possessionem.*

Duo efficiunt hanc difficultatem. Primum est, quod tutor non potest rem pupillarem emere, nec cum pupillo contrahere *l. si empt.* §. *ult. sup.* Alterum est, quod tutor non potest esse auctor in rem suam, *l.* 1. *de auct. tutor.* Respondeo ad primam dubitationem, tutorem non emisse rem pupillarem, sed paternam, nec cum pupillo contraxisse, sed cum patre. Altera difficultas ita tollitur: tutor dicitur auctor in rem suam quoties cum pupillo aliquod negotium gerit, et contrahit, *l.* 1. *et l. pup. de auct. tut.* Hic autem in hac specie tutor non gessit negotium cum pupillo, sed cum patre. Eadem de causa tutor creditor patris pupilli sibi solvere potest, *l. quoties* §. *sicut, de administ. tut.* Eadem de causa creditor patris pupilli potest distrahere pignus, quod a patre accepit post ejus mortem die solutionis finita, *l. Æmil. de minorib.* et generaliter traditur *d. l. Æmil.* ubi pater pupilli, non pupillus contraxit negotium cum patre: inchoatum ita esse implendum quasi semper cum patre gereretur. Atqui in ejusmodi negotiis decreto prætorio opus non est, quod alioqui necessarium est semper in omnibus negotiis, in quibus periculum est ne fallatur pupillus *l.* 1. *C. quando decreto opus non est.* Acc. opponit l. 22. sup. quæ omnino non est contraria. Aliud est quod monet difficilius. Quærit Acc. an sit emendatus *h.* §. *per No.* 72. *ut qui obligatas res minorum.* Cujus Novellæ hæc est sententia: creditorem pupilli non posse ejus esse tutorem, aut curatorem. Acc. existimat emendari. Ergo existimo hoc esse falsum, quia Novella constitutio loquitur de creditore cui debetur pecunia mutui nomine, quod hic non reperitur. Deinde verius est nullum hic omnino esse creditorem: nam proponitur pretium esse solutum ab emptore, et solius possessoris traditio superest. Itaque nulla restat obligatio.

Ad §. 2. *Qui fundum.*

§. 2. *Qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus hæredibus relictis, decessit, si unus omnem pecuniam solverit, partem familiæ erciscundæ judicio servabit: nec si partem solvat, ex empto cum venditore aget: quoniam ita contractum æs alienum dividi non potuit.*

In hac specie hæc fuit quæstio. Cur unus hæredum cogatur totum pretium solvere, et cur satis non sit ab uno ex hæredibus dimidiam partem pecuniæ solvi, cum dimidia tantum pars fundi ad eum pertineat. Auget difficultatem quod hæc pecunia est æs alienum: atqui unus ex hæredibus non cogitur dissolvere alienum æs totum: sed dividetur inter hæredes pro hæreditariis portionib. Itaque introductum est l. 12. tab. *l.* 1. *C. de ann. et trib. l.* 2. *et ult. C. de hæred. act. l. hæredes* 25. *famil. erciscc.* Respondeo ad hos omnes locos: in illis agitur de pecunia debita titulo mutui, non autem empti. Deinde quod est firmissimum, in illis omnibus locis agitur de hærede, a quo exigitur æs alienum. Hic agitur de eo qui sponte vult solvere, ut rem emptam consequatur: quam si velit etiam consequi, non est audiendus, nisi totum quoque solvere velit. Quod si partem tantum consequi velit, et partem quoque pretii solvere, multo minus audiendus est, quia venditor non fuerat venditurus fundum nisi totum. Idque propter incommoda communionis, *l. si non sortem, sup. de condict. indeb. l. cum pater* §. *dulcissimis, de leg.* 2. Et hæc ratio fuit ut fundus emptus ab uno sibi, et alteri, solus acquireretur emptori, *l. fundus ille, hic.* Hic igitur observandum est, æs alienum, quod suapte natura, et l. 12. tab. dividi debet, esse individuum propter utilitatem, et voluntatem contrahentium. Et hæc conditio inest contractui tacite: si totum pretium solvatur agi posse ex empto, vel ut res tradatur;

alioqui non posse. Exempla similia æris alieni individui sunt in *l. cui fundus, D. de condit. et demonst. l. qui ita*, §. *ult. de verb. oblig. l. tutor.* 41. §. 1. *de usur.*

Ad §. 3. *Frumenta.*

§. 3. *Frumenta, quæ in herbis erant, cum vendidisses: dixisti te, si quid vi, aut tempestate factum esset, præstaturum ea frumenta: nives corruperunt si immoderatæ fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit.*

Casus fortuitus est, cui obsisti humana diligentia non potest, *l. in reb. commod. l. quæ fortuitis, C. de pignor. act. l.* 1. *inf. de act. em.* Hic casus fortuitus interdum vocatur casus improvisus. Interdum periculum, *l. a proc. C. mand. l.* 4. *de peric. et comm. rei vend.* In hoc numero est incendium, naufragium, impetus latronum, vis major, quam vim divinam Græci, θεοῦβίαν appellant, *l. in rebus, l. contractus, de reg. jur. l. cum res de leg.* 1. *l. opus, l. si merces, loc.* Hunc casum fortuitum nemo præstat. Quæ res dubitationem peperit tam in hac specie, quam in aliis: sed regulæ illius generalis sunt aliquot exceptiones, in quib. casus fortuitus præstatur. Una est cum culpa casum antecesserit. Altera est, nisi mora quoque hunc casum antecesserit. In pœnam et culpæ et moræ, hic casus præstatur, *l. in reb. l. si in Asia*, §. *ult. l. si plures*, §. *ult. depos.* Tertia exceptio est si non convenit nominatim, ut casus fortuitus præstetur, ut hic: nam hæc conventio servanda est. Unum hic dubitari potest: num hæc conventio servanda sit, quod vulgatis et usurpatis JC. regulis in contractibus obsistat. Respondendum, nihilominus esse servandam *l.* 1. §. *si conveniat, sup. depos.* In deposito dolus tantum præstatur. Si conveniatur ut etiam culpa præstetur præstari debet, *l. contractus, de reg. jur.* Itaque eo verius est quod hæc conventio interponitur super adminicul[is] contractus non super substantia. Itaque improbari non potest, *l. pacta conventa, sup. eod.* Si igitur casu fortuito frumenta corrupta sint non dantur. Quod si casu solito, non fortuito, dantur. Leg. 79. exposui in *l.* 2. *et l. qui fundum.*

Ad L. LXXX.

Cum manu sata in venditione fundi excipiuntur: non quæ in perpetuum sata sunt, excipi viderentur sed quæ singulis annis seri solent, ita ut fructus eorum tollatur: nam aliter interpretantibus vites et arbores omnes exceptæ videbuntur.

Species principii est: venditor vendidit fundum: in venditione manu sata excepit. Idem verbum manu satorum habuimus *sup.* in *l. qui fundum.* Obscuritas totius l. versatur in obscuritate pacti. Obscuritas hujus pacti consistit in interpretatione hujus dictionis *manu sata.* Existimat primo Accurs. venditorem apposuisse hoc pactum, itaque nos merito adversus eum interpretati, *l. Labeo sup. h. t.* sed divinat o hæc est. Et Acc. ipse non stetit huic sententiæ. Itaque subjungit, ex proprietate verborum tolli obscuritatem hujus pacti, quia sata proprie pertinet ad frumenta, plantata vero ad arbores, §. *si Titius, et* §. *qua ratione, Instit. de rer. divis.* Sed verbum *serere* non minus ad vites et arbores pertinet, quam ad frumenta. Ita usurpant auctores omnes rei rusticæ, et Latini omnes auctores. Pacti autem absurditas tollitur ex absurdo, quod hinc nasceretur, et ex iniquitate pacti. Nam *si manu satorum* nomine comprehenderentur vites et arbores, nihil forte fructus perveniret ad emptorem ex hoc fundo: quoniam ejus fructus in arboribus et vitib. consistit, *l. arb. sup. hoc. tit.* Hoc autem et absurdum esset, et iniquum. Simile exemplum fuit *sup. l. in lege.*

Ad §. 1. *Hujus rei.*

§ 1. *Hujus rei emptionem posse fieri dixi*, quæ ex meis ædibus in tuas ædes projecta sunt, ut ea mihi ita habere liceat, *deque ea re ex empto agi.*

Difficultas hujus §. in eo est, quod res nulla subesse videtur, et proinde quoque nulla esse emptio. Servitus enim, quæ hic venditur, non tam res est, quam incorporale jus habetur tamen in numero rerum, *tit. de reb. corporalib. et incorpor. Instit.* Sed quæstio est, quæ servitus hic vendita sit. Acc. respondet servitutem tigni injiciendi esse venditam. Hæc opinio diserte pugnat cum Jurisconsulti verbis. Respondet enim vendita esse, quæ projecta sunt. Ex quibus apparet venditam esse servitutem projiciendi. At quemadmodum projectum, et immissum differunt: ita etiam servitus projiciendi, et immittendi diversa sunt, *l. malum* §. 1. *de verb. sign.* Non nego tamen jus tigni projiciendi posse vendi. Hoc expressum est *l. si a te* 16. *si servitus vend.* Imo omnes servitutes vendi possunt, et permissum est earum commercium *l.* 4. *de usufr.*

Ad §. 2. *Sylva cædua.*

§. 2. *Sylva cædua in quinquennium venierat: quærebatur, cum glans decidisset, utrius esset. Scio Servium respondisse, primum sequendum esse quod appareret actum esse. Quod si in obscuro esset: quæcunque glans ex his arboribus, quæ cæ-*

sæ non essent, cecidisset, venditoris esset: eam autem, quæ in arboribus fuisset eo tempore, cum hæ cæderentur, emptoris.

Quid sit sylva cædua docet Jurisconsultus in *l. sylva cædua, de verb. signif.* hujus mentio fit in *l. qui fundum.* §. *cum fundum*, *sup.* ubi mendosa sunt verba hæc: *Arundinem cæduam et sylvam*: legendum est ordine inverso, *Arundinem et cæduam.* Nulla enim arundo nisi cædua est. In explicanda autem parte hujus speciei inhærendum est proprietati horum verborum: Sylva cædua vendita est. Ergo hæ tantum arbores venditæ sunt, quæ cæduntur, et eæ solæ pertinent ad emptorem. Quæ vero non cæduntur, venditæ non sunt, et ad venditorem pertinent. Glans igitur earum, quæ cæduntur, ad emptorem pertinet. Glans vero earum, quæ non cæduntur ad venditorem.

Ad §. 3. *Nemo potest.*

§. 3. *Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat. Sed hoc aut locati est, aut aliud genus contractus.*

Hic §. convenit cum *l. Sabinus h. t.* Traditur hic nota, qua discernitur emptio ab aliis contractib. In emptione hoc agi debet, ut dominium transferatur in emptorem. In hoc differt hic contractus a locatione, *l. convenit, h. t.* differt a commodato, *l. re commodatæ, Commod.* a deposito, *l. licet,* §. *rei*, *depos.* a pignore, *l. non solum* §. *qui pignori*, *de usucap.* Objicitur lex *si ita distrahatur* §. 1. *sup.* ubi dicitur non necesse esse in emptione dominium transferre. Respondeo, aliud esse dominium transferre, aliud agi, ut dominium transferatur. Qui dominium non transtulit, non desivit egisse ut transferret, actione ex empto tenetur. Eodem modo respondendum est ad *l. ex emp. de act. emp.* Ex qua apparet, satis esse rem tradere in emptione, qui autem tradit, non transfert. Verum qui tradit, facit ut transferret, quod satis est: alioqui pretium cogeretur solvere. Quanquam igitur plerunque qui tradit, dominium non transtulerit, nihilominus tamen hoc agit ut transferret. Et hinc fit, ut jus usucapiendi competat emptori, §. 1. *de usucap. Instit.* Quod non competit in illis contractibus, in quibus non agitur ut dominium transferatur: nam in iis, qui possident animo dominorum, non possunt ideo usucapere.

Ad L. LXXXI.

Titius cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecæ prædia, et fidejussorem Lucium: cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum, quod si id non fecerit die suprascripta, et solverit debitum fidejussor creditori: jussit prædia empta esse, quæ creditoribus obligaverat. Quæro, cum non sit liberatus Lucius fidejussor a Titio, an si solverit creditori, empta haberet suprascripta prædia? Respondit: si non ut in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub conditione emptio facta est et contractam esse obligationem.

Commissoria est pactum, quod in pignoribus, et emptionibus adhiberi solebat. In pignoribus quidem, ut si pignora sua die liberata non essent, hoc est, pecunia soluta pro qua dabantur pignora, ea fierent creditoris. In emptionibus vero ut si pecunia sua die soluta non esset, res inempta fieret, *l.* 1. *inf. de l. commiss. l.* 2. 4. *et l. Æmil. de minorib.* Graviter igitur lapsus est Hotomannus qui retulit l. commissoriam inter ll. populi Romani: nam in eo libello de ll. po. Rom. lex significat partem juris, quæ lata fuit a populo, magistratu interrogante, ut l. Horatia et Hortensia. At hoc loco l. significat pactum. Alioqui debuit omnes pactiones, quæ in emptionem incidunt, eo libro includere. Nam hæ pactiones vocantur ll. *fundi*, *l. fistulas* §. *qui fundum, l. in lege, h. t.* Ex his apparet, vulgo male interpretes cum dicunt pactum l. commissoriæ: perinde enim est ac si quis diceret pactum pacti commissorii, quod absurdum est. Dicitur *commissoria*, quia cum ex ea pactione agitur, dicitur commissum esse. Sic commissa dicuntur in *l. commisso, de public.* Ea lex olim in pactionibus habebat locum. Constantinus eam antiquavit, et sustulit tam in pignoribus quam in emptionibus. Objicitur *l. ult. C. de pact. pig.* quæ est Constantini, et tamen ex ea apparet, commissoriam esse sublatam tantum in pignoribus. Respondeo: factum hoc a Just. qui in pignoribus tantum eam reprobavit. In emptionibus autem commissoriam probavit. Objicitur *l. si fundus*, §. *ult. de pign.* ubi videtur l. commissoria probari in pignoribus. Respondeo, illic esse venditionem conditionalem, non autem commissoriam. In hac specie videbatur esse lex commissoria in pignoribus. Et hoc dubitationem movet, quia hoc casu emptio nulla esset: non tamen esse commissoriam indicat descriptio, quam attulimus initio. Nam in hac specie non fuerunt vendita pignora creditori, cui obligata sunt: nec obligatæ fuerunt res emptori, cui venditæ sunt. Interp. indicat his verbis: *si non ut in causa*, id est, si non ut obligata pignora essent fidejussori, ut ea haberet empta, vel si non ut obligatio pignoris contraheretur cum fidejussore, sed potius emptio. Quod autem hic Scævola respondet sub conditione, suo more facit. Significat autem non esse contractam obligationem pignorum cum fide-

jussore, sed emptionem sub conditione. Cujus generis emptio recepta est, *l. hæc vendit. h. t.* §. *pen. Inst. eod.* Objicit Acc. *l.* 1. *et ult. C. de pact. pig.* nec dissolvit. Respondeo, eas ll. non pugnare cum hac specie, quia in illis ll. agitur de l. commissoria in pign. Hic vero de emptione sub conditione facta, quæ pugnantia non sunt, sed diversa. Objicitur rursum, quod pretium hic non sit definitum neque certum, sine quo emptio non contrahitur, §. *pretium autem, Inst. eod. l. hæc vendit.* §. *pen. et ult. eod. sup.* Respondendum est, cum non dubitetur hic an pretium sit constitutum, et dicatur simpliciter emptio facta esse sub conditione, ex eo factam emptionem apparere, ut debuit. Et verisimile est, illud pretium fuisse pecuniam, quæ soluta est ut pignora liberarentur.

Ad §. 1. *Lucius Titius.*

§. 1. *Lucius Titius promisit de fundo suo centum millia modiorum frumenti annua præstare prædiis Gaji Seii. Postea Lucius Titius vendidit fundum, additis verbis his: quo jure, quaque conditione ea prædia Lucii Titii hodie sunt, ita veneunt, itaque habebuntur: quæro an emptor Gajo Sejo ad præstationem frumenti sit obnoxius: respondi emptorem Gajo Sejo, secundum ea, quæ proponerentur, obligatum non esse.*

Jura quædam rebus cohærent, quædam personis. Jura rebus cohærentia res ipsæ comitantur ad quoscunque possessores pervenerint. Ejus generis sunt bonitas, salubritas, servitutes, *l. quid aliud* 86. *de verb. signif.* Quam legem Alciatus non recte legit, *æqualiter se habentia.* Flor. autem recte, *qualiter se habentia*, id est, qualitatibus his vel illis affecta: sic JC. locutus est in *l. qui fundum* 12. *quemadm. servit.* Ejusdem generis est pensio annua pro aquæductu, *l. in venditionibus, de act. emp.* Hoc jus rei cohæret, ad quemcunque possessorem venerit, ut supra. Personæ cohærentia sunt, quibus quis promisit se aliquid daturum facturumque veluti daturum 100. aureos aut ædificaturum insulam, ejus generis est obligatio præstandorum 100000. modiorum frumenti singulis annis. Hac in obligatione nulla est imposita servitus, nec omnino onus aliud, sed tantum promissori. Itaque vendito fundo, emptor non tenebitur præstare hos modios, etiamsi in contrahendo adjecta fuerit hæc formula, quo jure, qua conditione: nam hæc formula non significat jura personalia, quæ personas non egrediuntur, transire in emptorem, sed jura realia, quales sunt servitutes. Et conditio accipitur pro servitute, *l. via*, §. *si fundo, de servit. rustic.* Confirmatur *l.* 1. §. *si hæres, ad Treb.* ubi æris alieni personalis actio fundum non sequitur, sed cum cui ex Treb. SC. restituta est hæreditas. Confirmatur *l. actionum, de oblig. et act. ubi dicitur act. in person. adversus eundem dari.* Hic autem obligatio personalis est, ex qua quoque actio personalis nascitur, *l. si fideicommissum*, §. *tractat. de judic.* ubi dicitur, æs alienum non esse loci alicujus certi, sed omnium facultatum, id est, non esse obligatum certum locum æri alieno, sed totum patrimonium, sive totam hæreditatem. Objicitur *l. usufructu*, §. *quoniam, l. si pendentes*, §. *si quid cloacarii, sup. de usuf.* Ubi fructuarius obligatur nomine stipendii etiam. Et hæc in eum transeunt una cum fundo, qui petitur. Observandum autem hic est in *d.* §. *quoniam*, legendum esse, *solarium*, id est, vectigal, quod soli nomine debetur: ibique legendum: *alimenta ab re ea relicta.* Vulgo enim legitur *ab eo.* Cum *ab ea re* legimus, tota difficultas sublata est: id indicat dictio *ab ea re.* Id indicat quoque hæc. Onera comitantur res ad quoscunque possessores pervenerint. Mirum igitur non est si comitentur fructuarium, et ab eo debeantur. Objicitur *l.* 2. *tit. de alim. legat.* Alimentorum præstatio, quæ videtur onus personale, sequitur fundi possessorem, etiamsi fiscus sit. Respondeo, et hoc onus quoque reale esse. Deinde in ea l. non dicuntur alimenta a certo fundo præstanda, sed ab universis bonis, sive a patrimonio. Hoc autem patrimonium æri alieno debitoris fuit obnoxium propter eam juris rationem, qua omnia onera et debita hæreditaria transeunt in hæredem, *d. l. si fideicommissum*, §. *tractatum, sup. de judic.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Titulum I. De actionibus empti et venditi, Lib. XIX. Digestor. Anno 1588.

Ad L. I. Si res vendita.

Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est, quod rem habere interest emptoris. Hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet, vel empta est.

Actio empti, quæ et actio ex empto dicitur, datur emptori: actio autem venditi, vel ex vendito datur venditori: ex negotio enim emptionis, et venditionis ultro citroque nascuntur actiones. Alias actio empti, integriori oratione, dicitur actio empti venditi: vel, actio ex empto vendito, ut *l. etsi uno* 35. *inf. h. t. l. multum, sup. de hæred. vend.* Et apud Varronem 2. *de re rust. Nec non emptor potest*, inquit, *ex empto vendito illum damnare*;

si non tradet. Et sic ubicunque emptori datur actio ex vendito, ut *l. sed et hoc nomine* 26 *et l. si cum vend tor.* §. *si secundus, de evict. l.* 11. *C. de pact* id ita exaudiri oportet, ex empto vendito. Et sim liter actio venditi pleniore oratione, dicitur actio venditi empti, et ubi venditori datur actio empti, ut *l. un. C. si serv. ext. se emi mand.* subintelligitur venditi empti. Primum autem in hoc tit. de actione empti datur lex 1. quæ docet, competere emptori actionem empti, si res vendita non tradatur, ut Varro illo loco dixit, emptorem posse ex empto vend to venditorem damnare, si non tradiderit. Et competere hanc actionem emptori in id, quod interest, id est, quanti rem habere emptoris interest. Ubi statim quærunt Interpp. an non etiam emptor, si rem malit, quam litis æstimationem, possit agere in hoc, ut omni modo res vendita sibi tradatur, maxime si venditor eam habeat in sua potestate: quod Martinus admittit rectissime, et usus probat, nempe ut, quemadmodum in judiciis in rem, si possessor rem arbitrio judicis non restituat, res ei aufertur manu militari, manu ministrorum prætoris, *l. qui restituere* 68. *de rei vindic.* ita in judiciis in personam, qualis est actio ex empto, venditor qui rem non tradit, cujus tradendæ facultatem habet, eodem exemplo eam rem omni modo tradere cogitur emptori pretium offerenti, per manum scilicet militarem. Quod item fit in judicio, quo agitur ex testamento legati nomine, in personam hæredis, a quo legatum relinquitur, nimirum, ut rem ipsam quæ legata est, præstet omni modo, si ex facili eam præstare possit, *l. si domus* 71. §. *qui confitetur*, *et* §. *seq. de leg.* 1. Quin et in *l. ult. C. de fideicomm s. libert.* servo legato a legatario relicta fideicommissaria libertate, dicitur, legatario servum petenti ex testamento, omni modo servum esse præstandum, ut eum manumittat, et stultum atque inficetum judicem esse, qui pro servo legato pecuniam, id est, litis æstimationem inferri jubet. Invenio etiam plane atque aperte, ita de re vendita Paulum definiisse 1. *Sent. tit.* 13. *Si id, quod emptum est,* inquit, *neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, vel mancipet.* Et Justin. in *Inst. de don.* donationes nuda voluntate perfectas ad exemplum venditionum in se habere necessitatem traditionis, necessitatem scilicet simplicem et absolutam, quoniam ait, *omnimodo in l. si quis argentum*, §. *ult. C. de don.* unde ille locus Institutionum transductus est, non necessitatem cum exceptione, μετὰ πρὸς διορισμοῦ: puta, si venditor non offerat litis æstimationem: necessitatem ergo abscissam, non necessitatem cum exceptione. Denique non prout elegerit venditor, sed prout elegerit emptor, et res, qua de agitur, tuleⁱit venditor, vel rem ipsam tradere cogitur, vel præstare id quod interest, ut *l. volunt,* 10. *quib. mod. pig. vel hypoth. solvit.* Observandum autem est *hanc l.* 1. esse ex libris Ulpiani ad Sabinum, et prima hæc verba legis, *Si res vendita,* etc. esse Sabini, atque adeo, ut fit, in ora notanda, nota illa διπλῆ dicitur, et mox sequi interpretationem Ulpiani: hoc est, *quanti rem habere emptoris interest*; quod quidem ait, interdum excedere vel egredi pretium rei, pretium scilicet verum, vel saltem pretium conventum, ut puta si pluris intersit rem tradi, quam res valeat, vel empta sit, quo sane casu verum est, emptorem agere in id, quod interest, si sapit, ut *l.* 4. *C. eod. l. qui tibi, C. de hæred. vend.* quia hoc genere plus laturus est, quam si de re ipsa omni modo tradenda ageret, quia, ut posui id quod interest, longe exsuperat rem ipsam, atque ita (quod maxime notandum) ad Sabinum Ulpianus congruum exemplum apposuit, quo proprie solo, si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur: alioqui, si minoris, vel si non pluris, quam res sit, intersit, de re tradenda districte, et exacte emptor agere non prohibetur. Aliquando pluris, aliquando minoris interest, quam res sit. *l. Julianus* 9. *in fin. ad exhibend. l. in interd.* 6. *de vi*, *et vi arm.* Aliquando non pluris, quam res sit, *l. locum* 3. §. *condemnatio, de tab. exhib. l. pen. quib. ex caus. in poss. eat. l. dominus* 36. *de lib. caus. l.* 1. *C. de iis qui a non dom. manum.* ubi pretium initio dicit, et mox, *quanti interest*, sine disjunctione vel, quæ in quibusdam libris perperam additur, ut sit pretium quanti interest. Et ibi quoque Thalelæus; *Nota*, inquit, *pretium dici, quod mox vocat, quanti interest.* Et hæc quidem est summa differentia inter rem, et id quod interest, quia non semper id, quod interest, rei coæquale est: hæc, inquam, summa differentia inter rem, et utilitatem, quæ circa rem consistit, quæ dicitur id quod interest, et Græci uno verbo τὸ διαφέρον, quod est τὸ συμφέρον, id est, quod utile est actori quod expedit, ut Joannes Chrysostomus in Epist. ad Philipp. Τὰ διαφέροντα interpretatur, τὰ συμφέροντα, εἰς τὸ δοκιμάζειν τα' χρήσιμα. Vulgo: *ut probetis potiora mel oraque.* Ille: *ut probetis quæ sunt utiliora.* Ad hæc quæri potest, an quod diximus de actione ex empto secuti opinionem Martini, idem dici possit, de actione ex stipulatu. Et vero, si ita concepta sit stipulatio, *rem tradi,* nemo ambigit, quin ut concepta stipulatio est, ita et concipi actio, et condemnatio sequi possit: sed etsi ita concepta sit, rem tradi, vel quanti ea res sit, id est, quanti interest dari, etiam in arbitrio stipulatoris erit, vel hoc, vel illud petere et exigere, exprimere invito promissore, *l. stipulatio* 21. §. *sive, de novi oper. nuntiat. l. sed hæ personæ* 35. § *per. de procurat.* At si stipulatio

simpliciter ita concludatur, quanti ea res est dari, id est, quanti interest, fateor, non posse stipulatorem agere de re ipsa, sed æstimatione litis contentum esse debere, *l. si quis* 13. *de re judic. l. prætoriæ.* 2. *de prætor. stipul.* Præterea Accurs. quærit, an idem etiam dici possit de actione ex vendito, id est, utrum emptor conventus actione ex vendito, omnimodo cogatur pretium solvere: an vero alterius rei præstatione defungi, et se liberare possit? Et putat idem juris esse in utroque, nempe, ut liberetur emptor, præstando aliam rem, venditor præstando pecuniam, id est, quod interest, non rem venditam. Id vero juris jam probavi in venditore locum non habere, et multo minus locum habet in emptore. Cur? Quia emptor in hoc obligatus est, ut det, id est, ut pretium faciat venditoris: venditor autem non est obligatus ut det, id est, ut rem faciat emptoris, sed ut tradat, id est, ut emptorem possessorem faciat, *l.* 1. *de rer. permut.* Et ratio diversitatis perspicua hæc: quia emptor non debet certa corpora nummorum, sed certam quantitatem, certam summam: venditor certum corpus debet, et certi corporis non æque facile est dominium transferre in accipientem, atque certæ quantitatis: proinde emptor dare tenetur, venditor facere, id est, tradere: in obligationibus autem dandi facilius hoc admittitur, ut qui debet dare, omnimodo teneatur dare, *l. ubi autem* 75. §. *ult. de verbor. oblig. Stipulatio rem dari, continent*, inquit, *ut omnimodo dominium efficiatur stipulatoris quoquo modo.* Multa alia in hanc legem sunt delicta Accursii, inter quæ illud eminet, quod et multos invasit, tres esse species ejus quod interest, commune, conventum, singulare. Pretii hæc divisio est, non ejus quod interest. Pretium vel conventio facit, vel communis hominum consensus, et tritura fori, vel affectio et utilitas singulorum, *l. pretia ad l. Falcid.* Hæc divisio ei quod interest accommodari non potest. Aliud est res, sive rei pretium, longe aliud id quod interest: licet etiam addere tertium, aliud pœna, aliud res, aliud quod interest: aliud pœna ex *l. Neratius ait*, 11. §. *ult. de servo corr.* Pretii ratio varia, multiplex, et mutabilis est: ejus, quod interest, una eademque ratio, et par sibi semper, utpote quæ in omnibus judiciis ita *inducatur* sicut Justinianus ait in *tit. C. de sentent. quæ pro eo quod inter: ut hoc, quod revera inducitur damnum, hoc reddatur.*

Ad §. 1. *Venditor.*

§. 1. *Venditor, si cum sciret deberi servitutem, celavit, non evadet ex empto actionem, si modo eam rem emptor ignoravit: omnia enim, quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. Sed scire venditorem et celare sic accipimus, non solum si non admonuit, sed etsi negavit servitutem istam deberi, cum esset ab eo quæsitum. Sed etsi proponas eum ita dixisse, nulla quidem servitus debetur: verum ne emergat inopinata servitus, non teneor: puto eum ex empto teneri: quia servitus debebatur, et scisset. Sed etsi id egit, ne cognosceret emptor aliquam servitutem deberi, opinor eum ex empto teneri. Et generaliter dixerim, si improbato more versatus sit in celanda servitute, debere eum teneri: non si securitati suæ prospectum voluit. Hæc ita vera sunt, si emptor ignoravit servitutes: quia non videtur esse celatus, qui scit, neque certiorari debuit, qui non ignoravit.*

In hoc §. proponitur alia sententia Sabini his verbis: *Venditor si, etc.* Cui sententiæ statim subjicitur ratio Ulpiani: *Omnia enim*, inquit, *quæ contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem*, ut M. Tullius 3. *de natura Deorum. Quæ ex empto*, inquit, *aut vendito, locato, aut conducto, contra fidem fiunt et contra fidem venditor fundi facit, qui celat servitutem, quam fundum vicino debere non ignorat*, emptor ignorat; bona enim fides exigit, ne ullum rei incommodum venditor emptorem celet. Et eleganter Valer. Maxim. *lib.* 8. *cap.* 2. *Bonæ fidei venditorem nec commodorum spem augere, nec incommodorum cognitionem obscurare oportere.* Itaque eo nomine venditor tenetur emptori actione ex empto in id quod interest. Ergo non tantum si rem non tradat, sed etsi sciens celet servitutes ignoranti emptori, quæ onera et incommoda sunt prædiorum. Etiam verbis Sabini Ulpianus addit hanc interpretationem, ut scire venditor et celare videatur, non tantum si non admonuit emptorem, si reticuit: sed etsi, cum hac de re interrogaretur, negavit falso istam servitutem deberi, quod tamen non tam celare, quam mentiri est. *Celare*, est tacere. Itemque si sciens venditor servitutem deberi, ita confuse et perfusorie dixerit, nullam quidem fundum servitutem debere: verum si forte emergat inopinate, se eo nomine teneri nolle, etiam hoc modo celare videtur emptorem: erat enim in his verbis, dolus aliquis, dissimulatio aliqua, atque ideo eo nomine tenetur ex empto in id quod interest. Idemque est, si alio quocunque modo egerit venditor, ne cognosceret emptor aliquam servitutem deberi, et generaliter, ut ait, si improbato more, malo more *l.* 1. §. *si cui cautum, de extraord. cognit. l. et qui* 19. §. 1. *de negotior. gestor. l. isti quidem* 8. *de eo quod met. caus.* si mala ratione, ut *l. cum servus* 54. *mand.* si mala fide venditor in

celanda servitute versatus est, tenetur ex empto, quia decepit emptorem. Omnibus actionibus bonæ fidei inest actio de dolo, *l. et eleganter* 7. §. *non solum*, *l. si quis* 9. *de dolo.* Venditor, inquam, tenetur ex empto, si id egit, ut falleret emptorem, non etiam, ut ait (quod maxime interpretatione indiget) si suæ securitati venditor prospectum voluit, ut puta si palam dixerit, fundum optimum maximum non esse, id est, liberum non esse: vel si non dixit, fundum optimum maximum esse, *l. cum venderes* 59. *de contrah. emption.* si nominatim caverit, nullam fundum servitutem debere a se, nec quidquam præstitum iri, servire enim eum fundo vicino. Et uno verbo, si dolus malus ab eo absit, si id egit, ut sibi consuleret, non ut deciperet emptorem, si animus ei fuerit rei suæ bene gerendæ, non fallendi emptoris. Et quod attinet ad modum adjectum sententiæ Sabini: si modo eam rem emptor ignoravit, ejus hanc rationem Ulpianus reddit, quia non videtur esse celatus emptor, qui scivit servitutem deberi, nec sciens certiorari debuit.

Ad L. II.

Si in emptione modus dictus est, et non præstatur, ex empto est actio.

Hæc lex est ex libris Pauli ad Sabinum. Ac sane primi duo versus videntur esse Sabini, quibus tertia proponitur causa, ex qua emptori adversus venditorem competit actio ex empto, si modus agri, quem in vendendo eo vel tradendo venditor dixerit, non præstetur, utputa, si in eo agro non tot inveniantur jugera, quot venditor dixit: nam et hoc casu, qui sciens in modo, in mensura agri, in quantitate agri fefellerit emptorem, tenetur actione ex empto in id quod interest. Quod ita explicat idem Paulus 2. *Sentent. tit.* 17. ut teneatur officio judicis in duplum ejus, quod mentitus est: duplum finis est usurarum, *l. nihil interest* 4. §. *penult. de naut. fœn.* finis ejus quod interest *l. cum forte* 44. *hoc titul. et l. unic. Cod. de sentent. quæ pro eo quod*, etc. finis item pœnarum; quæ pro eo, quod interest, vel pro usuris in stipulatum deducuntur, *l. pœnam* 44. *de usur.* Verba autem Pauli illo loco hæc sunt: *Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplum ejus, quod mentitus est, officio judicis æstimatione facta, convenitur. Et lib.* 1. *tit.* 19. actionem empti de modo agri, cum emptor a venditore deceptus est, duplari adversus venditorem, si inficietur se majorem dixisse modum, quam sit in agro, et mendacii convincatur, quod esse ex 12. tabul. Marc. Tullius testis est 3. *Offic.* qui ex 12. tabul. ait, *venditorem, qui inficiatus est ea, quæ lingua nuncupavit, quæ dixit, quæ locutus est, dupli pœnam subire.* Lex bonæ fidei judicio, quod erat nimium resecavit, ejus quod interest ad duplum coarctata æstimatione, videlicet, ubi damni dati certa ratio est, quod et generaliter in omnibus casibus certis Justinianus obtinere voluit Vitiosum est ubique, quod nimium est, *l.* 2. §. *ult. de aqu. et aqu. pluv. arcen. l. cum plures*, §. *nimium*, *de administrat. tutor.* Et hæc de venditore, qui mentitus est: hic tenetur in id quod interest: ille vero qui imprudens et ignorans majorem modum dixit, quam esset in agro vendito, tenetur actione ex empto æstimatoria, quanti minoris emisset, si scisset minorem esse agri modum, ut *l. tenetur* 6. *hoc tit.* Nihil enim refert, quomodo emptor fallatur, ignorantia, vel calliditate venditoris, *l.* 1. §. *causa*, *de ædil. ed.* Utroque enim casu venditor emptori obligatur, sed ignorans levius, sciens gravius.

Ad §. 1. *Vacua.*

§. 1. *Vacua possessio emptori tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fideicommissorum servandorum causa in possessione est, aut creditores bona possideant. Idem dicendum est, si venter in possessione sit. Nam et ad hoc pertinet vacui appellatio.*

Quod sequitur in hac lege: *Vacua possessio*, etc. pertinet ad primam sententiam Sabini, quæ proposita est in *pr. l.* 1. *Si res vendita non tradatur*, *etc.* Ubi, si res vendita non tradatur, id est, si possessio ejus rei libera et vacua emptori non præstetur, ut *l. venditor* 36. *h. t. et aliis innumeris*; si, inquam, rei venditæ possessio libera et vacua non tradatur, quod evenit, si alius eam rem possideat, vel in ejus possessione sit (ut ait Paulus in *hoc* §.) crediti servandi, vel legatorum servandorum causa, fideicommissorum, aut ventris nomine, qui ingredientem emptorem prohibere possit: si, inquam, superior in possessione emptor futurus non est, ut *l. ex empto* 21. §. *idem Neratius*, *h. t.* His enim casibus vacua possessio, vacua traditio, vacua res empta non videtur, ideoque competit emptori eo nomine actio quanti interest rem vacuam sibi tradi, ut *l. si fundus* 33. *loc.*

Ad L. III.

Ratio possessionis, quæ a venditore fieri debeat, talis est, ut si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.

Agitur hac ipsa de re in *l.* 3. ex Pomponio etiam scribente notas ad Sabinum, *Traditio possessio-*

nis, sic legendum omnimodo, non *ratio possessionis*, ut semper in consequentibus, traditio possessionis, tradere possessionem. *Traditio possessionis*, inquit, *quæ a venditore fieri debet, talis est, ut si quis eam possessionem jure avocarit, tradita possessio non intelligatur:* nempe quia vacua possessio non est, quam alius jure avocare potest. Ergo si res vendita et tradita creditori venditoris sit pignori obligata, vacua possessio tradita non videtur, quia possessionem actione Serviana vel hypothecaria creditor avocare potest, *l. si cum venditor* 66. *de evict.* Denique ut eleganter ait *l. non videtur* 22. *de acquir. possess. non videtur, possessionem adeptus, qui eam ita nactus est, ut retinere non possit.* Ergo et hoc casu ex empto actioni locus est; et nihil huic sententiæ obstare Accursius animadvertit recte *l. Julianus* 13. §. *ex vendito, h. t.* ubi dicitur, possessionem a venditore emptori traditam videri, si precario tantum ei concessa sit, quam tamen constat ab eodem avocari posse quandocunque voluerit, hæc est precarii natura, quoniam id non pertinet, neque respicit ad superiorem Sabini sententiam, de qua agimus; sed ad id, quod proponitur in *illo* §. *ex vendito*, emptorem, qui nondum solvit pretium, si re vendita fruatur, ut si ante solutum pretium ejus rei precariam possessionem venditor ei concesserit, ut *l. cum emptor* 38. *de damn. infect. l. is qui in puteum* 11. §. *Aristo, quod vi aut clam*, vel etiam, si eam rem emptor ante solutum pretium conduxerit a venditore, donec pretium solveret, ut *l. serv. emp.* 16. *de peric. et com. rei vend.* ex hac causa usuras pretii emptorem venditori dependere, quia et ipsius rei fructus percipit: fructuum perceptorum ratio eum subjicit pensitationi usurarum, *l. curabit* 5. *et l. fructus* 13. *C. eod.* Illud vero Accurs. non recte: avocata possessione rei venditæ, non dari emptori evictionis nomine actionem ex stipulatione duplæ. Repugnat enim *l. stipulatio ista* 38. §. *si quis forte, de verb. obl. et l. si mancipium* 34. §. *ult. adhibita l. seq. de evict.* quæ docent, etiam evicta possessione committi stipulationem duplæ, et nihil est verius. Evicta, inquam, et avocata possessione. Nondum enim evicta possessione, cessat actio ex stipulatu, et competit tantum actio ex empto in id quod interest, ut *l. si servum* 4. *in princ. h. t. l. hujusmodi* 84. §. *qui servum, de leg.* 1.

Ad §. 1. *Si emptor*, *et* §. 2. *Si iter.*

§. 1. *Si emptor vacuam possessionem tradi stipulatus sit, et ex stipulatu agat, fructus non venient in eam actionem, quia et qui fundum dari stipularetur, vacuam quoque possessionem tradi oportere, stipulari intelligitur. Nec tamen fructuum præstatio ea stipulatione continetur. Neque rursus plus debet esse in stipulatione, sed ex empto superesse ad fructuum præstationem.*

§. 2. *Si iter, actum, viam, aquæductum per tuum fundum emero, vacuæ possessionis traditio nulla est. Itaque cavere debes, per te non fieri quominus utar.*

Notanda est etiam alia differentia inter actionem ex stipulatu, et actionem ex empto, ex §. 1. *h. l.* 3. In quo ab initio ex Sabino, ut opinor, refert, emptore qui fundi venditi vacuam possessionem tradi stipulatus est, agente ex stipulatu, in eam actionem fructus postea captos non venire. Quod mox confirmat Pomponius hoc argumento, cujus interpretatio observanda est: *quia*, inquit, *et qui fundum dari stipulatur* (sic habent Florentini rectissime, *fundum dari*, non *fundum tradi*) *quia*, inquit, *et qui fundum dari stipulatur*, quæ stipulatio plenior et uberior est, quam *fundum tradi*, nimirum, quia et hoc continet, ut plena proprietas omnimodo efficiatur stipulatoris, *l. ubi autem* 75. §. *ult. de verb. obl.* quod illa *fundum tradi*, non continet, *l. si rem* 28. *de verb. obl.* Ac præterea, quod illa quoque stipulatio, *fundum dari* continet, ut vacua possessio tradatur: nam et possessio pars fundi esse intelligitur, *l. Mævius* 66. §. *pen. de leg.* 2. Fructuum tamen præstationem non continet, postea ex fundo perceptorum. *Neque rursus*, inquit, *plus debet esse in stipulatione*, id est, non plus debet inesse et contineri stipulatione, quam verbis comprehensum est: quia ut eleganter ait *l. quidquid* 99. *de verb. obl. Quidquid astringendæ obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligitur.* Ergo fructus, de quibus nihil est expressum, hac vel illa stipulatione; *fundum tradi, vel fundum dari*, non continentur. Sed superest tamen actio ex empto ad fructuum præstationem ex die emptionis, si pretium solutum sit. Et recte ait, *actionem ex empto superesse ad fructuum præstationem*; quia quod ad cetera venditionis attinet, empti venditi obligatio per stipulationem novata est, ita ut non supersit actio ex empto. Verum quod ad fructus attinet, novata non est, et ut ait *l. si stipulatus* 4. *in fi. de usur. id quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest.* Superest igitur ad fructuum præstationem, de quibus in stipulatione nihil actum est, actio ex empto vendito.

Huic §. opponitur *d. l.* 4. *de usur.* multo ob eam rem respersa pulvere, quoniam omnino videtur pugnare cum hoc §. Ait enim rationem suadere, ut in hac stipulatione, *Rem dari vacuamque possessionem tradi*, veniant fructus postea percepti: *idque*, inquit, *propter inferiora illa verba, vacuamque possessionem tradi*: an quia vacuæ pos-

sessionis appellatio significet plenam possessionem; non rei tantum, sed etiam fructuum et partuum? quod non admitto. Et breviter videamus hac in re, an quod Accurs. tentavit priore loco verius sit : in *d. l.* 4. geminationem illam, *Rem dari*, *vacuamque possessionem tradi*, hoc efficere, ut et fructus veniant in stipulationem, ne frustra idem bis inculcasse stipulator videatur. Et hanc qoque esse mentem Papiniani in *d. l.* 4. dum ait : *propter illa verba*, *Rem dari*, etc. fructus venire in stipulationem, nempe propter illam, quæ stipulationi *rem dari* subjecta est, iterationem, *vacuamque possessionem tradi*. Nihil sani homines supervacue lingua nuncupare videntur, per se, hanc stipulationem solam, *fundum dari*, vel per se hanc stipulationem solam, *vacuam possessionem tradi*, non continere fructus: junctam utramque, quod non frustra juncta videatur, continere fructus : nec possis respondere melius aut probabilius. Opponitur etiam *huic* §. *l. in conventionalibus* 52. §. *ult. de verb obl.* quæ ait, hac stipulatione, *Vacuam possessionem tradi*, non nudum factum contineri, id est, nudam traditionem, sed causam bonorum, et in causa bonorum sunt fructus et partus. Imo illo loco causa bonorum non significat fructus vel partus, sed longe alius est illius loci sensus, nempe, hac stipulatione, *vacuam possessionem tradi* : non nudum factum contineri, id est, traditionem nudam, sed et effectum traditionis certum et ratum, ita ut emptori sine controversia rem habere liceat, quod proprie est obtinere vacuam possessionem : contineri igitur non nudum traditionem, sed vacuam possessionem. Nihil est etiam hac sententia verius. Verum quæ hactenus diximus de tradenda possessione vacua, manifestum est pertinere tantum ad res corporales. Quid igitur fiet, si venierit res incorporalis? veluti iter, actus, via, aquæductus, quæ jura sunt incorporalia, quorum traditio sive possessio, quæ vacua tradi possit, nulla est? Et in §. *si iter. h. l.* docetur, in his rebus, quæ vacant corpore, et intellectu solo percipiuntur, cautionem vice traditionis interponi, promittente venditore per se hæredemve suum non fieri quominus ire, agere, aquamve ducere liceat, ut *l. ult. sup. de servit.* At lego, etiam servitutum traditionem dici, *l. si ego* 11. §. 1. *de Publ. in rem act. l.* 1. §. *ult. de servit rust. præd.* Sed traditio illis locis significat cessionem servitutis. Cedo tibi jus esse ire, agere, cui quidem cessioni si adjungatur patientia ejus qui servitutem cessit, et usus ejus, cui cessa est, hæc quoque res est vice traditæ possessionis vacuæ, et ut ait *l.* 1. *in fin. de serv. rust. præd. inducit officium prætoris. Traditio*, inquit, id est cessio *et patientia servitutum inducit officium prætoris*, id est, efficit, ut prætor ei, cui cessa est servitus, accommodet interdicta, veluti de possessione, ut *d. l. ult. de serv.*

Ad §. 3. *Si per venditorem.*

§. 3. *Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet : condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit, vel quo lis in condemnationem deducitur, item quo loco pluris fuit, vel quo venit vel ubi agatur. Quod si per emptorem mora fuisset : æstimari oportet pretium, quod sit, cum agatur, et quo loco minoris sit : mora autem videtur esse si nulla difficultas venditorem impediat, quominus traderet : præsertim si omni tempore paratus fuit tradere. Item non oportet ejus loci pretia spectari in quo agatur. Sed ejus ubi vina tradi oportet : nam quod a Brundusio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet.*

Pomponius in §. *ult. hujus l.* 3. ex Sabino proponit si per venditorem vini mora fuerit, quo minus vinum traderetur, et agatur ex empto in id quod interest, condemnari eum oportere, utro tempore vinum pluris fuerit, utro tempore carior fuerit annona vini, vel quo veniit, quo venditio facta est, vel quo lis in condemnationem deducitur, id est, quo res judicatur ut *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem inf. hoc tit.* Mora venditoris auget empti obligationem. Eodemque modo condemnari eum oportere, utro loco vinum pluris fuerit, vel *quo veniit*, vel *quo agitur*, inquit, id est, quo lis contestatur, qui locus idem plane est cum loco quo res judicatur. Non est quidem tempus idem litis contestatæ et rei judicatæ : at locus est idem, quoniam ubi cœpit judicium, ibi finem accipere debet, *l. ubi* 30. *de judic.* Res judicata finem judicio imponit, litis contestatio autem judicio dat initium. Inveni etiam in *l. pen. de condict. tritic.* in condictione triticaria si quæratur, post moram, debitoris scilicet, ut sit initio ejus legis zeugma ab inferioribus, quoniam infra ponit post moram debitoris rem deteriorem factam : et iterum post moram debitoris servum, qui petebatur, eluscatum, oculo uno orbatum : ergo et supra ex inferiorib. intelligendum est, quæri de æstimatione rei, quæ petitur post moram debitoris, scilicet quemadmodum ineunda sit. Si igitur post moram debitoris quæratur res, quæ petita est per judicem conditione triticaria, cujus temporis æstimationem recipiat : verius esse condemnationis sive rei judicatæ tempus spectandum esse, vel tempus mortis, si forte homo, qui petebatur, desierit esse in rebus humanis: videlicet si eo tempore pluris fuerit : nam si vilior deteriorque res facta sit, id est, si minoris esse cœperit post moram, æstimatio ejus reducitur ad tempus

moræ, id est ad tempus quo debitor interpellatus est quo controversia mota, vel lis contestata est: quo quidem tempore res longe pluris fuit, quam rei judicatæ, aut mortis tempore: denique propter moram debitoris semper spectatur tempus quo res unquam plurimi fuit, in ineunda ratione ejus quod interest, *ut l. in re furt.* 8. §. *pen. de cond. furt.* Neque huic sententiæ sive *d. l.* 8. quidquam obstat *l. ult. eod.* quam nec, cum sit proxima penultimæ, quidquam obstare verisimile est *l. ult. de cond. trit.* cum qua consentit omnimodo *l. vinum*, 22. *de reb. cred.* Utraque aut vino petito, quod mutuum datum erat, vel oleo, aut frumento, aliave qua re, qua in creditum iri soleat, et petito condictione triticaria, de qua etiam *l. vinum* accipienda est, in quam condictionem scilicet non res sola venit, ut in condictione si certum petetur, sed etiam æstimatio arbitrio judicis: vino, inquam, petito condictione triticaria, tanti litem æstimari oportere, quanti vinum fuit eo die, vel loco, quo reddi debuit: quod est certissimum: vel si dies aut locus reddendo vino dictus non sit, quanti fuit eo tempore, quo petitur, agitur, lis contestatur: hujusque sententiæ Sabinus auctor laudatur in *d. l. vinum.* Ergo petiti vini æstimatio non reducitur ad tempus contractus, quo scilicet vinum mutuum datum est: non reducitur item ad tempus condemnationis, quo forte vinum pluris fuit, sed ad tempus tantum litis contestatæ, si tempus reddendo vino condictum non sit. At hoc, quod habetur in *d. l. ult. de cond. trit.* et *in d. l. vinum*, ut Stephanus recte animadvertit ex Græcis, et ex Latinis Odofredus, id ita demum locum habet, si debitor non fuerit in mora. Fac in summa vini caritate et penuria, debitorem offerre litis æstimationem, quam præstari bonum et æquum sit, et de eo tantum disceptare, cujus loci vel temporis æstimationem debeat, creditore magni æstimante litem, ut *l. puta* 26. *ad l. Aquil.* debitor non est in mora, cui non est facultas reddendi vini, si offerat æstimationem vini, quam judex arbitratus fuerit, qui addictus est condictioni triticariæ: at in *hoc* §. *ult.* et *in d. l. ult.* debitor fuit in mora, ut utroque loco aperte et diserte proponitur, cum debitore qui moram non fecit, mitius agitur, nempe quia non tempus spectatur, quo res unquam plurimi fuit, sed tempus litis contestatæ in strictis judiciis, ut in condictione triticaria, et in actione ex stipulatu: tempus autem rei judicatæ in bonæ fidei judiciis, secundum distinctionem elegantissimam et certissimam *l. sed mihi* 3. §. *in hac*, *commod.* Cujus distinctionis ratio hæc est: quia qui agit stricto judicio, certam rem petit, proinde petitionis tempus spectatur, quod est litis contestationis. Qui autem agit bonæ fidei judicio, incertam rem petit, nempe, *quod judex ex æquo et bono dari, vel fieri oportere arbitratus fuerit*: proinde tempus arbitrii, sive sententiæ judicis spectatur, ad quod confertur petitio actoris. Et locus est huic distinctioni inter stricta judicia, et judicia bonæ fidei mora debitoris vel creditoris nulla interveniente, ut ostendit *l. hominem* 37. *mand.* quæ in actione ex stipulatu docet tempus spectari, quo agitur, id est, tempus litis contestatæ, *nisi*, inquit, *debitoris, vel creditoris mora intervenerit*, quia mora interveniente debitoris tempus spectatur, quo res unquam plurimi fuit. Mora autem interveniente creditoris in accipienda re debita, quæ offertur, tempus spectatur, quo res minoris fuit: etenim neutri eorum sua mora, sua frustratio prodesse debet, quæ est ratio *d. l. hominem.* Mora est frustratio dandi vel accipiendi quod debetur; et ita in actione ex empto, Pomponius ex Sabino, ut opinor, tradit in *hoc* §. *ult.* mora interveniente emptoris, id est, creditoris, cui scilicet vinum tradi debet, cui nondum vinum traditum est, æstimari pretium vini, quod est tempore litis contestatæ, tametsi minoris eo tempore fuerit propter moram creditoris, id est, emptoris, qui agit ex empto, adversus venditorem, quod vinum venditum non tradiderit, videlicet actione bonæ fidei, qualis est actio ex empto, redacta ad conditionem stricti judicii, sicut et in *d. l. pen. de cond. trit.* Propter moram debitoris, condictio triticaria redigitur ad conditionem actionis bonæ fidei, tempore rei judicatæ inspecto, si eo tempore res pluris fuerit. In specie proposita igitur, si per emptorem vini mora fuerit, æstimatur quanti vinum fuit, quo tempore lis contestata est, et quo loco minoris fuit, quo venit, vel quo agitur, et sic plectitur mora emptoris.

Sequitur in *hoc* §. ad Sabinum Pomponii interpretatio illo loco: *Mora autem*, etc. superiora dico esse Sabini.) Moram per emptorem factam videri, si venditore facili, prompto, parato, omni tempore vinum tradere, emptor vinum non acceperit, ut *l. illud* 17. *de peric. et comm. rei vend.* Et hæc omnia, quæ ante dicta sunt de loco, ita procedere Pomponius notat, si locus dictus non sit, quo vinum traderetur: loco enim condicto, et convento tradendo vino, ejus loci pretium spectatur, non loci quo agitur, vel quo veniit, qua etiam ratione contractus agi potest, *l. hæres* 19. §. *proinde*, *de judic.* Nam ut subjicit in extremo, *quod a Brundusio vinum veniit, Brundusii dari oportet*, etiamsi alibi venierit, etiamsi venditio alibi facta sit: quod maxime notandum est, cum scilicet, qui emit vinum a Brundusio, vel, ut loquuntur sine præpositione, cum, qui emit vinum Brundusio, aut Chio, id egisse videri, ut Brudusii vinum traderetur: idemque dicendum est si quis ex horreo illo vi-

nario emerit tot amphoras: nam et hoc casu id actum videtur, ut ibi vinum tradatur ubi est horreum, aut cella vinaria, *arg. l. quod legatur* 58. *de judic.*

Ad L. IV.

Si servum mihi ignoranti sciens, furem, vel noxium esse, vendideris: quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea interesset scisse: quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum, antequam mihi quid abesset.

Quod initio hujus leg. proponitur, id etiam opinor esse ex Sabino, ducta conjectura ex inscriptione. Hoc ergo Sabinum scribere, eum qui sciens ignoranti vendidit servum furem, vel noxium, qui actione noxali possit emptori auferri, quamvis duplam promiserit evictionis nomine, quia decepit emptorem, statim teneri emptori quanti ejus interest scisse noxas servi, quoniam si id scisset, eum non emisset: ignorantem venditorem scienti, vel ignoranti emptori non teneri: sciens decipit ignorantem, non ignorans scientem. Unde in Phormione: *Imo enim vero,* inquit, *hic me decipit: nam hic me hujusmodi sciebat esse. Ego hunc esse aliter credidi, is me fefellit.* Scientem quoque scienti non teneri *l.* 1. *in fin. hoc t.* quia sciens ipse se decipit, *l. imo eum* 16. §. 1. *de liber. cau.* At quia objici poterat Sabino, non esse cur eo nomine detur actio ex empto adversus scientem venditorem, cum suppetat actio ex stipulatione duplæ, qua sibi cavit emptor, id removet Paulus subjecta ratione hujusmodi, quia ex stipulatu, inquit, id est, ex stipulatione duplæ, de qua ante Sabinus dixit, eam fuisse interpositam, *eo nomine tecum agere non possum, antequam mihi quid abesset*, id est, antequam homo mihi abductus propter noxam, quam nocuit alteri, et evictus esset, vel præstita æstimatio damni. Denique non potest agi ex stipulatione duplæ antequam stipulatori aliquid absit. vel res empta, vel æstimatio, quod multæ admodum leges probant in *tit. de evict. l. evicta* 16. *l. si servus* 21. §. 1. *l. non tamen* 24. *et l. habere* 57. *de evict.* Ergo interim, id est, antequam emptori aliquid absit, actio ex empto necessaria est. Et similem casum non ita dudum habuimus in *l. si vendideris* 9. *de evict.* Et est alius similis casus, quo cessat actio, ex stipulatu scilicet et necessaria est actio ex empto in *l. servus* 30. §. *ult. h. t.* Nihil vero huic rationi Pauli, non posse agi ex stipulatu, antequam emptori aliquid absit: nihil, inquam, obstat lex *si emptori* 50. *de evict.* ubi, si emptori servi, qui stipulatus est servum furtis noxisque solutum esse, hæres extiterit is, cui servus furtum fecerat, quique poterat eo nomine agere cum emptore dum vixit actione noxali, ait, statim eum habere actionem ex stipulatu, et tamen nihil ei abest: quia, ut breviter respondeam, imo abesse ei videtur, quod minor ob eam rem ad eum hæreditas pervenisse intelligatur ut *l. si ei, cui vendidi* 41. §. 1. *de evict.*

Ad §. 1. *Si modus.*

§. 1. *Si modus agri minor inveniatur, pro numero jugerum auctor obligatus est: quia ubi modus minor invenitur, non potest æstimari bonitas loci, qui non extat. Sed non solum si modus agri totius minor est, agi cum venditore potest: sed etiam de partib. ejus: ut puta si dictum est, vineæ jugera tot esse, vel oliveti: et minus inveniatur. Ideoque his casibus pro bonitate loci fiet æstimatio.*

Sequitur ex Sabino in §. *ult.* Si modus agri, quem in agro vendendo venditor dixit, non inveniatur, ut si dixerit esse viginti jugera, et inveniantur tantum ottodecim, pro numero duorum jugerum, quæ desunt, venditorem teneri indistincte, sive uno pretio ager venierit, sive pretio constituto in singula jugera, ut Fulgos sentire videtur contra Acc. Pro rata scilicet duorum jugerum, quæ desunt, pretii diminutionem fieri. Et subjicitur ratio Pauli, *quia ubi modus minor invenitur, non potest æstimari bonitas loci, qui non extat*, quod est, ac si diceret. Recte Sabinus ait, pro numero et quantitate jugerum, quæ deest, venditorem obligari, quia pro bonitate loci non potest obligari, quæ nulla est loco non extante, ut *l.* 1. *de evict.* qualitas non potest esse sine subjecto. Et mox sequitur alia sent. Sabini: non solum, si modus agri totius minor est, agi cum venditore posse, sed etiam de partibus ejus, puta si venditor mentitus sit non in modo totius agri, sed in modo partis agri. Quod etiam Paulus statim declarat, apposito hoc exemplo: si dixerit venditor, in agro vendito, qui forte latissime patet, esse oliveti, aut vineæ, aut prati jugera decem, et inveniantur tantum octo, et hoc quidem casu pro bonitate loci, qui vineis vel oleis consitus non est, juxta olivetum aut vineam æstimatio fiet, nimirum æstimabitur bonitas loci proximi vineæ, vel oliveti ad duo jugera, quæ vineæ vel oliveto desunt.

Ad L. V.

Si hæres testamento quid vendere damnatus sit, et vendiderit, de reliquis, quæ per consequentias emptionis propria sunt, vel ex empto, vel ex testamento agi cum eo poterit. Sed si falso existimans, se damnatum vendere, vendiderit, dicen-

dum est, agi cum eo ex empto non posse: quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest. Quemadmodum si falso existimans, se damnatum dare, promisisset, agentem doli mali exceptione summoverit, Pomponius etiam incerti condicere eum posse ait, ut liberetur.

Hæres testamento damnatus est, rem suam vel hæreditariam vendere L. Titio, quod legatum valet, et ita accipitur, ut non vendat quidem gratis eam rem, remisso pretio, sed ut eam vendat justo pretio, vel pretio, quod testator ipse definierit, *l. si cui legetur* 49. §. *ult. de legat.* 1. Hæres autem, ut damnatus est, eam rem vendidit. L. Titio: non tantum actione ex empto, sed etiam actione ex testamento hæres conveniri potest ab emptore eodemque legatario, *de reliquis*, inquit, *quæ per consequentias emptionis propria sunt*, quæ verba puto esse Sabini: nam et hæc lex est ex Pauli libro 5. ad Sabinum, et præponi debuit legi superiori, quæ ex quinto ut servaretur series librorum, quæ plerumque in his libris servari solet: nam inscriptio vitiata non est: certum namque est, libro 5. ad Sabinum complura Paulum scripsisse de legatis. Actione autem ex testamento hæres conveniri potest, sive res, quæ veniit tradita sit, sive non, quamdiu ejus rei juri, vel consequentiis aliquid deest, *l. etiam* 27. *de solut. l. hujusmodi* 84. §. *ædes, de legat.* 1. *l. debitor* 59. *ad Trebell. l. duos* 14. *de usufr. leg.* Ideoque etiam actione ex testamento cum hærede, eodemque venditore agi potest, ut ait. de reliquis, quæ per consequentias emptionis propria sunt, veluti ut res tradatur, si tradita non sit, ut præstetur quanti interest, scisse emptorem, quod venditor scivit, ut caveatur de evictione, de fuga, de sanitate, homine vendito, erronem non esse, furtis noxisque solutum esse, aut jumenta, quæ veneant, esse, bibere, ut oportet, quæ dicuntur cetera venditionis in *l. si duo* 13. §. *si quis juraverit, de jurejur.* quæ jure empti continentur, *l. fidejussor* 15. *de doli except.* quæ jure emptionem consequuntur. Et *per consequentias*, ait: non per consequentiam: sic semper nostri auctores loqui solent, per consequentias, non per consequentiam, *l. sin autem* 17. §. *sed et is qui, de rei vind. l. si fidejussor* 19. *de dolo l. relegatorum* 7. §. *dubitabam, de interdic. et releg. l. moris* 9. *de pœn. l.* 1. §. *item aut per semetipsum, de injur.* Gellius, *per sequelas quasdam, lib.* 6. *cap.* 1. quod Chrysippus κατὰ παρακολούθησιν vocat. Quod sequitur in hac l. nota sive exceptio est Pauli ad superiorem Sabini sentent. cujus mens hæc: si hæres falso existimans se damnatum vendere, vendiderit per errorem, hoc casu agi cum eo ex empto non posse, *quoniam*: inquit, *doli mali exceptione emptor submoveri potest*: ubi pro *ex empto*, omni adseveratione confirmo, esse legendum, *ex testamento*, quoniam certum est ex empto agi non posse, et submoveri actorem qui agit ex empto, non exceptione doli mali, sed ipso jure, *l. prædia* 28. *hoc t. l. si is, cui res* 37. *de furt.* quia bonæ fidei judiciis doli exceptio inest, idcirco nec opponitur quod inest satis, continetur que bonæ fidei judicio *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum, de leg.* 1. *l. sed etsi ideo* 21. *in fin. sol. matr.* At is, qui agit ex testamento, quæ actio stricta est, *l. in actionibus* 5. *in fin. adhibita l. seq. de in lit. jur.* is, inquam, qui agit ex testamento, in specie proposita non submovetur nisi opposita exceptione doli mali. Itaque legendum hoc loco, *ex testamento*, non *ex empto*. Quod et subjecta comparatio actionis ex stipulatu probat, de hærede qui falso existimans se damnatum dare rem certam, stipulanti legatario, se eam rem daturum promisit, qui et hoc casu, si stipulator agat ex stipulatu, doli mali exceptione opposita eum submovere et repellere potest, quod contra voluntatem testatoris petat. Potest etiam hoc casu, ut ex Pomponio Paulus tradit, hæres cum legatario agere incerti, ut ex stipulatu liberetur. Liberationes res sunt incertæ, quia incorporeæ, et ideo incerti condicuntur, *l.* 2. §. *aliud, de donat. l. si quis* 12. *de novat.* Vel ergo hæres contentus erit exceptione doli, vel aget, id est, condicet liberationem condictione incerti, qui per errorem se ex stipulatu obligavit.

Ad L. VI.

Tenetur ex empto venditor, etiamsi agnoverit minorem fundi modum esse.

Initio hoc ostenditur, venditorem teneri ex empto non tantum scientem minorem modum agri esse, quam ipse diceret, sed etiam ignorantem: fieri ergo diminutionem pretii pro rata; sicut in *l.* 4. §. *ult. sup.* quem exposui heri, nunc iterabo evidentius. Si venditor majorem modum agri dixerit, etiamsi ignorans id fecerit, ut si dixerit totum agrum continere viginti jugera, et inveniantur tantum octodecim, tenetur ex empto pro numero et quantitate jugerum, quæ desunt, quæ desiderantur. Basilica: *πρὸς τὸ ποσὸν τῆς ἐργασίας τῶν ζευγῶν*, pro numero, inquam, jugerum diminuto scilicet pretio pro rata ut et ibi Basil. notant his verbis: *καὶ ὑπὲρ μέτρον τὸ τίμημα μειοῦται*, pro numero, inquam jugerum, quia pro bonitate et pro qualitate loci, qui nullus extat, æstimatio fieri non potest. Aliud tamen dicendum est, quod etiam proponitur in *d. l.* 4. §. *ult.* si venditor dixerit totius agri modum integrum, sed erraverit in dicendo partis agri modo, ut si dixerit in eo agro, sive latifundio, quod venibat, esse vineam jugerum decem, quæ sit octo tan-

tum, hoc casu pro qualitate et bonitate loci, quo vinea posita est, vel qui vineæ adfinis est, æstimatio fit: nec enim hoc casu, vel similibus deficit locus, cujus bonitas æstimetur, cum totius agri modus integer est, conveniebat modus agri totius, sed non conveniebat vineæ, quæ in eo agro erat modus: itaque non pro numero jugerum, quæ desunt vineæ, sed pro bonitate loci vineæ ipsius, aut loci vineæ proximi, qui vineis conseri potuit, æstimatio fiet, quæ est evidentior interpretatio *d.* §. *ult. l.* 4. Florentiæ autem hic perperam scriptum est: *agnoverit*, pro *ignoraverit; tenetur ex empto venditor, etiamsi agnoverit.* Legito, ut in aliis, *etiamsi ignoraverit minorem fundi modum esse.* Et ita *in l. si minor* 9. *C. eod.* sive sciens, sive ignorans, ut ait, venditor agri dixerit minorem esse capitationem agri, id est, tributum soli, quod fisco debetur, Græci vocant συντέλειαν: venditor ex empto teneri dicitur, quanto minoris. Et valde notandum ibi, quod *capitationem* dicit de agro, quæ videbatur potius esse tributum capitis, non soli capitis censio, capitis exactio, ἐπικεφάλαια apud Cicer. in Epistolis ad Atticum: et tamen illo loco, eodemque modo prorsus in *l. ult. C. Theodos. sine cens. vel reliquis, etc.* capitatio dicitur de prædio, de tributo, quod prædium debet publico. Itemque apud Salvianum *lib.* 1. *Cum possessio*, inquit, *ab eis recesserit, capitatio non recedit.* Capitatio scilicet non hominis, sed possessionis. Glossa etiam adfert hoc loco *l.* 1. §. *si ignoraverit, depos.* et intelligit, ne diu erres in quærendo, §. *si cista* 41. ubi dicitur, eum apud quem cista signata deposita est, teneri singularum rerum notione quæ in cista sunt, etiamsi ignoraverit res ibi esse si, existimaverit, vacuam cistam esse. Videtur autem hanc notam Pompon apposuisse ad sententiam Sabini propositam in *l.* 2. *hoc t.*

Ad §. 1. *Si vendidi.*

§. 1. *Si vendidi tibi insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito ut reficias: si autem hoc solum ut reficeres eam convenisset: non intelligitur emptio et venditio facta, ut et Neratius scripsit.*

Quod sequitur in *hac l.* 6. §. 1. etiam ex Sabino est: si vendidi tibi domum certo pretio, *et ut aliam domum meam reficeres*, mihi esse actionem ex vendito, ut aliam domum meam reficias, nimirum quia id in partem pretii cessisse intelligitur, id est, videor vilius tibi vendidisse, ut aliam domum meam reficeres, ut *l. si sterilis* 21. §. *pen. hoc t. l. fundi* 79. *de contr. empt. et l. veluti* 6. *de servit. rust. præd.* Observa verba Sabini: *si vendidi tibi* inquit, *insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres*, pecunia pro pretio, ut in *l. eum qui* 14. *de furt. l. quæsitum* 9. *de distr. pignor.* Si ergo, inquit, vendidi certo pretio, et ut aliam demum meam reficeres: nam si simpliciter vendidi hoc modo, ut aliam domum meam reficeres, nullo dicto certo pretio, si, inquam, vendidi hoc modo, ut aliam domum meam reficeres, non est emptio venditio, ut Pompon. subjicit ex Neratio, id est *ex l. insulam* 6. *de præs. verb.* quæ Neratii est, non est emptio venditio, quia de certo pretio conventum non est. Non est igitur actio ex vendito ut reficias, sed actio præscriptis verbis, quasi novo negotio gesto.

Ad §. 2. *Sed si aream.*

§. 2. *Sed si aream tibi vendidi certo pretio, et tradidi, ita ut insula ædificata partem dimidiam mihi retradas: verum est, et ut ædifices agere me posse ex vendito, et ut ædificatam mihi retradas. Quandiu enim aliquid ex re vendita apud te superesset, ex vendito me habere actionem, constat.*

Addit Pomponius aliam speciem: vendidi tibi aream certo pretio, ita ut in ea domum ædificares, et domo ædificata, ut partem ejus dimidiam mihi retraderes. In hac specie emptio venditio facta intelligitur, et mihi competit actio ex vendito, ut in area vendita domum ædifices, et ut ædificatæ domus partem mihi retradas. Idemque est, si convenerit, ut post aliquod tempus totam rem venditam mihi retraderes, reddito pretio, *l.* 2. *C. de pact. int. empt. et vendit.* Ubi tamen ait, in hac specie competere actionem præscriptis verbis, quasi non sit emptio venditio: vel actionem ex vendito, ut retradas et revendas rem, quasi sit emptio venditio, et posteriori adhærendum est. Nam si licet uti actione ex vendito, ut post tempus res retradatur et revendatur, supervacua est actio præscriptis verbis, *l. Labeo*, 50. *de contrah. empt.*

Ad §. 3. *Si locum.*

§. 3. *Si locum sepulchri emeris, et propius eum locum, antequam mortuus ibi inferatur, ædificatum a venditore fuerit, poteris ad eum reverti.*

Locum sepulchri emisti, locum sepulchro ædificando, locum profanum, quo nondum mortuus quisquam illatus erat, propius eum locum antequam mortuus inferretur, id est, antequam religione occuparetur, venditor ædificavit prope eum locum, nullo intermisso spatio, eo nomine tenetur ex empto, quia nullus est usus sepulchri, nisi circum sepulchrum certum aliquod spatium re-

linquatur, in frontem et in agrum, ut loquebantur. Et conjungenda est *cum hoc* §. *l. si propius* 3. *de mort. infer.* quæ est ex eodem libr. Pomponii, et adhibenda etiam ad hanc speciem lex *qui bona fide* 13. §. *si quis juxta, de dam. inf.*

Ad §. 4. *Si vas.*

§. 4. *Si vas aliquod mihi vendideris, et dixeris, certam mensuram capere, vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus præstes. Sed si vas mihi vendideris, ita ut adfirmares integrum: si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, præstabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum præstes, dolum malum dumtaxat te præstare debere. Labeo contra putat, et illud solum observandum, ut nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum præstari debeat. Et est verum: quod et in locatis doliis præstandum Sabinum respondisse, Minicius, refert.*

Quemadmodum venditor tenetur ex empto, si minorem agri modum præstet quam dixerit; ita in §. *si vas*, ex Sabino proponitur eodem judicio teneri eum qui vase vendito, minus pondere vel mensura præstat, quam dixerit: ut si vas dixerit esse capax trium metretarum, et tot metretas non capiat: si dixerit vas esse certi ponderis, et minoris esse inveniatur. Et ad hanc Sabini sententiam Pomponius addit quod sequitur: *Sed si vas mihi vendideris, ita ut affirmares integrum, etc.* Sensus hic est: Si in vendendo vase dixeris, id esse integrum, etiam teneri te ex empto, si cassum sit, non integrum, ut scilicet præstes id quod eo nomine perdiderit emptor, id est quanti interest emptoris. Imo etsi nihil dixeris de integritate, de sinceritate vasis, te omnimodo teneri ad præstandum vas integrum, nisi in contrarium aliud specialiter actum sit: alioqui id semper agi intelligitur, ut vas præstetur integrum, quoniam nullus alioquin, aut vix ullus alioquin vasis usus est, sicut in §. *si locum*, cum veniit locus sepulchro faciendo, id etiam agi intelligitur, ut præstetur itus, aditus, ambitus ad sepulchrum, alioquin nullus est sepulchri usus. Et ita vero in supradicta specie Labeonem existimare, nempe, etiamsi nihil de eo dictum sit, venditorem omnimodo teneri ad præstandum vas integrum. *Omnimodo*, id est, etiamsi id nesciverit esse casum, fractum, pertusum, contaminatum: nam in hac re venditoris ignorantia excusabilis non est, *l. sed addes* 19. §. 1. *loc.* Sicut nec in dictione modi vel ponderis nemo præsumitur sui vasis pondus vel mensuram ignorare: nec item vitium sui vasis: itaque ignorantia illa crassa nimis et resupina est, ac proinde non excusat. Et longe alia est ratio in speciebus propositis initio *l. Julianus* 13. *h. t.* In quibus sciens separatur ab ignorante, quod ibi explicatur. Quod autem de vasis venditis idem ex Minicio, qui fuit ex Sabinianis, refert, Sabinum respondisse vasis locatis, nempe id agi ut integra præstentur, alioquin frui eis conductori non licet. At videamus, cur tamen vasis commodatis, fiat distinctio inter scientem et ignorantem, aliter quam vasis venditis, aut locatis: nam si sciens commodavi ignoranti vasa vitiosa, teneor commodati: si ignorans, non item, *l. in rebus* 18. §. *commod.* Varietatis rationem hanc esse opinor, quia commodatum est gratuitum et species beneficii: proinde commodatarius æqui boni consulere debet beneficium quod accepit ab eo, qui id in eum contulit bona fide, bonoque animo, nesciens vasa esse vitiosa, etiamsi res aliter se habuerit. Qua ratione etiam ad res commodatas edictum Ædilitium non pertinere verum est, sicut nec ad res donatas, *l. ad res* 62. *de ædil. edic.* juxta proverbium, quod D. Hieronymus adfert initio epistolæ ad Ephes. *Non esse respiciendos dentes jumenti donati.* At emptionis, aut conductionis longe alia ratio est, quia cum emptori vel conductori pretium absit quod dedit rei habendæ vel fruendæ causa nullum a venditore vel locatore beneficium accipere videtur. Unde et quæ ab eo in solvendo pretio exigitur sinceritas, nempe ut nummi sint puri, probi, profani, sui, quod et in manumissionibus servorum exprimi refert Festus, eadem etiam sinceritas exigitur a venditore, vel locatore, in tradendis vasis venditis, vel locatis.

Ad §. 5. *Si tibi et* § 6. *Sed si fundum.*

§. 5. *Si tibi iter vendidero, ita demum auctorem me laudare poteris, si tuus fuerit fundus, cui acquirere servitutem volueris. Iniquum est enim me teneri si propter hoc acquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris.*

§. 6. *Sed si fundum tibi vendidero, et ei fundo iter accessurum dixero, omnimodo tenebor itineris nomine: quia ultiusque rei quasi unus venditor obligatus sum.*

Hoc §. alia sententia Sabini proponitur: si tibi iter vendidero per fundum meum, et ideo non possis uti itinere, quod fundi vicini dominus non sis, non potes eo nomine ad me reverti, et me laudare auctorem, quia hoc tibi, non mihi imputare debes: cur enim emisti iter ad fundum non tuum? Servitus nisi fundo proprio acquiri non potest, *l.* 1. *si servit. vind. l.* 1. *comm. præd. l. si sub una,* 136. §. 1. *de verb. oblig.* Inutilis igitur hæc itineris venditio est: et ex venditione inutili non est

regressus ad auctorem. Aliud dicendum est, ut subjicit Pomponius, si tibi fundum vendidero, et ei iter accessurum dixero per fundum vicinum: nam evicto itinere, omnimodo teneor ex empto, quia utriusque rei, fundi, et itineris scilicet una venditio est, et una evictio: igitur, quam venditor præstare debet, sive res principalis, sive accessio evincatur. Fac me vendidisse fundum alienum, quæ venditio non est inutilis, et fundo dixisse iter accessurum, ut de fundo mota controversia emptor laudare auctorem potest, ita et mota itineris controversia, quod fundo nominatim accessit, ut *l. evicta re* 16. *in princ. de evict.* Denique ut fundi evictionem præstare venditor debet, ita et itineris, quamvis summo jure iter non potuerit emptor acquirere fundo, cujus dominium non acquisivit, quod esset alienus fundus quem emit, hoc facit cohærentia fundi, nempe ut una res venisse, una venditio esse intelligitur. Accessio sequitur causam rei principalis; itaque quantum ex his concludere licet, multum interest per se veneat iter, an accedat emptioni fundi: multum, inquam, interest an per se veneat iter, quæ venditio inutilis est, si emptor vicini fundi dominus non est: an accedat emptioni fundi. Sicut multum interest, an locus sacer veneat per se, quæ venditio non valet: an emptioni majoris partis accedat, *l. si in emptione* 24. *de contrah. empt.*

Ad §. 7. *Si filiusfam.*

§. 7. *Si filiusfamilias rem vendideri mihi, et tradiderit, sicut paterfamilias tenebitur.*

Filiusfamilias ex omnibus contractibus et delictis tanquam paterfam. obligatur, *l. filiusfamilias* 8. *de oblig. et act. l. tam ex contractibus* 57. *de jud. l.* 1. §. *filiumfamilias depos. l. pertinet* 2. §. *hi qui, de cap. minut. l. ult.* §. 1. *de verb. oblig.* Ergo et ex contractu emptionis venditionis. Unde *si filiusfamilias*, inquit, *rem vendiderit mihi et tradiderit, sicut paterfamilias tenebitur*, actione ex empto, ut præstet cetera venditionis. Cetera ita explicanda sunt, si dolo etc. v. ad §. seq.

Ad §. 8. *Si dolo et* §. 9. *Si venditor.*

§. 8. *Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, ex empto eo nomine actio emptori competit. Nam et dolum malum eo judicio æstimari oportet, ut id quod præstaturum se esse pollicitus sit venditor emptori præstari oporteat.*

§. 9. *Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset, et adjectum sit neve eo nomine quid præstaret: æstimari oportet dolum malum ejus, quem semper abesse oportet in judicio empti, quod bonæ fidei sit.*

Si dolo malo aliquid fecit venditor in re vendita, puta, si, dum fundum venditum tradit, arbores excidit, vel extirpavit, ut *l. et eleg.* 7. §. *non solum, de dol.* eo nomine ex empto tenetur emptori. Hæc sententia est Sabini, ad quam Pomponius addit rationem, quia judicio ex empto dolus æstimatur, dolus vindicatur, quandoquidem judicio ex empto inest etiam actio de dolo, ipsius judicii potestate et natura, quod et allatis aliis duobus exemplis demonstrat: si venditor se præstaturum aliquid pollicitus sit, decipiendi emptoris causa quod nec præstiterit, tenetur ex empto, non tam propter pollicitationem, quæ per se nullam obligationem parit, quam propter dolum malum, *l. quod venditor* 37. *de dolo.* Item (quod est alterum exemplum) si venditor sciens dolo malo alienum fundum vendiderit, vel fundum alii obligatum, et adjecerit, ne eo nomine quicquam emptori præstaret, si fundus ei ab aliquo evinceretur, nil hæc cautio callida nimis, scienti venditori proficit, ut *l.* 30. §. *ult. h. tit.* quia dolo malo in ea re versatus est, nec quicquam valet pactio ne dolus malus præstetur, *l. si unus* 27. §. *illud, de pact.* Judicio igitur empti venditi venditoris dolus æstimabitur, quem, ut eleganter ait, semper abesse oportet in judicio empti, quod bonæ fidei est, et judicio bonæ fidei nihil magis est contrarium quam dolus et fraus. Et hoc plane est, quod Marcus Tullius ait: *Dolum malum vindicari in bonæ fidei judiciis.* Pomponius *æstimari* ait. Quin et ab eodem judicia bonæ fidei dicuntur esse de mala fide, libro *de natur. Deor.* id est, de dolo malo, contrariorum id efficiente natura, quæ talis est, ut positio unius sit exclusio alterius: quo fit, ut quod de bona fide judicium est, sit etiam de mala fide. Hæc, ut expellatur, ut removeatur, illa ut dominetur et prævaleat.

Ad L. VII.

Fundum mihi cum venderes deducto usufructu, dixisti eum usumfructum Titii esse, cum is apud te remansurus esset. Si cœperis eum usumfructum vindicare, reverti adversus te non potero, donec Titius vivat: nec in ea causa esse cœperit, ut etiamsi ejus ususfructus esset, amissurus eum fuerit. Nam tunc (id est, si capite diminutus vel mortuus fuerit Titius) reverti potero ad te venditorem. Idemque juris est, si dicas eum usumfructum Titii esse, cum sit Seji.

In hac lege proponitur: fundum mihi vendidisti, hoc adjecto nominatim, *deducto usufructu*, quem usumfructum Titii esse dixisti, cum non esset Ti-

tii; sed ut cum tibi exciperes et detrahæres, non potero eo nomine ad te reverti, etiamsi eum usumfructum tibi vindicaveris, quamdiu Titius vivet, cujus usumfructum esse mihi dixisti; quamdiu, inquam, Titius vivet, et integri status erit, id est quandiu non erit Titius in ea causa, ut etiamsi ususfructus ejus esset, amissurus eum fuerit. At mortuo Titio, vel capite minuto, quo casu ususfructus, si ejus fuisset, interiisset, et rediisset ad proprietatem, tunc ad te reverti potero, ut mihi usumfructum præstes, Titio, cujus mihi dixisti usumfructum esse, e medio sublato, quia tunc apparet me fuisse a te deceptum, qui usumfructum, qui apud te remansurus erat, Titii esse falso dixisti. Mendacium species est doli, *l.* 1. *de dolo*. Idemque est, *si usumfructum dixeris esse Titii*, *qui erat Seji*, quia et hoc casu non aliter ad te reverti potero, quam si Titius fuerit mortuus, vel capite minutus. Vivo enim Titio, nec capite minuto nulla mihi fraus facta videtur. At mortuo Titio vel capite minuto perseverante usufructu apud Sejum, tum demum comperio et sentio me esse deceptum, et ideo doli mali nomine regressum habeo adversus venditorem, ut mihi ususfructus æstimationem præstet. Huic loco potest opponi *l. minor* 39. §. *ult. de evict.* cujus sententia hæc est: vendidisti mihi servum vel fundum, et in eo tradendo dixisti: in eo servo vel fundo usumfructum esse Titii qui erat Seji. Sejo vindicante usumfructum, statim ad te reverti possum, nec exspectare debeo quoad Titius moriatur, aut capite minuatur. Hæc sententia nihil loco proposito officit. Nam quod statim revertitur emptor ad auctorem suum, Sejo vindicante usumfructum, id ideo fit, quia venditor fundum vendidit simpliciter, non detracto usufructu, et quod dixit in eo fundo, usumfructum Titii esse, pro eo est, ac si dixisset, non suscipere se defensionem non subjicere se defensioni emptoris adversus Titium, si vindicaverit usumfructum, at suscipere se defensionem adversus ceteros. Ergo alio, quam Titio, vindicante usumfructum recte ait, statim venditorem auctoritatis nomine obligari. Quæ est species et ratio longe diversa ab ea, quæ proponitur in hac lege.

Ad L. VIII.

Si tibi liberum prædium tradidero, cum serviens tradere deberem: etiam condictio incerti competit mihi, ut patiaris, eam servitutem, quam debuit, imponi.

§. 1. *Quod si servum prædium in traditione fecero, quod liberum tibi tradere debui: tu ex empto habebis actionem, remittendæ ejus servitutis gratia quam pati non debeas.*

In venditione fundi dixisti, fundum venditum fundo tuo, quem retinebas servum fore, puta, iter, aut viam fundo tuo debiturum; species enim servitutis exprimenda est *l. in tradendis* 7. *comm. præd.* Liberum tamen eum fundum emptori tradidisti, nulla imposita servitute per imprudentiam per errorem: habes condictionem incerti adversus emptorem, ut patiatur eam servitutem imponi. Servitutes res incorporeæ, atque adeo res incertæ sunt, et incerti condicuntur, *l. sed etsi* 22. §. *ult. de condict. indeb. l. si binarum* 34. (quam et hic glossa adduxit) *de servitut. urb. præd.* quæ lex etiam ostendit, in hac specie cum condictione incerti concurrere actionem ex vendito, ut *l.* 5. *hoc t. l. ex empto* 11. §. *ego illud*, *hoc t.* quod et hoc loco articulus, *etiam*, indicat. *Etiam condictio incerti*, inquit, ac si diceret, non tantum ex vendito, sed etiam condictio incerti. Ex contrario autem, si in vendendo fundum liberum, fundum optimum maximum dixero, in tradendo servum fecero, imposita servitute viæ, emptor actione ex empto consequetur, ut ea sibi servitus remittatur, quam per errorem imponi passus est. Quin et condictione incerti, meo judicio, ejus servitutis liberationem emptor persequi potest. Remissiones, liberationes incerti condicuntur, *l.* 2. §. 1. *de donationib. l.* 3. *de condict. sine caus.*

Ad L. IX.

Si is qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat.

Eum qui vendidit lapides erutos e suo fundo, vel qui in suo fundo erant, cogere emptorem posse, qui in eis tollendis moram trahit, cogere, inquam, eum posse, actione venditi, ut eos tollat, quia interest ejus non impediri per lapides fundi sui usum liberiorem. Qua ratione et extra causam emptionis eo nomine datur interdictum, *l. prætor ait* 7. §. *ult. de dam. infec.* Hinc apparet, ex fundo alieno emptos lapides emptorem suis sumptibus tollere debere, ut *l. si cum* 34. *de dolo*: non etiam venditorem lapides tollere, et ad emptorem perferre debere.

Ad L. X.

Non est novum, ut duæ obligationes in eadem persona de eadem re concurrant. Cum enim is, qui venditorem obligatum habebat, hæres exstiterit, constat esse duas actiones in ejusdem persona concurrentes: propriam et hæreditariam, et debere hæredem institutum, si velit separatim

duarum actionum commodo uti, ante aditam hæreditatem primum venditorem convenire, deinde adita hæreditate hæreditarium. Quod si prius adierit hæreditatem, unam quidem actionem movere potest, sed ita, ut per eam utriusque contractus sentiat commodum. Ex contrario quoque, si venditor venditori hæres exstiterit, palam est, duas evictiones eum præstare debere.

Hæc lex est ex Ulpiani libris ad Sabinum, et quod proponit initio, non esse novum, *ut duæ obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant*, id proponitur etiam ex Juliano, qui Sabinianus fuit, in *l.* 5. *de fidejuss.* quæ est ex eodem libro Ulpiani. Non esse, inquam, novum, ut duæ obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant: obligationes, inquam, activæ vel passivæ. Activæ sunt, quas quis habet: passivæ, quibus obstrictus est, ut *l. si mulier* 59. §. *ex asse, de jure dot.* Fac ita esse. L. Titius duobus separatim diversis temporibus eandem rem vendidit: utrique tenetur ex empto, ut rem tradat, vel præstet, quanti interest rem tradi. Verum antequam cuiquam eam rem traderet, unus ex emptoribus alteri emptori hæres extitit. Hic duas obligationes et actiones ex empto habet, unam proprio nomine, quasi contra venditorem proprium, alteram nomine hæreditario, quasi contra venditorem hæreditarium, qui et utriusque actionis commodum consequetur, si in agendo hunc ordinem servaverit, id est, si ante aditam hæreditatem alterius emptoris egerit proprio nomine: et rem, vel id quod interest consecutus fuerit. Deinde adita hæreditate agat nomine hæreditario, in quantum defuncti interfuit rem tradi. Quod non ita succedit, non ita evenit, si hic ordo neglectus fuerit, puta, si prius adierit hæreditatem alterius emptoris, quam ageret suo nomine, quoniam hoc casu utraque actio concurrit uno eodemque tempore, utraque competit, utraque defertur simul uno eodemque tempore: qua ratione unam tantum ex eis movere debet, non utramque, vel ex causa hæreditaria scilicet, vel ex causa propria, quia ipse eas confudit et contulit in unum tempus, qui potuisset eas separare supradicto ordine servato, nempe si ante aditam hæreditatem cœpisset agere proprio nomine: si vero emptor hoc casu unam tantum actionem movere potest, ergo et unius tantum actionis commodum consequi, id est, est semel litis æstimationem, non semel et iterum: imo utriusque actionis, ut est scriptum hoc loco, unam quidem actionem movere potest, quod est, debet: sed ita ut per eam utriusque contractus sentiat commodum, quod ita interpretor, ut una actione consequatur utriusque contractus commodum, non utrumque commodum, id est, ut semel tantum consequatur rem vel litis æstimationem nobis. Neque enim video qua ratione fieri possit ut in actionem quæ intenditur ex uno contractu, simul veniat commodum actionis ex altero contractu, ita ut utrumque consequi possit, quia distincti et disparati contractus sunt, distinctæ actiones, quæ nec conjunguntur, una tantum actione electa et instituta, sive deducta in judicium. Posui, quod Ulpianus ponit, unum eundemque eandem rem vendidisse duobus, et emptorem unum alteri hæredem exstitisse quid fiet ex diverso si unus idemque separatim eandem rem emerit a duobus, ut *l. si rem quam* 29. *de evict.* et unus ex venditoribus alteri venditori hæres exstiterit? Priori specie proponitur unus venditor, et duo emptores, et emptorem emptori hæredem extitisse, hac vero posteriori specie proponitur unus emptore, duo venditores ejusdem rei, et venditorem venditori, hæredem exstitisse. Et in hac quoque specie placet re evicta, emptorem duas actiones habere, unam ex proprio, alteram ex hæreditario contractu. Et similiter venditorem duas evictiones præstare debere, quod ait in extremo hujus: legis denique emptorem duas actiones habere evictionis nomine, venditorem similiter duas evictiones, præstare debere; atque ita hoc casu in persona emptoris, de eadem re duæ empti vendti obligationes activæ concurrunt, et in persona venditoris duæ obligationes passivæ. At si quidem prius egerit emptor ex uno contractu, antequam venditor, idemque hæres alterius venditoris hæreditatem adiret, deinde adita hæreditate agere potest ex contractu altero, atque ita duarum actionum commodo frui. Verum idem non assaquetur, si post aditam hæreditatem prius egerit ex hæreditaria causa, quia electa actione ex hæreditaria causa, utriusque commodum in eam deduxit, utramque actionem confudit, atque adeo exactione secuta utramque consumpsit. Quod etiam ita procedit, si reus stipulandi, id est, stipulator alteri correo stipulandi hæres extiterit: duas enim species obligationis sustinet, sed altera, ejus executione secuta, alteram consumit *l. generaliter* 5. *de fidejussor.* Item si reus promittendi alteri reo promittendi ejusdem rei nomine, hæres exstiterit, duas obligationes sustinet, *l. si reus* 15. *de duob. reis.* Sed ex una si conveniatur et exigatur, utraque consumitur, *d. l. generaliter.* Neque tamen idem evenit, si reus promittendi, reus principalis, hæres extiterit fidejussori: neque enim duas obligationes sustinet, quia adita hæreditate fidejussoris, statim fidejussoria obligatio perimitur, et remanet tantum principalis, quæ major et plenior est, *d. l. generaliter l. cum reus* 14. *l. debitori* 50. *de fidejuss. l. debitor* 3. *de separat.* Et omnino hæc est definitio auctoris, ubi aliqua est differentia obligationum, ut in supradicta specie, si una sit prin-

cipalis, altera accessoria, principalis accessoriam, minorem major tollit: ubi autem pares et ejusdem potestatis obligationes sunt, nec una major altera, vel plenior, ut si reus promittendi correo heres extiterit, in ejus persona utraque obligatio consistit: sed si ex una conventus præstiterit, sicut diximus, utraque perimitur. Et ita explicanda est hæc quæstio, quæ alioquin est difficilis.

Ad L. XI.

Ex empto actione is, qui emit utitur.

§. 1. *Et in primis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci quod præstari convenit. Cum enim sit bonæ fidei judicium, nihil magis bonæ fidei congruit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate.*

§. 2. *Et in primis ipsam rem præstare venditorem oportet, id est, tradere. Quæ res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum: si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*

Initio docet, quod est certissimum, ex empto actionem dari emptori, et in eam id demum deduci quod præstari convenit inter contrahentes, non verbis solum, sed animis: *Conventio enim contrahentium legem dat contractui*, *l. contractus* 23. *de reg. juris*, *l. in emptionibus* 23. *de pact.* Hanc omnimodo pactis conventis suo contractu contrahentes fingunt, arctantque ut volunt. Unde et si in contrahenda emptione venditione convenerit, ne quid evictione secuta venditor præstaret, id servari oportet, *l. pacta* 72. *de cont. empt.* Præterquam si in ea re dolus malus venditoris arguatur, ut didicimus supra *ex l.* 6. §. *ult.* et facit etiam *l. servus quem* 3. §. *ult. inf.* quia ut ait *d. l.* 6. §. *ult. semper abesse oportet in judicio empti, quod bonæ fidei est, dolum malum.* Qua ratione etiam ait hoc loco, in actione empti venditi potissimum servari et præstari oportere id de quo convenit, *quia*, inquit, *nihil magis bonæ fidei convenit, quam id præstari, quod inter contrahentes actum est.* Ergo quod convenit expressim vel tacite, quia quod actum est pro expresso, pro cauto habetur, id est, quod agi intelligitur pro cauto habetur *l. cum quid* 3. *de reb. cred.* Quod si in contrahenda emptione venditione nihil specialiter convenit, si nulla lex emptioni venditioni dicta fuerit, *tunc*, ut ait, *judicio ex empto ea præstabuntur, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate. Naturaliter*, id est ex natura ex empto actionis, ex natura contractus, ut *l. si in venditione* 60. *de evict. l. ult. C. de assert. toll.* Et eodem sensu *in l. in causæ* 16. §. *pen. de minor. et in l. item si pretio* 22. §. *ult. tit. seq.* in pretio emptionis venditionis, locationis conductionis, naturaliter licere contrahentibus se invicem circumscribere, citra dolum malum tamen, id est, hanc esse naturam contractus, ut quam potest plurimo venditor vendat: emptor vero quam minime emat, venditor ut pulchre vendat, sicuti loquuntur, emptor ut pulchre emat, id est, vili, hanc esse substantiam contractus, id est, naturam, *l. si voluntate* 8. *C. de rescind. vend.* Id ita fieri ἐμπορικῶς, ut ait *Nov.* 97. *si ædes male emptæ sint*, ut est apud Plaut. in Mostell. *nobis has haud redhibere licere* id est, si carius emptæ sint: nam et emptori verius est non competere beneficium quod lex 2. *C. de rescind. vend.* dat venditori soli, qui male vendidit. Hoc autem in primis naturaliter inest potestate judicii ex empto vendit, ut ipsam rem venditor præstet, id est, tradat, inquit. *Præstare* interpretatur esse tradere, propter verbi ἀμφιβολογίαν, nam et dare significat et facere et sinere vel pati; et tradere vacuam possessionem, et in idiotismo, mutuum dare, *l. ult. C. quod cum eo, etc.* Et in legibus formulisque antiquis hæc tria verba, eodem gressu feruntur, eodemque pede, *dare*, *facere*, *præstare*, *l. qui libertinus* 37. *de oper. libert. l. oblig.* 3. *de oblig. et act. l. Julian.* 13. §. *Idem Julian. h. t.* Generale verbum, ut fit plerumque, subjicitur duobus specialibus, dare, facere. Tradendo autem rem venditam venditor, si rei dominus est, dominium ejus transfert in emptorem, *l. traditio* 20. *de acquir. rer. dom.* Videlicet, qui modus est ex duodecim tabulis, si emptor pretium solverit, aut eo nomine satisfecerit, veluti fidejussore aut expromissore, aut pignore dato, vel si venditor ei fidem habuerit de pretio, *Fides habita*, ut Livius ait quodam loco, *magis obligat fidem.* Et hæc ostenduntur multis in locis in jure, §. *venditæ*, *Instit. de rer. divis. l. quod vendidi* 19. *l. ut res* 53. *de contrah. empt. l. Paulus* 58. §. *quæsitum*, *de lib. cau.* Varro 2. de re rust. *Gregem venditum non mutare dominum, nisi si æs adnumeratum sit.* Venditio sola dominium non transfert, sicut nec promissio sola, quæ fit stipulanti, *l. et eum* 18. *de manumiss.* Traditione naturali opus est, *l. traditionibus*, *C. de pact.* Si autem venditor dominus non est rei venditæ, traditio ejus rei transfert possessionem in accipientem, et evictionis tantum nomine venditorem obligat, *l.* 1. *de rer. permut.* Sub eodem etiam modo, eademve exceptione, *si pretium solverit, vel eo nomine satisfecerit*, ut hoc loco ostenditur aperte. Et in hoc est differentia inter

emptorem et venditorem, cujus rationem exposui in *l.* 1. *sup.* Venditor enim non cogitur facere rem accipientis, satis est venditorem obligari evictionis nomine, et purgari de dolo malo. At emptor cogitur facere nummos accipientis, *l. si mandavero* 22. §. *si mandaverim*, *et l. cum servus* 54. *mand.* quæ differentia etiam proponitur hoc loco.

Ad §. 3. *Redhibitionem et* §. 4. *Animalium.*

§. 3. *Redhibitionem quoque contineri empti judicio et Labeo et Sabinus putant, et nos probamus.*

§. 4. *Animalium quoque venditor cavere debet, ea sana præstari, et qui jumenta vendidit, solet ita promittere*, esse, bibere, ut oportet.

Sequitur, actioni ex empto etiam inesse redhibitionem rei venditæ, quoties redhibitioni locus est, veluti ob morbum vitiumve rei venditæ, quod reticuit venditor quodve latebat. Concurrit enim cum actione ædilitia quæ redhibitoria dicitur, civilis actio ex empto, *l. cum mancipium* 51. *de ædil. ed.* Et liberum igitur est, de redhibitione agere, vel civili actione, id est, ex empto, vel Edilitia. Civilis est perpetua: ædilitia temporaria. Hunc vero concursum miror Accursium non probare, qui est sane certissimus. Id etiam inest hujus judicii potestate, ut jumentorum venditor caveat emptori *ea sana præstari, et esse, bibere, ut oportet.* Quod etiam hic proponitur *in* §. *animalium*, ut in venditione ovium vel caprarum apud Varronem 2. *de re rustica. Illasce oves vel capras hodie sanas recte esse, et bibere posse:* qua de re tamen eodem Varrone auctore, lanii emptores sibi caveri frustra desiderant, quia *ad cultrum*, inquit, *jumenta emunt, ut mox ea jugulent.* Idem etiam frustra desiderarent, *quia ea*, ut ait, *ad altaria emunt.*

Ad §. 5. *Si quis.*

§. 5. *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse; veruntamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur.*

Si ego me virginem ancillam emere putavi, quæ jam erat mulier, non ideo minus emptio valet, quia in sexu non erravi, quod satis est: error in pudicitia vel integritate puellæ non vitiat emptionem venditionem, *l. alioquin* 11. *de contrah. empt.* Quod utique verum est, etiam si venditor scierit eam esse mulierem, et me errare passus sit. Neque vero eo nomine redhibitioni locus est ex ædilitio edicto, quia ædiles hunc casum edicto non comprehenderunt: nec vitiatam mulierem, vitiosam esse, aut morbosam existimaverunt: cessare igitur actionem ædilitiam: competere tamen actionem civilem ex empto, ut resolvatur venditio, ut distrahatur, ut pretio restituto mulier redhibeatur, vel contra, ut muliere redhibita pretium restituatur, quia mihi mens fuit emendæ virginis, non mulieris, qui nec, si scivissem jam ei vitium oblatum esse, eam mihi ullo modo comparassem. Multo plures sunt causæ redhibitionis jure civili receptæ, quam jure honorario, et contra, quæ jure honorario, id est, ædilitio edicto, receptæ sunt, eædem etiam jure civili continentur §. *redhibitionem supr.* Latius enim patet actio bonæ fidei, quam actio stricta. *Bonæ fidei nomen*, ut ille ait, *patet*, *aut manat latissime.*

Ad §. 6. *Is qui vina.*

§. 6. *Is qui vina emit, arræ nomine certam summam dedit. Postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Julianus ex empto agi posse ait, ut arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distrahendam, inquit, emptionem. Ego illud quæro, si annulus datus sit arræ nomine, et secuta emptione pretioque numerato et tradita re, annulus non reddatur: qua actione agendum est, utrum condicatur quasi ob causam datus sit, et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. Et Julianus diceret, ex empto agi posse. Certe etiam condici poterit, quia jam sine causa apud venditorem est annulus.*

Emptor vini arræ nomine venditori dedit certam pecuniam; postea convenit inter eum et venditorem, ut venditio irrita fieret: conventio valet, si res sit integra, id est, si neque pretium, aut pars pretii numerata sit neque res tradita, *l. emptio* 3. *de rescind. vend.* Arra non est pro parte pretii, sed argumentum tantum pretii conventi et contractæ emptionis venditionis, *l. quod sæpe* 35. *in princip. de contrah. empt, et Instit. de empt. et vendit.* Et arrarum datio quasi alius contractus est, qui proxime sequitur emptionem venditionem, *l. contractus* 16. *C. de fide instrum.* Nec tamen male dicitur arrale pactum, *l. ex arrali* 3. *C. de act. empt.* Conventio enim dandæ arræ ex pacto contractus evadit: post dationem arræ, pactum quod traditione sumpsit effectum, contractus est; at etiamsi arra data sit venditori, non ideo minus res est integra, si cetera emptionis venditionis secuta non sint, *l.* 2. *C. quan. licet. ab empt. disced.* Arræ datio non deintegrat rem. Itaque etiamsi arra intervenerit, statim contrario consensu emptio venditio dissolvitur, antequam arra restituta sit emptori. Verum quæritur, qua actione emptor, dis-

soluta emptione mutuo consensu, arram recuperet et repetat a venditore? Et hoc loco docet eo nomine emptori dari actionem ex empto, utilemque eam actionem esse etiam ad distrahendam emptionem. Quid est quod ait, ad distrahendam emptionem? Nonne distracta satis jam ante fuit contrario consensu? Sic sane. Igitur ad distrahendam emptionem, id est, ad distrahenda reliqua emptionis venditionis, ad repetendum pignus, ad repetendam arram, ad resolvendum arrabonicum contractum. Nunc finge, datum esse venditori annulum arræ nomine, ut hic proponitur, *et in l. quicunque* 5. §. *si ei quem, de instit. act.* datum, inquam, esse annulum arræ nomine, non pecuniam numeratam, ut in superiori specie, inter quæ hæc differentia est, quod arra, si in pecunia numerata consistat, imputari potest in pretium, nec repeti, *l. ult. sup. de l. commis.* non etiam si consistat in annulo, vel alia quacunque re. Ideoque ex utraque parte impleta emptione venditione, id est, pretio soluto et re tradita necessariam esse emptori actionem ad repetendum annulum, vel quam aliam rem arræ nomine datam, quod non possit ea imputari in pretium, quod in emptione venditione omnimodo consistere debet in pecunia numerata. Et docet ad repetendum annulum, aliamve rem arræ nomine datam, emptori suppetere actionem ex empto vel ut hoc loco significatur, condictionem ob causam, causa non secuta, quæ actio et causa finita competit, *l. quod Servius 8. de condict. cau. data*, videlicet, si quæ finita est, nec ante secuta fuerit. Vel etiam suppetere condictionem sine causa, quæ etiam concurrit cum condictione ob causam dati, causa non secuta, *l.* 1. §. *pen. de condict. sine cau.* Jam didicimus supra concurrere actionem ex empto cum condictione indebiti *l* 5. *et* 8. concurrit etiam cum ceteris omnibus condictionibus. Nam et condictionum omnium ea conditio est, ut ubi manifesto una competit, competant et ceteræ, et quam voluerit eligendi jus actori, potestasque sit. Concurrit autem in hac specie cum actione ex empto condictio sine causa, vel, condictio ob rem datam, re non secuta, non ut reddatur res, quæ vendita et tradita, aut pretium, quod numeratum est, *l. si non* 8. *C. de contrah. empt. l* 1. *C. de action. empt.* sed ut reddatur arra, cujus causa finita est, ex utraque parte impleta fide contractus; non ut rescindatur contractus principalis, sed ut rescisso principali, alia quadam ratione, rescindatur etiam arrabonicus.

Ad §. 7. *Venditorem*, §. 8. *Idem Neratius*, §. 9. *Idem ait*, §. 10. *Idem Neratius*, *et* §. 11. *Idem recte.*

§. 7. *Venditorem etiamsi ignorans vendiderit fugitivum non esse præstare emptori oportere, Neratius ait.*

§. 8. *Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris furtis noxisque solutum præstare te debere ab omnibus receptum ait, et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio.*

§. 9. *Idem ait non tradentem, quanti interest condemnari, satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet.*

§. 10. *Idem Neratius ait, propter omnia hæc satis esse quod plurimum est præstari, id est, ut sequentibus actionibus deducto eo, quod præstitum est, lis æstimetur.*

§. 11. *Idem recte ait, si quid horum non præstetur, cum cetera facta sint, nullo deducto condemnationem faciendam.*

Venditor servi sui vel alieni, nihil refert, etiamsi ignoravit eum servum fugitivum esse, quod frequentius in servo alieno ignoratur, præstare tenetur emptori ignoranti, *fugitivum eum non esse*, ubi fugitivi appellatione etiam continetur erro. Erro enim est pusillus fugitivus, *l. quid si* 17. §. *errorem, de Ædil. edic.* Ratio autem hujus sententiæ hæc est, quia *emptori rem venditam habere licere*, omnimodo venditor præstare debet: atqui fugitivum habere non licet: itaque quasi evictionis nomine venditor tenetur judicio ex empto, ut præstet fugitivum non esse, *l. Julianus* 13. §. *item qui furem, hoc tit.* Item, quod mox sequitur, *ut caveat venditor, habere recte licere.* Eodemque modo etiam ignorans venditor præstare debet servum, quem vendidit, *furtis noxisque solutum esse*, id est, non esse obnoxium noxalibus actionibus, qua de re etiam specialiter cavere debet, furtis noxisque solutum esse, *l. si emptori* 30. *de evict. l. quoties* 3. *si famil. fur. fec. dic. l. ult. de rer. permut. l. aliud est* 174. *de verb. sign. l. emptor* 14. *C. de act. empt.* Varro 2. *de re rust. In pastorum emptione*, inquit, *solet stipulatio intercedere, sanum eum esse, furtis noxisque solutum.* Et hodie scilicet, quod etiam exprimebatur, *sanum esse*, id est, venditionis tempore, ut furtis noxisque solutum esse venditionis tempore, *l. cum in venditione* 3. *de evict.* et plerunque additur verbum, *præstari*, furtis noxisque solutum esse præstari, *l. si ita* 31. *de evict. l. hæc stipulatio* 200. *de verb. sign.* Unde et apud Varronem in cautionum formulis: *Illosce juvencos sanos recte de pecore sano esse, noxisque præstari: Illosce boves sanos esse, noxisque præstari: Illasce sues sanas esse, habereque recte licere, noxisque præstari.* Omnibus iis locis videtur legendum: noxisque solutos, vel solutas præstari, quod est apertissimum. Venditor autem, qui non cavit, ut ex Neratio proponitur in

§. *item ait* (qui est satis obscurus, nec dilucide ab ullo, quod sciam, adhuc explicatus) Venditor, inquam, qui non cavit, tenetur, ut ait Neratius, quanti plurimum venditorem periculum subire oportet, id est, in duplum: ultra duplum enim venditor plerumque non periclitatur, *l. cum forte* 44. *hoc tit.* Et hoc distat, qui non cavet, ab eo, qui non tradit rem venditam. Nam is qui non tradit, tenetur quanti emptoris interest, rem habere, ut *l.* 1. *in princ. h. t.* etiamsi id egrediatur pretium rei supra duplum: neque enim in æstimatione ejus quod interest, definitio dupli fuit perpetua ante Justinianum, id est, ante *l. un. C. de sentent. quæ pro eo quod inter.* Is autem, qui non cavit, non tenetur in id omne quod emptoris interest, non in detrimenta omnia, quæ ex ea re emptor traxit: neque enim tenetur ultra duplum, id est, quod plurimum, quantive plurimum periculum eum subire oportet, *d. l. cum forte.*

Sequitur ex eodem Neratio, *propter hæc omnia*, de quibus caveri oportet emptori, puta *sanum esse mancipium, fugitivum non esse, erronem non esse, furem, vespillonem non esse, furtis noxisque solutum esse, et habere recte licere*: propter, inquam, hæc omnia, si nihil eorum cautum sit, nihilve eorum cavere velit venditor, quanti plurimum periclitari auctorem, id est, venditorem oportet, puta duplum præstari, non supra duplum, ita ut, quod plane declarat illud, *plurimum*, quod initio Nerat. dicit esse duplum, illud plurimum finiri duplo, ita inquam, sicut ita idem Nerat. ait, ut si, quod exempli gratia, de fuga cautum non sit, egerit emptor, et venditor eo nomine aliquid præstiterit, eo quod præstitit, deducto celerarum rerum nomine, de quibus etiam non cavit, et de quibus sequenti loco cum eo agitur, reliquum solummodo præstetur, ne plus duplo emptor consequatur a venditore, ob id solum, quod non caveat emptori cautionibus solemnibus, cautioneve solemni, quæ complectatur omnia illa capita. Et ad hoc valde facit *l. cum fundus* 48. *de evict.* quæ est etiam Neratii. Et hoc si nihil eorum, quæ dicta sunt, caveat venditor. Videamus quid sit dicendum, si quid eorum non caverit, de ceteris caverit venditor emptori. Et quod notandum est ex hoc loco, si quid eorum cautum non sit, etiamsi de ceteris cautum sit, ob non præstitam una de re cautionem, sine deductione, sine diminutione ulla, in solidum venditorem damnari, quanti plurimo periclitari eum oportet, id est, duplo tenus, quia pro eo est, ac si nulla de re cavisset, qui non cavit de omnibus. Cautionis causa individua est, et quamdiu aliquid superest, quod non sit in cautionem deductum, tamdiu non potest videri emptori cautum esse, *l.* 2. *de prætor. stip.* Paria hæc sunt, nulla de re cavere, vel non cavere de omnibus, sed de quibusdam tantum. Atque ita *hic* §. explicandus est, usque ad §. *idem lib.* 2.

Ad §. 12. *Idem lib.* 2.

§. 12. *Idem lib.* 2. *respons. ait, emptorem noxali judicio condemnatum ex empto actione id tantum consequi, quanti minimo defungi potuit. Idemque putat, etsi ex stipulatu aget, et sive defendat noxali judicio, sive non, quia manifestum fuit, noxium servum fuisse, nihilominus vel ex empto, vel ex stipulatu agere posse.*

Sive venditor hominis caveat, sive non caveat, *furtis noxisque solutum eum hominem esse*, et emptor conventus post traditionem hominis actione noxali ejusdem servi nomine ob furtum, quod alii fecerat ante venditionem vel traditionem, litis æstimationem præstiterit, vel servum dederit in noxam, venditor emptori tenetur actione ex empto, quia furtis noxisque eum solutum esse præstare debet, vel actione ex stipulatu, si stipulatio intercesserit, furtis noxisque eum hominem solutum esse, *ut quanti minimo*, inquit, *emptor defungi potuit, id saltem ei venditor præstet*, quanti minimo, ut Plautus in Epidico: *quanti emi potest minimo*: quanti autem minimo emptor defungi potuit, id est; quam minima præstatione judicio noxali se liberare potuit, ut si absolvi potuit, datis decem pro litis æstimatione, pro damni æstimatione, et retento servo, qui longe majoris erat pretii, et tamen servum noxæ dedere maluerit, quam pecuniam dare, non pretium servi ei præstabit venditor, quem dedit in noxam, sed decem tantum, quorum solutione defungi, et se liberare potuit. Imputatur emptori, quod cum expediret præstare litis æstimationem, noxæ æstimationem potius, quam servum ipsum noxæ dedere maluerit, ut *l. utiles*, 39. *de petit. hæred.* Nec potest igitur ita re gesta auctoris sui conditionem deteriorem facere, auctoris sui obligationem augere. Etiam addit: nihil referre qua actione agat emptor, quia noxali judicio condemnatus est servi empti nomine, actione ex empto, an actione ex stipulatione, *furtis noxisque solutum esse*, si interposita fuerit, quia et actioni ex stipulatu locus est, cum emptor condemnationem subjisse, et judicatum fecisse proponatur. Nec ulla est ratio objicendæ *l.* 4. *in princ. sup. eod.* quæ ex stipulatione duplæ dicit, agere emptorem non posse, antequam ei aliquid absit. Primum enim hic de alia stipulatione agitur: deinde, quod caput est, emptori hic ponitur abesse servum, quem noxæ dedere maluit, quam pecuniam dare; quin etiam subjicitur *in hac l.* sive servum noxali judicio defendat emptor, sive

indefensum relinquat, et ducatur jussu Prætoris ab actore, ut fit *l. sed alio* 2. §. *ult. si ex noxal. cau agat.* utrique actioni locum esse, cum scilicet melius erat non defendere servum noxium, quam litigare: quia scilicet evidens et manifestum erat noxium servum esse, nec celari id, aut defugi ulla ratione poterat. Neque enim in venditoris gratiam, quæ in effectu nulla foret, cogitur emptor malam causam agere, et inde καθολικὸν illud glossæ et Doctorum, *id quod notorium est, probatione non indigere*. Certe ita est, *quia nec accusatione indiget*, *c. manifesta. et can. seq.* 2. *q.* 1. M. Tullius in Academ. *nihil potest esse*, inquit, *clarius aut illustrius ipsa evidentia et perspicuitate*. Verum autem non est, quod Glossa notat in hac specie, cum servum indefensum emptor relinquit, quem manifestum erat noxium fuisse, qui manifestarius fur erat, saltem debuisse emptorem id denuntiare venditori, servi nomine noxale judicium intentari, quia hæc denuntiatio, sive laudatio actoris tunc tantum necessaria est, cum emptor defensionem servi suscepturus est, de cujus proprietate vel pignoratione lis movetur, ut et eum defendat venditor, et liti subsistat, non ut hic proponitur, cum emptor denuntiat sibi verum et æquum, ut eleganter ait *l. quotiens* 9. §. *sicut de admin. tut.* unumquemque sibi verum denuntiare debere. Cum, inquam, emptor denuntiat sibi verum, cum a seipso, quod justum est, judicat, ut Dominus dixit apud D. Lucam, et ideo defensionem servi manifeste noxii non suscipit. Itaque omissa servi defensione, propterea quod servus ei abest, quem indefensum jussu Prætoris actor abduxit, agere emptor confestim potest actione ex empto, vel ex stipulatu, licet non laudaverit auctorem: hoc enim exigitur dumtaxat, cum emptor convenitur actione in rem directa vel utili, non cum actione in personam, qualis est actio noxalis furti, vel legis Aquiliæ.

Ad §. 13. *Idem Neratius.*

§. 13. *Idem Neratius ait, venditorem in re tradenda debere præstare emptori, ut in lite de possessione potior sit. Sed Julianus lib.* 15. *ff. probat, nec videri traditum si superior in possessione emptor futurus non sit. Erit igitur ex empto actio, nisi hoc præstetur.*

In hoc §. ex Neratio proponitur, venditorem in re tradenda debere præstare emptori, ut in interdictis possessoriis, in lite de possessione potior et superior sit, id est, non tantum dominii, sed etiam possessionis mota controversia, debere laudatum et denuntiatum auctorem liti subsistere, et lite amissa evictionem præstare; quam sententiam subjicit, Julianum non probare. qui existimabat statim venditorem ex empto conveniri posse, etiam antequam possessio emptori sit evicta, quod nec rem tradidisse venditor videatur, qui vacuam omni lite possessionem non tradit emptori: ex empto igitur statim conveniri posse, quanti interest, quasi re non tradita, qua de re diximus satis *in l.* 2. §. *vacua, et l.* 3. *in princ. hoc tit.* Possessione autem evicta emptori, competit etiam emptori adversus venditorem actio ex stipulatione habere licere, interposita evictionis nomine, *l. stipulatio* 38. §. *si quis forte, de verb. oblig.*

Ad §. 14. *Cassius ait.*

§. 14. *Cassius ait, eum, qui ex duplæ stipulatione, litis æstimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caveri solet, nihil consequi posse. Julianus deficiente dupla, ex empto agendum putavit.*

Post hunc datur §. *Cassius*, in quo hoc proponitur valde notandum, evicto servo emptori, si emptor adversus venditorem egerit ex duplæ stipulatione, et duplum consecutus fuerit, id est, duplum ejus, quod propter emptionem vel dedit, vel obligatus est, nihil eum consequi posse ceterarum rerum nomine, de quibus cautum ei est: *de quibus*, inquit, *in venditionibus caveri solet*: quia quod plurimum consequi potuit, id jam consecutus est, puta, duplum, quo contentum eum fuisse propter illa omnia stipulatio duplæ demonstrat. Quinimo, meo judicio, etsi aliquid particulatim consecutus sit, non duplam integram, puta fugæ nomine, quod servus qui veniit, fugitivus sit, deinde is servus evincatur, residuum dumtaxat actione ex stipulatu ad finem dupli consequi potest: quod servari etiam in actione ex empto heri diximus *in* §. *idem Neratius ait*. In actione, inquam, ex empto deficiente dupla, inquit, ex Juliano, id est, non interposita stipulatione duplæ, ut et Albericus et Fulgosius recte interpretantur: quia et actione ex empto supra dictum evictionis nomine periclitari venditorem non oportet, *l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua, de ædil. ed l. cum forte* 44. *h. t.*

Ad §. 15. *Denique*, *et* §. 16. *Sententiam.*

§. 15. *Denique lib.* 10. *apud Minicium ait, si quis servum ea conditione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid præstaretur, et emptor hoc fieri intra diem non desideraverit: ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit. Tunc enim*

in hoc fieri ut per ipsum, et per hæredem ejus emptorem habere liceret. Qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret, et ideo empti judicio tenebitur.

§. 16. *Sententiam Juliani verissimam esse arbitror in pignorib. quoque: nam si jure creditoris vendiderit, deinde hæc fuerint evicta, non tenetur, nec ad pretium restituendum ex empto actione creditor. Hoc enim multis constitutionibus effectum est. Dolum plane venditor præstabit. Denique etiam repromittit de dolo. Sed etsi non repromiserit, sciens tamen sibi non obligatam, vel non esse ejus, qui sibi obligavit, vendiderit tenebitur ex empto: quia dolum eum præstare debere ostendimus.*

Et quod mox sequitur: *Denique lib.* 10. *apud Minicium ait*, ut ille articulus *denique* demonstrat, illatio est deducta ex eo, quod proxime dixit, Julianum, deficiente dupla, id est, stipulatione duplæ, ex empto agendum putare. Finge: vendidisti servum ea lege et conditione, *ut intra triginta dies duplum promitteres emptori stipulanti*, postea, id est, post triginta dies, ne quid præstares: legem hanc venditor dixit, emptor vero ea neglecta, intra diem tricesimum, duplam sibi promitti non desideravit: deficit igitur stipulatio duplæ, non deficit tamen re evicta actio de dupla, quicunque eam rem evicerit: eo enim nomine emptori competit actio ex empto in venditorem, si venditor sciens alienam rem vendiderit, quam postea dominus evicerit, quia præstare debet dolum malum abesse, in quo plane versatur, qui sciens rem alienam vendidit, *l.* 6. § *ult. h. t.* Et ideo præstat evictionem, etiamsi pepigerit, ne post tricesimum diem evictione secuta, quicquam præstaret. Hæc enim pactio non excusat dolum malum, non purgat dolum malum. Sed si ignorans rem alienam vendiderit, proculdubio non præstat evictionem, quia sibi cavit lege dicta, ne de evictione teneretur, nisi intra triginta dies ab eo cautio duplæ desideraretur. Quod rursus ita intelligendum est, ut ignorans, qui sibi cautione prospexit, ne quid evictione secuta præstaret, non teneatur quidem re ab extraneo evicta, sed teneatur omnimodo re evicta a se ex alia causa, vel ab hærede suo, quia improbe venditor ipse rem, quam vendidit, evincit, *l. vindicantem* 17. *de evict.* Ergo et hæres ejus improbe eam evincit, qui in omne jus ejus succedit, quia eadem fere persona esse intelligitur. Et hoc est, quod ait, *ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienam rem vendidit: tunc enim in hoc fieri.* Sic Florentini, repone, *in hoc teneri*, teneri pro *fieri*, (*ut in* §. *qui autem*, *inf.*) *Tunc enim*, inquit, *in hoc teneri, ut per ipsum, et per hæredem ejus emptorem habere liceret*, qui propius ad vicem ejus accedit: per ipsum inquam, et per hæredem ejus, non per omnes scilicet. Eademque distinctio fit, inter scientem scilicet, et ignorantem, in pignore distrahendo, si creditor pignus vendat jure creditoris, id est, ut de evictione non teneatur: creditor aut vendit pignus jure communi, et de evictione tenetur, aut jure creditoris jure pignoris, et de evictione non tenetur, ignorans scilicet fundum esse alienum, ignorans rem sibi pignoratam esse alienam, atque adeo ignorans eam sibi obligatam esse, quia rei alienæ pignus non consistit. Ignorans, inquam, creditor, qui pignus vendidit jure creditoris, non præstat evictionem emptori, nisi ipsemet rem evincat, vel hæres ejus, *l. etsi is* 10. *de distract. pign.* Imo nec tenetur creditor ad pretium restituendum, quod percepit bona fide, quia suum recepit: cum tamen (quod discrimen observandum est) venditor teneatur ad pretium restituendum, licet non teneatur ad evictionem, qui ea lege vendidit, ne quid secuta evictione præstaret. Creditor autem, qui sciens alienum esse pignus, id vendidit jure creditoris, id est, ita ut evictionem non præstaret, nihilominus præstat evictionem omnimodo adversus omnes, id est, quisquis rem evicerit, etiamsi de dolo malo non repromiserit emptori, quia doli mali cautio inest bonæ fidei judicio. Et hac de re extat titulus in Codice specialis, *creditorem evictionem pignoris non debere.*

Ad §. 17. *Si quis rem.*

§. 17. *Si quis rem vendiderit, et ei accessurum quid dixerit, omnia quidem, quæ diximus in re distracta, in hoc quoque sequenda sint. Ut tamen evictionis nomine non in duplum teneatur, sed in hoc tantum obligetur, ut emptori habere liceat, et non solum per se, sed per omnes.*

Si in emptione venditione fundi dictum sit, *accedere Stichum servum*, non tantum rei principalis, id est fundi, sed etiam accessionis, id est, Stichi, evictionem venditor præstat, ut *l.* 6. §. *si tibi iter*, *h. t. l. evicta re* 16. *in princip. de eviction.* Quia accessio pars est venditionis, *l. quod si nolit* 31. *in fin. de ædil. edic.* Et pleræque res sæpenumero propter accessionem solam emuntur, *l. si in emptione* 34. *in princ. de contrah. empt.* Sed hoc interest, quod evicta accessione, simplam duntaxat venditor præstat, quisquis eam evicerit, ut *d. l. evicta re*. Evicta autem re principali, duplam præstat. Cur tam varie? Quia accessio plerumque non est tanti, ut propter eam dupla præstari vel promitti debeat. De rebus tantum pretiosis dupla præstatur, aut promittitur, *l. emptori* 37. §. 1. *de evict.* Et hæc ita procedunt in actione ex empto, de qua est hic

§. Actio ex stipulatione duplæ forte non competit, nisi evicta re principali, quia stricta stipulatio est, ut omnis stipulatio, et quia, tametsi accessio sit pars venditionis, non est tamen pars rei.

Ad §. 18. *Qui autem.*

§. 18. *Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat præstare. Et multum interesse arbitror, utrum hoc pollicealur, per se, venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. Nam si per se, non videtur id præstare, ne alius evincat. Proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur: sive non est interposita, ex empto non tenebitur. Sed Julianus lib.* 15. *Digest. scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet, per se hæredemque suum non fieri quo minus habere liceat, posse defendi, ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verumtamen, ut pretium reddat, teneri. Ibidem ait, idem esse dicendum, etsi aperte in venditione comprehendatur, nihil evictionis nomine præstatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi. Neque enim bonæ fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret, nisi forte* (*inquit*) *si quis omnes istas suprascriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat. Veluti cum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe. Nam etiamsi nihil capit, nihilominus emptor pretium præstare necesse habebit. Sed in suprascriptis conventionibus contra erit dicendum: nisi forte sciens alienum vendit, tunc enim secundum supra a nobis relatam Juliani sententiam dicendum est, ex empto eum teneri: quia dolo facit.*

Est hic §. de stipulatione, *habere recte licere*, quam de venditore emptor stipulatur evictionis nomine, de qua et ante dictum est. *Qui autem*, inquit, *habere licere vendidit*, id est, interposita stipulatione habere licere, ut alio loco, *qui dupla vendidit*, id est, interposita stipulatione duplæ. Venditor autem, qui promisit *habere licere emptori stipulanti*, multum interest, ut in hoc §. ostenditur, utrum hoc promiserit, *per se, et hæredem, ceterosque successores suos, non fieri, quo minus habere liceat*, id est, non evinci rem, an vero *per se, et per omnes, per quoscunque*. Nam si *per omnes*, quicunque rem emptori evicerit, stipulatio committitur: *si per se, hæredemque suum dumtaxat*, non aliter stipulatio committitur, quam si vel ipse ex nova causa, vel hæres ejus, rem evicerit emptori. Et hoc vero specialiter exprimi oportet, per se hæredemque suum, non fieri, quominus rem emptam habere recte liceat, non etiam per omnes. Alioquin generaliter concepta stipulatio habere licere, ex natura contractus, vel hoc continet, curaturum se suo periculo, ne quisquam omnino emptori rem evincat, *l. inter stipulantem* 83. §. 1. *de verb. oblig.* Vel, si huic stipulationi habere licere subdita sit alia stipulatio pœnalis, vel quanti ea res est, hoc continet neminem facturum, continet factum alienum quod recte in stipulationem deducitur, subdita pœna, vel stipulatione, quanti ea res est. Denique hoc continet, neminem omnino facturum, quo minus emptori rem habere liceat, ut *l. stipulatio* 38. §. 1. *de verb. oblig.* Itaque si extraneo rem evincente, venditor præstare evictionem nolit actione ex stipulatu, de se tantum hæredeque suo specialiter promittere debet: vel non interposita stipulatione habere licere, ne evictionis nomine teneatur actione ex empto, specialiter in vendendo pronuntiare debet per se hæredemque suum non fieri quominus habere liceat, non etiam per omnes: quod si fecerit, re evicta ab extraneo, non tenebitur quidem ex empto evictionis nomine in id quod interest, sed tenebitur ad pretium restituendum emptori. Aliter, quod notandum, quam creditor qui pignus vendidit jure creditoris sive lege pignoris, id est ea lege, ne evictionem præstaret, qui rem evicta, nec tenetur ad id quod interest emptoris, nec ad pretium restituendum, §. *sententia, sup.* Ratio est in promptu, quia suum recepit. At qui rem suam vendidit jure communi, et pronuntiavit non per omnes, sed per se tantum hæredemque suum non fieri quominus habere recte liceat, re evicta ab extraneo, hactenus tenetur ex empto, ut pretium restituat emptori, non ut præstet si quid pluris emptoris intersit rem habere, ut fit in specie *l. si fundus* 33 *tit. seq.* Itemque si aperte in venditione comprehensum sit: *nihil evictionis nomine præstitum iri* quæ conventio utilis est, si dolus absit venditoris, id est, si ignorans rem alienam vel alii obligatam vendidit, ut *d.* §. *sententia, et in fin. hujus l. et l.* 6. §. *ultim. sup. hoc tit.* Sciens omnimodo tenetur de evictione in id quod interest, nec quicquam illi illa conventio prodest. Ignorans, qui dolo malo caret, re ab extraneo evicta, pretium tantum restituere debet emptori, non etiam utilitatem, id est, quod interest, quod interdum egreditur pretium rei, quia ut ait, nec bonæ fidei contractus, qualis est hic, qui est in manu, patitur, ut hac conventione emptor rem amittat, et venditor pretium lucrifaciat: hac, inquam, conventione nihil evictionis nomine præstitum iri. Nec moveri debemus, quod etiam hic ostenditur ex Juliano, eo quod valet conventio, qua hoc agitur ne-

minatim, ut venditor pretium accipiat et retineat, etiamsi merx, sive res ad emptorem non pervenerit, ut fit cum a piscatore emitur futurus jactus retis, qui et *bolus* dicitur, unde et *bolonas exercere* apud Donat. in Eunucho. In idiotismo, emere jactum retis, *c' est acheter un traict.* Latinis quoque *emere fortunam tractus.* Idem fit cum a venatore emitur *indago, plagis positis,* ut ait id est, quodcunque clauso cinctoque saltu ubi sunt feræ dispositis protensisque plagis venator ferarum cœperit. Plagæ Philoxeno sunt κυνηγετικὰ λίνα. *Ce sont les toiles.* Vel etiam cum emitur *Panthera* ab aucupe: *Pantheram* dicit (quod admoneo propterea quod docti viri in hac re modica errant) a nominativo Panthera: a nominativo Panter dixisset Pantherem, non Pantheram: ut crater dicimus, et cratera, ita et panther, et panthera, pantheræ: id vero est retis magni genus: et hoc loco, quod hoc retis genere quodcunque avium ceperit auceps; et hoc pantheræ nomen etiam idiotismus retinet. *Les oyseaux se prenent à la panthere, ou au traineau.* His vero omnibus casibus, quamvis forte nihil ceperit venator, vel piscator, vel auceps, quamvis nulla sit merx, quæ ad emptorem pertineat, tamen venditori pretium præstari debet, quia id agitur in his negotiis contrahendis, non ut res certa veneat, sed ut spes tantum, utique spes ut alea, *ut fortuna jactus,* sicut *Apulejus* loquitur 1. *Apologia*, *ut fortuna tractus,* sicut *Valer. 4. c.* 1. Denique ut incertum rei, hoc est alea, sit loco mercis, *l. nec emptio* 8. *de contrah. empt. l. quam hoc* 11. *de hæred. vendit. et l. seq.* Unde et in Adelphis: *Spem pretio non emo.* Et Sveton. in Augusto: *Solebat,* inquit, *inæqualissimarum rerum sortes, et aversas tabularum picturas in convivio venditare: incertoque casu spem mercantium vel frustrari, vel explere.* At in supradictis conventionibus, quæ duæ sunt, non tres, ut DD. volunt, una, si venditor pronuntiet, *per se hæredemque suum non fieri*: (male Florent. *non teneri*) quominus habere liceat, per se, inquam, hæredemque suum, non igitur per omnes. Altera, si venditor pronuntiet, *nihil se evictionis nomine præstare.* In his omnibus conventionibus, de quibus præcipue agitur hoc loco, longe alia intervenit ratio, quam in emptione aleæ. Emitur enim his casibus res certa, corpus certum, quo evicto ab extraneo, æquum non est etiam emptorem pretii damnum facere, venditorem damno emptoris adolescere. Conventionum illarum vis hæc est, ut venditor, re evicta ab extraneo, non teneatur in id quod interest, non etiam ut et pretium emptori, quod accepit restituere, vel etiam quod nondum accepit, remittere non teneatur. Videlicet si bonæ fidei venditor fuit. Nam qui sciens rem alienam, vel alii obligatam vendidit ignoranti, tenetur etiam in id quod pluris interest, quam res empta sit, nec ei quicquam supradictæ conventiones proficiunt, quia dolo fecit, quod et ante dictum est satis et sæpius. Et hæc sunt quæ continentur in hoc §. cui statim subjungitur de jactu retis empto *in l.* 12.

Ad L. XII.

Si jactum retis emero, et jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei æstimandum est. Si quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id æstimari debet, quod extraxit.

Si a piscatore emero jactum retis, et piscator sive *jaculator*, ut Plautus loquitur, qui et rete jaculum dixit ad differentiam verriculi: si piscator, inquit, qui vendidit jactum retis jactare retem noluit. Sic est scriptum in Florent. et apud Plautum sæpissime, et apud Varronem 3. *de re rust. Quibus*, inquit, *cibus ministratur per retem,* et paulo infra: *Intra retem aves sunt*, *omne genus*, quibus verbis significatur panther, vel panthera. Et hoc quoque Charisius Sosipater notavit, retem dici muliebri genere, et in consuetudine esse, ut dicamus, *in retes meas incidisti.* Verum ad rem: si piscator, qui vendidit jactum retis, noluerit retem jactare, judicio empti incertum hujus rei, τὸ ἄδηλον, hujus rei a judice æstimandum esse, quanti scilicet emptum est incertum rei, vel quanto pluris venire aut revenire potuit, forte propter piscariam copiam ejus loci, in quo ut rete jactaretur convenerat. Contra vero Accursius, ut probet incertum jactus non æstimari, objicit *l. quemadmodum* 29. §. *plane si culpa*, *ad leg. Aquil.* ubi si culpa nautarum navis impulsa sit in retia piscatorum, eaque ruperit, ita ut nihil expiscari potuerint, æstimatur quidem damnum retibus illatum, sed non damnum amissæ capturæ: quia incertum erat, an aliquid capturi essent. At respondeo, hic agi de captura principaliter, quæ quominus fiat, per piscatorem stat, qui eam sub incerto vendidit pretio certo: ibi non agi de captura principaliter quæ erat incerta, sed de retibus ruptis. Et hæc de piscatore, qui non vult jactare retem. Sed si piscator jactaverit retem, et quod ceperit, quod extraxerit piscium una jaculatione noluerit præstari emptori, forte quod esset ingens et pretiosissima captura quædam, quæ pretium non conventum longe exsuperaret: tum actione ex empto id æstimari debet, quodcunque extraxit piscium, et quanti id fuerit, in tantum damnari debet emptori, quoniam tanti emptoris interest, ut re non tradita, damnari venditor soleat, quanti emptoris interest, *l.* 1. *in princ. l. prox.* §. *idem ait non tradentem, sup.* At finge quod Svetonius refert *in lib. de claris Rhetoribus*, et Valer. *lib.* 4. *cap.* 1. et Diogenes Laertius *in Thalete,* et Plutarchus *in Solone.* Qui-

dam piscatorem trahentem retem adiit, et pepigit bolum sive jactum retis, quanti emeret, et nummos solvit: extracto reti nullus piscis infuit, sed sporta auri obsuta infuit: quæritur ad quem bolus ille pertineat, ad piscatorem, eundemque venditorem boli, an ad emptorem? Et ut breve faciam, dicerem pertinere ad piscatorem, quia non de quacunque captura, sed de captura piscium contrahentes intellexerunt. Vel si unus intellexit de captura piscium, alter de fortuna quacunque tractus, nulla venditio esse intelligitur, quia non consenserunt in eandem rem, *l. in venditionibus* 9. *cum sequentibus aliquot, de contr. empt.*

Ad L. XIII. Julianus.

Julianus lib. 15. *inter eum, qui sciens quid: aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto. Ait enim qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione præstaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstaturum ei. Sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem: sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit præstandum.*

Proponitur initio legis differentia quædam, quæ est inter scientem et ignorantem venditorem. Et est ea quidem non in genere obligationis, quia in facto: quod ibi proponitur, uterque sciens vel ignorans tenetur judicio empti venditi; sed est differentia in condemnatione, quia pluris condemnatur sciens quam ignorans: sciens in id omne, quod emptoris interest circa vel extra rem: ignorans in tantum duntaxat, in quantum minoris emptor emisset, si et ipse ignorans ab initio non fuisset. Finge: vendidi pecus morbosum, vel tignum vitiosum, tignum cariosum, et astute celavi emptorem, qui rei emptæ hæc vitia inesse nesciebat: quia decepi emptorem dolo malo, condemnabor ei, ut præstem omnia detrimenta, quæ ob eam rem accepit: ut si vitio tigni ædes corruerint, vel si contagione morbosi pecoris totus grex perierit, damnabor id omne præstare, quod eo nomine perdidit emptor, puta æstimationem ædium, æstimationem gregis, etiam ultra pretium rei, ultraque duplum pretii. Tanti enim emptoris interest, ut ait, idonee venisse, id est, recte et bona fide. At si ignorans vendidi, non damnabor emptori, nisi quanto minoris empturus esset, si id ita esse scisset. Ignorantia hujusce rei non excusat, sed minuit condemnationem: quia condemnatio ignorantis et bonæ fidei venditoris levior est, quam scientis et reticentis: *si sciens*, inquit, *reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstaturum ei.* Hæc est pœna reticentiæ, quam M. Tullius ait a Jurisconsultis constitutam esse, 3. *Offic.* Recte, inquam, si sciens reticuit. Neque enim, ut idem Tullius ait, quicquid reticet venditor, id celat emptorem, sed si, cum quod scit venditor, id ignorare emolumenti sui causa velit emptorem, cujus interest id scire. Denique aliud est celare, aliud reticere: *Celare* est scienter reticere, ut in *l.* 1. §. 1. *h. t.* Non celat nisi sciens: at reticet aut reticere potest etiam ignorans. Recte ergo, si sciens reticuit. Et hæc est differentia, quæ proponitur initio legis hujus. Cui objici contra potest quod jam diximus in *l.* 6. *in princ.* §. *si vas, sup.* quodque habemus in *l. si minor* 9. *C. eod.* Si minor sit modus agri venditi, si minor mensura vasis, si pondus levius, si major capitatio agri, quam dixerit venditor, sive id ignoraverit venditor, sive sciverit, tenetur tantum quanto minoris, non igitur pluris damnari scientem quam ignorantem, quod et in plerisque aliis causis evenit ut in causa redhibitionis. Nam si redhibitioni locus sit, uterque tenetur actione redhibitoria. *l.* 1. §. *causa, de Ædil. ed.* Et in causa evictionis: nam uterque tenetur de evictione, sive sciverit sive ignoraverit rem alienam esse, *l.* 11. §. 1. *h. t.* Id vero certum est ex *d. l. si minor.* Si major sit capitatio agri quam dixerit venditor, et scientem et ignorantem teneri tantum quanto minoris actione æstimatoria, sic vocatur. At si minor sit modus agri, si non tot jugera in agro inveniantur, quot dixit venditor, videtur sciens in duplum teneri, ut ex Paulo docui in *l.* 2. *in princ. sup. h. t.* Verum ut et ibidem docui, id ita intelligendum est, si venditor inficietur, se eum dixisse modum agri quem dixit, et mendacii convincatur, alioquin etiam sciens, tenetur tantum quanto minoris emisset emptor, ut *l.* 4. §. *ult. h. t. et l. qui libertatis* 69. §. *ult. de evict.* Nec ergo plus ex hac causa debet sciens quam ignorans, uterque tenetur in hoc tantum, ut fiat diminutio pretii. Cur ergo (hæc est redditio objectionis) in specie hic proposita pluris damnatur sciens quam ignorans? hæc est præcipua difficultas hujus legis. Videamus an hoc ideo fiat, quia in supradictis speciebus, si minor inveniatur agri, aut vasis modus, si vasis pondus brevius sit, si major sit capitatio agri, satis abundeque est emptori, si eo nomine ex pretio diminutio fiat: at in specie hoc loco proposita, si pecus morbosum, aut tignum vitiosum venierit, diminutio pretii non in totum satisfacit emptori, propterea quod nec ullus videtur esse usus, ullumve pretium (quod etiam plerumque nullum est) pecoris morbosi,

vel tigni vitiosi. Et ideo placuit scientem venditorem non satisfacere emptori, si ex pretio diminutionem fieri patiatur, nisi etiam omnia detrimenta, omnia damna resarciat emptori, quæ ex ea emptione fecit: quia et sæpe numero ea res non recipit diminutionem pretii, quæ ob illa vitia adeo vilis est, ut nec eam emptori ullo modo habere expediat. Ratio est verissima. Et quod ita definitur in pecore morboso, aut tigno vitioso, quod quis vendidit sciens, ut scientia et dolus malus plectatur eo, quo dixi, modo: idem dici potest, si quis sciens vestimenta interpolata vendiderit pro novis, si aurichalcum pro auro, si mensam cupresseam pro citrea, quæ est longe majoris pretii, *l. si sterilis* 21. §. *quamvis, h. t. l. Labeo* 45. *de contract. empt.* At is casibus, puta, ignorantem pecus esse morbosum, aut tignum vitiosum, æquum est teneri tantum, quanto minoris emisset emptor (id est, ut patiatur fieri diminutionem pretii) quanto minoris, inquam, emisset emptor, vel quod idem esse affirmo, quanto minoris res, cum veniret, fuerit. Neque enim inter has formulas ullum discrimen esse reperio, nec constituendi discriminis glossæ ullam rationem esse, cum non alio pretio præsumatur emptor sui compos empturus fuisse, quam vero et justo: et consequenter nulla in æstimatione facienda differentia est inter actionem quanto minoris civilem, et actionem quanto minoris ædilitiam, vel honorariam, quam etiam glossæ vocant male, prætoriam. Nam jus ædilitium est quidem pars juris honorarii, sed non juris prætorii: aliud Ædilis, aliud Prætor. Civilis quanto minoris, et honoraria quanto minoris, utraque minuit pretium, quanti res valet, vel empta est. Et recte *l.* 1. *in princ. h. t.* paria hæc facit, quanti res valet, et quanti empta est. Nam nec pluris valuisse videtur quam empta est, nec pluris quisquam eam, nisi insanus, emisse vel empturus fuisse, quam valeat. Id quod proxime in §. *si venditor*, *inf.* evidentius confirmabimus: male etiam ex interpretibus quidam, quos Accursius notat, ponunt regulariter, ignorantem venditorem nullo modo teneri ex empto. Hujus sententiæ astruendæ causa adducta *l. cum venderes* 59. *de contr. empt.* quæ nihil omnino ea de re dicit vel innuit, et adducta *l. sterilis* 21. §. 1. *h. t.* quæ extra suam speciem locum non habet. Ergo regulam non facit. Species hæc est: si venditor ignorans onus tributi sive capitationis, quæ prædio imposita erat, nihil de tributo dixerit, nullo modo tenetur, si justissima fuit ignorantiæ causa, ut si prædium hæreditarium vendiderit, *l. qui in alterius* 42. *de regul. juris.* Si quid dixerit de tributo agri, et minus dixerit quam esset in tributo, etiam ignorans tenetur quanto minoris, *d. l. si minor*, *C. eod.* At si nihil dixerit, qui prædium quod ei jure hæreditario obvenerat, vendidit, cum ignoraret ejus prædii causam vel onera, nullo modo tenetur. Et huic similis est, qui mox notabitur in §. 1. alius casus, quo scilicet etiam ignorans nullo modo tenetur. Ad hæc notandus est adhuc casus specialis, quo ex diverso ignorans venditor tenetur in id, quod interest, non quanto minoris tantum, puta si ignorans dolia vitiosa, dolia cassa vel pertusa vendiderit, *l. sed addes* 19. §. 1. *loc. l.* 6. §. *sed si vas*, *h. t.* Et hujus specialis casus ratio hæc videtur esse, quoniam intolerabilis et inexcusabilis ignorantia hæc est, quia patresfam. solent et debent, in doliis servandis, quæ vasa figulina erant, omnem adhibere curam et diligentiam, ea, ut auctores rei rusticæ loquuntur, picando, id est, pice illinendo, et operculando, et inspicendo, scrutando sæpius, ut vitiorum, si quæ forte contraxerint, non possint esse ignari, aut prætendere ignorantiam, eademque eorum cura in aliis vasis figulinis et fragilibus, *d.* §. *sed si vas*, ubi doliis et alia vasa junguntur. Postremo notandum est, sententiæ propositæ initio hujus l. nihil obstare *l. si sterilis* 21. §. *cum per venditorem*, *h. t.* Sententia hujus legis hæc est: eum qui sciens vendidit pecus morbosum, aut tignum vitiosum, totius damni nomine, quod ex ea emptione emptori contigit, teneri, ut si ædes, quibus fulciendis aut exædificandis empta tigna erant, corruerint: vel si pecoris empti contagio infecerit gregem, cui supplendo comparatum erat; totius, inquam, damni, quantumquantum sit, nomine teneri, cujus tamen damni sive utilitatis, sive ejus quod interest, ratio, in his exemplis, videtur sumi extra rem; si ædes corruerint, si grex perierit, quod damnum contigit extra rem, quæ veniit. Et tamen §. *cum per venditorem*, vult observari tantum, quanti intersit circa rem, non quanti intersit extra rem. Sed nihil est, quod tam facile expediri possit. In illo §. *cum per venditorem*, non agitur de scientia et calliditate, et dolo malo venditoris, qui decepit emptorem, sed de mora a venditore facta in re tradenda, quæ quidem mora sive cunctatio venditoris vindicatur præstatione, quanti interest rem venditam habere, cujus forte hodie pretium crevit: denique vindicatur præstatione utilitatis, quæ circa rem ipsam consistit. At scientia et dolus venditoris hoc amplius vindicatur præstatione cujuscunque damni, quod ex ea emptione aliis rebus emptoris extrinsecus acciderit, ut hoc loco, *et l. Labeo* 45. *de contrah. empt.*

Ad §. 1. *Item qui*, §. 2. *Quod autem*, §. 3. *Quid tamen*, *et* §. 4. *Si venditor.*

§. 1. *Item qui furem vendidit aut fugitivum: si*

quidem sciens, præstare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur. Differentiæ ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet, et quasi evictionis nomine tenetur venditor: furem autem habere possumus.

§. 2. *Quod autem diximus, quanti emptoris interfuit, non decipi, multa continet, ut si alios secum sollicitavit, ut fugerent, vel res quasdam abstulit.*

§. 3. *Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonæ frugi, et fidum, et caro vendidit? Videamus an ex empto teneatur. Et putem teneri. Atqui ignoravit. Sed non debuit facile quæ ignorabat adseverare: inter hunc igitur, et qui scit, interest. Qui scit, præmonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.*

§. 4. *Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio, empti eum judicio teneri, ut præstaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus.*

In hoc §. prolato alio exemplo aliave specie proponitur quodammodo et alia differentia inter scientem et ignorantem venditorem: qui sciens fugitivum, aut furem servum vendidit, nec præmonuit emptorem, tenetur emptori quanti ejus interest non decipi, ut si res quasdam emptoris fugitivus secum abstulerit, vel si alios servos emptoris sollicitaverit, ut secum fugerent hujus damni æstimationem venditor emptori præstare tenetur, ut *l.* 1. *C. de Ædil. act.* Venditor autem ignorans fugitivum esse servum quem venumdabat, tenetur tantum quanto minoris: ignorans furem, nullo modo tenetur. Et inter fugitivum et furem differentiæ ratio hæc est, quam adfert. Ulp. hoc loco, quia fugitivum vel erronem (idem enim est in errone) habere non licet, et quasi evictionis nomine tenetur venditor, etiamsi ignoraverit fugitivum eum esse, *l.* 11. §. *venditorem, h. t.* Venditor enim evictionem præstat omnimodo, etiam ignorans. Et hoc tantum interest, quod ignoranti prodest pactum ne de evictione teneatur, scienti non item, *l.* 6. § *ult. l.* 11. §. *sententiam, et* §. *ult. h. t.* At furem habere et corrigere licet emptori. Ergo quasi per causam evictionis, si quid servus surripuerit emptori venditor, qui ignoravit talem esse servum, nullo modo tenetur, nisi scilicet ut et hic proponitur, temere adseveraverit, quod mangones et venalitiari solent, *eum furem non esse*, quia non debuit facile, quæ ignorabat, adseverare: non debuit facilis esse ad temerariam indicationem morum servi, venalis scilicet. Lex est vetus 12. tab. ut ea præstentur, quæ lingua nuncupata sunt in emptionibus venditionibus, id est, non tantum ea quæ stipulanti solemniter promisit venditor, sed etiam ea quæ indicavit, quæ dixit, quæ pollicitus est, quæ adfirmavit: nec enim *indicare*, hoc loco est commendare vel laudare venalem, quæ res non obligat venditorem, *l. sciendum* 19. *de Ædil. edic. l. ea quæ* 43. *de contrah. empt.* Verum *indicare*, est ut carius vendat, adfirmare de moribus et probitate servi aliquid, eaque re pellicere emptorem ad servum carius emendum: qui autem adfirmat servum bonæ frugi et fidum esse, et hoc adfirmat sive indicat furem non esse id quod præstare debet, *l. si quid venditor* 18. *et l. seq. de Ædil. edic.* Indicatio, affirmatio, adseveratio obligat, non commendatio, quæ etiam sæpenumero fidem levat apud emptorem, ubi *plenius æquo laudat venales, qui vult extrudere, merces*: ubi nimis extollit merces. Indicatio fit serio, quia et simul pretium ponit, et indicat palam, proscribente venditore, aut jussu venditoris, prædicante præcone, aut postulante emptore, hoc fere modo: *indica quale sit mancipium*: *indica quanti*: *fac pretium.* Commendatio autem ultro fit et obiter, invitandorum emptorum causa. Præterea indicatio fit plerunque decipiendi emptoris causa, commendatio simpliciter et ex commendatione simplici, ac minime versuta, ex vanitate orationis sola, nulla nascitur actio: ex indicatione fraudulosa est actio, non quidem actio ædilitia, quæ dicitur esse adversus dictum promissumve, de qua in *l.* 1. *et l. si hominem* 47. *de Ædil. edic.* et *l. quod venditor* 37. *de dolo.* Quia hæc actio adversus dictum promissumve est de iis tantum, quæ venditor se prestaturum dixit vel pollicitus est, *l. sciendum* 18. *eod. l.* 6. §. *ult. h. t.* sed competit eo nomine actio de dolo, ut ait *d. l.* 37. de dolo, id est, actio ex empto, ut ibi glossa interpretatur recte, quæ est ex dolo potius, quam de dolo. Quanquam et omnis actio bonæ fidei recte dicitur esse de dolo, sive de mala fide, apud M. Tullium: verum illam *l.* 37. operæ pretium puto, ut exponam distinctius et explicatius totam. Initio ponit, si quid venditor dixerit, commendandæ rei venalis causa, id sic habendum esse, quasi neque dictum, neque promissum sit, hoc est apertissimum: quia omnis commendatio futilis et vana est. At si dixerit decipiendi emptoris causa, æque, inquit, id sic habendum est, ac si neque dictum, neque promissum esset, videlicet ut ob id non teneatur actione adversus dictum promissumve, id est, actione ædilitia adversus dictum promissumve. Male olim addebatur, *ut non nascatur adversus dictum promissumve empti actio*, quæ vox *empti*, merito abest a Florent. Ait igitur, si quid dixerit deci-

piendi emptoris causa, id æque sic habendum esse, ac si non dixisset, quod attinet ad actionem ædilitiam adversus dictum promissumve: quia non dixit, se id præstaturum, quo solo casu competit actio adversus dictum promissumve. Verum etiam si non dixerit, se id præstaturum, tamen id præstare debet actione civili ex empto. Itaque lex illa est fugitiva, id est, non sub congruo titulo posita: quia non est de actione de dolo prætoria, de qua est ille titulus, sed de actione de dolo, id est, ex empto. Et ita etiam in *l. si servus* 21. *in pr. de evict.* de dolo, id est, ex empto. Et similiter in *l.* 1. *C. de dol.* quæ est etiam fugitiva, de dolo mandati. Ad hæc notandum est, hanc differentiæ rationem, quam tradit Ulpianus hoc loco, *inter fugitivum et furem*, ut ignorans fugitivum, teneatur quanto minoris, ignorans furem, nullo modo, quasi scilicet hæc ratio adminiculo quodam vel sufflamine indigeret; Acc. perperam adjungere hanc rationem: quia quicunque accedit ad emptionem servi, scire debet, furta propria servorum vitia esse, et servos fere omnes furaces esse, adducto ab Acc. illo Virg. versu: *Quid domini facient, audent cum talia fures?* fures, id est, servi. Inde etiam apud Corn. Tac. 13. *histor.* furtum appellatur servile probrum, *servili*, inquit, *probro respersus est, tanquam scyphum aureum in convivio Claudii furatus.* At rejicienda omnino hæc appendicula Acc. est. Nam et fuga proprium est servorum vitium, et concreta cognataque simul hæc duo in uno homine plurimum, fuga et furtum. Unde et hoc loco fugitivi mentio qui furto emptori res quasdam abstulerat, et *l.* 1. *qui servo*, §. *ult. de furt. et l. ult. de fugit. et l. si quis* 12. *C. ad l. Fab. de plag.* Martial. quoque.

A pedibus didicere manus peccare protervæ,
Non miror furem, qui fugitivus erat.

Quamobrem non furti magis, quam fugæ vitio plerunque servos laborare, scire omnis emptor debet, et quam rationem in fure addit Acc. eadem locum habet in fugitivo, ut plane non sit propterea idonea causa separandi fugitivi a fure. Itaque contenti simus ratione Ulpiani, nec laboremus, ut Ulpiano prudentiores esse videamur. Pertinet ad hæc etiam species quæ sequitur in §. *si venditor.* Venalitiarius venditor mancipiorum, ut carius servum venderet, mentitus est de artificio, aut de peculio servi, mentitus, inquam, est, sciens dolo malo, non mendacium dixit. Nota est differentia inter *mentiri et mendacium dicere*. Sane eo nomine venditor tenetur emptori actione ex empto, non in id quod interest, ut is qui sciens fugitivum aut furem vendidit, et celavit emptorem, qui sciens reticuit, id est, celavit. Major est pœna reticentiæ, quæ emptorem ruere patitur, et in apertam fraudem incurrere per errorem, quam mendacii. Quoniam eo nomine venditor in tantum duntaxat tenetur, quanto pluris emptor servum emisset, *si ita*, ut ait, *peculiatus esset*, vel *si eo artificio instructus esset*, quo instructum eum esse, falso venditor adseveravit, id est, quanto pluris emisset, eo quod ita peculiatum esse servum (aut peculiosum, ut Plautus loquitur in Rudente) venditor, aut ita idoneum alicui artificio sibi persuasisset. Quod perinde est, ac si diceret, quanto minoris emisset si aut peculiatum, aut eo artificio instructum eum non esse, scisset. Non est novum aut insolens in Latino sermone, ut duæ res contrariæ dicantur, figura verborum inspecta, una tamen eademque res utroque sermone significetur. In promptu est exemplum, cum vita aliquem functum, aut morte functum dicimus. Utrumque idem est. Ita et Paul. in hac ipsa specie, *lib.* 2. *Sent. tit.* 17. *Si ut servum quis*, inquit, *pluris venderet, de artificio vel peculio mentitus est, actione ex empto conventus, quanto minoris valuisset, emptori præstare compellitur.* Hic ait, *quanto pluris emisset*, ibi *quanto minoris emisset*, *aut valuisset*: nihil refert. Sed Paulus addit exceptionem: *nisi paratus sit, eum servum redhibere:* quæ exceptio: *Nisi paratus sit*, scilicet emptor eum redhibere, etiam huic loco applicari potest, ut puta, si nullo pretio emptor eum empturus fuerit, si scisset, eum expeculiatum aut imperitum servum esse: actio æstimatoria quanto minoris, interdum exitum habet redhibitoriæ actionis, *l. bovem* 43. §. *aliquando, de Ædil. edic. l. si is* 25. §. 1. *de except. rei jud.* Vel potius illa exceptio: *Nisi paratus sit, eum redhibere*, sic accipiatur, *nisi venditor paratus sit, eum redhibere.* Et idem erit sensus, id est, nisi venditor paratus sit, eum recipere et rehabere reddito pretio, ut apud Plaut. *in Mercat.* dixit, se redhibere, si non placet, id est, venditor dixit, se recepturum hominem venditum, si non placeret emptori. *Redhibere* est commune verbum emptoris et venditoris. Verum in re ipsa, nihil interest utrum exceptionem illam referas ad emptorem, an ad venditorem. Quoquo enim referas, exceptio ipsa eundem sensum refert. Illud maxime observandum est, ita demum sententiæ hujus §. *si venditor*, locum esse, si dedita opera indicaverit, non commendaverit, servum bene peculiatum esse, servum literatum, aut artificio aliquo egregie instructum esse, *literulis Græcis imbutum*, ut apud Horat. idoneum arti cuilibet, in hoc scilicet, ut pluris eum venderet, *l. ea quæ* 43. *de contrah. empt.* Indicatio temeraria obligat, et fraudulenta assen-

sio multo magis. Etiam observa ex hoc loco collato cum supradicta sententia Pauli, liquere, nihil interesse dicas, quanto minoris emptor emisset, an quanto minoris res valuisset.

Ad §. 5. *Per contrarium.*

§. 5. *Per contrarium quoque idem Julianus scribit, cum Terentius Victor decessisset, relicto hærede fratre suo, et res quasdam ex hæreditate, et instrumenta, et mancipia Villicus quidam subtraxisset: quibus subtractis facile quasi minimo valeret hæreditas, ut sibi ea venderetur, persuasit, an venditi judicio teneri possit? Et ait Julianus, competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris hæreditas valeret, si hæres subtractæ non fuissent.*

Sequitur autem in §. *per contrarium*, idem ex contrario dicendum esse, puta, si emptor sciens dolo malo persuaserit venditori, rem, quam sibi vendi cupiebat, esse parvi momenti, modici æris, exigui pretii, ut eam rem minoris emeret. Finge, ut in eo §. *per contrarium*, proponitur et in *l. si quos* 9. *in princ. de dolo*, *l. qui nondum* 4. *C. de hæred. vel. act. vend.* quidam vita decessit, hærede relicto fratre suo, cui nondum certo de quantitate hæreditatis, facile persuasit, quia ex ea hæreditate res quasdam subtraxerat, et instrumenta emptionum, vel auctoritatum, vel nominum, et mancipia quædam, facile, inquam hisce rebus subtractis atque suppressis, ei persuasit, quasi minimo valeret hæreditas, ut eam sibi minimo addiceret. Quæ ingens fraus est, et ideo placet, doli nomine emptorem venditori teneri actione ex vendito, quanto pluris hæreditas valeret, si supradictæ res ab emptore subtractæ non fuissent. Qui locus etiam conjunctus cum superiore demonstrat, nihil referre dicamus, *quanto pluris hæreditas valeret*, an *quanto pluris vendidisset*, si supradictæ res subtractæ non fuissent.

Ad §. 6. *Idem Julianus.*

§. 6. *Idem Julianus, dolum solere a venditore præstari etiam in hujusmodi specie ostendit. Si cum venditor sciret fundum pluribus municipiis legata debere, in tabula quidem conscripserit, uni municipio deberi: verum postea legem consignaverit, si qua tributorum, aut vectigalis, indictionisve quid nomine, aut ad viæ collationem, præstare oportet, id emptorem dare facere præstareque oportere: ex empto eum teneri, quasi decepisset emptorem. Quæ sententia vera est.*

Jam ante Ulpian. varias proposuit species, quibus venditorem emptori dolum malum præstare oportet. In hoc §. proponit aliam. Venditor sciens agrum, quem venum exposuerat, pluribus municipiis legata debere, id est, tributa aut vectigalia, quoniam Basilica vertunt, διαφόροις τέλεσιν ὑποκεῖσθαι, quæ scilicet ab eo agro diversis municipiis testamento legata erant ut *l. usufructu* 7. §. *unde Celsus. de usufr.* in tabula proscripsit uni tantum municipio deberi, ut qui prædium venum exponebant, conditionem ejus et qualitates plerunque solebant indicare, tabula publice proposita. M. Tull. 3. Offic. *Cum ædes*, inquit, *proscribas, tabulam tanquam plagam ponas, ne in eam aliquis incurrat imprudens.* Verum paulo post, idem venditor hanc legem et conditionem adscripsit, vel consignavit generaliter, *si qua tributorum aut vectigalis indictionisve*, etc. Consignare hoc loco est, quod ante dixit conscribere et subsignare subscribere, signare, scribere, apud Festum. *Tributum* autem vocatur onus fructuum, qui ex agro percipiuntur quod fisco debetur: *Vectigal*: canon Emphyteuticus, vel, ut est in Basilicis hoc loco, ἐμφύτευμα, quod Reipubl. vel municipio debetur, nomine agri vectigalis, id est, emphyteuticarii, in quo alii Respub. concessit jus ἐμφυτευτικὸν. *Indictionem* autem vocat novum, extraordinarium tributum, quod ad tempus indicitur ut *l. quæro* 28. *de usufr. leg.* Quod vero ad viæ collationem spectat, onus est eorum, qui prope viam publicam prædia possident, nempe ut eam muniant, instruant, reficiant ut *l. si pendentes* 27. §. *si quid, de usufr. l. in summa* 6. *C. de pignor. et hypot. l. ad instructiones, C. de sacrosant. eccles.* Quod quidem onus qui exigunt, a M. Tullio *viam exigere* dicuntur, in prætura urbana contra Verrem, ubi Asconius Pedianus, *exigere*, inquit, *viam magistratus dicuntur cum viciniam cogunt munire, quam diligentissime sumptu facto.* Id vero etiam extra ordinem et ad tempus imponitur, exigiturque, *l. cui muneris* 12. *de mun. et honor.* Sicul. Flaccus *libr. de condition. agror. In quarundam*, inquit *viarum publicarum tutela, a possessoribus per tempora certi summa exigitur.* At in specie proposita hoc loco, generalis illa lex: *Si qua tributorum, etc.* ad ea tantum pertinet quæ ignoravit venditor, et de quibus præmonere et certionare emptorem non potest, non etiam ad ea, quæ scivit, et dolo malo celavit emptorem ut *l. quæro* 39. *hoc t. l. qui libertatis* 99. §. *pen. de evict.* Ideoque hanc reticentiæ et doli mali pœnam subit venditor in hac specie, ut judicio empti emptori præstet, quanti ejus interfuit non decipi. Major est pœna reticentiæ scientis venditoris qui emptorem ruere patitur, et per errorem in maximam fraudem incurrere, quam mendacii Reticentia quasi vulpeculæ. Mendacium quasi

Leonis, vel audacissimi hominis videtur : ideoque reticentia, quæ quasi vulpina est, odio quoque est digna majore, *et* ut ille ait, *totius injustitiæ nulla capitalior est pestis, quam eorum, qui tum, cum maxime fallunt, id agunt, ut viri boni esse videantur.* Quod agit proculdubio: qui sciens quid reticet, qui sciens reticuit, ut ait hæc l. in princ. qui consulto reticuit, ut *l. quæritur* 14. §. *pen. de Ædil. edic.* non qui ignorans reticuit. Reticet vel sciens, vel ignorans, celat sciens tantum. Unde qui sciens vendidit fugitivum aut furem, et celavit emptorem, tenetur in id quod interest, §. 1. *in hac l.* Qui autem mentitus est de peculio vel de artificio venalis, non tenetur in id quod interest, sed quanto minoris tantum §. *si venditor, sup. hac l.* Item qui sciens reticuit tributum agri, capitationem agri tenetur in id quod interest, *l. si sterilis* 21. §. 1. *h. t.* Qui mentitus est de quantitate tributi, tenetur quanto minoris tantum, *l. si minor* 9. *C. eod.* Et hinc apparet graviorem esse pœnam reticentiæ scientis, quam mendacii.

Ad §. 7. *Sed cum in facto.*

§. 7. *Sed cum in facto proponeretur, tutores hoc idem fecisse, qui rem pupillarem vendebant, quæstionis esse ait, an tutorum dolum pupillus præstare debeat. Et si quidem ipsi tutores vendiderunt, ex empto eos teneri nequaquam dubium. Sed si pupillus auctoribus eis vendidit, in tantum tenetur, in quantum locupletior ex eo factus est, tutoribus in residuum perpetuo condemnandis: quia nec transfertur in pupillum post pubertatem hoc, quod dolo tutorum factum est.*

Hic §. est de eodem genere doli mali, quo de actum est in superiori §. Tutor rem pupillarem vendidit, puta prædium urbanum, cujus alienatio vetita non erat ante Constantinum Imperat. sed rustici tantum prædii, aut suburbani: et cum prædium illud plurib. vectigalia deberet, proscripsit tutor uni tantum debere, et cetera quoque egit dolo malo, quæ proposita sunt in superiori §. Quis tenetur præstare dolum, pupillus, an tutor? vel quatenus eorum quisque? Et hac distinctione utitur in hoc §. si quidem ipse tutor vendidit suo nomine, proculdubio tenetur ex empto, quasi deceperit emptorem: nam etsi non decepit, quasi ex proprio contractu, tenetur ex empto, *l. tutores* 39. §. *adversus, de admi. tut. l. post mortem* 5. *in fin. quando ex facto tut. etc.* At, quæ est altera pars distinctionis, si pupillus vendidit tutore auctore, vel etiam si tutor pupilli nomine, nihil refert, sciens dolo malo, et reticens, quod scit, quodque intererat emptoris etiam scire, pupillus quidem ipse qui dolo caret, non tenetur ex dolo tutoris nisi quatenus ex eo locupletior factus est. Tutor autem ex eo perpetuo in residuum tenetur nomine doli, non actione de dolo, quæ temporaria est, sed actione in factum ut heic Fulgosius obiter notat, quæ est perpetua actio *l. itaque* 28. *in fin. de dolo.* Quia cum tutor ipse non vendiderit suo nomine, cessat in eum actio ex empto. Et quod ait, in residuum, tutorem perpetuo teneri ex suo dolo, verum est, ut dixi, in actione in factum, quæ est perpetua, et in eo etiam quod Joannes notavit, videlicet etiam deposita administratione tutelæ, deposito officio, finita tutela tutorem in residuum teneri. Ex eo quod tutor bona fide contraxit pupilli nomine, deposito officio non tenetur, *d. l.* 5. *l.* 1. *C. eod. l. cum quædam* 26. *C. de admin. tut.* Quia id, quod bona fide gessit, post depositum, officium, sive post pubertatem transfertur in adolescentem, vel in curatorem ejus *l. a tutoribus* 33. §. 1. *de admin. tut.* At ex causa doli mali proprii tutor tenetur etiam post depositum officium, quia, ut hic ait eleganter, id quod dolo tutoris factum est etiam post depositum officium, non transfertur, non onerat adolescentem. At quod hic dicitur in residuum teneri tutorem, non pupillum, vel in solidum si nihil ad pupillum pervenerit, id dicitur indistincte, sive tutor solvendo sit, sive non. Et hoc indistincte non videtur esse verum, imo et neutro casu esse verum, sive solvendo sit, sive non. Primum enim si tutor sit solvendo, si tutor sit locuples, multo magis ex dolo tutoris pupillus tenetur, quia quod præstiterit, a tutore consequi potest, *l.* 1. §. *hoc edicto, ne vis fiat ei, qui in possess. miss. l. summa* 21. §. *si dolo, de pecul. l.* 1. *quando ex facto tut.* Sed etsi tutor solvendo non sit, æquum est, ne qui cum eo contraxit pupilli nomine, ex dolo ejus damnum sentiat, et ideo ut ei accommodetur actio residui in pupillum, cujus locum tenuit tutor, cujusque nomine contraxit, ut *l. illud* 4. §. 1. *de evict.* Verum hoc casu (ut res tota explicetur) id est, cum tutor solvendo non est, pupillus ex dolo ejus quodammodo non tenetur, effectu non tenetur, quia absolvitur si paratus sit cedere quales quales actiones, quas eo nomine habet cum tutore, *l. ult. de admi. tut.* quæ lex ult. ex *d. l. summa* 21. §. *si dolo, et ex l. sed etsi* 3. §. *pen. de tribut. act.* adscribenda videtur non libro 20. Epist. Pomponii, sed lib. 8. ut *l. pen. ejusd. tit.* Sed et in *d. l.* 3. §. *pen. de trib. act. ex d. l. ult. de admin. tutor.* absque dubio legendum est : *Si solvendo tutor non sit.* (*) Itaque hoc casu, si effectum et exitum rei spectas, ex dolo tutoris pupillus efficaciter non tenetur. Sed et priore casu, cum tutor solvendo est, verum est tutorem in residuum teneri vel emptori,

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 35.

vel pupillo, quoniam si pupillus emptori solidum aut residuum præstiterit, regressum habet adversus tutorem ut rem ab eo servet, exve facultatibus ejus. Itaque superiora quæ retuli, nihil officiunt sententiæ hujus §. Et ita quoque re explicata verum relinquitur, quod est in regula juris, *Dolum tutoris pupillo non nocere, sive solvendo est tutor sive non l. neque* 198. *de reg. jur. l. dolus* 3. *quand. ex facto tut.* Nam si solvendo est tutor, ab eo pupillus quod ex dolo ejus præstiterit, protinus servare et consequi potest: si solvendo non est, pupillus nihil aliud præstat, quam actionem, quam in tutorem habet, inanem quidem illam in præsenti tutoris inopiam, sed quæ procedente tempore, auctis facultatibus tutoris utilis fieri potest, et sic qualiscunque cessio actionum, pro justa præstatione, pro satisfactione est, ut et in *l. Titio fundus* 73. *de condit. et demonst.* Quia etsi nunc sint inutiles, possunt postea utiles et efficaces fieri, tutori favente fortuna.

Ad §. 8. *Offerri*, *et* §. 9. *Unde quæritur.*

§. 8. *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur: et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio. Venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit.*

§. 9. *Unde quæritur, si pars sit pretii soluta, et res tradita postea evicta sit, utrum ejus rei consequetur pretium integrum, ex empto agens, an vero quod numeravit? Et puto magis id, quod numeravit, propter doli exceptionem.*

Sententia *hujus* §. hæc est: emptorem qui nondum solvit pretium, non recte agere ex empto, ut sibi rem venditor tradat, nisi offerat totum pretium, de quo convenit Tertullianus libro de pœnitentia: *Ineptum est*, inquit, *pretium non exhibere, manum ad merces mittere.* Nisi, inquam, offerat totum pretium: offerenti partem nondum competit actio ex empto, ut rem accipiat a venditore, ut *l. fistulas* 78. §. *pen. de contr. empt.* Ratio hæc est, quia venditor rem venditam, quasi pignus retinet, quoad pretium ei solvatur: et pignoris causa est individua, *l. rem* 65. *de evict.* Sicut parte debiti soluta, etiam maxima parte, vel pene toto debito, ad nummum unum duntaxat, quid desit, si, inquam, vel unus nummus solutioni desit, non luitur, non solvitur, non liberatur pignus ulla ex parte, nec debitori competit actio pignoratitia ad repetendum pignus, quod totum obligatum manet, etiamsi unus nummus tantum solutioni desit: recte autem ait, venditorem rem venditam retinere, quasi pignus: recte, quasi pignus, quia rei suæ pignus non est, *l. neque pignus* 45. *de reg. jur.* Et res vendita ante traditionem est venditoris, traditione, non venditione dominium transfertur in emptorem. et rem venditam, quoad pretium omne solvatur, a venditore retineri etiam quasi pignus constat ex *l. quod si nolit* 31. §. *idem Marcellus, de edilit. ed. l. hæreditatis* 12. *de hæred. vend. l. dote* 3. *de dote præleg.* Inde quæritur hoc loco, si parte tantum pretii soluta, rem emptori venditor ultro tradiderit, fide habita de residuo, quæ postea evincatur emptori, utrum emptor actione ex empto de evictione, integrum pretium consequatur, de quo convenit, an id tantum, quod prænumeravit? Et ait, non posse emptorem actione ex empto consequi, nisi partem pretii, quam solvit, propter exceptionem doli mali, non quæ opponatur a venditore: quia nec eam opponi necesse est, sed propter exceptionem doli mali quæ judicii potestate inest actioni ex empto, et quæ non patitur exigere emptorem plus, quam ei absit. Summa igitur hujus §. hæc est, solutionem partis neque parere emptori actionem ex empto, ad rem sibi tradendam a venditore, neque re tradita postea evicta, ad integrum pretium restituendum. Nec obstat huic postremæ sententiæ *l. ex facto* 43. § *Julianus*, *de vulg. substit.* quam objicit glossa. nec respondet tamen. In specie *illius* §. *Julianus*, hæres institutus, idemque substitutus filio testatoris impuberi, si ex institutione ceperit partem tantum, ut puta, si institutus ex semisse, ceperit quadrantem tantum, altero quadrante sibi a fisco erepto aliqua ex causa: ex substitutione nihilominus capit integrum semissem, ex quo fuit scriptus, licet integrum semissem non habeat. Verum hoc fit ideo, quia ab initio, ut institutus est ex semisse, ita et ex semisse hæres extitit: quod satis est, ut pro rata ejus, etiamsi ex eo pars ei corrasa sit, vel erepta a fisco, vel etiamsi totum semissem amiserit, puta redactus in servitutem, nihilominus, si deinde manumissus fuerit, existente casu substitutionis pupillaris, semissem ex substitutione consequetur. At in specie proposita, emptor ab initio solvit partem tantum, et ideo non nisi pro rata ejus, quod solvit, evictione secuta, repetitionem habet. In hac specie inspicitur, quantam pecuniam emptor solverit, in illa, quanta ex parte defuncto hæres extiterit, ut *l. qui liberis* 8. §. *ult. et l. si filius* 10. *in princ. de vulg. substit.* Extitit autem hæres ex integro semisse, ergo et integrum semissem feret ex bonis impuberis jure substitutionis pupillaris.

Ad §. 10. *Si fructibus*, *et* §. 11. *Si in locatis.*

§. 10. *Si fructibus jam maturis ager distractus sit, etiam fructus emptori cedere, nisi aliud convenit, exploratum est.*

§. 11. *Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat. Idem et in prædiis urba-*

nis, *nisi si quid nominatim convenisse proponatur.*

Quod ad hunc §. attinet, sciendum est, cum agro qui veniit, etiam emptori tradi debere fructus, nisi aliud actum sit nominatim, puta, nisi venditor fructus sibi receperit, exceperit. Fructus, inquam, quibus maturis ager veniit, si a venditore demessi et percepti sint, quia pars agri fuisse videntur, et ob eos etiam pluris ager veniisse *l. quintus* 40. *hoc t. l. fructus* 44. *de rei vindic. l. ult.* §. *pen. quæ in fraudem credit. l. in Falcid.* 9. *ad l. Falcid.* Et secundum hanc definitionem, illa cujusdam nobilis exceptio non fuit recipienda, qui cum pratum vendidisset quod in eo erat ut subsecaretur, cum herba crescere desiisset, et æstu aresceret, dicebat se pratum vendidisse, non fœnum, cui secando mox immissurus messorem erat: quoniam qui fundum vendidit, jam maturis fructibus, etiam fructus vendidisse intelligitur. Verum ut non auditur emptor, qui agrum sibi tradi desiderat, nisi offerat totum pretium, ut didicimus hæri *ex* §. *superiori*, ita nec si desideraret sibi tradi fructus qui maturi erant emptionis tempore, quique, ut dixi, pars agri esse videbantur. At quid si ager venierit satis jam, sed immaturis fructibus? Et immaturi quidem fructus, quia valde incertus est eorum proventus, non videntur auxisse pretium agri, sicut maturi, jamque messioni proximi, *d. l. ult.* §. *pen. quæ in fraud. cred.* Sunt tamen et immaturi pars fundi, non minus quam maturi. At si qui apud venditorem permaturaverint, et ab eo percepti fuerint, minus de eis dubitatur, an emptori ex die perfectæ emptionis restituendi sint, videlicet, si pretium numeratum sit, ut apud *Paul.* 2. *Sentent. tit.* 17. legendum esse docui *Observ.* 21. *c.* 15. Alioqui usuræ pretii nondum numerati compensantur cum fructibus. Hoc vero bonæ fidei ratio exigit, ut fructus venditor præstet emptori, fructus omnes perceptos post perfectam venditionem, *l. venditor* 21. *de hæred. vend. l.* 5. §. 1. *in fin. hoc. t. l. fructus* 13. *et l. pen. C. eod.* non perceptos ante perfectam emptionem, *l. necessario* 8. §. 1. *de peric. et comm. rei vend.* ut puta venditione contracta sub conditione, percepti ante conditionem impletam, quod est ante perfectam venditionem, non pertinent ad emptorem, sed ad venditorem: in fructibus maturis magis dubitabatur, an ad venditorem pertinerent, qui erant messioni proximi, an ad emptorem. Sed ut hoc loco definitur, illi etiam emptori cedunt ex die emptionis, id est, non immaturi tantum, sed etiam maturi, vel ob id, quod eo carius venisse fundus videatur. His igitur verbis, *Si fructibus jam maturis*, recte addunt Albericus et Fulgosius *et multo magis si immaturis*, quia de maturis magis dubitabatur, quia maturi videbantur relinquendi esse venditori. Mox autem quod val de notandum est, docet Ulp. hac in re fructus naturales prædiorum rusticorum distare plurimum a fructibus prædiorum urbanorum, id est a pensionibus et a pensionibus quoque prædiorum rusticorum, si locata fuerint a venditore sub pensionibus certis, sive mercedibus. Nam etsi eæ pensiones pro fructibus prædiorum accipiantur, *l. prædiorum* 36. *de usur. l. mercedes* 29. *de petit. hæred.* cedunt tamen venditori, non emptori: nisi aliud nominatim actum sit, puta, prædio vendito accessuras pensiones, locationes sive mercedes, ut §. *in his inf. in hac lege*, *et l. si cum fundum* 68. *de contr. empt.* Et ratio differentiæ inter fructus, qui ex prædiis rusticis proveniunt vel natura, sponte, vel cultura nostra et opera, et pensiones prædiorum, hæc est; quia ex re ipsa, ex prædiis ipsis pensiones non sunt, sed ex negotio gesto, ex obligatione, ex locatione venditoris. Fructus alii prædiorum rusticorum ex re ipsa sunt, idcirco emptori rei debentur.

Ad §. 12. *Sed etsi.*

§. 12. *Sed etsi quid præterea rei venditæ nocitum est, actio emptori præstanda est, damni forte infecti, vel aquæ pluviæ arcendæ, vel Aquiliæ, vel interdicti* quod vi aut clam.

His additur hoc loco, venditorem emptori teneri, non tantum ut præstet fundum venditum, et fructus ex die emptionis, sed etiam ut præstet actiones, quas interim, id est, post venditionem et ante traditionem acquisivit, quod rei venditæ nocitum esset, puta actionem ex stipulatione damni infecti, actionem aquæ pluviæ arcendæ, actionem legis Aquiliæ, interdictum quod vi aut clam. Quæ omnes actiones sunt de damno dato rei venditæ. Et addi his possunt actiones de furto, re vendita subtracta, veluti actio furti, et condictio furtiva, et vindicatio, ut *l. eum qui* 14. *et l. si vendidero* 80. *in princip. de furt.* Hæ omnes actiones, quas interim quæsivit venditor, vel quod rei venditæ damnum illatum esset, vel quod furto ea res subtracta esset, cedendæ, dandæ, præstandæ sunt emptori, et transferendæ a venditore in emptorem: sed non etiam actio ex locato pensionum nomine, quæ post venditionem, ante traditionem rei venditæ deberi cœperunt. Hæc non est cedenda emptori, quia nec locationi emptor stare cogitur, *l. emptorem* 9. *C. de loc. et cond.* nisi aliud convenerit. Quod utique favore fisci, fisco vendente, tacite convenisse intelligitur: ne emptor expellat conductorem, vel ut emptor conservet locationem, et approbet, atque sequatur, *l. ult. de jure fisci.* Sed non etiam privato vendente: tunc enim speciali conventione opus est. Quin etsi ex conven-

tione, vel ultro emptor eam locationem conservaverit, etiam præteritarum ante traditionem pensionum, ei commoda non debentur, quia ex negotiatione sunt venditoris, non ex re ipsa, nec ex utilitate, quæ circa rem versetur, remve ipsam respiciat et attingat. Falluntur valde interpp. qui et actionem ex locato emptori cedendam esse arbitrantur pensionum nomine, contra manifestam sententiam *hujus* §. quam valde confirmat *l. venditor* 21. *de hæred. vend.* Cujus sensus hic est: si post venditionem servi tibi factam, ante traditionem eundem servum alii vendidero, et pretium accepero, ac deinde is servus sua morte interierit, antequam fecissem moram in eo tibi tradendo, nihil tibi debeo: ne pretium quidem, quod accepi. Quia, ut ait, pretium hominis venditi non ex re, sed propter negotiationem meam percepi. Quod ibi de pretio emptionis venditionis dicitur, cur non traham etiam ad pensiones? quod et sæpissime in jure dicitur pretium locationis.

Ad §. 13. *Item si.*

§. 13. *Item si quid ex operis servorum, vel vecturis jumentorum, vel nautarum quæsitum est, emptori præstabitur: et si quid peculio eorum accessit, non tamen, si quid ex re venditoris.*

Sequitur in *hoc* §. venditorem etiam emptori præstare debere quidquid interim, id est, post venditionem et ante traditionem quæsierit ex operis servorum venditorum vel servi venditi, *ut* §. *si quid servo, inf.* non etiam quod servus venditus interim quæsiverit ex re venditoris. Quoniam id apud venditorem manere oportet. Item præstat venditor emptori quidquid interim acquisivit ex vecturis jumentorum venditorum, vel ex naulis navium venditarum, id est, ex locatione navium vel jumentorum, vel servorum. Quod non congruit cum eo, quod paulo ante dixit de locatione prædiorum rusticorum vel urbanorum, ex qua pensiones, quæ interim concurrerunt, dixit non esse præstandas emptori. Et varietatis ratio hæc est: quia in fructu hominis sunt operæ, et ob operas mercedes, *l. in hominis* 3. *de operis servor.* Et similiter in fructu jumentorum sunt vecturæ, quæ sunt operæ jumentorum. In fructu quoque navium sunt vecturæ, et ob vecturam mercedes sive naula, *l. si navis* 62. *de rei vindicat. l. cum servus* 37. §. 1. *de legat.* 1. Sunt, inquam, in fructu, nec ullus alius harum rerum fructus est: at mercedes prædiorum non sunt in fructu, neque hoc quisquam unquam abscise dixit, sed in plerisque causis, loco fructuum accipiuntur, *l. mercedes* 28. *de petit. hæred.* quia non hic est proprius vel solus fructus prædiorum, ut ex eorum locatione pretia redigantur, eorum proprius fructus est gignere fructus: producere nascentia quæ dicuntur. Postremo servo vendito cum peculio, si quid interim peculio accesserit extrinsecus, non ex re venditoris, id quoque venditor præstare emptori debet, quod etiam hic proponitur. Servo, inquam, vendito cum peculio, alioqui peculium non sequitur emptorem servi, *l. quoties* 29. *de contrah. empt. l. cum in venditione* 3. *de evict.* His adde: emptori vendito statulibero, cui, exempli gratia, data erat libertas si decem daret, si ab eo statulibero decem venditor acceperit, eam quoque pecuniam emptori restituere debet, *l. item si ob id* 3. *de doli except.* Itemque quod post emptionem fundo vendito per alluvionem accreverit, *l. id quod* 7. *de peric. et comm. rei vend.* Et ad hoc spectat §. *si Titius*, qui sequitur.

Ad §. 14. *Si Titius.*

§. 14. *Si Titius fundum, in quo* 90. *jugera erant, vendiderat, et in lege emptionis dictum est, in fundo centum esse jugera, et antequam modus manifestetur,* 10. *jugera alluvione adcreverint: placet mihi Neratii sententia existimantis, ut si quidem sciens vendidit, ex empto actio competat adversus eum, quamvis* 10. *jugera accreverint, quia dolo fecit, nec dolus purgatur: si vero ignorans vendidit, ex empto actionem non competere.*

Cujus species hæc est. Titius vendidit fundum nonaginta jugerum, quem in lege venditionis dixit esse centum jugerum, et antequam constaret majorem eum dixisse modum per alluvionem fundo accreverunt decem jugera, ita ut alluvionis beneficio hodie fundus sit centum jugerum, sicut venditor dixit in lege venditionis. Quæritur, an nihilominus venditor teneatur emptori, quod majorem agri modum dixerit? Et scientem teneri ait, ut scilicet fiat diminutio pretii pro rata, ut *l.* 4. §. *ult. hoc tit. l. qui libertatis* 69. §. *ult. de evict.* non imputato emptori commodo alluvionis, quod explevit modum, quem dixerat venditor. Ergo quod accessit per alluvionem, id erit emptori in lucro, et nihilominus agens adversus venditorem hoc consequetur, ut pro rata decem jugerum, quæ deerant, pretium minuatur: *Quia dolo venditor fecit, nec dolus purgatur*, inquit, ut necesse est, *l.* 1. *de rerum permut.* Ignorantem autem venditorem non teneri, qui tamen alias non minus teneretur quam sciens, ut docui initio hujus legis. Quia hoc casu æquum est, beneficium naturæ prodesse bonæ fidei venditori potius quam emptori, quasi id benefecerit, donaveritque flumen venditori potius, ne quid

ei de pretio deperiret, quam emptori. Lucanus de alluvione:

. . . H s rura colonis
Accedunt donante Pado . . .

Alluvio, est donum et beneficium fluminis, quod in dubio fingimus datum periclitanti damnum pati, id est, venditori, dum nulo pretio potius, quam emptori captanti lucrum. Nego in hac specie, quod glossæ volunt tamen, fundum venisse ad mensuram: non enim dictio modi venditio est ad mensuram, nec venditio ad mensuram, aliter quam si in singula jugera pretium constitutum sit. Et quod dicitur, commodum omne, quod contigit post venditionem perfectam ad emptorem pertinere, simul et incommodum, nihil prorsus obstat. Hoc enim est verum generaliter, specialiter autem falsum, ut in hac specie, commodum alluvionis non prodest emptori, si is, qui vendidit, bonæ fidei venditor fuit: sed prodest venditori potius, qui erravit in modo agri. Sicut item in specie commodi, quod post venditionem ex locatione prædiorum accessit, quod etiam non pertinet, ad emptorem, sed ad venditorem, §. *proximo*, *supra*. Pleraque sunt generaliter vera quæ sunt specialiter falsa, *l. moris* 9. §. *sunt autem*, *de pœn.* Cetera breviter explicabuntur in §. *si fundum.*

Ad §. 15. *Si fundum.*

§. 15. *Si fundum mihi alienum vendideris, et hic ex causa lucrativa meus factus sit: nihilominus ex empto mihi adversus te actio competit.*

In hoc §. hoc tantum ostenditur: si fundus alienus, quem mihi vendidisti, ex causa lucrativa meus factus sit, utputa; si mihi donatus sit, vel legatus a domino, non ideo minus teneris mihi ex empto, quod eum mihi fundum ipse non tradideris, nempe ut mihi pretium restituas, quod forte prænumeravi, et pretii usuras, et si quid præterea etiam propter eam emptionem erogavi, ut *l. si vendideris* 9. *de evict. Duæ causæ lucrativæ in eandem rem, et eundem hominem concurrere non possunt.* Hæc est certissima regula juris. At lucrativa una, veluti causa donationis, et altera non lucrativa, veluti causa emptionis, quia, pro re emptori pretium abest, concurrere possunt.

Ad §. 16. *In his autem.*

§. 16. *In his autem, quæ cum re empta præstari solent, non solum dolum, sed et culpam præstandam arbitror. Nam et Celsus lib.* 8. *Digestorum, scripsit, cum convenit, ut venditor præteritam mercedem exigat, et emptori præstet, non solum dolum, sed et culpam eum præstare debere.*

Sententia autem §. *in his*, breviter hæc est: in his quæ dixit accessura venditor, non minus quam in re principali venditorem præstare debere dolum et culpam, *ut l. si cum fundum* 68. *de contr. empt.* Non solum, ut ab eo absit dolus malus, sed etiam culpa, in servanda accessione, ut si pensiones prædii venditi accessuras dixerit, quæ alioqui non sequerentur emptorem, ut dixi in §. *si fructib. sup.* Non minus diligentiam venditor exhibere debet in hisce pensionibus exigendis et servandis, quam in servandis prædiis. Accessionis nomine etiam verum est venditorem præstare evictionem. Sed in causa evictionis hoc interest, quod evicta accessione venditor simplam dumtaxat debet, evicta re principali, duplam. quod jam habuimus supra in *l.* 11. §. *si quis rem*, *h. c. ti.*

Ad §. 17. *Idem Celsus.*

§. 17. *Idem Celsus libro eodem scribit, fundi quem cum Titio communem habebas, partem tuam vendidisti, et antequam traderes coactus es communi dividundo judicium accipere: si socio fundus sit adjudicatus, quantum ob eam rem a Titio consecutus es, id tantum emptori præstabis. Quod si tibi fundus totus adjudicatus est: totum* (inquit) *eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem Titio condemnatus es. Sed ob eam quidem partem quam vendidisti pro evictione cavere debes: ob alteram autem, tantum de dolo malo repromittere. Æquum est enim eandem esse conditionem emptoris, quæ futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. Sed si certis regionibus fundum inter te et Titium judex divisit, sine dubio partem, quæ adjudicata est emptori, tradere debes.*

Ad hujus §. quæstionem multa et varia pertinent quæ sunt subtilia valde, nec explicatu facilia admodum: tamen si eam quæstionem diligenter pertractare volumus, ea omnia diligenter excutienda sunt. Species hæc est: fundi, quem cum Titio communem habebas pro indiviso, antequam te Titius provocaret ad divisionem judicio communi dividundo, quod post dictatum judicium communi dividundo non posses, *l. alienationes* 13. *famil. ercisc.* partem, quæ tibi competebat vendidisti, et priusquam traderes aut cederes eam partem emptori, provocatus a Titio socio tuo, judicium communi dividundo accipere, et litem contestari coactus es: hujus judicii exitus declarabit quantum te emptori partis tuæ præstare oporteat: nam ita distinguendum est: aut fundum communem arbiter divisionis di-

visit inter socios certis regionibus : aut totum eum fundum alterutri adjudicavit, vicissim præstita pecunia alteri, ut fit in judicio divisionis. Priore casu, id est, si fundum divisit certis regionibus, pars quæ tibi obtigit ex divisione et adjudicata est, a te emptori præstanda est. Pars igitur pro diviso, quam non vendidisti, non pars pro indiviso, quam vendidisti. Quia cum expectares vel sperares judicium communi dividundo, non tam videris partem pro indiviso, quam tunc in fundo habebas, vendidisse, quam partem, quam faceret tibi eventus judicii communi dividundo ante traditionem a socio dictati et instituti. Denique partem pro indiviso vendidisse videris sub incerto eventu futuri judicii communi dividundo, quod partem illam incertam, provocante socio, forte facturus erat certam, quod nec emptor ignoravit fieri potuisse, partem scilicet incertam, id est, pro indiviso, fieri certam potuisse per divisionem, id est, fieri potuisse partem pro diviso. Et tamen quod merito objici potest, si creditori pars fundi communis pignorata sit pro indiviso, postea facta divisione inter debitorem, qui eam partem suo creditori pignoravit, et alterum socium, non pars pro diviso, quæ debitori adjudicata est, pignori erit, sed pars pro indiviso, ut ab initio ante divisionem, *l. si consensit* 7. §. *ult. quib. mod. pig. vel hypot. sol. l. si quis* 6. §. *si fundus, comm. divid.* Quod observatur etiam, cum unus ex sociis fundi communis legavit usumfructum partis suæ, et postea inter hæredem ejus, et alterum socium facta divisio est per arbitrum communi dividundo. Legatario enim competit usufructus in parte pro indiviso, sicut ante divisionem, non in parte pro diviso, *l. is qui fundum* 31. *de usufr. leg.* Idemque trahi potest ad maritum, cui mulier, quæ cum alio fundum communem habebat, instrumento dotali partem suam dedit in dotem, si postea divisio fundi fiat certis regionibus inter mulierem et socium. Nec enim pars pro diviso, quæ obtigit mulieri, dotalis est, sed pars pro indiviso. Divisio inter alios facta, ut causam ususfructus vel pignoris non mutat, ita nec causam dotis. Quod in creditore, usufructuario, marito, Bartolus hoc loco docet, quem sequi tutius est, fieri hac ratione: quia ii tres, creditor, fructuarius, maritus, jus habent in re: pignus est jus in re, ususfructus jus in re: dos jus in re: et quod in re jus semel acquisitum est, divisio inter alios facta immutare, aut convellere non potest. Divisio, inquam, inter alios facta, ut loquitur *d. l. is qui fundum* 31. Nam si fiat divisio inter creditorem pignoratitium et alterum socium, ut potest, accepto judicio communi dividundo, *l. communi* 7 §. *si debitor, com. divid. l. si probatum* 2. *C. eod. l.* 1. §. *si communis, de reb. eor. qui sub tut.* vel si divisio fiat inter fructuarium, aut maritum, et alterum socium, tunc in ea tantum parte, quam divisio attulerit, creditori, vel fructuario, vel marito, pignus consistit, vel ususfructus, vel dos, maxime si ipse provocaverit ad divisionem, non si provocatus fuerit. Hæc enim distinctio, ut infra demonstrabo, ubique in hac causa vel quæstione servatur. Et hæc de creditore pignoratitio, de fructuario, et de marito. Emptoris, de quo cœpi dicere initio, puta, qui emit partem unius ex sociis fundi communis pro indiviso, longe alia ratio est, quam creditoris, vel fructuarii, vel mariti: quia emptor non habuit jus in re: id est, non rem emptam, sed hominem tantum, id est, venditorem obligatum habuit: ideoque divisione facta inter venditorem et alterum socium, priusquam partem venditam tradidisset suo emptori, etiam non habet emptor nisi in venditorem actionem personalem ex empto, qua venditor tenetur emptori in hoc tantum, ut partem pro diviso ei præstet, quam ex divisione tulit, non partem pro indiviso, quam vendidit ab initio, videlicet si ipse venditor provocatus fuerit ad divisionem, *si coactus*, ut ait hoc loco, quæ verba perpendenda sunt, *communi dividundo judicium acceperit*, si vice partis pro indiviso, quam in fundo habuit, coactus est accipere partem pro diviso, quia per eum non stetit, quominus traderet partem, quam vendidit, non etiam si ipse provocavit, quia tunc per eum stetit, quominus præstaret partem, quam vendidit, id est, partem pro indiviso. Et eodem exemplo Bartolus hoc loco, et in *l. Qui Romæ* 121. §. *ult. de verbor. obligat.* contra Azonem existimat, si duo fratres a patre hæredes instituti, et invicem substituti per fideicommissum, ita scilicet, ut qui prior sine liberis vita decederet, partem suam superstiti restitueret, si divisionem paternorum bonorum fecerint, nec interposuerint cautionem, nihil se contra divisionem facturos, post mortuo altero sine liberis superstiti fratri jure fideicommissi cedere partem totam, quæ defuncto obtigerat ex divisione, nec fideicommisso contineri partem pro indiviso, quam singuli habuerunt in bonis ante divisionem, sed partem pro diviso tantum, quæ cuique per divisionem obtigit. Quod vel eo maxime verum est, quia divisio facta non est inter alios, sed inter ipsosmet fratres, et provocante, ut ponendum censeo, superstite fratre. Et de priore membro distinctionis initio propositæ hæc dixisse sufficiat. Quod quidem membrum fuit de fundo diviso certis regionibus. Nunc dicendum est de altero membro, et subdistinguendum hoc modo: Aut fundus communis, quod commode regionibus dividi non possit, totus adjudicatus est Titio socio tuo, aut tibi, qui par-

tem tuam ante divisionem vendidisti. Si Titio socio tuo totus adjudicatus est, præstita, ut fit, ab eo tibi certa pecunia pro pretio partis tuæ, te partem tuam, jussu arbitri socio vendere coacto, eam tantum pecuniam emptori præstare debes, pecuniam vice partis tuæ, qui quidquid hac in re egisti, coactus egisti, coactus venisti ad judicium communi dividundo, coactus vendidisti partem tuam, ut socius haberet totum. Sin vero totus fundus tibi adjudicatus est, et invicem certa pecunia tu Titio condemnatus es, pro pretio portionis Titium contingentis, etiam totum emptori præstare debes. Imo et emptor fundum totum cogitur accipere actione ex vendito, *l. comm.* 7. §. *ult. com. divid.* Quid dico, totum fundum? an totum præstare debet, qui vendidit partem tantum? an totum recipere, qui emit partem tantum? Sic sane. Quia etsi emptori præstetur totus fundus, totum tamen eum eodem jure non accipit, sed partem unam jure venditionis, quam tu fecisti, et partem alteram jure venditionis, quam Titius fecit tibi. Et hanc quidem partem accipit emptor sub onere præstandæ pecuniæ Titio, in quam tu Titio condemnatus es, aut si jam eam pecuniam Titio solvisti, sub onere tibi restituendæ ejus, perinde ac si ipse emptor accepisset judicium communi dividundo. Quod et pignori vel doti data parte communis fundi observatur, *d. l.* 7. §. *si debitor*, *comm. divid. l. cum in fundo* 78. §. *pen. de jur. dot.* Et discrimen harum partium ex eo etiam apparet, quod, ut hic proponitur, ob eam partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes: ob alteram, quam socius tibi vendidit per adjudicationem judicis, satis est si caveas de dolo malo, nec etiam pro evictione cavere debes. Quod et *d. l.* 7. circa finem demonstrat, dum ait, solum illud spectandum esse, num forte fraus aliqua; id est, dolus malus venditoris intervenit. At quod non est omittendum, etsi ob alteram partem de evictione non caveas, nec parte altera evicta, de evictione tenearis, tenetur tamen eo nomine idem emptori Titius, sicut venditori socio suo teneretur. Emptor enim subit per omnia locum venditoris sui sub legibus iisdem, sub conditionibus iisdem, quibus venditor suus tenebatur, vel tenebat obligatum venditorem suum, quem utique tenebat obligatum pro evictione, *l. si familia* 15. *C. famil. ercisc.* et non in simplam tantum, ut in specie *l. si plus* 74. §. 1. *de evict.* sed in id quod interest, vel in duplam. In simplam tenetur, puta, ad pretium restituendum vel remittendum, qui vendidit invitus, ut *d. l. si plus*. §. 1. At hic non videtur invitus vendidisse Titius, qui provocavit ad judicium, quia videtur vendendi animum habuisse, ut Græci notant eleganter in *l. et ideo* 11. *de condict. furt.* his verbis, προσκλεσάμενος γὰρ ἐν ποιοῦντος ἔχει διάθεσιν, id est, *qui provocat ad judicium communi dividundo, habet is animum alienantis.* Et ita hoc loco Fulgosius recte contra glossam. Hæc vero locum habent, ubi, quod ponit hic §. Titius te provocavit. Unde videamus, quid sit dicendum, si tu provocaveris Titium ad judicium communi dividundo, non Titius te, et totus fundus tibi vel Titio adjudicatus sit. Dico, si Titio adjudicatus sit, te emptori teneri, ut partem prestes, quam vendidisti: quia facto tuo evenit, ut jam mihi eam partem præstare non possis, qui provocasti ad divisionem nec igitur liberaberis præstando pecuniam, qua Titius tibi condemnatus est; sin vero totus tibi fundus adjudicatus est etiam emptor invitus non accipiet totum fundum, sub onere præstandæ pecuniæ, sed destricte petet etiam hoc casu partem pro indiviso, quam emit a te. Ergo in hac etiam specie videndum est, uter provocaverit, tu, an Titius. Qua ratione etiam in specie *d. l.* 7. §. *si debitor*, ponitur creditor, cui pars fundi communis pignorata est, fuisse provocatus ab altero socio; vel ab altero creditore alterius socii. Quo casu debitor non recte agit pignoratitio judicio, de parte sua recipienda, oblata pecunia debita creditori, cui totus fundus adjudicatus est, nisi paratus sit recipere fundum totum, quod ita non fieret si creditor ipse provocasset ad judicium. Et similiter in specie *d. l. cum in fundo* ponitur, maritum, cui pars fundi communis in dotem data erat, provocatum esse, non provocasse. Hæc distinctio ubique servanda est, et servatur etiam in aliis plerisque causis, si res communis inter me et te surrepta sit, et ego te provocavero judicio communi dividundo, eaque res tibi adjudicata fuerit in solidum: quia facto meo qui provocavi dominium ejus rei amisi, quod meum erat pro parte, et condictionem furtivam amisi, quæ soli domino dari solet. Sed si tu me provocaveris, tametsi facto tuo dominium amisi, re tota tibi adjudicata, non amisi tamen condictionem furtivam, quæ est sententia *d. l. et ideo.* Ac præterea maritus, qui fundum, quem uxor cum alio communem habebat, in dotem accepit, provocari potest ad judicium communi dividundo, non provocare; quia alienationem fundi dotalis non habet, *l. mariti* 2. *C. de fund. dot.* Idemque est in minore 25. annis, qui cum alio fundum communem habet, nam et hic provocari potest, non provocare. Quod sequitur in §. *seq.* est facillimum.

Ad §. 18. *Si quid servo.*

§. 18. *Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem hoc quoque restitui debet. Hæreditates quoque per servum acquisitæ et legata*

omnia. Nec distinguendum cujus respectu is'a sint re'icta. Item, quod ex operis servus præstitit venditori, emptori resti'uendum est: nisi ideo dies traditionis e pacto prorogatus est, ut ad venditorem operæ pertinerent.

Quæ præcedunt omnia sunt de iis, quæ venditorem emptori præstare oportet, et hujus tractatus finis est hic §. Si quid venditor servi, post venditionem ante traditionem servo vendito donavit, id emptori restitui oportet, non remanere apud venditorem. Atqui id est ex re venditoris, et quod est ex re venditoris, restitui non oportet, §. *si fructibus supra.* Sed sic respondeo: interest utrum concesserit aliquid dominus servo ex re sua, puta, ut haberet in peculium, an donaverit. Si concesserit id remanere apud venditorem debet: si donaverit post venditionem perfectam, ut posui, contemplatione ipsius servi venditi vel emptoris, proculdubio id alienare, id perdere voluit, et plane alienavit et abdicavit a se donationis genere. Retinere igitur id non potest. Etiam additur in hoc §. *hæreditates, et legata omnia*, id est cujuscunque generis per damnationem vel per vindicationem, per servum venditum post venditionem perfectam ante traditionem interim acquisita venditori, qui nondum desierat esse dominus, qui nondum tradiderat servum venditum, ad commodum emptoris, non venditoris pertinere, etiamsi, quod notandum, ei servo relicta sint contemplatione venditoris: atque ideo possint videri esse ex re venditoris cujus beneficio et gratia servo ea obvenerunt. Nam hæc est ratio notanda, ut quæsita ante venditionem perfectam, etiamsi contemplatione emptoris relicta sint, ad venditorem pertineant, non ad emptorem, *l. cum ea* 23. §. *ult. de Ædil. edict.* Ita quæsita post venditionem perfectam, etiamsi contemplatione venditoris relicta sint, ad emptorem, cujus periculo servus fuit interim, non ad venditorem pertinent. In extremo autem *hujus* §. repetit id quod jam attigerat in §. *si fructibus*, *sup.* id quod servus venditus post venditionem ante traditionem interim venditori acquisivit ex suis operis, ex locatione suarum operarum venditorem emptori restituere oportere, quasi fructus hominis venditi ut addam hanc exceptionem, quæ extat hoc loco, *nisi ideo dies*, *etc.* id est, nisi aliud nominatim actum sit, quæ exceptio subjicitur semper.

Ad §. 19. *Ex vendito*, *et* §. 20. *Veniunt.*

§. 19. *Ex vendito actio venditori competit ad ea consequenda, quæ ei ab emptore præstari oportet.*

§. 20. *Veniunt autem in hoc judicium infra scripta: in primis pretium quanti res venit, item usuræ pretii post diem traditionis. Nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere.*

Ulpianus, expositis iis, quæ actione ex empto venditorem emptori præstare oportet, a §. *ex vendito* incipit tractare de iis, quæ ex diverso, actione ex vendito emptorem venditori præstare oportet. Et in primis, ut ait, præstare debet emptor venditori pretium, quanti res veniit pretium conventum: Basilica: τὸ συμφωνηθὲν τίμημα, sicut in *l.* 11. *in princ. h. t.* dixit actione ex empto venditorem emptori in primis præstare debere rem ipsam, quæ veniit. Duo enim hæc sunt ex quibus hujus contractus substantia præcipue consistit, res et pretium. Præstare etiam emptor venditori debet usuras pretii post traditionem rei, post rem acceptam a venditore: quia cum re emptor fruatur, æquum est eum etiam usuras preti dependere, quæ veluti quidam fructus sunt, sive reditus pecuniæ, ut *l. filius* 5. §. *ult. de collat. dot.* Rei respondet pretium, et fructibus rei similiter respondent usuræ pretii, *l. usur.* 34. *de usur.* Et hoc quidem quod ait de usuris præstandis post traditionem rei, confirmat etiam *l. curabit* 5. *et lex fructus* 13. *C. eod.* Et Paul. 2. *Sentent. tit.* 17. *post rem traditam*, inquit, *nisi emptor pretium statim exsolvat, usuras ejus præstare cogendus est.* Forte et sicut venditor, si pretium ei numeratum sit, præstat, restituitve fructus emptori ex die emptionis venditionis, ut docuimus in §. *si fructib.* ita et emptor, cui jam res tradita est, præstabit usuras pretii ex die emptionis: quod quidam tentant, nec tamen id existimo esse verum, quia non eadem hac in re est ratio emptoris et venditoris. Emptori si pretium solverit, debentur fructus rei ex die emptionis, quia et ex eo die periculum omne rei ad eum pertinet: si periculum ex eo die, ergo et commodum ex eodem ipso die. Venditori autem non debentur usuræ pretii, nisi ex die traditionis, ut ait hoc loco, et non ex die emptionis, quia nec ad venditorem periculum pretii pertinet, quod nullum est, quia pretii nomine non debentur certa corpora nummorum, sed certa quantitas in genere, quæ perire non potest. Atque ita hac in re multum distat venditor ab emptore. Ex die traditionis debet emptor usuras pretii, ex die autem emptionis venditor debet fructus, si pretium ei numeratum sit. Post diem vero traditionis usuræ pretii consistunt, et venditori debentur, etiamsi emptor pretium venditori obtulerit, nisi id etiam deposuerit et obsignaverit. Sola oblatio non liberat ab usuris, sicut nec etiam depositio, vel obsignatio sola sine oblatione: neque enim desinunt currere usuræ pretii, etiamsi id emptor deposuerit et obsignaverit, nisi etiam id ei obtulerit, cum ei facultas esset offerendi venditori vel

heredi ejus, *l. evictis* 18. §. 1. *de usur. l.* 2. *C. de us.*

Ad §. 21. *possessionem.*

§. 21. *Possessionem autem traditam accipere debemus, etsi precaria sit possessio. Hoc enim solum spectare debemus, an habeat facultatem percipiendi fructus.*

Et quod ait hoc loco, *post diem traditionis rei*, id ita mox interpretatur ut non tantum post traditionem vacuæ possessionis, quæ dominium transtulerit in emptorem, usuræ pretii veniant in actionem ex vendito, sed etiam post traditionem precariæ possessionis. Ut si ante numerationem pretii emptori ejus rei precaria possessio concessa sit, *l. cum emptor* 38. *de dam. infect. l. is qui* 11. §. *Aristo, quod vi aut clam, l. ea quæ* 29. *de prec.* Quæ quidem possessio precaria dominium rei non transfert in emptorem et a venditore, quandocunque ei libuerit, revocari potest; sed quod ad causam debitarum usurarum attinet, nihil refert precaria, an justa et plena possessio emptori tradita fuerit, quia cum etiam jure precarii emptor re fruatur, æquum est ut usuras pretii tardius soluti dependat. Quod memini me etiam exponere in *l.* 2. §. 1. *sup. h. t.* Jure precarii emptor rem possidet, ejusque rei fructus capit, quoniam precibus impetravit, ut sibi possidere et uti frui liceret, ut *l.* 2. *in fin. l. et habet* 15. §. *pen. de precar.* Nec obstat *l. servi emptor* 16. *de peric. et comm. rei vend.* quam objicit Accursius, quæ etsi loquatur de servo vendito nondum tradito, quem emptor interim conductum rogavit, facile concedo, quod in illo obtinet, idem etiam obtinere in eo, qui precario rogavit. Quid autem id est? Nempe ut jure dominii emptor nihil per eum servum acquirere possit; quia nondum factus est dominus per traditionem, possit tamen jure precarii servo uti frui ex liberalitate venditoris et domini, atque ita sibi habere operas servi, vel ob operas, mercedes, quas constat esse in fructu hominis. Non omittam, quod etiam hic DD. notant, nec jure pontificio improbari usuras pretii, quæ venditori debentur post diem traditionis, quia earum usurarum causa non est captatio lucri, sed causa earum est ratio fructuum, quorum percipiendorum per traditionem emptor facultatem nactus est, ut scilicet fructus rei pariant, et quodammodo pensent usuræ pretii. Quod et ita Accurs. notavit ex Azone in *d. l. curabit* 5. *Ratio*, inquit Accurs. *fructuum perceptorum adeo justa est, ut et jure Canonico usuræ pretii, quasi quod sua interest, id est, quasi quod venditoris interest, debeantur.* Multum enim semper interest, utrum usuræ infligantur et exigantur ob lucrum tantum, an ob damnum quod quis fecit, lucrumve quod amisit, *l. cum quidam* 17. §. *si pupillo, de usur. l. socium* 60. *pro soc. l. illud* 29. §. 2. *de ædil. ed.* Et pluribus Laurentius, qui unus est ex glossographis Decretalium, in *c. conquestus*, *extra de usur.*

Ad §. 22. *Præterea*, §. 23. *Item si*, et §. 24. *Si inter.*

§. 22. *Præterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta, si quid in ædificia distracta erogatum est. Scribit enim Labeo et Trebatius, esse ex vendito hoc nomine actionem. Item etsi in ægri servi curationem impensum est ante traditionem, aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat, etiam emptorem velle impendi. Hoc amplius Labeo ait, et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere si modo sine culpa venditoris mortem obierit.*

§. 23. *Item si convenerit, cum res veniret, ut locuples ab emptore reus detur, ex vendito agi posse, ut id fiat.*

§. 24. *Si inter emptorem prædiorum et venditorem convenisset, ut si ea prædia emptor hæresve ejus pluris vendidisset, ejus partem dimidiam venditori præstaret et hæres emptoris pluris ea prædia vendidisset, venditorem ex vendito agendo, partem ejus quo pluris vendidisset consecuturum.*

Sequitur in §. *præterea*, etiam emptorem venditori præstare sumptus, quos in re vendita necessario venditor fecit post venditionem ante traditionem. Non semper venditionem et traditio sequitur statim, sed vel differtur ex pacto, ut §. *si quid servo, sup.* vel ob causam non numerati pretii, ut §. *offerri sup.* Unde si quid in ædificia vendita interim erogavit venditor, id ab emptore consequitur judicio ex vendito. Idemque est, si quid venditor servi impenderit in curationem sive ἐπιμέλειαν ejus cum ægrotaret, vel in disciplinam ejus in quam verisimile est etiam emptorem libenter sumptus facturum, vel etiam si quid in ejus servi funus impenderit defuncti sine culpa, et ante moram venditoris: etiam servis funera ducebantur. Nec mirum, cum et avibus, quæ paulum ingenio valuissent, apud Plin. 10. *lib. c.* 10. 43. Quod et Statius 2. *sylvarum* significat his verbis, *Et volucres habuere rogos*, in Epicædio Pileti liberti, non servi. Item si in vendendo fundo convenerit, ut ab emptore daretur idoneus et locuples reus, qui novandi animo in se susciperet pretii obligationem, qui proprie expromissor dicitur. Et ita in *l. si rem alienam* 9. §. *omnis de pign. act.* reo dato, id est, expromis-

sore. Si itaque in vendendo convenerit, ut emptor daret expromissorem pretii, nomine, ut id fiat actione ex vendito, venditor consequetur. Item si convenerit, ut si prædium venditum pluris emptor, hæresve ejus venderet, ejus, quo pluris vendidisset, partem dimidiam venditori præsteret. Et hoc quoque præstare tenetur judicio ex vendito, ut est in §. *seq.* Et omnino, sicut in judicio ex empto, id demum deducitur, quod præstari convenit, *l.* 11. *sup. h. t.* ita et in judicio ex vendito. In hac igitur specie augetur pretium rei si emptor pluris eam rem vendiderit: ut ex contrario minuitur pretium rei si convenerit, ut quo minoris rem emptor venderet, id a venditore reciperet, arg. *leg. si pater* 12. §. *pen. de pact. dot.*

Ad §. 25. *Si procurator.*

§. 25. *Si procurator vendiderit, et caverit emptori, quæritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papin. lib.* 3. *Resp. putat cum domino ex empto agi posse ut li actione, ad exemplum institoriæ actionis, si modo rem vendendam mandavit. Ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere.*

Procurator ex mandato domini vendidit, et cavit de re tradenda: nuda cautio sufficit, *l. emptor* 14. *C. de act empti vend.* Quæritur, an domino competat actio ex vendito in emptorem? An emptori in dominum actio ex empto? Regulariter per procuratorem, cum sit liber homo, nobis non acquiritur actio vel obligatio. Ideoque refert ex Papiniano, in dominum emptori esse actionem ex empto utilem, ad exemplum institoriæ actionis, ut *l. liberto* 21. *in princ. de neg. gest. l. in eum* 19. *de instit. act.* Omnis actio utilis dicitur dari ad exemplum alterius cujusdam actionis Emptori ergo in dominum competere actionem ex empto utilem, ad exemplum institoriæ actionis, quæ ex contractu institoris datur in dominum, id est, quasi institoriam actionem (nec enim procurator est institor) ut ait *l. idemque* 19. §. *idem Papinianus*, *Mand.* Quod ita procedit, si procurator solvendo non sit, sicut si institor solvendo non sit, tum ex contractu ejus in dominum est utilis actio, qui eum præposuit tabernæ vel officinæ, *l.* 1. *in fin. l.* 2. *de instit. act.* Eodem vero modo etiam domino qui rem emi mandavit, competit in venditorem actio ex empto, quæ est sententia hujus loci. Ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex empto actionem competere domino, qui rem emi mandavit. Prior pars est de domino, qui rem emi mandavit. Et ita hoc loco actio ex empto accipietur proprie, ut et Martinus sensit recte, non improprie pro actione ex vendito. Et summa totius §. hæc erit: si dominus vendi mandavit, in dominum emptori esse utilem actionem ex empto, si procurator solvendo non sit. Item ex contrario si dominus emi mandaverit, eandem actionem esse domino in venditorem. Et hic proculdubio est sensus hujus §. vulgo incognitus.

Ad §. 26. *Ibidem.*

§. 26. *Ibidem Papinianus respondisse se refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto, venditori duplum præstaretur, in fraudem constitutionum videri adjectum, quod usuram legitimam excedit, diversamque causam commissione esse ait: cum ea specie (inquit) non fœnus illicitum contrahatur, sed lex contractui non improbata dicatur.*

Ibidem Papinianus respondisse se refert, scilicet *lib.* 3. *Resp.* et respondisse *lib.* 11. *Respons.* Nam responsio *in hoc* §. proposito simile aliud responsum est ex *lib.* 11. *in l. pecuniæ* 9. *de usur.* de pecunia credita, qua ad diem non soluta, si creditor duplum sibi reddi stipulatus sit; ea stipulatio non tenet in altero tanto, id est, in duplo quatenus excedit modum legitimarum usurarum sed pro modo tantum temporis, quod in pecuniæ solutione cessatum fuit. Et ita ut in hoc §. proponitur, si in venditione convenerit re vendita centum quæ solverentur Calendis Juliis, ut centum ad diem non solutis, pœnæ nomine ducenta præstarentur. Hæc conventio longe excedit modum usurarum constitutionibus definitum, qui duplex est: primum, ut usura non sit major centesima, id est, ne plus quotannis in centenos reddat, quam duodenos, ut semper obtinuit ante Justinianum, et ut, cum usura sortem æquaverit, consistat, finem accipiat, ne altero tanto sit amplior quam sors, id est, ne duplum egrediatur. Denique ut centesimo mense consistat: nam usura centesima quot mensibus reddit unum nummum, id est, duodecim quotannis, et centesimo igitur mense æquat sortem. nec ulterius progreditur. *l. si non sortem* 26. *sup. de condict. indeb. l. in nautica* 3. *de naut. fœn. l. si pro mutua* 8. *C. si cert pet.* Pœna, quæ est vice usurarum, pœna pro usuris, ut loquuntur, non potest excedere licitum modum usurarum, *l. pœnam* 44. *de usur.* Itaque quod ultra hunc modum est, prorsus inutile est, nec in eo stipulatio, vel pactio ullas vires habet, et ut subjicit in hoc §. non est, quod in contrarium moveamur exemplo pacti sive legis commissoriæ (sic vocatur) quæ venditionibus licito jure addi solet, puta (hæc est lex commissoria) ut prætio ad diem non soluto, res inempta sit, et emptor, si quam forte partem pretii prænumeraverit,

eam amittat, si et residuam sua die non numeravit, *l. 4. 6. et ult. de lege commiss.* Hæc pactio licita est et utilis omni ex parte. Quoniam hoc genere fœnus illicitum non contrahitur, sed lex tantum adjicitur contractui legitimo. Pactione autem superiore fœnus illicitum contrahitur. Quod enim fœnus gravius excogitari potest, quam si convenire liceat, ut Calendis proximis pretio non soluto duplum præstetur? cum jure legitimo, pro cessatione unius mensis debeatur tantum nummus unus. Quod ait in hoc §. *in fraudem constitutionum*, etc. simul et ex *l. constitutionibus* 20. *C. de usur.* apparet, constitutiones potissimum usuris dedisse et posuisse modum, nec legem Gabiniam, quæ ante id tentarat, id unquam efficere potuisse. Major fuit apud populum auctoritas Principis, quam populi totius apud populum. Hæc est sententia hujus §. At ne omittamus quod in eum Accursius perperam omnino, animus certe ejus errat avius, objicit *l. utrum* 23. *in fin. de petit. hæred.* quæ pœnam quidem tardius soluti pretii probat, et probanda utique est vel ob id, quod venditoris interest, sed non supra licitum modum usurarum. Itaque nihil fuit causæ, cur objiceretur, quod et idem Accursius cognovit, et si cognovit, non debuit quod tam leve erat objicere et argutari in re tam perspicua. Idem Accursius objicit *l. Lucius* 47. *inf. h. t.* ubi ultra pœnam de qua convenit pretio venditori jam soluto, si res omnes, quas vendidit, venditor non traderet intra certum tempus, nullis aut quibusdam tantum rebus traditis, ait etiam ultra pœnam, ex empto agi posse in usuras pretii jam soluti, ex tempore scilicet moræ factæ a venditore in tradendis rebus venditis. Primum, ut respondeam, et rem hanc explicem: ibi non agitur de pœna tardius soluti pretii, quæ vice usuræ est, sed de pœna tardius traditæ rei venditæ, quæ vice usuræ non est. Ac præterea, quia, ut ibi proponitur, emptor pretium solvit ex pecunia mutuatitia, ex pecunia fœnore sumpta sub gravissimis usuris, et gravissimas usuras expendi æquum est, ut ultra pœnam, etiam ex tempore moræ hasce usuras a venditore recipiat. Hæc est ratio *d. l. Lucius* 47. quæ nihil refragatur nostro §. Objicit etiam Accursius *l. sciendum* 42. *de evict.* Lex ait, ex causa emptionis duplæ stipulationem committi: nihil est facilius. Hoc est omni vero verius; ex causa emptionis duplæ stipulationem committi, evictionis nomine scilicet, sed non etiam nomine tardioris solutionis pretii. Postremo objicit *l. promissis* 37. *C. de transact.* quæ, promisso transactionis non impleto, ait pœnam in stipulatum deductam, si quid contra transactionem fieret, peti posse, eo non inspecto, quanta sit pœna; pœnam igitur integram peti posse. Cur ita? Nihil est facilius: quia scilicet nec tunc pœna est vice usurarum: pœna est perfidiæ pœna, cujus quantitas legibus finita non est.

Ad §. 27. Si quis et §. 28. Sed et si.

§. 27. *Si quis colludente procuratore meo, ab eo emerit, an possit agere ex empto? Et puto hactenus, ut aut stetur emptioni, aut discedatur.*

§. 28. *Sed et si quis minorem 25. annis circumvenerit et huic hactenus dabimus actionem ex empto, ut diximus in superiore casu.*

Si quis colludente procuratore meo, rem meam ab eo, forte pecunia corrupto, minoris emerit, malæ fidei emptio est, cui equidem stare invitus non teneor. Itaque nec emptori adversus me datur actio ex empto, nisi in hoc tantum, ut vel discedam a toto contractu, vel totum approbem, non ut contractui stare cogar, qui mala fide initus est. Idemque servatur, si quis minorem viginti quinque annis in emendo circumvenerit, forte colludens cum curatore ejus, ut *l. pen. de minor.* Nam et eadem conditio adolescenti defertur, ut probet vel improbet contractum. Sicut in *l. cum quæritur* 16. *de admin. tut.* nemo cogitur stare iis, quæ per collusionem procurator suus gessit, cui quidquid mandatum est, id ea lege semper intelligitur ei fuisse mandatum, ut omnia administraret sincera fide.

Ad §. 29. Si quis a pupillo.

§. 29. *Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat.*

In §. *si quis* docet, aliquando claudere contractum emptionis venditionis, puta, non ultro citroque, sed ex una tantum parte, sive μονοπλεύρως parere obligationem. Ut si pupillus sine tutoris auctoritate rem mobilem vendiderit: emptor enim pupillo obligatur, non etiam pupillus emptori, *l. si id quod*, §. 1. *de resc. ud. vend.* Et alias notavi multa exempla. Idemque evenire et in ceteris contractibus, ex quibus solet mutua obligatio nasci, ut non semper nascatur mutua, sed claudeat contractus, ut in locatione et conductione, *l. sicut* 20 §. 1. *l. qui fundum* 32. *tit. seq.* et in mandato *l. potest* 41. *Mand.*

Ad §. 30. Si venditor.

§. 30. *Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono, ut perfrui liceat ad certum tempus: magis esse Servius putabat, ex vendito esse actionem. Denique Tube-*

ro ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quicquid fuerit consecutus, emptori reddat.

In §. *pen.* hæc proponitur species: venditor prædii excepit inquilino, cui ipse locaverat ædes, ut habitaret, vel colono, cui ipse locaverat fundum, ut fundo perfrui liceret ad certum tempus, ad tempus locationis conductionis, id est, ut emptor staret locationi, ut sineret inquilinum, vel colonum frui re conducta. Proculdubio agi cum emptore ex vendito potest, ut id faciat, ut ne expellat inquilinum, vel colonum ante tempus: hoc conventio facit, alioqui non tenetur emptor stare locationi venditoris, nisi id nominatim actum sit, *l. emptorem* 9. *C. loc.* Quod si forte colonus interim deteriorem fundum fecerit, si damnum dederit, potest etiam emptor cum venditore ex empto agere, ut agat eo nomine ex locato cum colono, et quod ab eo consecutus fuerit, sibi restituat. Et hoc alias etiam fit sæpissime, nempe, ut quis agat tecum in hoc, ut tu agas cum alio, et quod tu ab alio extorseris, sibi præstes, *l. si laborante* 2. *circa fin. princ. et* §. *pen. ad l. Rhod. l. cum in plures* 60. §. *messem, tit, seq. l. si tibi* 8. *inf. de opt. leg. l. si sic legat.* 75. §. *ult. de legat.* 1.

Ad §. 31. *Ædibus.*

§. 31. *Ædibus distractis vel legatis, ea esse ædium solemus dicere, quæ quasi pars ædium, vel propter ædes habentur, ut puta puteal.*

In hoc §. hoc ostenditur, ædibus legatis aut venditis, legatario vel emptori cedere ea, quæ quasi pars ædium sunt, puta, quæ ædibus adfixa sunt, vel quæ propter ædes habentur, veluti puteal, inquit, ut in *l. fundi* 17. §. *pen hoc tit.* Puteal, ut *l. item* 14. *hoc tit.* interpretatur operculum putei, id est, inquit, quo puteum operitur: dicebant enim promiscue puteus et puteum recto casu, et putei vel putea in plurali. Eodem quoque sensu absque dubio dicitur puteal Libonis: neque enim est tribunal, ut interpretantur, sed est operculum putei de cœlo tacti, cui Libo imposuit operculum in speciem aræ, atque ita condidit fulgur, quo puteus ille tactus erat. Denique puteal est περιςόμιον Basilica: τοῦ φρέατος σκέπασμα. Falluntur igitur, qui puteal tribunal Libonis esse putant. Fallitur et Halicarn. in fi. lib. 3. qui quod puteal M. Tull. 1. de divinat. dicit, id φρέαρ interpretatur, cum non sit φρέαρ, sed φρέατος σκέπασμα. Additur in *l. Lines* 15. *hoc tit.* etiam lines ædium esse, quas Basilica δεξαμένας interpretantur recte: sunt enim lacus lapidei aquam continentes. Et labra: λουθῆρες, lavacra, in quibus mulieres lintea lavant, quæ etiam duo, quia fere idem sunt Afranius et Laberius conjungunt: labella, lines (inquit) vel lenes, apud Nonium Marcellum in verbo *Lenis*, vasis genus, etc. Et ita Martialis:

> .... *Tepida natabis lene Congedi vada.*

Unde et jampridem ita docui esse legendum in *l. si quando* 17. §. 1. *si servit. vind.* Labra et lenes.

Sequitur in eadem *l.* 15. etiam ædium esse fistulas, quæ salientibus junguntur, puta, Silvanis, vel Tulliis (sic vocabantur) personis, ex quarum rostris aqua salire solet. Et si fistulas, quæ applicantur salientibus, et canales igitur quibus deducitur aqua Vitruvius 8. *cap* 7. Fistulas ponit in omnes lacus et salientes. At ædium vel fundi negat esse pisces, qui sunt in piscina ædium venditarum, vel fundi venditi, quoniam ii non parantur ædium, vel fundi, sed patrisfamilias causa. Eademque ratione nec pulli, pavones, meleagrides, numidicæ, et cetera animalia, quæ sunt in fundo ædium, aut fundi esse intelliguntur. Itaque nec fundo vendito emptorem sequuntur, nisi id actum sit nominatim.

Ad L. XVII.

Fundi nihil est nisi quod terra se tenet. Ædium autem multa esse, quæ ædibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, ut puta seras, claves, claustra, multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villæ haberi: ut puta vasa vinaria, torcularia: quoniam hæc instrumenti magis sunt, etiamsi ædificio cohærent.

§. 1. *Sed et vinum et fructus perceptos, villæ non esse constat.*

Initio hujus legis definitur, fundi emptorem nihil aliud sequi, nisi id, quod terra se tenet, id est, quod solo cohæret et continetur, quod terræ injunctum, infixum, illigatum est: ruta cæsa, non sequi emptorem, quia terra non tenentur. Ruta cæsa, sunt quæ terra non tenentur, quæ eruta et concisa sunt, non infixa, illigata, injuncta, *l. in rutis cæsis, de verb. sign. ce qui ne tient point à late, ou à clou, ou à cheville.* Hæc sunt ruta cæsa. Ædium autem, vel ædificii emptorem pleraque sequi, quæ terra non tenentur, quæve ædibus illigata, injuncta non sunt, ut sera, et clavis, et claustra, quæ censentur esse partes ædium, *l. quæsitum*, §. *fistulæ* 24. *de instruct. vel instrum. leg.* Claustra, inquam, quæ ædes exterius claudunt, *cadenats.* Claves serviunt seris et claustris. Unde apud Catonem de re rustica, claves cum claustris, et in *l. librorum* 52. §. *ult. de legat.* 3. Armariis vel loculis legatis, claves et

claustra legatario cedere. His addit in §. *pen.* hujus legis Epitonia, id est, machinas, quibus intensis aqua ex imo in summum exprimitur et funditur, immittiturque etiam in ipsum triclinium, si hoc velit paterfamilias, quæ etsi non sint fistulis applumbata, si non sint affixa, tamen ædium sunt, puta, si vaga relinquantur in ædibus, ut iis utatur paterfamilias, cum ei erit commodum. Denique epitonia, quæ habentur ad exprimendam, et fundendam aquam, etiamsi non sint affixa ædibus, ædium sunt, sicut seræ, et claves, et claustra. Dixi, ad fundendam aquam, ut Seneca 13. *Epist. Nisi aquam*, inquit, *argentea epitonia fuderint.*

Additur in hac lege, pleraque etiam ædificii emptorem non sequi, etiamsi adfixa sint ædificio, etiamsi in solo defossa sint, ut vasa vinaria, inquit, et torcularia: quia instrumentum fundi, aut villæ, quæ fundi par est, sunt potius, quam pars fundi, ut *l. instrumento* 8. *de instr. vel instr. leg. l. ult. de supell. leg.* Nec propter fundum etiam aut villam habentur, sed propter vinum aut oleum, quod ex fundo percipitur; quod etiam vinum vel oleum, ut et ceteros fructus, constat villæ aut fundi non esse. Sed *in d. l.* 8. suadet omnino hic locus, ut tollamus negationem illo loco: in instrumento fundi esse dolia, *licet defossa non sint*. Nam illis verbis, *licet defossa non sint*, quod erat dubium, removere videtur. Atquin non erat dubium, dolia nondum defossa in instrumento fundi esse: de illis major fuit dubitandi ratio, quæ defossa sunt, quia terra tenentur: at et hæc in instrumento fundi esse, non etiam partem fundi, ex hoc loco patet, quia dicitur, vasa vinaria etiam defossa et depressa in terram instrumenti esse. Dolia autem sunt vasa vinaria, *l. vinaria* 206. *de verb. signif. l. Lucius* 93. §. *ult. de legat.* 3. At rursus quod obstare videtur, *in l. dolia*, 76. *de contr. empt.* dicitur dolia in horreis, vel in cellis vinariis defossa, si nominatim excepta non sint a venditore, quasi partem horreorum, emptorem horreorum sequi. Et hoc quidem puto esse verum, horreis aut cellis vinariis venditis, quia nec sine iis horrea vinaria esse videntur. Unde et Varro in Manio apud Nonium: *Hæc adeo*, inquit, *emptoribus accedunt, cellæ, claves, claustra, dolia.* At non idem obtinet ædibus venditis, aut fundo vendito, in quo sint dolia defossa: hæc enim emptorem non sequuntur, nisi id actum sit nominatim: nam et sine doliis fundus est fundus, domus est domus. Quod tamen ita intelligi velim, nisi adeo ampla sint dolia, ut propter magnitudinem inde moveri non possint: nisi ita illigata: infixa, inædificata sint, ut ibi perpetuo posita, et pars prædii esse videantur, *l. cum fundus* 21. *l. dolia* 26. *de inst. vel instr. leg.*

Ad §. 2. *Fundo.*

§. 2. *Fundo vendito, vel legato, sterquilinium, et stramenta, emptoris, et legatarii sunt. Ligna autem venditoris, vel hæredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterquilinio autem distinctio Trebatii probanda est, ut si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur: si vendendi, venditorem: nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo jaceat, vel acervus sit.*

Sequitur in §. 1. hujus legis: fundo vendito, vel legato, ad emptorem, vel legatarium sterquilinium pertinere, si fundi stercorandi causa paratum sit, non si vendendi, si negotiandi causa, nec interesse, jaceat illud in stabulo, an sit acervus, inquit, acervus stercoris, *l. si alius* 7. §. *si quis, quod vi aut clam.* Eademque ratio est stramentorum, nempe ut emptorem, et legatarium sequantur, quæ scilicet pecoribus substerni solent, ut acus, ut stipula. Theophilus φυλλάδας vocat *in tit. de usu, et hab.* ubi Accursius perquam inepte stramen esse melegan, id est, surgum, sive milium Indicum. At lignorum, quæ comburendi causa concisa sunt, alia ratio est: ligna enim pertinent ad venditorem, vel hæredem: quia fundi non sunt, tametsi ad eam rem comparata, et concisa sint, ut in fundo scilicet consumantur, sed sunt patrisfamilias familiæque suæ.

Ad §. 3. *Quæ tabulæ, et* §. 4. *Reticuli.*

§. 3. *Quæ tabulæ pictæ protectorio includuntur: item quæ crustæ marmoreæ, ædium sunt.*

§. 4. *Reticuli circa columnas: plutei circa parietes, item cilicia vela, ædium non sunt.*

Sequitur in hac lege, ædium esse, et emptorem igitur sequi, tabulas pictas, et crustas marmoreas, quæ protectorio includuntur. Nota, quod ait, *quæ protectorio includuntur*, id est, quæ vice tectorii, vice operis albarii, vel marmorati, vel arenati, includuntur in parietes rudes et impolitos. Vice, inquam, tectorii. Nam tabulæ, quæ ornatus tantum causa parietibus ædium adfiguntur, non vice tectorii, ædium procul dubio non sunt, *l. pen. de verb. sign.* Ædium etiam non esse hoc loco traditur reticulos circa columnas, qui quales sint, Varro explicat 3. *de re rust. cap.* 5. *Inter columnas*, inquit, *exteriores pro pariete reticuli e nervis fiunt.* Et similiter pluteos ligneos, quibus præsepiuntur parietes, et cilicia vela, quibus fores aut fenestræ præsepiuntur, ædium non esse, et auferri a venditore ædium posse, quia hæc instrumenti magis sunt, *l. quæsitum* 12. §. *vela, de instr. et instrum. leg.* Ubi ea vela ideo parari dicit, ne ædificia ven-

to, aut pluvia laborent. Et Sidonius 4. *Epist.* 24. *Cilicium vela foribus appensa.* Cassiodorus *in Psal.* 54. *Cilicium*, inquit, *fit ex hædis, aut capris asperum setigerumque tegumentum. quod solebant induere olim Monachi quidam.* Solinus c. 36. *Ipsa tectoria*, inquit, *cilicinia sunt, ita nuncupant*, inquit, *velamenta e caprarum pilis texta.* Et rationem appellationis Varro exposuit in fine secundi, de re rust. quod ea tonsura caprarum primum in Cilicia instituta sit. Procopius 2. de bello Persico, προκαλύμματα φασὶν ἐξ αἰγειῶν τριχῶν ἀθηκαλοῦσι κιλίκια. Suidas in verbo ἐγέςα corrupte pro σεγέστα, vel σεγέςρια, ut apud Svetonium quoque in Augusto cap. 83. *Sestertio vel lodicula involutus*, pro *Segestrio.* Qui locus nondum emendatus fuit. Suidas inquit fieri segesta, sive segestria. ἐξ αἰγειῶν τριχῶν τῶν κεγομένων κιλικήων.

Ad §. 5. *Item quod.*

§. 5. *Item quod insulæ causa paratum est, si nondum perfectum est, quamvis positum in ædificio sit, non tamen videtur esse ædium.*

Sequitur in hac lege: ea etiam ædium non esse, quæ ædium causa parata sunt, si nondum sunt perfecta, quamvis in ædibus posita sint: quia posita quidem sunt in ædibus, sed nondum tamen ædibus imposita et collocata. Neque enim imperfecta perfecte imponi possunt. Et sic in fine hujus legis ait, generaliter ea, quæ parata sunt ut imponantur, nondum imposita sunt, non esse ædium aut fundi, palos vineæ causa paratos, antequam collocentur, fundi non esse. Et *in l. seq.* tegulas nondum impositas, quamvis tegendi ædificii gratia allatæ sint, non esse ædificii. Neque vero huic sententiæ obloquitur *l. etsi non sunt* 20. §. *quid ergo, de aur. et arg. leg.* quæ argenti facti appellatione, si quis legaverit argentum omne factum, quod suum esset, id est, vasa argentea omnia, ait, contineri vas argenteum, quod fabricari cœpit, licet nondum sit perfectum, et ei deberi, cui argentum factum legatum est: quod facile concedo, nempe ut factum videatur, quod fieri cœpit, quasi et id quoque destinatum fuerit legatario, cui argentum factum legatum est, sed non etiam concedo legatis ædibus, legatario deberi, quod ædium causa fieri cœptum, nondum perfectum est: quia id nondum est portio ædium: ergo legatarium sequi non potest, quasi portio ædium.

Ad §. 6. *Si ruta.*

§. 6. *Si ruta, et cæsa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quæ eruta sunt, ut arena, creta, et similia. cæsa ea esse, ut arbores cæsas, et carbones, et his similia. Gallus autem Aquilius, cujus Mela refert opinionem, recte ait, frustra in lege venditionis de rutis, et cæsis contineri: quia si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest. Neque enim magis de materia cæsa, aut de cæmentis, aut de arena cavendum est venditori, quam de ceteris, quæ sunt pretiosiora.*

Post hæc additur generaliter, ea quæ sunt in rutis cæsis, ea quæ rutis cæsis adnumerantur emptori ædium vel fundi non cedere, quod jam dixi supra etiamsi nominatim ea venditor sibi non exceperit, ut solebat fieri olim. Vendebantur scilicet prædia receptis rutis cæsis, id est, exceptis rutis cæsis, quam exceptionem hic locus ostendit ex sententia Galli Aquilii esse superfluam, quia et citra hanc exceptionem res ita se habet, ut ruta cæsa pertineant ad venditorem, non ad emptorem, *l. si venditor* 38. §. *ult. hoc t. l. in vendendo* 66. §. *ult. de contr. empt. l. Celsus.* 5. §. *idem Julianus, ad exhib.*

Ad §. 7. *Labeo*, §. 8. *Castella*, §. 9. *Item*, §. 10. *Ea quæ, et* §. 11. *Pali.*

§. 7. *Labeo generaliter scribit, ea quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse, quæ vero ad præsens, non esse ædificii: ut puta (fistulæ) temporis quidem causa positæ, non sunt ædium: verumtamen si perpetuo fuerint positæ, ædium sunt.*

§. 8. *Castella plumbea, puteal, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata, aut quæ terra continentur, quamvis non sint adfixa, ædium esse constat.*

§. 9. *Item constat sigilla, columnas quoque, et personas, ex quorum rostris aqua salire solet, villæ esse.*

§. 10. *Ea, quæ ex ædificio extracta sunt, ut reponantur ædificii sunt: at quæ parata sunt, ut imponantur, non sunt ædificii.*

§. 11. *Pali qui vineæ causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt, sed qui exempti sunt hac mente ut collocentur, fundi sunt.*

Sequitur mox alia generalis definitio Labeonis, ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, id est, in ædibus, aut in villa, vel prætorio, ædificii esse, quæ temporis tantum causa ibi sunt, ædificii non esse. Proinde fistulas perpetuo positas ædificii esse, ad tempus positas ædificii non esse. At castella plumbea, ut ait *in* §. *pen.* in quibus scilicet aqua servatur, quæ ex hisce castellis, cum erit commodum, fistulis ducatur, aut canalib. ut *l. fistulas* 78. *de cont. empt. l. si venditor* 38. §. *ult. hoc tit.* Castella, inquam, plumbea, et puteal, et opercula pu-

teorum, id est, putealia, ut jam dixi in *l.* 13. §. *ult. et l.* 14. *sup. hoc tit.* portionem ædium esse absque dubio aut villæ: itemque sigilla, et columnas, et, ut subjicit, personas etiam ex quarum rostris aqua salire solet: quas quidam vocabant silanos, vel sylvanos vel tullios, ut docet 11. *Obse. c.* 2. quam adire potes.

Ad L. XVIII.

Granaria, quæ ex tab. fieri solent, ita ædium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt, quod si supra terram sunt, rutis, et cæsis cedunt.

§. 1. *Tegulæ, quæ nondum ædificiis impositæ sunt, quamvis tegendi gratia allatæ sunt, in rutis, et cæsis habentur. Aliud juris est in his, quæ detracta sunt, ut reponerentur, ædibus enim accedunt.*

Non est omittenda l. 18. in qua ostenditur, granaria, quæ sunt supra terram, granaria ambulatoria, quasi ruta cæsa, ad venditorem pertinere: granaria autem facta ex tabulis, quorum stipites defossi sunt in terram, quasi injuncta et infixa, pertinere ad emptorem ædium. Alia erant granaria sublimata, quibus utimur, apud Vitruvium, *lib.* 6. *c.* 9. Alia erant sub terris, quæ σίρους vocabant, ut Varro scribit 1. *de re rust. cap.* 57. Et ea utique etiam sunt pro parte ædium, aut villæ.

Ad L. XIX., et XX.

L. XIX. *Veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur.*

L. XX. *Idem est, et in locatione et conductione.*

Lex 19. et 20. simul explicabuntur: nam et nexa est altera alteri. Est autem maxime observanda earum inscriptio. Lex decimanona est Gaii ad edictum prætoris *titulo de Publicanis* (sic est scriptum) *prætoris*, urbani scilicet, ut *l.* 5. *de publ.* Ergo ad edictum urbicum. Lex autem 20. est ejusdem ex lib. 21. ad edictum provinciale, quod proponebatur in provinciis, scilicet a præsidibus vel proconsulib. quo quidem libro constat ex *l.* 2. *de publ.* Gajum etiam tractasse de publicanis. Ergo utraque lex pertinet ad publicanos, qui sunt conductores publicorum, et quia publicanos veteres redemptores vel emptores publici appellaverunt: ideo tractans de publicanis Gajus admonuit, *veteres appellationibus quibus utimur in emptione venditioneque promiscue uti etiam in locatione et conductione.* Nam conductorem publici, id est publicanum emptorem, vel redemptorem appellasse: conductionem publicam emptionem, locationem vero venditionem. Censorinus de die natali: *Publici*, inquit, *redemptor ex anni magnitudine in lucro damnove est.* Festus *venditiones*, inquit, *olim dicebantur censorum locationes, quod velut fructus publicorum locorum venibant.* Et alio loco: *Redemptores*, inquit, *antiqua consuetudine dicebantur, qui cum quid publice faciendum, aut præbendum conduxerant, effecerantque, tum demum partes accipiebant.* Nam antiquitus inquit, *emere* pro *accipere* ponebatur. Quos *veteres* dicit Gajus *in h. l.* 19. hos significat Festus his verbis, *olim, antiquitus, antiqua consuetudine.* Idemque Festus *veteri consuetudine militem mercenarium*, id est, conducticium, *emptivum* vocat. Et Plautus in Epidico, *Operam*, inquit, *Epidici nunc me emere pretio pretioso velim*, id est, *conducere operam*: et Hygenus 11. de limit. arg. *Mancipib. ementibus*, sic interpretatur, *mancipib. conducentibus.* Unde et his verbis apud Festum *manceps* dicitur, qui quid a populo emit conducitve. Conductio tantum significatur ἐκ παραλλήλου, ex geminatione, ut Livius 43. illo loco, *quæ publica vectigalia ultro tributa locassent, ea rata locatione esset, et ut denuo locarentur, utque omnibus redimendi conducendique promiscue, jus esset*, his verbis, *redimendi, conducendique* conductio tantum significatur. Et his quidem argumentis adductus jam pridem ostendi sic esse legendum *in l.* 20. *Id est, et in locatione, et in conductione*, ut quasi uno contextu, uno tenore, una saliva legamus utramque legem hoc modo: *Veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur*, id est, *et in locatione, et conductione*, ut *lex.* 20. sit interpretatio *legis* 19. nimirum hæc, veteres promiscue usos emptionis venditionisque appellationibus etiam in locatione, et conductione. Conductorem scilicet vocasse emptorem, conductionem vocasse emptionem, locationem venditionem, locatorem venditorem, conductorem emptorem. Sicut et pretium promiscue dicunt in utroque contractu intervenire, quod in locatione proprie est merces, non pretium. Nusquam autem invenies veteres emptionem pro venditione, vel contra, posuisse: nusquam locationem pro conductione, vel contra. Itaque nihil est certius, quam in *l.* 20. pro *idem est*, esse reponendum: *id est*, quod delicti sive mendi genus in his libris est frequentissimum. Nam et in *l.* 46. *pro soc. et l.* 30. *inf. h. t. et l.* 81. *de hæred. instit. l. item veniunt* §. *ait senatus, de pet. hæred. l. item si pretio* 22. *tit. seq. l.* 2. *de usuf. leg. l.* 10. §. *quoties, de compens. l.* 1. *C. de alim. pup. præst.* In his omnibus locis pro *idem est*, vel *item*, legendum, *id est.* Non est necesse ut singulos illos locos excutiam, essem nimis longus, excutiet illos singulos quisquis per se, et inveniet esse verum.

Ad L. XXI.

Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit, vel major annis 50. cum id emptor ignoraverit, ex empto tenetur venditor.

Initio hoc proponitur: vendidisti mihi partum, qui ex ancilla tua quandoque ederetur, mihi ignoranti eam esse sterilem, vel majorem quinquagenaria, qua plerunque ætate mulier omnis sterilescit, teneris mihi ex empto, quanti mea interest, vel eo nomine, quod rem venditam non tradas, quia nec potes eam tradere. Et teneris, ut glossa ait, etiamsi ignoraveris eam esse sterilem, vel ejus ætatis, quæ sit extra omnem gignendi spem, quia existimasti, et vere affirmasti mihi eam esse prægnantem, eam quamprimum parituram, et partum itaque quem sperabas, mihi vendidisti, quod utique præstare debes mihi secundum quod affirmasti mihi, spemque gignendi partus fecisti. Observandum est ex hoc loco, mulierem majorem annis quinquaginta, pro sterili haberi: quod et Philosophi tradunt. Et hac ratione lex Julia et Papia majorem quinquagenaria nuptias contrahere noluit: quod tamen postea Justinianus permisit, *l. pen. C. de nupt.* Et hoc de lege Julia et Papia, non tantum Justinianus illo loco refert, sed etiam Ulpianus *lib. reg tit.* 16. Et ratio legis Juliæ et Papiæ hæc erat, quia justæ non sunt nuptiæ, nisi fiant liberorum procreandorum causa: quod et tabulis nuptialibus inseri solebat, ut docui *in cap. ult. extra de condit. appos.* Hæc vero causa contrahendarum nuptiarum plane deficit in ea, quæ excessit annum quinquagesimum: ergo cum ea non sunt justæ nuptiæ. Et longe alia est ratio concubinæ, vel concubinatus: quia voluptatis potius, quam liberorum procreandorum causa concubina domum suscipitur. Unde et cujuscunque ætatis mulierem, etiam majorem quinquagenaria, concubinam habere possumus, *l. 1. §. ult. de concub.*

Ad §. 1. Si prædii.

§. 1. *Si prædii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex empto. Quod si ignorans non prædixerit, quod forte hæreditarium prædium erat, non tenetur.*

Sequitur §. 1. qui est de venditore prædii tributarii, qui nihil emptori dixit ea de re: ac si quidem sciens reticuerit, emptor ignoravit tenetur ex empto, quanti emptoris interest non decipi sciens, inquam, vel qui scire debuit. Nam in jure hæc sunt paria semper, scire, vel scire debere, id est, obtendere ignorantiam non justam. At ignorans, qui scilicet habuit justam ignorantiæ causam, ut puta quia prædium, quod vendidit erat hæreditarium, cujus qualitates ipse nondum bene cognoverat, justissima est ignorantia hæredis, *l. qui in alterius* 41. *de reg. jur.* Ignorans igitur emptori nullo modo tenetur, quia habet justam ignorantiæ causam. Et hoc, si nihil dixerit de tributo, cui prædium quod veniit, obnoxium erat: at qui dixit de tributo, sed per ignorantiam id dixit minus esse quam esset, tenetur quanti minoris emisset emptor, si scisset veram quantitatem tributi. Sciens quoque non tenetur, nisi quanto minoris, *l. si minor, C. de act. empt.* Et jam memini me superius dixisse et exposuisse majorem esse reticentiæ pœnam, quam mendacii. Uterque est in dolo, sed reticentis dolus punitur magis, quam mentientis. Qui sciens tributarium agrum esse, id celavit emptorem, tenetur in id quod interest: qui autem mentitus est in quantitate tributi, tenetur quanto minoris tantum. In ignorante quoque differentia est nam ignorans tributarium esse agrum, nullo modo tenetur: ignorans quantitatem tributi tenetur quanto minoris tantum. Hujus ignorantiæ origo justa esse non potest, nec probabilis allegatio hæc est, si quis dicat tributarium esse prædium, vel si sciat tributarium esse prædium, et nesciat quantum debeat inferre tributi nomine. Hæc nescientia non est probabilis. At illius qui nescit prædium esse tributarium, ignorantia potest esse justa et probabilis, ut si sit prædium hæreditarium, quo exemplo etiam utitur Paulus in hoc §.

Ad §. 2. Quamvis.

§. 2. *Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse: tamen venditor teneri debet quanti interest: non esse deceptum: et si venditor quoque nesciet, veluti si mensas quasi citreas emat, quæ non sunt.*

Pergamus ad §. *quamvis.* Vulgo ita legitur: *Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem non esse.* In Florentinis autem legitur, *emptionem esse.* Sed nullo modo est recedendum a vulgari scriptura, sive lectione, quod et apparebit ex sententia hujus §. quæ est hujusmodi: venditor sciens dolo malo vendidit cupresseam mensam pro citrea quæ longe pretiosior est, ut Plin. indicat 13. *cap.* 15. eo nomine venditor tenetur ex empto, quanti interest emptoris non decipi: ignorans etiam tenetur, quia hujus rei ignorantia defendi excusarive non potest, et vix audietur venditor si dicat, cupresseam putavi esse citream: quia unusquisque homo sanus præsumitur esse peritus discernendarum materiarum. Ignorans ergo hoc casu tenetur, non quidem ut opinor in id quod interest statim, sed

ut mensam citream præstet, et recipiat cupresseam, *l.* 45. *de contrah. empt.* Consensere quidem in hac specie contrahentes in corpore quod venit, sed dissensere in qualitate substantiali et materia, qui dissensus nullam emptionem facit, *l.* 9. *et* 14. *de contrah. empt.* Quamobrem vulgo recte legitur hoc loco: *quamvis non sit emptio, tamen emptori competere actionem ex empto*: ut Modestinus quoque in *l. qui officii* 92. §. 1. *eod. tit.* ait: quamvis emptio non teneat, si quis ignorans loca sacra, vel religiosa, vel publica pro privatis emerit, ex empto tamen ei datur actio adversus venditorem, maxime scientem, ut consequatur id quod interest ejus, ne deciperetur. Ei etiam hoc loco docet Paulus, quamvis emptio non teneat, tamen ex empto actionem esse. Ergo ita statuamus: ex emptione ipso jure nullam ex empto actionem esse, inspecto facto potius, et convento, quam jure ipso. Res est perspicua.

Ad §. 3. *Cum per venditorem.*

§. 3. *Cum per venditorem steterit, quominus rem tradat, omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo circa ipsam rem consistit. neque enim si potuit ex vino (puta) negotiari, et lucrum facere, id æstimandum est, non magis, quam si triticum emerit, et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit. Nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. Nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat: si vinum hodie pluris sit, merito: quia sive datum esset, haberem emptor: sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit.*

Sequitur §. *cum per venditorem*, quem etiam perspicuum reddes, si ita dixeris: si per venditorem mora fiat, quominus rem tradat: puta, si interpellatus congruo loco et tempore rem non tradat, quam vendidit, tenetur ex empto in id omne quod emptoris interest, non quidem in id omne, quod quoquo modo interest, sed in id omne, quod interest circa rem *omnis*, inquit, *utilitas emptoris in æstimationem venit*, *quæ modo circa ipsam rem*, quæ scilicet veniit, *consistit*, utilitas et id quod interest idem est; ergo utilitas emptoris quæ extra ipsam rem consistit, quæ rei non cohæret, sed extrinsecus adsumitur, in estimationem non venit. Diversa hæc sunt *extra rem*, *et circa rem*. Seneca de benificiis: *Omnia ista*, inquit, *ita extra rem sunt*, *ut nec circa rem sint.* Dicimus autem circa rem ipsam, consistere pretium rei quod emptori abest, quod prænumeravit venditori, et etiam quod emptionis causa erogavit, puta, quod dedit pararario, *au courretier*: quod dedit uxori (ut fit nonnunquam) venditoris, quod dedit præconi, aut quæstori, quo interveniente facta auctio est, quod dedit fisco vectigalis nomine: nam qui quid emebant, modicum aliquid inferebant fisco, *l.* 8. *de hæred. vend. l. debet* 17. *de Ædil. edic. l.* 10. *de lib. caus.* Circa rem etiam dicimus consistere, id quo res quæ tradita non est, hodie pluris est, pretio ejus adaucto post moram venditoris. Extra rem autem consistere dicimus compendium negotiationis. Exempli gratia, quod ex vino vendito, si in eo tradendo moram venditor non fecisset, emptor negotiari, et lucrum facere potuit, quod in considerationem, vel in æstimationem utilitatis emptoris non venit, quia extra rem longe petitur. Illud etiam extra rem, illamve utilitatem etiam extra rem consistere dicimus, quæ consistit in detrimento, quod in rebus suis sustinuit emptor ob moram venditoris, ut si mancipia emptoris fame perirent, ob eam rem quod triticum venditum non est traditum. Et hæc etiam quæ extra rem posita est utilitas in actionem ex empto non venit: sed ea tantum, quæ consistit circa rem ipsam, ut puta, pretium tritici, quanti id emit, vel quanti id hodie, si haberet, pluris vendere potuerit, non æstimatio mancipiorum fame necatorum, quæ est sententia hujus §. In quo præcipue notandum est, agi tantum de mora a venditore in tradendo facta. Aliud enim servatur, si venditoris reticentia quædam fallax intervenerit, ut docui initio *l.* 13. *sup.* quia reticentiam puniri placet, habita etiam æstimatione utilitatis extraneæ, utilitatis, quæ extra rem consistit. Et rectissime Accursius hoc loco, ob rem male traditam (ut si sciens venditor tradiderit tignum vitiosum, quod vendiderit, aut pecus morbosum) ob rem, inquam, male traditam, et dolo malo, peti posse etiam quod extra rem. Ob rem autem non traditam, peti tantum posse id quod interest circa rem ipsam. Gravius esse male tradere et perfide, quam omnino non tradere. Quæ interpretatio hujus §. summe notanda est: nam in eo interpretando DD. nostri se suis acuminibus pungunt.

Ad §. 4. *Si tibi fundum, et* §. 5. *Sed etsi.*

§. 4. *Si tibi fundum, vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit.*

§. 5. *Sed etsi ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum, quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si alii vendideris.*

Venio ad §. *pen.* Si vendidi tibi fundum ea lege, ut eum certa summa ad certum tempus conductum haberem, mihi ex vendito actio competit, ut sinas me eum fundum conductum habere, vel præstes

quanti ea res est, quia, inquit, ea lex, ea pactio videtur mihi cessisse in partem pretii, ut *l. fundi, de contrah. empt. l.* 6. *in fi. de servis export. l.* 6. §. 1. *sup. h. t.* et quasi igitur de parte pretii mihi ex vendito competit actio, ut conductione perfrui liceat. Idemque est, ut subjicit, si pepigero ne fundum venditum, postea alii, sed mihi venderes: nam si alii vendideris, mihi competit actio ex vendito quanti ea res est, *l.* 75. *de contrah. empt.* Et hoc est quod dicitur in *l.* 7. §. *quinimo, de pact.* pactum ex continenti adjectum contractui bonæ fidei formare ipsam actionem ex contractu, in hac specie pactum format actionem ex vendito. Et huc etiam pertinet *l.* 13. §. *item si convenit*, et §. *si inter*, §. *pen. h. t.*

Ad §. 6. *Qui domum.*

§. 6. *Qui domum vendebat, excepit sibi habitationem, donec viveret, aut in singulos annos, decem. Emptor primo anno maluit decem præstare, secundo anno habitationem præstare. Trebatius ait, mutandæ voluntatis potestatem habere, singulisque annis alterutrum præstare posse: et quandiu paratus sit alterutrum præstare, petitionem non esse.*

In §. *ult. h. l.* hoc tantum proponitur: cum domum venderem, excepi mihi habitationem quoad viverem, aut pro habitatione, quam aliunde peterem quotannis aureos decem; disjunctiva est obligatio, habitationem, vel quotannis aureos decem, ergo electio est debitoris, sive emptoris, juxta regulam juris, *l. plerunque* 10. §. *ult. de jur. dot.* Denique electio est emptoris, ut vel præstet habitationem, vel aureos decem in singulos annos. Emptoris partes sunt, ut eligat quid venditori præbere malit, habitationem, an decem aureos in annos singulos: et non tantum, ut eligat semel, sed ut singulis quibusque annis eligat, quid præstare malit: adeo ut si primo anno præstiterit habitationem, secundo possit præstare decem, et absolvi onere præstandæ habitationis, vel contra. Denique ut possit subinde variare, *l. eum qui certarum* 138. §. *ult. de verb. oblig.*

Ad L. XXII. XXXIV. et XLII.

L. XXII. *Si in qualitate fundi venditor mentitus sit, non in modo ejus, tamen tenetur emptori. Pone enim dixisse eum quinquaginta jugera esse vineæ, et quinquaginta prati: et in prato plus inveniri: esse tamen omnia centum jugera.*

L. XXXIV. *Si fundo vendito in qualitate jugerum captio est, ex empto erit actio.*

L. XLII. *Si duorum fundorum venditor separatim de modo cujusque pronuntiaverit: et ita utrumque uno pretio tradiderit: et alteri aliquid desit, quamvis in altero exsuperet: forte, si dixit unum centum jugera, alterum ducenta habere, non proderit ei, quod in altero ducenta decem inveniuntur, si in altero decem desint. Et de his ita apud Labeonem relatum est. Sed an exceptio doli mali venditori profutura, sit, potest dubitari. Utique si exiguus modus sylvæ desit: et plus in vineis habeat, quam repromissum est: an non facit dolo qui jure perpetuo utitur? Nec enim hic quod amplius in modo invenitur quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris, sed ad emptoris pertinet. Et tunc tenetur venditor cum minor modus invenitur. Videamus tamen ne nulla querela sit emptoris in eodem fundo, si plus inveniat in vinea quam in prato cum universus modus constat. Similis quæstio esse potest ei, quæ in duobus fundis agitata est, et si quis duos statuliberos uno pretio vendat: et dicat unum decem dare jussum qui quindecim dare debebat. Nam et hic tenebitur ex empto actione, quamvis emptor a duobus viginti accepturus sit. Sed rectius est in omnibus suprascriptis casibus lucrum cum damno compensari: et si quid deest emptori sive pro modo, sive pro qualitate loci hoc ei resarciri.*

Hæ tres ll. quia prope pertinent ad eandem quæstionem et causam, simul explicabuntur. Finge: vendidisti mihi fundum: qui constabat ex vinea et prato, et dixisti repromisistique, eum fundum esse centum jugerum, ita distincto numero et qualitate jugerum nominatim, vineam esse quinquaginta, pratum totidem jugerum: et constat quidem universus modus, convenit modus in universo, quia fundi totius centum jugera inveniuntur: non convenit tamen in parte, quia in vinea non inveniuntur nisi quadraginta jugera in prato tamen inveniuntur sexaginta, id est decem amplius quam dixeris: unde et in qualitate jugerum sequitur te fefellisse emptorem, vel teipsum: quia pars fundi non est tota talis, qualem esse dixisti: quæ res, si sit emptori fraudi, si, ut Ulpian. ait in *l.* 34. *inf. h. t. si in qualitate jugerum captio sit, in qualitate loci*, ut ait *l.* 42. *in fi. h. t.* emptori eo nomine teneris ex empto in id quod interest. Possit ejus interesse, ut quod plus est in prato, quam dixeris, id sit in vinea, ut puta, si ea sit regio, isve tractus, in quo uberior sit possessio, vinearum, quam pratorum, ut olim fuisse in Italia, agricolis modo scientiæ sociantibus diligentiam. Columella docet *lib.* 3. *cap.* 3. Idemque *lib.* 4. *cap.* 3. bene positam vineam, bonique generis, et bono cultore, nunquam non, inquit, cum magno fœnore gratiam reddidisse. Quod probat exemplo

ejus, qui duas filias, et vineis consitum unum fundum habebat, cujus partem tertiam cum nubenti filiæ majori dedisset in dotem, nihilominus æque magnos fructus ex duabus partibus ejusdem fundi percipiebat: eundemque post minori filia nuptui collocata, et dimidia parte agri reliqui in dotem data, nec sic quicquam ex pristino reditu detraxisse: partem scilicet illam fundi tertiam, quæ apud illum remanserat, postea melius excolendo, quam antea universum fundum. Cato quoque primatum dedit bonis et bene cultis vineis. Fit autem in specie proposita æstimatio pro bonitate decem jugerum, quæ exsuperant in prato, et in vinea desunt, ut posuimus *l. 4. in fi. h. t.* non pro numero jugerum quæ desunt, ut pretium deminuatur pro rata. Sicut Ulpianus eodem libro 70. quo et id quod extat in *l. 34. h. t.* scripsit, evicta parte fundi venditi, bonitatis æstimationem fieri, non in partem pretii agri, *l. 14. de evict.* Est autem species hujus legis, pene similis illi, quæ proponitur in *l. 42. h. t.* Et hoc fere tantum interest, quod hæc *lex* 22. est tantum de uno fundo vendito: illa de duobus fundis venditis, in qua etiam attingit Paulus speciem propositam in hac *l. 22.* quod latior et integrior explicatio totius *leg.* 42. facile demonstrabit. Ponitur ibi quidam duos fundos vendidisse simul uno pretio, et separatim dixisse cujusque modum sive mensuram, et in uno minus inveniri, in altero plus, quantumque deest uni, tantum abundare in altero. Ponere licet unum fundum fuisse vineam, alterum pratum: et in vinea minus, in prato plus inveniri, et dicitur quidem initio *d. leg.* 42. ex sententia Labeonis, emptori competere actionem ex empto, quod vineæ modus qui dictus est, non sit integer. Idque concedo facile verum esse, sicut posuimus, et ut ponitur in hac lege 22. minus sit in vinea, plus in prato. Verum quærit ex contrario Paulus in d. l. 42. quid sit dicendum si plus sit in vinea, minus in prato. Vel, ut ibi proponitur, si ex duobus fundis, qui simul venierunt uno pretio, puta sylva et vinea, plus inveniatur in vinea, minimum autem desit in sylva: num sit æquum (hæc est species) hoc casu venditori subveniri, data exceptione doli adversus emptorem, qui agit ex empto, quod minor sit sylvæ modus quam venditor dixerit promiseritque? Et videtur non posse actionem ex empto elidi, vel excludi per exceptionem doli mali, quia dolo malo non facit emptor, qui jure publico utitur aut jure suo, qui ordinaria actione experitur, *l. 155. §. 1. de regul. jur.* Et videtur illo loco *l. 42. An non facit dolo*, emptor scilicet, qui jure perpetuo utitur, videtur, inquam, illo loco, pro *jure perpetuo* legendum, *jure publico*, ut *l. 13. §. 1. de injur.* vel quod magis, est, *jure proprio*, juxta notissimum regulam juris: *nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur.* Jus autem hoc est proprium emptoris, ut quod plus est in vinea, id compendio ejus cedat potius, quam venditoris, utque de eo, quod sylvæ deest, habeat actionem ex empto. At rursus tentat Paulus, sicut uno eodemque fundo vendito, qui constat ex vinea et prato, nulla est querela justa emptoris, universus modus fundi constat, et plus sit in vinea, minus in prato: quia vinea prato quæstuosior et utilior homini est, cui etiam curæ magis vinum, quam fœnum, et nihil igitur damni facit emptor, cui in vinea abundat et affluit quod prato deest. At e contrario, ut in hac *l. 22.* proponitur, si minus sit in vinea, plus in prato, justa est querela emptoris, apud quem defectus qui est in vinea, pluris est, quam excessus, qui est in prato. Priore casu defectus, qui est in prato, collatus cum excessu vineæ nihil est, et præ lucro vineæ merito contemnitur. Quamobrem nec emptori competit actio ex empto, quæ tamen posteriori casu, qui est casus *l. 22.* competit. Denique species *legis* 22. est de uno fundo vendito qui constabat vinea et prato. Species *l. 42.* est de duobus fundis venditis, in qua tamen eadem distinctio videtur adhibenda esse; nam et unus fundus veniisse videtur, cum duo venierint simul uno pretio, ut proponitur in *l. 42.* vinea scilicet, et sylva cædua, vel sylva glandaria. Ergo si plus sit in vinea, minus in sylva, cessat actio ex empto. Contra, si plus sit in sylva minus in vinea, competit actio ex empto. At retro objici potest, duos quidem fundos simul uno pretio venisse in specie *leg.* 42. duas tamen emptiones esse, duos contractus, *l. cum plur. de evict. l. et si uno, infra, h. t.* Et consequenter separatim de quaque actione agendum et judicandum esse, nec si minus sit in sylva, ideo cessare actionem ex empto, quod plus sit in vinea, quamvis vendito uno eodemque fundo, in quo erat vinea et sylva, hoc casu proculdubio cessaret actio ex empto, quia una emptio est, videlicet, si plus foret in vinea, quam in sylva. Et duobus fundis venditis, indistincte ex empto actionem esse, sive in hoc, sive in illo fundo minor quam dictus sit modus inveniatur. Paulus in eadem *l. 42.* probat a simili: Facto quidam testamento, duobus servis Sticho et Pamphilo libertatem dedit directam, Sticho sub conditione, si hæredi quindecim daret: Pamphilo, si quinque daret: duo sunt statuliberi, quibus directe, sub conditione certæ pecuniæ dandæ hæredi, libertas relicta est: hæres utrumque statuliberum vendidit uno pretio, quod notandum: quo casu conditio dandi hæredi transfertur in emptorem, id est, implenda est in persona emptoris, *l. statuliberi a ceteris, §. ult. de statulib.* At hæres

in vendendo dixit. Stichum decem dare jussum, qui erat jussus dare quindecim, et Pamphilum etiam jussum dare decem, qui jussus erat dare quinque tantum. Congruit summa in universo: quindecim enim et quinque efficiunt viginti; sicut et decem, et decem: sed non congruit in singulis statuliberis. Nam Stichus quindecim dare jussus est, non decem tantum, Pamphilus autem non decem, sed quinque tantum. Denique hæres minorem dixit partem esse in conditione Stichi, majorem in conditione Pamphili: ideoque ex empto tenetur emptori. Neque vero alia ratio debet esse duorum fundorum venditorum, quam duorum statuliberorum. Concludit autem ad extremum Paulus in *d. l.* 42. re satis prolixe vexata in utramque partem, quæ Pauli methodus observatu digna est: concludit, inquam in omnibus supradictis casibus, puta, de duobus fundis, vel duobus statuliberis venditis uno pretio, si de minore modo unius fundi, vel de minore pecunia unius statuliberi emptor agat ex empto, compensari debere lucrum cum damno, excessum cum defectu, officio judicis scilicet, quia actio bonæ fidei est, *l. plane* 38. *de petit. hæredit.* etiam non opposita exceptione doli, quæ nec videtur locum habere: quia dolo non facit emptor, qui jure suo utitur. Quod exsuperat igitur in vinea, compensari debet cum eo, quod deest sylvæ: quod exsuperat in Sticho, compensari debet cum eo, quod deest in Pamphilo. Contra, si quid deest vineæ, id non supplet et exæquat id quod exsuperat in prato vel in sylva, id emptori resarciri debet agenti ex empto. Similis autem lucri et damni compensatio fit in specie *leg. si negotia* 11. *de negot. gest.* Sed non in specie *leg.* 23. 25. *et* 26. *pro soc.* Quid ita? Cur tam varie? Negotiorum gestorum (ut paucis stringam illarum ll. species) quod domino paravit lucrum, compensat cum damno, quod domino, negotiisve domini intulit, *d. l. si negotiat.* At socius non compensat lucrum, quod auxit societatem cum damno, quod societati intulit, ex decreto Marci: contra sententiam tamen Pomponii *d. l.* 23. 25. 26. quod trahendum etiam videtur ex illo decreto ad negotiorum gestorem. Et in specie quoque *l.* 42. non compensat quis lucrum, quod attulit cum damno, quod idem intulit eidem rei vel homini: sed emptor lucrum quod facit in vinea, compensat cum damno, non quod ipse fecit (nullum enim fecit vel intulit) sed cum damno simpliciter, id est, cum eo, quod modo vel qualitati agri deest. Et ita supradictæ ll. nihil officiunt *legi* 42. Nihil etiam officit *lex si duos de evict.* Ubi, si duo servi simul venierint, quinis, ut ait, id est, singuli quinque Stichus et Pamphilus, et Stichus dignus fuerit quinque, Pamphilus decem, evicto Sticho, non ideo minus emptori actio competit evictionis nomine, quod Pamphilus valeat decem, id est, non compensatur quod plus est in Pamphilo, cum eo quod Sticho deest. Hoc vero ideo fit, ut respondeam breviter et aperte, quia duo illi servi non confuse uno pretio venierunt, sed quinis: si quinis, ergo non uno pretio, sed suo quisque, licet simul venierint. In specie autem *leg.* 42. duo fundi, vel duo statuliberi, non tantum simul, sed etiam uno pretio confuse venierunt.

Ad L. XXIII.

Si quis servum, quem cum peculio vendiderat, manumiserit, non solum peculii nomine quod servus habuit tempore, quo manumittebatur, sed et eorum, quæ postea acquirit, tenetur: et præterea cavere debet, quidquid ex hæreditate liberti ad eum pervenerit, restitutum iri. Marcellus notat: *Illa præstare venditor ex empto debet, quæ haberet emptor, si homo manumissus non esset. Non continebuntur igitur, quæ si manumissus non fuit acquisiturus non esset.*

Qui vendidit servum cum peculio, si ante traditionem eum manumiserit, ut potuit, *l.* 11. *C. eod. t.* quia venditio non mutat dominium, sed traditio, quæ fit ex causa venditionis: atque ita, si sibi ipse abstulerit facultatem tradendi servi, tenetur emptori in id quod interest, in cujus ratione deducitur peculium, quod is servus habuit venditionis aut manumissionis tempore: nam et quod peculio accessit post venditionem, non ex re venditoris, emptori præstari oportet, *l.* 13 §. *si fructibus sup.* Deducuntur etiam in æstimationem ejus quod interest, ea quæ is servus post manumissionem sibi acquisivit, ac præterea, ut hic ostenditur, cavere venditor debet emptori, quicquid ex hæreditate liberti ad se pervenerit jure patronatus, id restitutum iri. Hæc est sententia Juliani, quæ proponitur in hac lege. Cui subjicitur statim Marcelli nota, quæ pertinet ad id tantum, quod dixit Julianus, venditorem præstare debere emptori ea, quæ servus post manumissionem acquisivit, aut eorum æstimationem; quoniam, si ea acquisiturus non fuisset, si in servitute mansisset, id est, si manumissus non esset. Marcellus recte sentit, nihil eo nomine emptori venditorem præstare oportere, sed ea tantum, quæ haberet emptor, si is servus manumissus non esset, ea quæ in servitute quæsivisset, ea quæ emptori præripuit manumissio, non etiam ea, quæ non nisi manumissus acquisiturus esset, veluti dotem uxoris, vel salarium, vel honorarium, vel stipendium: quæ non nisi per liberos homines acquiruntur. Et quod attinet ad cautionem, qua Julianus dixit, emptori venditorem oportere cavere, nihil obstat quod Gloss. objicit, conventionem de futura succes-

sione non valere, *l. ult. C. de pact.* quia id ita intelligitur, ut non valeat conventio, si convenerit, *ut tibi succederem*, vel, *ut tibi non succederem*, vel, *vivo Lucio Titio*, si convenerit inter eos, qui sperant, se præmorienti Titio hæredes futuros ab intestato; quibus inter se legibus bona partirentur, ut *d. l. ult.* Quæ conventio nefariæ spei conventio est, de qua Philippus eleganter ad filios, apud T. Livium *lib.* 40. *vivo*, inquit, *et spirante me, hæreditatem meam ambo, et spe, et cupiditate improba crevistis.* At si convenerit ex justa causa, ut in specie proposita hujus legis, ut successionem, quæ tibi obveniret, ut bona quæ tibi obvenirent a liberto jure patronatus, mihi restitueres: hæc conventio valet. Et valet utique etiamsi facta fuerit, cum maritus, qui non est solvendo, invita uxore, vel etiam volente uxore, quasi negotium ejus gerens, servum dotalem manumisit: quo casu recte cavet uxori, quidquid ex hæreditate liberti ad se perve nerit restitutum iri, *l. si constante* 24 §. *si vir, inf. solut. matr.* quia æquum est, commodum juris patronatus ad mulierem redire. Valet etiam conventio habita inter duos, hoc modo, ut si qua hæreditas alterutri obvenerit, communis sit, *l.* 3. §. *de illo, pro soc.* quia non est hæc conventio de successione hominis certi, sed incerti, si qua forte obvenerit unde unde, vel ex testamento, vel ab intestato.

Ad L. XXIV.

Si servus, in quo ususfructus tuus erat, fundum emerit, et antequam pecunia numeraretur, capite minutus fueris, quamvis pretium solveris, actionem ex empto non habebis, propter talem capitis diminutionem: sed indebiti actionem adversus venditorem habebis. Ante capitis autem minutionem, nihil interest, tu solvas, an servus ex eo peculio, quod ad te pertinet: nam utroque casu actionem ex empto habebis.

Initio proponitur hæc species, vel hoc initio proponitur. Servus, cujus ususfructus tuus erat, fundum emit, et antequam pretium solveretur, capitis diminutione usumfructum amisisti: deinde pretium solvisti de tuo, an habes actionem ex empto, ut tibi fundus tradatur? Minime, quia servus, cujus ususfructus alienus est, acquirit quidem fructuario ex duabus causis, ex suis operis, et ex re fructuarii. Sed non videtur esse: imo nec ex re fructuarii, quod est ex re ejus qui capitis diminutione fructuarius esse desiit. Ergo actio ex empto per eum servum quondam fructuario non acquiritur, etiamsi pretium solverit de suo: verum indebiti soluti condictionem habet, si per errorem solverit: forte nondum factus certior emancipationis. Absens emancipari potest, *l. pen. C. de emancip. lib.* Et fac igitur illum ejus servi usumfructum acquisiisse ex causa castrensi, vel quasi castrensi, ante emancipationem, et amisisse per emancipationem: quia emancipatio est minima capitis diminutio qua etiam constabat hoc jure ante Justinianum amitti usumfructum. Et de minima etiam capitis diminutione, non de ceteris, recte censent hunc locum accipendum esse Albericus et Fulgosius: quia condictionem indebiti quidem habere potest is, qui minimam capitis diminutionem passus est, sed non etiam, qui passus est maximam, quia servus effectus est: nec etiam qui passus est mediam, quia cum factus est peregrinus, omnia ejus bona et jura etiam postea quæsita, fiscum sequuntur, *l.* 2. *C. de bon. proscript.* Cui non obloquitur, *lex* 22. §. *is cujus, mand.* quoniam non de capite minuto loquitur, sed de confiscato, absque capitis diminutione. Quod autem ait, eum qui post amissum usumfructum capitis diminutione, pretium, solvit de suo, non habere actionem ex empto, ei nihil obstat *lex* 25. §. 1. *de usufr.* quam glossa objicit, nec se ab illa ullo modo expedire potest. Quoniam ibi servus, in quo ususfructus alienus erat, rem non emit tantum, sed etiam per traditionem accepit, non quidem pretio soluto, sed tantummodo ab eo satisfacto, veluti dato fidejussore: atque ita rei emptæ dominium acquisivit, *l. si fur* 12. *in fin. eod. tit. l. quod vendidi* 19. *de contrah. empt.* Cui autem acquisiverit dominium, proprietario an fructuario, in pendenti est, ut ait, donec solutio pretii id declaraverit. Nam si proprietarius pretium solverit de suo, ei ex post facto dominium acquisitum fuisse intelligitur. At si fructuarius pretium solverit de suo, ei retro acquisitum dominium fuisse videtur, ut *l. servus* 42. §. *ult. de acquir. rer. dom.* Etiamsi quod facile concedo (tametsi id illa *lex* 25. §. 1. non dicat) etiamsi id solverit post capitis diminutionem. At in specie hujus leg. servus qui rem emit, eam per traditionem non accepit ante capitis diminutionem fructuarii, id est, integro statu fructuarii, nec pro pretio etiam satisfecit, atque adeo dominium ejus rei non acquisivit. Itaque nec si post capitis diminutionem quandam fructuarius pretium solverit de suo, de re tradenda actionem ex empto habere potest: ante capitis diminutionem, manente adhuc usufructu si solverit de suo, vel etiam si servus solverit ex peculio pertinente ad usufructuarium, proculdubio ex empto agere poterit etiam post capitis diminutionem, quasi jam quæsita sibi actione ante capitis diminutionem, ante casum status sui.

Ad §. 1. *Servum tuum.*

§. 1. *Servum tuum, imprudens, a fure bona fi-*

de emi: is peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est: posse te eum hominem mihi condicere, Sabinus dixit. Sed si quid mihi abesset ex negotio, quod is gessisset, invicem me tecum acturum de peculio. Cassius veram opinionem Sabini retulit. In qua ego quoque sum.

Servus alienus, qui ab extraneo bona fide possidetur veluti ab emptore bonæ fidei, qui eum forte a fure aut plagiario emit imprudens, duplicis juris sive generis peculium habere potest; unum quod pertineat ad bonæ fidei emptorem, ut puta, si quid ex re ejus quæsierit, vel ex suis operis, alterum quod pertineat ad dominum: ut puta, si quid aliunde acquisierit. Hoc cognito finge: Servus tuus quem bona fide possidebam, ex peculio ad te pertinente, ex nummis peculiaribus ad te pertinentibus, a domino emit certum hominem, qui tamen cum tibi tradi deberet, quasi comparatus ex tua pecunia, a domino eodemque venditore mihi, non tibi traditus est: ex traditione igitur factus meus: æquum tamen est, me tibi eum hominem reddere, ne et pecuniæ, et hominis damnum facias. At quæso qua actione istum hominem a me recipies? Non actione ex empto: quia ego eum non vendidi, sed condictione sine causa, quod sine causa is homo sit apud me, qui emptus est ex peculio ad te pertinente ex pecunia tua. Ac invicem, si quid mihi absit ex eo negotio quod servus tuus gessit, ut si quid impenderim in exhibitionem vel curationem hominis, quem servus tuus ex pecunia tua comparavit, id a te consequar actione de peculio negotiorum gestorum: quod hoc loco et eisdem verbis in *l. cum fundus* 31. §. 1. *de reb. cred.* traditur ex Sabino et Cassio, qui discipulus fuit Sabini, et Juliano, qui et ipse Sabinianus vel Cassianus fuit. His autem Julianum adjecisse constat ex dicta *l. cum fundus*, §. 1. usque ad finem legis, qui §. est satis difficilis explicatu: his, inquam, adjecisse Julianum: si is homo, quem servus tuus emit ex tua pecunia mihi traditus sit, tibi etiam, si hac via uti malis, in venditorem integram ex empto actionem esse, ut tibi hominem tradat, quem vendidit servo tuo. Ac tum venditor eum a me hominem repetere potest condictione indebiti, ut *l.* 22. §. *fugitivus*, *mand.* et repetitum tradere tibi, vel etiam tibi cedere debet, quam in me habet condictionem indebiti, si modo et tu ei pretium solidum offeras, ut *l.* 13. §. *offerri*, *sup. h. t.* et solida quoque cetera, quæ jure venditi continentur, solida, inquam, non peculio tenus, *l. si servus* 57. *de ædil. edic.* Quia tamen emptionem ratam fecisti agendo ex empto, posse etiam alia via te ad jus tuum pervenire, emptionem non habendo ratam, et vindicando nummos, quos venditori servus tuus solvit ex peculio ad te pertinente, si exstant apud venditorem. Quod tamen, si feceris, si extantes apud venditorem nummos vindicaveris, rursus teneris venditori actione de peculio ex empto, ut pretium solvas, actione, inquam, de peculio, non in solidum. Sed si nummos venditor bonæ fidei consumpserit, nec tibi restituerit, cessat actio de peculio pretii nomine, ne bis idem venditor consequatur. Observandum autem est, ut nihil dubitationis resideat in illa *l. cum fundus*, in fine ejus *l. Solvere* accipi pro *tradere* hominem venditum, ut sæpe in *tit. de solut.* homo vel quæcunque res alia *solvi*, id est, *tradi* dicitur. Alias proprie pecunia solvitur, res vero tradi dicitur, *l.* 1. §. *pen. et ult. inf. si cui plusquam per leg. Falcid.*

Ad §. 2. *Servo vendente.*

§. 2. *Servo vendente hominem, fidejussor venditionis, omnia præstare debet, in qua obligaretur, si pro libero fidejussisset. Nam et in dominum actio sic datur, ut emptor eadem consequatur, quæ libero vendente, consequi debuisset, sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.*

Restat §. *ult. h. l.* In specie superiori proxima, quod dixit *d. l. cum fundus* §. *ult.* ita demum domino in eum, qui vendidit servo suo ementi ex sua pecunia, integram esse actionem ex empto, si modo pretium solidum venditori offerat, *et cetera omnia* (hæc sunt verba legis) *quæcunque, si libero homini vendidisset, ei deberentur.* Quæ qualia sint declaratum est in *l.* 13. §. *ex vendito. et sequentia.* Idem vero docet *in hoc* §. *ult.* obtinere, si servus hominem peculiarem forte vendiderit. Prior species est de servo, qui emit: hæc posterior de servo, qui vendidit: nam actio ex empto datur in dominum emptori ut eadem consequatur, quæ ei deberentur, si liber homo vendidisset: actio, inquam, ex empto de peculio, non ultra peculii taxationem, ut ait, nam in solidum dominus non tenetur, nisi venditionem ratam habuerit, *l.* 1. §. *si ratam, quod jussu.* Et his esse consequens Julianus ait *in hoc* §. *ult.* ut fidejussor venditionis a servo datus, qui et plerunque a quocunque venditore datur, *l.* 3. *sup. de rescind. ven. leg. Latinus* 56. *de Ædil. edic. l. Stichum* 95. §. *ult. de solut. l. non idcirco* 12. *C. de contr. emp.* ut, inquam, fidejussor venditionis, quem servus dedit, perinde civiliter obligetur, atque si pro libero homine rem vendente aliquam fidejussisset, quamvis naturali tantum obligationi accesserit: nam servus erat obligatus tantum naturaliter, non civiliter ex causa venditionis. At hic fidejussor tenetur in solidum: dominus peculio tenus

tantum, si venditionem ratam non habuerit: dominus enim etiam invitus tenetur de peculio, *l. si quis servum, in fi. de pecul.* Fidejussor autem non nisi volens ex stipulatu tenetur.

Ad L. XXV.

Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit. Si ea pecunia qua de agitur, non pro ea re petitur, quæ venit, neque tradita est: *ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur: ad exhibendum vel injuriarum agere poterit: quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.*

Hæc lex est de eo, qui pendentem vindemiam emit, et a venditore uvam legere prohibetur. Pendentem vindemiam dicit, ut M. Cato vinum pendens, et oleam pendentem, et nostri quoque auctores, olivam pendentem, *l. si debitor, de contr. empt.* Et sæpissime, fructus pendentes, qui et fructus stantes dicuntur, *l.* 7. §. *interdum, sol. mat. l.* 26. *de furt.* ut arbores stantes, *l. Quintus, inf. h. t.* Et Ovid. *stantes Cereris decerpsit aristas.* Et alio loco: *Et segetis canæ stantes percurrere aristas.* Carolus etiam capitulorum sexto capit. 21. *Si ignis*, inquit, *invenerit spicas, comprehenderitque, vel acervos frugum, vel stantes fructus in agris*, etc. Uvam autem legere dicit, ut Varro 4. *de lingua lat.* vinum legere, vinum pro uva, ut Plaut. in Trinummo: *Vinum priusquam coactum est, pendet putidum.* Idemque Varro 1. *de re rust.* facit differentiam inter uvam legere et eligere: legi uvam ad bibendum: eligi ad edendum. Habemus autem etiam aliud exemplum emptæ vindemiæ pendentis apud Plin. 14. *Natural. histor. cap.* 4. *Vineas*, inquit, *ad vix credibile miraculum perduxit, eas diligenter excolendo, ut intra octavum annum quadringentis nummorum, id est, 400. millibus, emptori addixerit pendentem vindemiam.* Ait autem Julianus in hac *l.* 25. emptorem pendentis vindemiæ, si a venditore uvam legere prohibeatur, adversus venditorem actione ex vendito petentem pretium, (quod quidem moris erat peti appetente vindemia, vindemiæ faciendæ tempore, ut indicat secunda Epistola Plinii *lib.* 8.) habere adversus venditorem, inquam, exceptionem mercis non traditæ, vindemiæ non traditæ, ut *l.* 5. §. *si servus, de dol. except.* Cujus exceptionis hæc formula perelegans *in hac l.* proponitur: *Si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quæ venit neque tradita est*: *pecunia* pro *pretio*, ut alibi sæpissime. Venditor igitur, qui pretium petit offerre debet rem sive mercem: ut ex diverso emptor qui rem petit, offerre debet pretium, *l.* 13. §. *offerri, sup. h. t.* Et vero etiam in hac specie, ut Gloss. notat recte, oblato pretio emptor habet adversus venditorem actionem ex empto, ut rem tradat, id est, ut patiatur emptorem uvam legere. Venditoris enim patientia in hac specie pro traditione habetur, id est, si emptorem venditor patiatur uvam legere, tradidisse rem videtur. Sic in servitutibus prædiorum, patientia ejus, qui dominus est prædii servientis, et usus alterius pro traditione est, *l. quoties* 20. *de servit.* Sic ingressus in possessionem, etiamsi ea possessio non tradatur a venditore, si modo adsentiatur ingredienti in possessionem, pro traditione est. Et ita etiam recte dices, patientiam venditoris pro traditione esse, *l.* 2. *Cod. de acquir. possess. l.* 2. *C. si quis alteri vel sibi, l. non idcirco* 12. *C. de contr. empt.* At in specie proposita, si post traditionem hujusmodi, id est, si postquam sciente et patiente venditore, emptor collegit uvam omnem, postea venditor non patiatur emptorem lectam uvam calcare, ut ait, vel si non patiatur emptorem mustum evehere, cessat quidem actio ex empto de re tradenda, quæ jam tradita est; sed competit emptori, quasi domino jam facto per traditionem, actio ad exhibendum, et rei vindicatio, competit etiam actio injuriarum, quæ et in quemlibet alium competit, qui rem meam me tollere prohibet, *l.* 13. §. *si quis me, de injur.* Calcabatur vinum, vel in vinea ipsa, vel in torculari venditoris, in vasis pressoriis pertinentibus ad venditorem, ut lex vini pendentis apud Catonem indicat, quæ jubet vinaceos et fæces relinqui venditori, mustum autem exportari ab emptore. *Vinaceos*, inquit, illuros: ex quibus scilicet nondum est facta sora, nondum expressum vinum tortivum, ut vocant, et circumcidaneum: et fæcem inquit, vindemiæ scilicet, non florem musti. Tria enim sunt in musto, flos, flox, vinum. Cæcilius apud Nonium Marcellum: *Ego*, inquit, *neque florem, neque floces volo mihi, vinum volo.* Ex eo autem, quod ait Julianus in hac lege, emptoris esse uvam legere suis operis suis sumptibus, ergo, confirmatur valde quod supra habuimus in *l.* 9. emptis lapidibus ex fundo vendito, emptoris esse, eos eruere suis sumptibus et evehere: quod et de qualibet alia re dici potest.

Ad L. XXVI. et XXVII.

L. XXVI. *Si quis cum fundum venderet, dolia centum, quæ in fundo esse affirmabat, accessura dixisset, quamvis ibi nullum dolium fuisset, tamen dolia emptori debebit.*

L. XXVII. *Quidquid venditor accessurum dixe-*

rit, id integrum ac sanum tradi oportet, veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa, sed integra dare debet.

Hæ duæ leges simul explicabuntur. Si venditor fundi dixerit, fundo accessura dolia centum, quæ in fundo esse affirmabat, quamvis in eo nulla sint dolia, tamen emptori tenetur omnimodo, ut præstet, centum dolia, actione ex empto, ut plerunque quæ in re principali vendita servantur, eadem et obtineant in accessionibus, *l.* 11. §. *si quis rem*, *l.* 13. §. *in his*, *sup. h. t. l.* 1. *itaque* 32. *et l. seq. de Ædil. edic.* Sane ut rem principalem sanam et integram præstare venditor debet, puta, integra dolia si dolia principaliter venierint, *l.* 6. §. *sed si vas, sup. hoc t.* ita etsi dolia accesserint venditioni fundi, non cassa, sed integra ea præstare debet, quod proponitur *in l.* 27. ex eodem auctore Alfeno Varo. Sed addenda est hæc exceptio, nisi venditor dixerit, accessura centum dolia, quæ in fundo vendito infossa vel defossa essent: quia si centum tantum dolia sint infossa, qualiacunque ea sint, cassa vel integra, iis contentus emptor esse debet: quia certa corpora doliorum demonstrata sunt certo loco posita, et ad certum numerum, quæ et ad eundem numerum eodem loco inventa sunt: et ideo qualia qualia sint, emptorem sequuntur, non inspecta eorum qualitate, de qua etiam nihil dictum est, quæ est sententia *l. pen.* §. *ult. hoc tit.* At ut ibidem proponitur, si multo plura dolia in fundo inveniantur, quam dictum sit puta, si dixerit esse centum, et inveniantur ducenta, et ex eis quædam sint vitiosa, quædam sana et incolumia, integra, tunc sane ex omnibus doliis venditor, cujus electio est, *l. comprehensum* 60. *de contr. empt.* ea denique debet eligere et præstare emptori, quæ sunt integra usque ad numerum centum: debet præstare centum tantum, quæ dixit esse in fundo, non omnia dolia, quæ inventa sunt in fundo. Nec turbat *l. si venditor* 38. *inf. h. t.* quæ, si servo vendito cum peculio, quod venditor affirmavit esse decem, plus inveniatur in peculio, quam dixerit venditor: totum id, quod in peculio est inventum emptori præstandum esse ait. Sed ut breve faciam, hoc ideo, quia non tantum dixit in peculio esse decem, sed nominatim et generaliter se ex peculio ejus servi nihil ademturum, nihil detracturum. Ergo omne id, quod in peculio invenitur, præstari debet, nisi apertius se in id tantum obstrinxerit, ut sola decem præstaret ex peculio. At hic non dixit, sola decem esse in peculio: sed decem esse in peculio: non negavit igitur plus esse, et ubi adjecit, nihil se adempturum de peculio, plane se subjecit totius peculii prestationi, quanti quanti sit. Quod autem ait lex 26 emptori deberi centum dolia, quæ venditor affirmabat esse in fundo vendito, et quæ fundo accessura dixit, quamvis nullum ibi dolium sit: hoc, inquam, pugnare videtur cum *l. si servus legatus* 165. §. *qui quinque*, *de leg.* 1. quam objicit Accursius. Si stipulanti promisero decem, quæ in arca habeo, et in arca habeo quinque tantum, sola quinque debeo, et consequenter si nihil in arca habeo nihil debeo. Hoc proponitur in *d.* §. *qui quinque*. Et idem statuitur in legato, quod in stipulatione, ut non sit hac in re constituenda differentia inter legata et stipulationes sive contractus. At cur etiam si affirmavero, centum dolia esse in fundo, eaque dixero accessura fundo vendito, nihilominus centum dolia debeo? Cui consequens et hoc est, ut inventis in fundo quinquaginta, residua, quinquaginta debeam. Observanda est ratio expressa in *d.* §. *qui quinque*, quæ est hujusmodi: quia quodammodo inquit, certum corpus quod in rerum natura non sit, legavi vel promisi, cum legavi vel promisi decem, quæ in arca habeo, circumscriptio loci, est, circumscriptio corporis, sive designatio corporis. Huic rationi legis 26. ratio non respondet: neque enim certum corpus doliorum venditor designavit, quod accederet fundo, qui dolia tantum centum fundo accessura dixit generaliter, non specialiter centum dolia, quæ sunt in fundo, vel centum dolia, quæ sunt infossa in fundo, quamvis obiter affirmaverit, ea esse in fundo: locum in quo essent dolia, non ex loco dolia designavit: denique in vendendo non ad locum dolia circumscripsit, sed ad numerum, quem utique numerum omnino prestare debet, etsi loci non constet ratio. Et ita hoc explicandum est: non ut Accursio videtur, quasi hic de loco affirmaverit; ibi, id est, in §. *qui quinque*, non affirmaverit: nam et de loco affirmat plane et perspicue, qui dicit decem, quæ in arca habeo. Non item ut Paulo Castrensi videtur, quasi hic de accessione agatur: ibi de re principali legata vel promissa. Nam accessionis et rei principalis non est, aut non debet esse ratio diversa, quod initio probavi.

Ad L. XXVIII.

Prædia mihi vendidisti, et convenit, ut aliquid facerem, quod si non fecissem, pœnam promisi. Respondit: Venditor, antequam pœnam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest. Si consecutus fuerit, quantum pœnæ nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu, doli mali exceptio submovebit. Si ex stipulatu pœnam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris: nisi in id, quod pluris ejus, interfuerit, id fieri.

In hac *l.* proponitur hæc species. Vendidisti

mihi prædia certo pretio, et ea lege ut insulam tuam reficerem, ut *l*. 6. §. 1. *sup. h. t.* vel ut quid aliud facerem: Quæ lex sive adjectio quasi in partem pretii cedit, quia absque ea foret ut pluris mihi prædia vendidisses. In vendendo igitur pacto convento adjecto ex continenti, id actum est inter nos, ut aliquid faciam. *Convenit*, inquit, quo verbo pactio significatur, non stipulatio, ut in *l.* 11. *in princ. h. t.* id in judicium deduci, quod præstari convenit. Porro adjecisti etiam pœnam vice ejus, quod tua interesset, si id non facerem, quod a me stipulatus es, ego promisi, ut §. *ult. Institut. de verbor. obligat.* Si id non fecero, tibi in me duæ competunt actiones: actio ex vendito, ut quod conveni faciam, vel præstem, quanti tua interest id fieri, *d. l.* 6. §. 1. et actio ex stipulatu, ut præstem pœnam, quam promisi. Non quidem, ut ex utraque actione lucrum facias: sed ut si ex una consecutus fueris pœnam, vel quanti tua interest, non possis agere altera. Qua in re tamen videndum, et accurate discernendum est, qua actione prius egeris, ex vendito an ex stipulatu. Nam si prius egeris ex vendito, et tantum consecutus fueris, quantum pœnæ nomine stipulatus eras, ad pœnam agenti tibi ex stipulatu opponam exceptionem doli mali, quod dolo malo et quasi prædonis more facias, quod bis idem petas, quodve bis idem nancisci velis. Prædo est qui idem bis exigit, *l. si majoris* 25. *de admin. tut.* Sed si prius egeris ex stipulatu et pœnam exegeris, non est necesse, ut postea agenti tibi ex vendito, opponam exceptionem doli mali: quia ipso jure ex vendito agere non potes: Proinde qui prius rem consecutus est actione ex vendito, per exceptionem doli mali, non ipso jure excluditur ab actione ex stipulatu: quæ cum sit stricta, manifestum est, non eam ejus esse potestatis, ut ei ipso jure insit exceptio doli mali. At qui prius pœnam consecutus est actione ex stipulatu, ipso jure etiam non opposita exceptione doli mali submovetur ab actione ex vendito: quia est bonæ fidei, et bonæ fidei actiones ipso jure continent in se exceptionem doli mali: et non oppositæ supplentur officio judicis vel arbitri, *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum*, *de leg.* 1. *l. sed etsi ideo*, *in fin. sol. matrim. l. plane* 38. *de petit. hæred. l. si is cui res* 71. *de furt.* Imo etiam quascunque alias exceptiones bonæ fidei judiciis inesse constat, *l.* 3. *de rescind. vend. l. Labeo ait* 36. *de oper. libert. l.* 1. §. *si libertatis*, *quar. rer. act. non detur.* Quod et dici potest de exceptione mercis non traditæ emptori, de qua in *l.* 25. *sup. h. t.* At quod dicimus eum, qui prius egit ex stipulatu, ipso jure repelli ab actione ex vendito, id ita procedit, ut et in fine hujus *l.* ostenditur, nisi quid pluris intersit, quam efficiat pœna, quam ex stipulatione consecutus est. In id enim, quod pluris interest, superest actio ex vendito *l.* 41. *et l. seq. et l.* 47. *pro soc.* Et hæc est perquam evidens sententia hujus *l.* Ex qua intelligimus stipulatione pœnali, quæ contractui subjecta est, non novari precedentem ex contractu obligationem: quia ex stipulatione, an ex contractu venditor agat, in ejus arbitrio est. Ergo nulla intercessit novatio: sed ut docuimus, altera actio alteram consumit aut minuit. Idemque confirmat *l. qui Romæ* 122. §. *Flavius*, *de verbor. obligat. et l. duo societatem* 71. *pro soc.* Et illud ita procedit, nisi aliud actum sit, nempe ut novaretur prior obligatio. Nec obstat huic sententiæ quod vulgo objicitur *l. obligationum* 44. §. *ult. de oblig. et act.* quæ non hoc docet, præcedentem ex contractu, veluti ex venditione, aut societate, obligationem novari per stipulationem subsequentem sed stipulationem per stipulationem novari: imo nec novari, sed quasi novari, ut ait, si stipulatus sim (quæ est species *d.* §. *ult.*) navem fieri, et si non feceris centum dari, posterior stipulatio quasi novat priorem. Quid hoc est *quasi*; quia non novat priorem statum: sed post moram promissoris demum, id est, si interpellatus navem non fecerit: et rursus prior stipulatio quasi novatur, quia non eadem res vertitur in utraque stipulatione, sed in una res sive fabrica navis, in altera pecunia. Novatio autem non est proprie nisi sit de eadem re. Item quia prior stipulatio non novatur ipso jure, sed per exceptionem, *l.* 1. §. *ult. de stip. serv.* Novatio autem non est proprie, nisi quæ ipso jure tollit priorem obligationem. Observandum etiam est in specie *d.* §. *ult.* stipulationi priori non esse subjectam posteriorem pœnæ causa: nulla enim ibi fit pœnæ mentio sed conditionis genere seu specie, sub qua scilicet prior obligatio resolveretur, post moram debitoris, sive promissoris, ut *l. si pœnam, quando dies leg. ced.* Itaque nil prorsus ille locus facit adversus sententiam hujus legis, quæ hoc efficit, ut obligationem priorem ex contractu non novet, quæ contractui subjicitur, stipulatio pœnalis. Hæc omnino sufficiunt ad *hanc lege.*

Ad L. XXIX.

Cui res sub conditione legata erat, is eam imprudens ab hærede emit. Actione ex empto poterit consequi emptor pretium: quia non ex causa legati rem habet.

Rem, quæ mihi legata erat sub conditione, cum hoc ignorarem imprudens, ignorans pendente conditione ab hærede emi, a quo mihi legata erat sub conditione, ab hærede emi et accepi, soluto pretio: postea cognito legato, et existente conditio-

ne ejus, ut hic definitur, recte agam ex empto cum venditore, ut mihi pretium restituat, ut fit in specie *l.* 11. §. *ult. sup. h. t.* quia quandiu mihi pretium abest, rem videor habere ex causa emptionis, non ex causa legati, quæ lucrativa est, ex qua tamen hæres, postquam extitit conditio, omnimodo præstare mihi illam debet, quod utique non fecit, nisi mihi pretium restituerit. Rem igitur, quam accepi quasi emptam, retinebo quasi legatam, existente conditione legati, de quo certior factus fuerim, et pretium, quod dedi pro ea re, repetam actione ex empto. At quæso cur ponat rem mihi fuisse legatam sub conditione? Quid enim si pure? Certe si pure legata sit, per vindicationem scilicet repetam, quia dominium ejus rei statim ab adita hæreditate, mihi etiam ignoranti, recta via acquiritur ipso jure, sine facto hæredis, *l. si a furioso* 24. *de obligation. et actio. l. a Titio* 64. *de furt.* Hac ratione sane non valeret emptio ejus rei, et mihi per errorem soluti pretii condictio competeret, *l. suæ rei* 16. *de contr. empt.* non actio ex empto, quia suæ rei nulla emptio fuit. Quod et hic scholiastes notat. At si ab hærede rem emero imprudens, quæ mihi legata erat sub conditione, et quæ igitur interim in dominio hæredis erat, emptio valet: et ideo existente conditione legati, mihi competit actio ex empto ad pretium repetendum, quasi re evicta, quia mutatio possessionis, quæ re ipsa contigit per se, sine facto meo, existente conditione legati, quodammodo eam rem mihi evicisse videbor, utpote, cum jam non ex causa emptionis, sed ex causa legati, quæ emptione est antiquior, dominus ejus rei esse videar. Posui, nondum cognito legato me emisse rem legatam, et solvisse pretium, et rem accepisse ex causa emptionis: nam si rem nondum accepi cognito legato, ex testamento eam petam; pretium autem, quod prænumeravi, ex empto. Et ita proponitur in *l. hujusmodi* 84. §. *qui servum, de legat.* 1. Rursus posui me legati conditionalis ignarum emisse: nam si sciens emi, quod mihi legatum erat, cessat actio ex empto, *l. si fundum, C. de evict.* non etiam si postea legati conditio extiterit, cessat actio ex testamento, qua hæres non aliter absolvi potest, quam si pretium, quod prænumeravi, mihi restituerit, et rem fecerit meam.

Ad L. XXX.

Servus, quem de me cum peculio emisti, priusquam tibi traderetur, furtum mihi fecit. Quamvis ea res, quam subripuit, interierit, nihilominus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum, id est, ipso jure, ob id factum minutum esse peculium, eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus. Nam licet, si jam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem, quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum, etsi omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim, posse me condicere. Secundum quæ dicendum, si nummos, quos servus iste mihi subripuerat, te ignorante furtivos esse, quasi peculiares ademeris et consumpseris, conditio eo nomine mihi adversus te competat, quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

Si servum tibi vendidero cum peculio, et ante traditionem is servus mihi furtum fecerit, peculium ipso jure minuitur pro rata pretii, quanti est res, quam mihi subripuit, quod quidem tanquam mihi a servo debitum naturaliter ex causa condictionis furtivæ, ex peculio deducere et retinere possum. Nec si postea ea res interierit, ideo minus id deducere possum, isve servus non ideo minus mihi id naturaliter debere intelligitur: quia res post moram debitoris interiit: est enim fur semper in mora, *l.* 8. *de condict. furt.* Ergo etiam re perempta servus venditus nondum traditus, mihi naturaliter debet æstimationem ejus rei, quam mihi subripuit, eamque deducere possum ex peculio. eam, inquam, æstimationem debet mihi servus meus naturaliter, quia inter dominium et servum, etiamsi civilis obligatio consistere non possit, consistit tamen naturalis, in ea re scilicet, quæ facto servi domino abest, veluti ex causa condictionis rei furtivæ, vel condictionis furtivæ, quæ rem solam persequitur, non ex causa actionis furti pœnalis (quod summe notandum) in duplum vel quadruplum, *l.* 9. §. *sive autem de pecul.* quia quod inde sequitur necessario (et hoc est, quod dico valde notandum) omnis pœnalis actio civilis est, nulla naturalis. Ergo ex maleficio pœnam servus domino cum non debeat civiliter, et nullo modo igitur debeat pœnam, quia nulla pœnalis stipulatio naturalis est. At videamus, quod et hoc loco tractatur, quid dicendum sit, si per errorem non deducto, non detracto, non retento eo, quod mihi servus venditus debuit ex causa condictionis furtivæ, servum emptori tradidero cum omni peculio, omissa deductione debiti naturalis ex causa condictionis furtivæ? E docet hoc casu recte mihi, cui id per errorem excidit ut omitterem deductionem, in emptorem competere condictionem indebiti, vel condictionem sine causa, ut reddat quod plus ei dedi, quam in peculio esset, quod ipso jure minutum erat per furtum servi. Res est apertissima. Posui servum a me venditum mihi furtum fecisse ante traditionem, atque ideo antequam ejus servi dominium amitterem et transferrem in emptorem: quæro quid sit dicendum, si post tra-

ditionem de meo jam factus alienus mihi furtum fecerit: quod et Africanus attingit hic? Et docet, hoc casu in novum dominum, id est, in emptorem, si tota res, quam mihi subripuit, post traditionem versa sit in peculium servi, mihi competere utilem condictionem furtivam de peculio, quia ea res tota est in peculio: si vero nihil ex ea re versum sit in peculium, cessare actionem de peculio in emptorem, et competere tantum actionem furti noxalem: et consequenter, si pars una tantum ejus rei versa sit in peculium servi, non etiam altera, mihi partim competere actionem utilem furtivam de peculio, partim actionem furti noxalem, ut fit etiam in specie *l. 4. sup. de cond. furt.*

Ad §. 1. *Si sciens.*

§. 1. *Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit, meam esse factam. Quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat, quia tamen dolum malum abesse præstare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit. Idem est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit.*

Paragraph. ult. h. l. qui incipit ab his verbis, *si sciens*, etc. est de eo, qui sciens rem alienam mihi ignoranti vendidit et tradidit, qui cum dolo non careat, mihi tenetur ex empto in id quod interest, quod sciens mihi rem alienam vendiderit satis improbe et illicite, *l.* 11. §. *denique, et in fin. legis sup. h. t.* quia in bonæ fidei judiciis semper dolum malum abesse præstari oportet, *l.* 6. §. *pen. et ult. sup.* Et tenetur quidem eo nomine ex empto, non tantum re evicta a domino, sed etiam re nondum evicta, in id quod emptoris interest, rem suam esse factam: veluti, si eo animo servum emerit, forte filium aut fratrem suum naturalem, ut mox eum manumitteret, quia etiam in bonæ fidei judiciis affectus habetur ratio, *l. cum servus, mand.* vel etiam si eo animo servum emerit, ut mox sumpta mutua pecunia, creditori suo eum pignori daret, quod certe facere non potest aliter, quam si a venditore ejus servi dominium in eum transierit, quod in hac specie a venditore non potuit in eum transire, quia venditor ejus servi dominus non fuit, quia qui dominus non est ejus rei, quam possidet, dominum alium facere non potest. Quia igitur servi alieni manumissio nihil valet, servi alieni pignoratio nihil valet: ideo maxime interest emptoris rem suam factam esse, qui manumissurus erat, vel pignoraturus servum quem emebat, quemque se a domino emere existimabat. Et legendum in *fin. l. id est maxime,* non, *idem est, si manumissuro, vel pignori daturo vendiderit,* quod et Basilica quodammodo indicant quæ vertunt, *καὶ μάλιστα et maxime:* quia scilicet his casibus certum est, interfuisse emptoris servum suum factum esse. Hinc notanda est differentia inter scientem et ignorantem venditorem. Nam ignorans antequam res evincatur non tenetur, nec eo nomine quod dominum non fecerit emptorem, sed evictione secuta, evictionis nomine tantum tenetur. Sciens autem venditor tenetur statim doli mali nomine, quod rem non fecerit emptoris, etiam ante evictionem, quodve servum tradidit, furtis noxisque non solutum: quo nomine etiam sciens tenetur ex empto etiam priusquam res evincatur, non etiam ex stipulatione duplæ, quæ interponitur tanquam evictionis nomine, *l.* 4. *in princ. h. t.*

Ad L. XXXI.

Si ea res quam ex empto præstare debebam, vi mihi adempta fuerit, quamvis eam custodire debuerim, tamen propius est, ut nihil amplius quam actiones persequendæ ejus a me præstari emptori oporteat, quia custodia adversus vim parum proficit. Actiones autem eas non solum arbitrio, sed etiam periculo tuo, tibi præstare debebo, ut omne lucrum, ac dispendium te sequatur.

Ex hujus legis initio intelligimus, post venditionem et ante traditionem venditorem in servanda re vendita, non tantum dolum, sed etiam culpam præstare oportere: et talem custodiam sive diligentiam, qualem servandis rebus suis, bonus, id est, frugi et diligens paterfamilias, adhibere solet. Itaque si dolo vel culpa levi venditoris res vendita interierit, tenetur emptori actione ex empto, *l. si ut certo* 5. §. *nunc videndum*, *com. l. contractus* 23. *de reg. jur. l.* 3. *de peric. rei vend. l. quod sæpe* 35. §. *si res*, *de contr. empt. l. eum qui* 14. *de furt. et l.* 37. *inf. h. t.* Vim ab alio sibi illatam venditor non præstat, puta, si res vendita ei per vim erepta sit, sed præstat, ut dixi, custodiam tantum eam, quæ a bono patrefam. præstari, et rem servare potuisset, non custodiam inanem, quæ rem servare non potuisset, puta adversus vim prædonum, vel adversus alia quæcunque detrimenta fatalia. Qua enim custodia, aut diligentia id consequi possit ut superet vim prædonum, aut damna fatalia? *Custodia*, inquit, *adversus vim parum proficit.* Et ita etiam in *l. sed de damno* 41. *tit. seq. Qua custodia,* inquit *consequi potest ne damnum injuria ab alio dari possit?* Quod et ita scriptum est in *l. ad eos* 19. *com. l.* 2. *in fin. de peric. rei vend. l. cum duobus* 52. §. *damna, pro soc.* Et eleganter Imperator in *l.* 5. *Cod. Theod. de naufragiis*: *excludere casum*, inquit, *inclementem*

non possumus cohibere fortunam. Semper excipiendum est, nisi venditor caverit emptori etiam de casu fortuito quocunque. Hæc enim cautio improbata non est, *d. l. contractus*. Alioqui si res vendita venditori sit vi erepta, periculum ejus rei ad eum non pertinet: et in hoc tantum tenetur, ut cedat emptori actiones, quas adversus prædonem vel raptorem habet, veluti actionem vi bonorum raptorum aut furti, quæ cum ea semper concurrit, et condictionem furtivam, et vindicationem, et ut si quid hisce actionibus ipse venditor consecutus fuerit, id emptori præstet, *d. l. eum qui*. Actiones, inquit, hoc loco, eas præstare debet, non solum arbitrio, sed etiam periculo emptoris Arbitrio, ut lucrum quodcunque poterit ex eis faciat, et periculo emptoris, ut dispendium quoque earum actionum subeat, si inanes sint propter inopiam rei.

Ad §. 1. *Et non solum.*

§. 1. *Et non solum quod ipse per eum adquisii, præstare debeo, sed et id quod emptor, jam tunc sibi tradito servo, acquisiturus fuisset.*

His additur illo loco, *et non solum quod ipse per eum acquisivi*, etc. præter custodiam etiam venditorem emptori debere præstare fructus, quos ex re vendita ante traditionem, vel ipse percepit, vel emptor percepisset, si jam tunc res ei tradita fuisset: qui locus est singularis, utpote servo vendito. non tantum id quod interim per servum acquisii *l.* 13. §. *si fructus, sup. h. t.* sed etiam id, quod jam tunc emptori servo tradito emptor per eum acquisiturus fuisset: videlicet (sic enim hunc locum accipiunt recte) si moram fecerit venditor in tradendo servo, ut *l. si navis* 62. §. *ult. de rei vindic. l.* 4. *C. unde vi.* Quo etiam casu verius est, re per vim venditori erepta, periculum ad venditorem pertinere, non ad emptorem, quia post moram venditoris res periit.

Ad §. 2. *Uterque nostrum.*

§. 2. *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino, cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est: sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus adprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omnino tuendus est.*

Sequitur in §. *ult* quæstio de eadem re ab eodem vel ab alio atque alio vendita atque tradita, duobus bona fide ementibus in solidum diversis temporibus et diversis contractibus. Potest eadem res tradi duobus separatim in solidum, ad nos forte reversa possessione, quam tradideramus primum alteri. Et in hac quæstione ita distinguit Neratius hoc loco: aut ea res duobus vendita est a non domino, vel a non dominis: et tunc in ea detinenda, aut vindicanda actione Publiciana amissa possessione, potior is est, cui priori, non cui posteriori res tradita est, licet priori ei res vendita non sit. Aut ea res uni vendita et tradita est a domino, alteri a non domino, et hoc casu sane potior is est in ea re detinenda, aut vindicanda, jam non dico Publiciana actione, sed directa in rem actione, cui a domino res tradita est, licet posterius ei tradita sit, et alteri prius a non domino: quia etsi priori qui a non domino rem accepit, amissa possessione, et quæsita posteriori, qui eam rem a domino emit et accepit, competat Publiciana actio in posteriorem, tamen repelli potest exceptione justi dominii, si non ea res possessoris, sit, *l. mandatum* 54. *mand. l. pen. et ult. de Public. in rem act.* quæ quidem *l. ult.* omnino conjungenda est, cum fine hujus §. vel hujus l. Utraque est ex Neratii tertio Membranarum et conjunctio concinna valde. Observa autem in hoc §. notari tres casus. Unus hic est: si non dominus eandem rem duobus separatim et in solidum singulis vendiderit et tradiderit, quo casu potior est is, ut ait, qui prior jus ejus apprehenderit, id est, cui primum tradita est, ut *l. si autem*, §. *sive duobus. de Public. in rem act.* Alter casus hic est: si duo non domini, duobus separatim rem eandem vendiderint et tradiderint. Qui casus est difficilior, quoniam, ut Neratius autumat, hoc etiam casu potior is est, cui prius res est tradita. At contra Julianus in *d.* §. *si duobus*. potiorem esse arbitratur eum, qui rem possidet, etiamsi priori ei tradita non sit. Neratius et Julianus fuerunt diversæ scholæ auctores, unus Sabinianus, alter Proculianus; et sententia Juliani quasi in re controversia verior esse dicitur in *d.* §. *si duobus.* Certe et in pignoribus probatur, si duo non domini duobus separatim eandem rem pignori dederint. Nam et hic possessoris conditio melior est, quam sit ejus, cui priori res pignori data est, cujus possessione postea ceciderit, *l. si non dominus* 14. *qui potior. in pig. hab.* Et congruit omnino sententia Juliani cum regula juris, *in pari causa meliorem conditionem esse possessoris*: fortunam in pari causa judicare pro possessore. Nam ubi suum quisque venditorem habet, et ubi duo emerint et acceperint a duobus separatim, ubi, inquam, suum quisque venditorem, suum auctorem habet, par est utriusque emptoris causa, et in sua quisque emptione et acceptione rei intelligitur esse prior, post quem nullus est alius, qui ab eodem acceperit. At dispar eorum causa est, si ab uno eodemque venditore emerint et acceperint, quia in ea re accipien-

da prior est unus altero, superat unus alterum praerogativa temporis. Tertius autem casus, qui notatur hoc loco, hic est si dominus uni rem suam, non dominus alteri rem alienam vendiderit et tradiderit, quo casu potior est is, qui a domino rem accepit, etiamsi posterior acceperit. Hi sunt tres casus qui notantur in hoc §. Sed restant adhuc duo casus: si dominus uni rem suam vendiderit et tradiderit, atque ita illius rei dominium alienarit, et mox, cum jam non esset dominus re alienata et translata in priorem emptorem, eandem rem alii vendiderit et tradiderit. Quo casu priorem potiorem esse constat, qui traditione dominus effectus est, ex *l. quoties* 15. *C. de rei vindic.* Cui similis extat in *C. Gregoriano eod. t.* Alter casus hic est, si non dominus uni vendiderit et tradiderit, et idem dominus postea factus (ut si hæres extiterit domino rei) alteri rem eandem vendiderit et tradiderit. Quo casu etiam constat, priorem esse potiorem, id est, cui primum res tradita est, licet traditione statim non sit factus dominus, ex *l. si a Titio* 72. *de rei vind. et l.* 2. *de except. rei vendit. et l. apud §. si a Titio*, *de except. dol.* Quibus in locis etiam observandum est ideo poni emptorem, cui priori res aliena bona fide accipienti tradita est a non domino, venditori solvisse pretium, non quod solutio pretii ei sit necessaria, ut habeat actionem Publicianam, amissa possessione: nam et pretio non soluto Publicianæ locus est, *l. de pretio* 8. *de Public. in rem.* sed quod si rem possideat emptor, venditorem, qui ejus rei postea dominium acquisivit, non possit repellere exceptione in factum, puta, rei venditæ et traditæ, vel exceptione doli mali, nisi jam ei solverit pretium: nec enim potest videri emptori ex postfacto acquisitum fuisse dominium, nisi pretio soluto vel satisfacto: sicut nec si ab initio emisset rem et accepisset a domino, *l. quod vendidi* 19. *de contr. empt.* Et emptori qui ab initio rem emit a non domino, ex postfacto si pretium solverit, videtur ei dominium acquisitum, si venditor postea ejus rei dominus factus fuerit. Et ita in *d. l. quoties* 15. *C. de rei vind.* ponitur emptor, cui priori res tradita est, eam emisse et accepisse a domino, soluto pretio. Ergo illius rei dominium acquisiisse. Et ita rectissime accipi potest *d. l. quoties* 15. *ex C. Gregor.* in quo eorundem Impp. hæc sunt verba: *Quoties eadem res a domino* (quod notandum) *diversis temporibus pluribus venundatur, eum potiorem esse, cui possessio primum data est.* Idem tamen est dicendum, quod et jam dixi supra, et docui *Obser.* 18. *cap.* 31. si eadem res a non domino diversis temporibus duobus venundata sit. Et nihil igitur refert in *d. l. quotiens* speciem ponas in domino, an in non domino. Hæc est hujus quæstionis certissima definitio.

Ad L. XXXII.

Si quis a me oleum, quod emisset, adhibitis iniquis ponderibus accepisset, ut in modo me falleret, vel emptor circumscriptus sit a venditore ponderibus minoribus: Pomponius ait, posse dici venditorem sibi dare oportere, quod plus est, petere. Quod habet rationem: ergo et emptor ex empto habebit actionem, qua contentus esse possit.

Qui a me emerat certum pondus olei, dolo malo adhibuit majora pondera, quibus sibi oleum appenderem et traderem, atque ita fefellit me in modo: non tenetur mihi actione de dolo, quia alia actio mihi competit. Non competit actio de dolo, quæ est famosa, nisi cum alia deficit actio. Alia autem actio mihi competit, puta, condictio indebiti, ut quod amplius emptor accepit, mihi reddat atque restituat: condictio, inquam, indebiti, non actio ex vendito: quia id quod amplius est olei, id quod plus olei venditor dedit, vel ego dedi, qui vendidi, venditione non continetur. Per contrarium quoque cum venditor ipse dolo malo adhibuit pondera minora, ut emptorem deciperet in modo, quod minus accepit petere emptor potest actione ex empto, quia non totum quod emit accepit: qua quidem actione ex empto, inquit, contentus esse possit. Hæc verba notanda, quoniam his verbis excluditur actio de dolo, ac si diceret, contentus esse debet actione ex empto, nec potest recurrere ad actionem de dolo: de qua actione constat Ulpianum *lib.* 11. *ad edictum*, ex quo sumpta est hæc *lex* 32. multa tractasse certissimum est, et ideo tractans *lib.* 11. *ad edict.* de actione de dolo, proculdubio hanc speciem attigit, cum et eodem libro ad edictum undecimo Paulum eandem quæstionem attigisse argumentum præbeat *l. arbitrio, §. de eo qui sciens, de dolo*, quæ etiam docet cessare actionem de dolo in eum, qui sciens ignoranti venditori vel emptori, in qua vel falsa pondera commodavit: quoniam sive circumscriptus sit venditor, id quod plus accepit emptor, repetere ab eo potest condictione indebiti, sive circumscriptus sit emptor id quod minus accepit petere potest actione ex empto, et ubi res servari potest alia actione, vel ab alio quocunque, cessat actio de dolo, in eum, qui dolum admisit. Recte Baldus hoc loco plus repeti, et minus suppleri. At eum, qui sciens commodavit emptori ignoranti majora pondera, constat venditori teneri actione furti pœnali in duplum, *l. si quis uxori* 52. §. *majora de furt.* non actione de dolo, quia actio de dolo rem persequitur, et venditor alia actione rem, id est, quod sibi abest, ab emptore, puta, condictione indebiti, servare potest: quæ condictio significatur in hac lege, his verbis: *posse*

venditorem sibi dare oportere, quod plus est petere, id est, repetere condictione indebiti.

Ad L. XXXIII.

Et si uno pretio plures res emptæ sint, de singulis ex empto et vendito agi potest.

Quidquid est in hac *l.* est facillimum. Si plures res uno pretio confuse venierint, quia unum est pretium, et una emptio venditio esse videtur, et plures res pro una veniisse intelliguntur: et tamen de singulis rebus separatim agi potest ex vendito, vel ex empto, evictionis nomine, vel redhibitionis causa, vel quocunque alio nomine: ut si una res sit vitiosa, ceteræ non sint vitiosæ, de vitiosa tantum agi potest actione redhibitoria, vel æstimatoria, quanto minoris, *l. cum plures* 92. *de evict. l. si plura* 36. *et l. pen. de Ædil. edic.*

L. 34 exposui supra cum l. 22.

Ad L. XXXV.

Si quis fundum emerit, quasi per eum fundum eundi agendi jus non esset, et interdicto de itinere actuque victus sit, ex empto habebit actionem: licet enim stipulatio de evictione non committatur, quia non est de jure servitutis, in rem actione pronuntiatum, tamen dicendum est ex empto actionem competere.

Emi et accepi fundum, in quo venditor affirmabat, nemini esse jus eundi, agendi, nemini esse jus viæ: post egit mecum aliquis interdicto de itinere actuque privato, et vicit me, quia probavit, se hoc anno itin. actuque usum nec vi, nec clam, nec precario: non minus quam triginta diebus: quod satis est ad victoriam in hoc interdicto. Neque enim necesse habet, probare servitutem viæ sibi deberi, vel jus viæ se habuisse: satis est, si probet se usum esse hoc anno non minus quam triginta diebus, sine vitio, id est, nec vi, nec clam, nec precario, *l.* 1. §. 2. *de itin. actuque priv.* cui hæc l. merito jugenda est, maxime cum sit ex eodem libro Ulpiani, et de eodem interdicto. Distat hac in re interdictum de itinere actuque privato ab actione in rem, id est, ab actione confessoria: quoniam in actione confessoria de jure servitutis quæritur, competat actori, necne: in interdicto de itinere actuque privato, quæritur de facto, non de jure, *l.* 2. §. *ult. si serv. vind.* Si ille egisset confessoria, et vicisset, mihi competeret actio ex stipulatu de evictionis servitutis, quam venditor fundum non debere affirmavit, adseveravit, repromisit. At si egerit interdicto de itinere, actuque, et vicerit, mihi non competit actio ex stipulatu de evictione adversus venditorem, quia non hoc pronuntiatum est, jus illi, qui mecum egit interdicto, esse ire, agere, sed vetuit tantum judex, ne prohiberetur uti itinere, actuque, id est, via, qua homo usus esset, quia hoc anno usus esset, nec vi, nec clam, nec precario. Quod servatur etiam in interdicto de aqua, et in interdicto de rivis reficiendis, *l.* 1. §. *et qualiter, de aquæ quotid. et æst. l.* 1. §. *pen. de rivis.* Proinde neque servitus viæ mihi evicta est, ab eo, qui mecum egit interdicto de itinere, quique vicit, me, neque possessio evicta est, quæ non erat mea, sed ejus, quem in ea possessione Prætor hoc interdicto tuetur, agentem interdicto de via, *l. ult. de itin. actuque priv.* Et merito igitur evictionis nomine mihi non competit actio ex stipulatu, quia nihil evictum est mihi. At sane mihi competit actio ex empto, quod mihi vacua possessione frui non liceat, in id quod interest: quæ est sententia hujus leg. Et ita sæpe alias, ubi cessat actio ex stipulatu, hæc actio non cessat, *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *in princ. sup. hoc. t.* et passim: *in tit. de evictíon.*

Ad L. XXXVI.

Venditor domus, antequam eam tradat, damni infecti stipulationem interponere debet: quia antequam vacuam possessionem tradat, custodiam et diligentiam præstare debet. Et pars est custodiæ diligentiæque hanc interponere stipulationem. Et ideo, si id neglexerit, tenetur emptori.

Jam diximus in *l.* 31. *sup.* post venditionem, et ante traditionem vacuæ possessionis, venditorem in servanda re vendita, custodiam et diligentiam, atque adeo non dolum tantum, sed etiam culpam, desidiam, negligentiam præstare debere. Unde si quis vendiderit domum, cui domus ruinosa vicini imminebat, pars est diligentiæ custodiæque interponere stipulationem damni infecti, ut *l.* 28. §. *emptor, et l.* 38. *de damn. infec.* Quod si venditor culpa, et negligentia quadam sua prætermiserit, si non interposuerit stipulationem damni infecti, et deciderit forte domus vicini in domum venditam, damnum omne ad venditorem pertinet, eoque nomine tenetur emptori judicio empti in id quod interest, id est, culpæ nomine, quod non caverit sibi mihique, interposita stipulatione damni infecti. Et hæc est sententia hujus legis. Odofredus aliter ponit speciem, puta, in venditore domus, qui vicino postulanti non cavit damni infecti: quamobrem etiam venditor tenetur emptori, si ob cautionem non præstitam vicinus missus sit in possessionem domus venditæ: atque ita venditor culpa sua jam non possit emptori dare possessionem vacuam: neque enim est vacua possessio, si quis missus sit in eam ex primo decreto, *l.* 2. §. 1. *sup. h. t.* Et ab hac spe-

cie Odofredi sane non sunt omnino aliena verba *hujus legis*. Nam interponere stipulationem dicitur non tantum qui stipulatur, sed etiam qui promittit, *l. si ad defendendum* 10. *judic. solvi*. Verum melius est permanere in priori specie, cum et eadem proponatur eodem modo in *d. l.* 18. §. *emptor*, *et l.* 38. vel eo maxime, quod in hac lege non fiat mentio vicini missi in possessionem domus venditæ, ob id quod non caveret venditor damni infecti.

Ad L. XXXVII.

Sicut æquum est, bonæ fidei emptori alterius dolum non nocere: ita non est æquum, eidem personæ venditoris sui dolum prodesse.

Sicut æquum est, inquit, *bonæ fidei emptori alterius dol. non nocere, etc.* pro *alterius* videtur legendum *auctoris*, id est, venditoris, ut in *l.* 3. *C. de peric. rei vend.* dolum auctoris non nocere bonæ fidei emptori, et *l. apud* §. *de auctoris*, *de dol. except.* Sententia est aperta. Dolus venditoris bonæ fidei emptori neque nocere, neque prodesse potest. Dolus ei tantum nocere debet, qui eum admisit, vel adhibuit, *l.* 9. *quæ in fraud. credit.* Prodesse autem nemini, *l.* 13. *de dolo.* Si igitur (nam exemplo opus est) imprudens a non domino callido consilio rem vendente alienam emero: non ideo minus forte amissa possessione ejus rei, habeo actionem Publicianam, quæ datur amissa possessione ei, qui rem bona fide emit a non domino, nec dum usucepit. Et hoc ostenditur in *l.* 7. §. *Prætor, de Public. in rem act.* adhibita hac ratione, quia dolus venditoris mihi non nocet, qui expers sum doli. His consequens est, non officere etiam dolum venditoris mihi, quominus eam rem usucapiam, quam emi bona fide. Dolus venditoris etiam non prodest mihi in hoc, ut usucapiam, quia non dolus ejus, sed bona et sincera fides mea hoc mihi præstat, usucapere, et longi temporis præscriptione acquirere possim. Quamquam hodie *ex Nov.* 119. quod et hic Accursius notavit, nihil bona fides proficit emptori, si ignorante domino, bona fide emerit a non domino male fidei possessore.

Ad L. XXXVIII.

Si venditor hominis dixit, peculium eum habere decem, nec quemquam adempturum: et si plus habet, totum præstet: nisi hoc actum est, ut dumtaxat decem præstaret: si minus est, præstet esse decem, et talem servum esse, ut tantum peculii habeat.

Qui vendebat servum cum peculio, dixit eum habere decem in peculio, nec inde se adempturum quidquam (sic vulgo legitur rectius, *quidquam*, male Florentini *quemquam*) si plus sit in peculio, ut si sint quindecim aut viginti, totum id quod invenitur in peculio, ut ait hoc loco, venditor emptori præstare debet, quia dixit, nihil se adempturum, alioquin decem tantum præstandam esse videntur, ut exposui in *l.* 26. *sup.* Perinde ac si actum esset nominatim, ut peculii nomine decem tantum præstarentur. At si minus sit in peculio, ut si inveniantur octo tantum, omnino venditor implere, et præstare decem debet, quæ dixit esse in peculio: nam qui dicit in peculio esse decem hoc dicit, non minus esse quam decem, sed tamen et plus in eo esse non negat. Nam si plus sit, utique et minus est: ideoque id totum præstat, si adjecerit, nihil se ex peculio adempturum. Adimere, vel constituere et concedere peculium, domini est, non cujuscunque: et ideo, nec ut dixi, Florentini recte, *quemquam.*

Ad §. 1. *Si per emptorem.*

§. 1. *Si per emptorem steterit, quominus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari, Sextus Ælius, Drusus dixerunt, quorum et mihi justissima videtur esse sententia.*

In §. 1. hoc habetur, si mora per emptorem facta fuerit, quominus hominem venditum acciperet, si moram emptor adhibuerit in accipiendo servo vendito, quem offerebat venditor, ab eo tempore, quod est a tempore moræ, arbiter bonæ fidei judicio sive arbitrio (nam verius omnis actio bonæ fidei arbitrium est quam judicium: actio stricta, judicium) a tempore igitur moræ, arbiter bonæ fidei in arbitrio ex vendito cibaria, quæ venditor servo vendito præstitit, emptori imputabit: nec enim post moram emptoris cibariorum onus pertinet ad venditorem. Invenio etiam, quod est annectendum his, quæ ante dicta sunt de custodia rei venditæ post venditionem, et ante traditionem, interim præstanda a venditore: invenio, inquam, post moram emptoris, quam fecit in accipienda re vendita, quæ offerebatur, venditorem in ea re servanda præstare dolum tantum non etiam culpam, *l. illud* 27. *de peric. et commod. rei vend.* Cui simile est, quod extat in *l. si mora* 9. *sol. matrim.*

Ad §. 2. *Firmus.*

§. 2. *Firmus a Proculo quæsiit, si de plumbeo castello fistulæ sub terram missæ, aquam ducerent in ahenum laterib. circumstructum, an hæc ædium essent, an ut ruta cæsa, vincta, fixaque, quæ ædium non essent. Ille rescripsit*

referre, quid acti esset. Quid ergo, si nihil ea de re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in istiusmodi rebus evenisse solet? nonne propius est, ut inserta et inclusa ædificio, partem ejus esse existimemus.

Quæstio §. *ult. hujus l.* hæc est, utrum fistulæ sub terram missæ, quibus ex plumbeo castello ducitur aqua in ahenum lateribus circumstructum, id est, in lebetem lateritia structura conclusum, utrum sint in rutis cæsis, atque ita non sint pro parte ædium, nec sequantur emptorem. Nam ruta cæsa remanent apud venditorem: an vero tanquam vincta fixaque, vel quod idem est, inserta ædificio inclusaque, cedant venditioni ædium, et emptorem sequantur? Hæc est quæstio. Et hoc verius est, ut emptorem sequantur, tanquam injuncta infixaque ædificio, ergo tanquam pars ædificii quod veniit, nisi aliud actum sit inter contrahentes. Et hoc confirmat etiam *l. si aquæductus* 47. *de contr. empt. l.* 15. *et* 17. § *pen. sup. hoc tit.* ubi et castella plumbea dicit, id est, receptacula aquarum, in quibus servatur aquæ magna copia, ut ex eis deinde ducatur per fistulas, ubi usus est. Et ut fistulis plumbeis ducitur aqua, ita et castellis plumbeis servatur commodius quam æreis, quia plumbum non contrahit æruginem, ut æs. Ahenum autem dicit hoc loco lebetem, sicut dixi, in quo aqua calefit ad potandum vel lavandum in balneis. Unde et apud Vitruvium *l.* 5. *Ahenum, aliud caldarium, aliud tepidarium, aliud frigidarium*, ut ait, *l. cum de lanionis* 18. §. *item cacabos.* (*Cacabi sunt, in quibus pulmentarium coquitur*) *de instr. vel instrum. leg.* Nam et calidam potare solebant, unde et calici nomen, si Varroni scilicet credimus, et Festo, quod in eo calidum bibatur. Lavari autem et in aheno oleæ solebant, *l. sed addes* 19. §. *illud, tit. seq.* Columella *lib.* 12. *cap.* 50. *Ahenum*, inquit, *calefieri debet, ut immundæ baccæ eluantur.*

Ad L. XXXIX.

Quæro, si quis ita fundum vendiderit, uti venundatum esse videatur, quod intra terminos ipse possedit: sciens tamen aliquam partem certam se non possidere, non certioraverit emptorem, an ex empto judicio teneatur: cum hæc generalis adjectio ad ea, quæ specialiter novit, quæ vendidit nec excepit, pertinere non debeat: ne alioquin emptor capiatur, qui fortasse si cognovisset, vel empturus non esset, vel minoris empturus esset, si certioratus de loco certo fuisset: cum hoc et apud veteres sit relatum in ejus persona, qui sic exceperat: Servitutes, si quæ debentur, debebuntur. *Et enim juris auctores responderunt: si certus venditor quibusdam personis certas servitutes debere non admonuisset emptorem, ex empto eum teneri debere; quando hæc generalis exceptio non ad ea pertinere debeat, quæ venditor novit, quæque specialiter excipere et potuit et debuit: sed ad ea, quæ ignoravit, et de quibus emptorem certiorare nequivit. Herennius Modestinus respondit, si quid circumveniendi emptoris causa, venditor, in specie, de qua quæritur fecit: ex empto actione conveniri posse.*

Cum venderes fundum, demonstrasti terminos et fines certos, et dixisti te vendere quicquid intra eos terminos possideres: sciens tamen intra eos terminos certum quendam locum te non possidere, id reticuisti dolo malo, emptori ex reticentia teneris, non quidem ex stipulatu evictionis nomine, nondum evicto loco: sed doli mali nomine, actione ex empto quanti interest emptoris, si hac de re admonitus emptor fundum non erat empturus, vel quanto minoris æstimatoria, si minoris erat empturus. Nec excusari potes, quod dixeris te vendere non omne quod intra illos terminos esset, sed id tantum quodcunque intra illos terminos possideres, qui non omne possidebas, quod illis terminis circumscriptum erat. Scienti igitur nihil hic generalis sermo prodest, scientem nihil hic generalis sermo relevat, in quo semper latet malitia quædam mala: veritatis sermo simplex, liquidus et apertus est: ille est obscurus quodammodo, confusus, perfusivus. Itaque ne ex dolo suo lucretur venditor, ad ea is sermo generalis referri non debet, quæ scivit venditor, et celavit emptorem dolo malo. sed ad ea tantum, quæ nescivit, quorumque certiorem facere emptorem nequivit. Eademque ratione, ut et hic ostenditur, si venditor, cum sciret fundum quem vendebat, vicino debere servitutem aliquam, id reticuerit, et ut verbis rem infuscaret, et quoquo modo, si fieri posset, sese obligaret exueret, perfusorie, et generaliter ita in vendendo dixit: *servitutes, si quæ debentur, debebuntur*, et nihil dixit nominatim de ea, quam sciebat deberi: hic sermo generalis captiosus est, nec venditorem excusat, quo minus ex reticentia teneatur emptori, *l. qui libertatis* 69. §. *pen. de evict.* In obscuro et generali sermone, cui non potest non inesse semper obscuritas aliqua et fraus, semper id accipitur quod venditori nocet, qui eo sermone usus est, quippe potuit, et vero debuit apertius loqui, *l. veteribus* 39. *de pact. l.* 33. *de contr. empt.* Quæ etiam ratio valet in specie *l.* 1. §. *pen. et l.* 6. §. *ult. et l.* 11. §. *denique*, *et l.* 13. §. *idem Julianus, supra, h. t.* quibus in locis proponuntur species omnino similes duabus superioribus, quæ exponuntur in *hac lege*. Et om-

nia igitur quæ venditor scit, ea palam et aperte, et specialiter enumerare debet, non obscure, non perfusorie, non generaliter, videlicet si emptoris intersit ea scire, quæ obscure, et perfusorie, *par maniere d'acquit*, et dicis causa, ut se emptorem certiorasse dicere possit: quæ ita dicit obscure, perfusorie, dicis causa, pro non dictis habentur. Perfusorie, et dicis causa idem est.

Ad L. XL.

Quintus Mutius scribit: Dominus fundi de prædio arbores stantes vendiderat: et pro his rebus pecuniam acceperat: et tradere nolebat: emptor quærebat, quid se facere oporteret. Et verebatur ne hæ arbores ejus non viderentur factæ. Pomponius: *Arborum, quæ in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo. Et ideo, ut dominus suas, specialiter arbores vindicare emptor non poterit, sed ex empto habet actionem*.

Vendidi arbores aliquot in prædio meo stantes, nondum cæsas, nondum dejectas, et pretium accepi: an numeratione pretii earum arborum dominus factus emptor est? Minime: traditione domini ejusdemque venditoris opus est, traditione, non nudo consensu dominium transfertur, *l. traditionibus* 20. *C. de pact.* Venditio emptio sola, quæ nudo consensu perficitur, imo nec conventione: numeratio pretii non sufficit ad emptæ rei dominium acquirendum. Itaque vindicatio arborum, quæ et radicitus hærent fundo, et pars fundi sunt, sicut fructus et segetes stantes emptori non competunt, sed actio tantum ex empto, ut eas arbores venditor cædi et tolli sinat, quæ patientia pro traditione est, *l.* 25. *sup. h. t.* Et in hac *l. tradere nolle*, id est, non pati, ut exscindantur et asportentur. Arbores stantes dicit, ut fructus stantes, segetes stantes: Verum ne existimes idem esse stantes et extantes: nam extant etiam quæ non stant.

Ad L. XLI.

In venditione super annua pensitatione pro aquæductu inf. domum Romæ constitutam, nihil commemoratum est. Deceptus ob eam rem, ex empto actionem habebit. Itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur.

Hæc 1. docet, ex reticentia etiam teneri venditorem emptori ex empto, si sciens domum, quam vendebat pro aquæ publicæ forma (nam male interpres hujus *l.* intelligit de aqua privata) pro aquæductu, qui inf. eam domum, ut ait κατὰ τῆς οἰκίας, id est, subter eam domum transibat, meabat, publico debere annuam pensitationem, reficiendi, vel purgandi aquæductus causa, inconsulto reticuerit, et celaverit emptorem ignorantem, ut scilicet vel præstet emptori, quanto minoris esset domum empturus, si ea de re certioratus fuisset, ut *l.* 39. *sup. h. t. et l.* 13. *in princ. h. t.* Cui autem datur actio, et exceptio multo magis, ut est in regula juris. Unde et in hac specie convento emptori actione ex vendito pretii nomine, dabitur exceptio doli mali, ut ob eam rem, quam dolo malo reticuit venditor ob annuam pensitationem, quam pro aquæductu domus fisco debet, pretii deminutio fiat: vel quia ipso jure exceptio doli mali inest actioni bonæ fidei, nec opponi eam vel allegari necesse est, ut est certissimum, arbiter bonæ fidei hujus improvisi oneris, ut ait, quod domui impositum esse nesciebat, neque præviderat emptor, rationem habebit, et eo nomine pretium quanti domus venit, minuet. Onus hoc est prædii, sive domus, non personæ: si personæ esset, non sequeretur emptorem, ut *l. Imperatoris* 7. *de Publican.*

L. 42. exposita est supra in *l.* 22.

Ad L. XLIII. XLIV. et XLV.

L. XLIII. Titius cum decederet, Sejæ Stichum, Pamphilum, Arescusam per fideicommissum reliquit, ejusque fidei commisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret: cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset, nec tamen hæredem a sua petitione liberasset: hæres eadem mancipia Sempronio vendidit, nulla commemoratione fideicommissæ libertatis facta. Emptor cum pluribus annis mancipia suprascripta sibi servissent, Arescusam manumisit. Et cum ceteri quoque servi cognita voluntate defuncti, fideicommissam libertatem petissent, et hæredem ad prætorem perduxissent, jussu prætoris ab hærede sunt manumissi. Arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere responderat. Cum emptor pretium a venditore empti judicio, Arescusæ quoque nomine repeteret: lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur, Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. Ego cum meminissem et Julianum in ea sententia esse, ut existimaret, post manumissionem quoque empti actionem durare, quæro, quæ sententia vera est? Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his, quem erudierat, fecerat, ei restituerentur. Item quæro: Arescusa, quæ recusavit emptorem patronum habere, cujus sit liberta constituta, an pos-

sit, vel legatariam, quæ non liberavit, vel hæredem patronum habere? Nam ceteri duo ab hærede manumissi sunt. Respondi: semper probavi Juliani sententiam, putantis (manumissione non amittitur eo modo) De sumptibus vero quos in erudiendum nominem emptor fecit, videndum est. Nam empti judicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. Plane si in tantum pretium excidisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa: veluti si ponas agitatorem postea factum, vel Pantomimum, evictum esse eum, qui minimo venit pretio, iniquum videtur, in magnam quantitatem obligari venditorem.

L. XLIV. Cum et forte idem mediocrium facultatum sit, et non ultra duplum periculum eum subire oportet.

L. XLV. Idque et Julianum agitasse Africanus refert: quod justum est. Sicut minuitur præstatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur.

Species ad quam hæ tres *ll.* pertinent hæc est. L. Titius testamento suo Sejæ legavit tria mancipia Stichum, Pamphilum, Arescusam, et verbis fideicommissi Sejam rogavit, ut post annum ea mancipia manumitteret: Seja legatum repudiavit, hæredem tamen non liberavit. Quod quare ita proponatur, explicatur in hac l. illo loco: *Item quæro: Arescusa, etc.* Seja igitur legatum quidem repudiavit, sed hæredem non liberavit actione ex testamento, actione legati. Unde nota obiter, repudiationem legati non liberare hæredem, a quo legatum relictum est, non perimere actionem ex testamento: quod etiam colligere licet ex *l. Imperator* 70. *de leg.* 2. *et l. si filius* 53. §. *ult. de fideicomm. liber.* Hæredem liberat acceptilatio, actione scilicet ex testamento deducta in stipulationem Aquilianam: atque ita novata obligatione ex testamento, et mox per acceptilationem exstincta hærede interrogante: acceptum fers? Legatario respondente, acceptum fero. Hæredem etiam liberat pactum de non petendo legato factum inter eum et legatarium. Acceptilatio eum liberat ipso jure, pactum ope exceptionis. Repudiatio autem legati nullo modo eum liberat: quia fit sine hærede, nullo hac de re cum hærede habito sermone, fit legatario solo spernente legatum, et dicente nolle id ad se pertinere: quod quid cavillamur? quid aliud est, quam repudiare, dicere se nolle legatum, se non amplecti legatum? ut *l. filium* 60. et *l. ut plurimum* 70. *de acquir. hæred.* Post repudiationem autem legati heres mancipia vendidit alteri, nulla facta mentione fideicommissariæ libertatis, quæ a legatario mancipiis relicta erat, cujus forte hæres ipse ignarus erat, et cum per repudiationem legatarii mancipia remaneant apud hæredem, proculdubio ipse, quamvis ab eo non sit relicta fideicommissaria libertas, sed a legatario, post annum mancipiis debet præstare libertatem, quia apud eum remanserunt cum sua causa: et recte igitur mancipia petunt libertatem ab hærede: Stichus et Pamphilus apud pretorem fideicommissariam recte petunt ab hærede libertatem. Arescusa etiamsi, ut hic ponitur, emptor jam eam manumiserit, recte petit, ut hæredem patronum habeat, ac si ab eo manumissa esset, non emptorem. Hæc electio ei datur constitutionibus Hadriani et Pii, ut manumissa ab emptore eligat, quem malit patronum habere, emptorem, an hæredem. Recte igitur petit, ut habeat hæredem patronum, ut hæres ei sit pro manumissore, quia et ab hærede ei fideicommissaria libertas debebatur, antequam ab emptore manumitteretur. At quæritur: an re ita gesta, ut diximus, puta manumisso Sticho et Pamphilo ab hærede jussu prætoris fideicommissarii, et ultro manumissa Arescusa ab emptore, eaque recusante, tamen emptorem habere patronum, et eligente hæredem, an inquam, emptor adversus hæredem eundemque venditorem habeat actionem ex empto de evictione ad pretium recuperandum, hac ratione, quod sibi neque Stichum, neque Pamphilum servos habere liceat, neque Arescusam libertatem? Et quod attinet ad Stichum et Pamphilum, constat emptorem pretii repetitionem habere quasi fideicommissaria libertas sibi evicerit Stichum et Pamphilum, quos hæres coactus est manumittere jussu prætoris fideicommissarii. Quod vero attinet ad Arescusam, dubium erat, an et Arescusæ nomine emptori pretii repetitio esset? Ulp. dicebat, non esse hac ratione, quia facto suo inquiebat, id est, manumissione sua Arescusam habere desiit, ut *l.* 16. §. *pen. l.* 25. *de evict. l. si hominem* 47. *de Ædilit. edic.* Sed, quod Ulp. non animadvertit facto quidem suo eam servam habere desiit, sed facto suo libertam habere non desiit, sed facto Arescusæ, quæ hæredem elegit patronum. Ideoque Julianus in contrarium, cujus sententiæ acquiescit Paulus, hoc loco, et *l.* 26. *de evict.* dicebat, etiam Arescusæ nomine ad pretium recuperandum agi posse ex empto, eadem ratione, qua et Stichi et Pamphili nomine, quia ut illos servos, sic Arescusam libertatem illi habere non liceret, videlicet Arescusa recusante patronatum ejus, et præoptante patronatum hæredis: quod, ut dixi, potuit ex constitutionibus. Nec enim manumissione emptoris extincta est causa fideicommissariæ libertatis, quæ ei jam ante implicita erat et innexa; antiquior est causa fideicommissariæ libertatis, quam manumissionis

ab emptore factæ: ac proinde ex antiquiore causa Arescusa evicta videtur emptori, electo patronatu hæredis: et consequenter evictionis nomine etiam propter Arescusam emptori est regressus adversus venditorem. At, sicut ostenditur in fine leg. 45. si Arescusa malit emptorem, eundemque manumissorem patronum habere, proculdubio nullus emptori est regressus adversus venditorem, quia nihil ejus interest, cum eam libertam habeat. Denique quod libertam habeat, non æstimatur quidem, quia jus patronatus est inæstimabile. *l.* 5. *in fin. de præscript. verb. l.* 126. *de regul. jur.* Sicut et jus patriæ potestatis dicitur esse inæstimabile, *l. filiusfamilias* 114. §. *sed si, de leg.* 1. Itaque emptor sane non videtur esse locupletior, quod eam libertam habeat: sed profecto non videtur etiam esse pauperior, ut quasi ipsi aliquid absit, qui ultro ancillam manumisit, pretii repetitio competat. Ex diverso quoque, quod emptor libertam non habeat, electo patronatu hæredis, contempto patronatu emptoris, id etiam non æstimatur, sed pretii, quod ei abest, repetitio competit: est enim ejus æstimatio vel taxatio certa. Hinc nascitur altera quæstio, an emptori jussu prætoris ab hærede, Sticho et Pamphilo præstita fideicommissaria libertate, et Arescusæ ab emptore directa libertate sua sponte, Arescusa tamen recusante eum patronum habere, an, inquam, emptori evictionis nomine non tantum detur actio ad pretium recuperandum, quam ante dixi dari, sed etiam ad sumptus quos in eruditionem unius servi fecit. Et ita omnino videtur dicendum, imo dicendum est: quia actio ex empto de evictione non tantum pretium continet, quod numeravit emptor, sed etiam omne quod interest emptoris, servum non evinci, *l.* 70. *de evict.* quæ cum sit ex eodem lib. est conjungenda cum *hac l.* 43 *et* 45. Ergo actio ex empto de evictione, (ut et aliis exemplis id demonstretur) continet et erogationes, et impendia, si quæ præter pretium fecit emptor ejus emptionis causa, ut si quid dedit paratio (*un maquignon*) vel uxori venditoris, vel fisco: nam pro emptione inferebatur fisco aliquid, *l. debet* 27. *de Ædil. edic.* vel etiam si quæ per eum servum acquirere potuit, si evictus non fuisset, *l. venditor* 8. *de evict.* vel etiam, qua de re hic agitur, si quos sumptus fecerit in erudiendum hominem, quem emerat, quique ei postea evictus est, an quantoscunque sumptus fecerit? Minime: actio ex empto de evictione, non continet quantoscunque sumptus, quos in eruditionem servi empti emptor fecit, non continet immanes, ingentes, immensos sumptus, ut si (quo exemplo utitur) agitatorem eum fecerit, id est, si cum agitatoris artem, quæ in magno pretio erat in ludis Circensibus, addiscere curavit suis sumptibus, vel si eum fecerit Pantomimum, cujus tacentis parata promptaque est manus; quæ ars erat admirabilis et pulchra ad significationem rerum et affectuum omnium quamobrem et χειρόσοφος appellatur et χειρόνομος. Ad has artes non pervenitur sine sumptu maximo: et ii quidem sumptus maximi non continentur, non veniunt in actionem ex empto de evictione; sed ut eleganter ait, veniunt tantum ad finem dupli, id est, quanti servus venit duplotenus ut si venit decem, ad finem viginti, non ultra. Eleganter Seneca: *vitiosum est utique, quod nimium est.* Et omnino, ut ait, si in tantum pretium hominis arte aliqua instructi sumptibus emptoris excedisse proponatur, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa, iniquum est, venditorem, ut ait *l.* 44. forte facultatibus mediocrem in tantam summam teneri emptori. Denique iniquum est, eum teneri ultra duplum pretii: quod enim duplum excedit, nimium est: nimium autem resecare bonæ fidei judicio convenit. Et Florentiæ *h. l.* recte legitur: *Si in tantum pretium excedisse proponas*, sicut apud Varronem, *accedisse*, pro *accessisse*; *accederat* pro *accesserat*: in *l. ult. de acquir. hæred.* et *decederit*, pro *decesserit l.* 27. *de legat.* 3. et quod est evidens, *tollisse obligationem* in *l.* 15. §. 4. *de accept.* Hæc vero dupli ratio in æstimationem ejus quod interest, etiam servatur aliis in causis, ut si venditor non caveat habere licere, *l.* 11. §. *ex empto, sup. h. t.* non tamen in omnibus causis, quod notandum hoc jure. Justiniani constitutio generalis est de eo quod interest, non inquam in omnibus causis hoc jure, in repetendis sumptibus eruditionis servatur ratio dupli, in habenda ratione ejus quod interest emptoris, ob non præstitam cautionem *habere licere*, servatur ratio dupli: non in omnibus causis, non si quis sciens hominem vel rem alienam dolo malo ignoranti vendiderit, *l.* 45. illo loco: *In omnibus tamen his casibus*, inquit, *si sciens quis alienum vendiderit omnimodo teneri debet. Omnimodo*, id est, etiam ultra duplum, propter dolum malum, ut Martinus interpretatur recte. Non item servatur ratio dupli si venditor nolit tradere rem venditam qua perfidia nulla est major, quod ostenditur, et ibi interpretatus sum latius in d. §. *ex empto.* In hac vero causa de sumptibus factis in eruditionem empti hominis, ut melior et eruditior et pretiosior fieret, ratio sumptuum merito habetur usque ad duplum pretii, quanti servus evictus venit in judicio ex empto quoniam, ut ait in *l.* 45. utve significatur in ea lege, eadem est ratio accessionis, et decessionis, eadem ratio pretiosioris facti servi et depretiati servi, aut vilioris facti servi. Ergo sicut augetur præstatio pretii, servo meliore facto cura sumptuque emptoris: augetur autem usque ad duplum: ita etiam ex contrario, servo deteriore aut viliore facto

apud emptorem diminuitur præstatio pretii: nec evicto servo totum pretium quod emptor venditori dedit, ei restituitur judicio ex empto: deducitur enim ex eo prius id, in quo servus deterior viliorve factus est. Neque est, quod huic loco objiciatur *l. ex mille* 64. *de evic.* quoniam non loquitur de actione ex empto, de qua hic agitur; sed de actione ex stipulatione duplæ: inter quas sæpenumero distinguendum est, et in hac maxime causa ut fusius docui 8. *ad Africanum* tractans de hac ipsa quæstione.

Ad §. 1. *Illud L. XLV.*

§. 1. *Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris, et in eam ego ædificavero, atque ita eam dominus evincit. Nam quia possum petentem dominum, nisi impensam ædificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. Quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas præstare debeat. Quod si emptor non possideat ædificium vel servum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus si sciens quis alienum vendiderit omnino teneri debet.*

Dixi, servo vendito evicto, in libertatem domini testamento relictam per fideicommissum, emptori dari actionem ex empto adversus venditorem: non tantum ad pretium reciperandum, sed etiam ad sumptus, quos fecit emptor in erudiendo et meliorando servo quamdiu servus apud eum fuit, non quidem in infinitum, non immanes et immoderatos sumptus, sed ad modum finemque dupli. Idem non servari in §. 1. ostenditur area vendita: nam si emptor aream meliorarit, puta ædificio in ea posito suis sumptibus quia ædificium cessit solo, si ædes evincantur a domino, emptor actione ex empto non potest agere cum venditore de sumptibus factis in extruendo ædificio, quia de se ipse emptor queri, et sibi imputare debet, quod domino vindicante ædes eos sibi sumptus non servaverit, ut potuit, per retentionem ædium, opposita exceptione doli mali, *l. si in area* 33. *de cond. indeb. l. sumptus* 48. *de rei vind. l. si quis sciens* 11. *C. eod. tit. l. Paulus* 14. *de dol. except. l.* 14. *com. divid. l.* 32. §. *Lucius, de usufr. leg. l. sed si vir*, 31. §. *si vir, de donat. inter vir. et uxor.* Vel etiam imputare sibi emptor debet, quod nunc non agat adversus dominum, qui ædes evicit, nulla habita ratione sumptuum: quod, inquam, nunc non agat adversus dominum condictione incerti, quam habet quasi plus debito præstiterit, cum imprudens domino ædes restituit, non deductis sumptibus ædificationis, puta, pretio materiæ et mercedibus fabrorum ut *l.* 21. *inf. ad Trebell. l. qui exceptionem* 40. §. *si pars, sup. de condict. indeb.* Et hoc quidem ita procedit, non tantum area vendita, sed etiam servo vendito, quem si emptor meliorem et pretiosiorem fecerit suis sumptibus, ac postea evincatur a domino in servitutem quasi proprius servus, non potest eos sumptus emptor imputare venditori, vel repetere a venditore, puta, sumptus eruditionis et mercedes magistrorum; eadem ratione: quia vindicante domino servum, proposita exceptione doli mali, per retentionem servi eos sumptus sibi servare potest, *l. apud* §. *si minor, de dol. except. l.* 1. *C. de infant. expos.* Cur ergo hac ratione sibi non prospexit, quæ expeditissima est, puta retentione rei, quæ vindicatur? Et ratio differentiæ inter has duas species, areæ venditæ et inædificatæ ab emptore, ac postea evictæ a domino et servi venditi et melioris effecti ab emptore ac postea evicti a domino in servitutem: inter has, inquam, duas species et eam, de qua præcipue agitur in specie *h. l. et l.* 43. ratio differentiæ est evidens: quia quæstio de qua præcipue agitur, quæ proposita est initio *l.* 43. aut quæ cœpit *a lege* 43. est de servo vendito, qui se ipse evicit in libertatem sibi debitam, invocato auxilio Prætoris, ubi sane non est unde emptor, cui servus eripitur per libertatis causam, sumptus retineat. Ergo deficiente emptori remedio retentionis, recte dictum est, sumptuum nomine, quos fecit in eruditione servi, regressum eum habere adversus venditorem: nam et eadem ratione, si ædificium, quod areæ venditæ imposuit emptor, vel si servum venditum, quem meliorem et pretiosiorem fieri curavit suis impensis, emptor non possideat, quia hoc etiam casu, cum non possideat rem, non habet quod retineat in lite proprietatis, vincente domino ædium, vel in causa liberali, domino servi, tunc salva est emptori adversus venditorem repetitio sumptuum, quæ est sententia *l.* 9. *C. de evict.* si modo emptor sua sponte, aut culpa sua rei possessionem non amiserit, ut *l. si rem* 20. §. 1. *inf. de evict.*

Ad §. 2. *Superest.*

§. 2. *Superest tertia deliberatio, cujus debet esse liberta Arescusa, quæ recusat emptorem? et non sine ratione docetur, ejus debere effici libertam, a quo vendita est, id est, hæredis: quia et ipse ex empto actione tenetur. Sed hoc ita si non Arescusa elegerit emptoris patronatum. Tunc etenim et illius remanet liberta, et ille ex empto*

actionem non habet, quia nihil ejus interest, cum eam libertam habet.

Superest tertia quæstio, quæ vertitur circa eandem speciem, quæ proposita est initio *l.* 45. an sicut Arescusa manumissa ab emptore optionem habet, ut vel eligat emptorem patronum, vel hæredem, an possit etiam legatarium, sive Sejam legatariam eligere ut patronam: quia etsi repudiaverit legatum, tamen residet adhuc in legatario aliquid ex pristino jure legati, propterea quod non liberavit etiam hæredem actione ex testamento, ut initio propositum est? At hæc quæstio facillime expediri potest, ad quam etiam paucis Paulus respondet in *h. l.* 45. Quæstio ipsa proponitur in *l.* 45. Respondet, inquam, non posse legatarii vel legatariæ patronatum eligi. Sed si Arescusa non elegerit emptorem, omnino eligere eam debere hæredem: cum et hæres eo nomine ex empto teneatur emptori, quod per causam fideicommissariæ libertatis, quam ab hærede solo Arescusa petere potuit, non a legatario quia repudiavit, emptori Arescusam libertam habere non licet, ut animo præsumpserat, eam manumittendo. Et nihil est præterea, quod pertineat ad hanc quæstionem.

Ad L. XLVI.

Si quis alienam rem vendiderit, et medio tempore hæres domino rei extiterit, cogetur implere venditionem.

Venditio rei alienæ satis illicita est, ut ait *l.* 1. *C. de comm. rer. alien.* sane valde imbecilla est, quoniam res emptori a domino evinci potest. Sed si is, qui vendidit rem alienam prudens vel imprudens, nihil refert, medio tempore, id est, ante traditionem rei, domino rei hæres exstiterit, convalescit omni ex parte et confirmatur emptio venditio, adeo ut venditor, qui postea rei factus est dominus ante traditionem, venditionem explere cogatur, perinde atque si ab initio dominus rei fuisset. Impletur venditio traditione, perficitur nudo consensu, sicut nuptiæ perficiuntur nudo consensu, implentur concubitu. Simili autem modo pignus rei alienæ, quod jure nullum est, convalescit, si is, qui rem alienam pignoravit, domino hæres exstiterit, *l. rem alienam* 41. *de pignor. act.* Posui venditorem, antequam rem traderet, dominium ejus rei adeptum. Verum et si post traditionem ejus rei dominium adpiscatur, idem dicam, videlicet perinde esse, atque si ab initio venditor ejus rei dominus fuisset, ut *l. si a Titio* 73. *de rei vindic. l. vindicantem* 17. *de evict.*

Ad L. XLVII.

Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas sub pœna certa, ita ut, si non integras repræstaverit intra statuta tempora pœna conveniatur, partem datis materiis, decessit. Cum igitur testator in pœnam commiserit, neque hæres ejus reliquam materiam exhibuerit, an et in pœnam et in usuras conveniri possit? præsertim cum emptor mutuatus pecuniam, gravissimas usuras expendit. Paulus respondit: ex contractu, de quo quæritur, etiam hæredem venditoris in pœnam conveniri posse, in actione quoque ex empto, officio judicis. Post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere.

Vendidisti mihi materias ad ædificandum, et pretii nomine certam pecuniam accepisti, quam mutuo sumpseram sub usuris gravissimis, et id actum est inter nos, ut totas eas materias mihi traderes, sive ut loquitur, *repræstares*, ut *l. mulier* 22. §. 1. *ad Trebell.* intra certum tempus, subjecta stipulatione pœnæ nomine, quam incurreres, tardius traditis materiis: tu partem materiarum tradidisti intra constitutum tempus et conventum, non integras materias in pœnam commisisti, in pœnam incidisti, quia non, ut convenerat, integras materias, id est, totas, intra tempus obtulisti et tradidisti. Quod si te defuncto etiam hæres tuus reliquam materiam non tradiderit, non tantum in pœnam conveniri potest, sed etiam in usuras pecuniæ mutuatitiæ, quas ut pretium solverem, fœneratori expendi. Potuit hæres reliquam materiam tradendo purgare moram defuncti, quod præcipue ex hoc loco censet Baldus esse notandum, et Paulus Castrensis. At ut hic proponitur, nec hæres reliquam materiam tradidit. Igitur pœnam petam recte actione ex stipulatu. Usuras autem pretii ex tempore moræ, id est, ex die, quo omnem materiam mihi tradi oportuit, consequar officio judicis, apud quem ago ex empto, quanti mea interest, materiam totam mihi suo tempore traditam esse. Bene *officio judicis*: nam in bonæ fidei judiciis usuræ veniunt, quæ in stipulatum deductæ non sunt, officio judicis, *l. quæro*, *tit. seq. l.* 49. *in fin. h. t. l. fructus* 13. *C. eod. tit.* At quæso observa ex hoc loco, pœnæ causam esse individuam, quia non nisi universa sorte præstita pœnæ obligatio dissolvitur, *ut in l. exsecutione* 85. §. *pen. de verb. oblig. l. hæredes* 25. §. *idem juris*, *fam. ercisc.* Et si objiciatur lex 13. §. *ibidem Papin. sup. h. t.* responde, ut ibi respondendum esse docui. Illud etiam observa maxime, in specie proposita utrumque deberi emptori, pœnam et usuras pretii soluti, nec unius solutionem vel exactionem consumere aut minuere exactionem alterius, quod prima fronte mirum videbitur. Sed ratio hæc peculiaris est, quia pœna non est promissa pro usuris pretii, quas intulit emptor fœneratori suo, sed pro re, quæ non tota

tradita est ; si rem quis persequeretur et pœnam pro re promissam diversis actionibus, idem bis persequeretur, nec esset ferendus, *l. si duo, si quis caut. l. apud* 4. §. *Labeo, de dol. except. l.* 28. *sup. h. tit.* Et similiter si usuras persequeretur et pœnam pro usuris, idem bis persequeretur, quod genus est prædæ, quam bona fides non patitur. At cum pœnam persequitur pro re, usuras autem non rei, sed pretii, diversis actionibus, bis idem non persequitur. Itaque recte hanc legem sic Paulus Castrensis solus accipit congruenter verbis legis, ut utriusque emptori persecutio sit, pœnæ et usurarum, et tamen rationem hujus sententiæ, quæ est verissima et summe notanda, perspicue nequivit expedire.

Ad L. XLVIII.

Titius hæres Sempronii fundum Septicio vendidit ita : fundus Sempronianus, quicquid Sempronii juris fuit, erit tibi emptus tot nummis : *vacuumque possessionem tradidit, neque fines ejus demonstravit. Quæritur an empti judicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hæreditariis, quid juris defunctus habuerit, et fines ostendere. Respondi, id ex ea scriptura præstandum, quod sensisse intelliguntur. Quod si non appareat, debere venditorem et instrumenta fundi, et fines ostendere. Hoc etenim contractui bonæ fidei consonat.*

Qui hæres exstiterat Sempronio, fundum Sempronianum vendidit, et quicquid, ut dixit, in fundo Sempronii juris fuit. Generalis est sermo, in quo tamen nulla fraus delitescebat, quia nihil sciens reticebat, quod scire emptoris interesset. Fines quidem fundi non demonstravit et terminos, sed citra dolum malum. Quæritur, an post traditam fundi possessionem vacuam emptori, impletumque contractum, adhuc conveniri venditor possit actione ex empto, ut fines fundi demonstret, ut ex instrumentis hæreditariis doceat, quid juris in eo fundo defunctus Sempronius habuerit: nam in instrumentis fundorum plerumque continetur longitudo et latitudo fundorum et fines, *l. ult. sup. de pig. act. in instrumentis auctoritatum*, ut ibi legitur, *in instrumentis originum, l.* 24. *C. de fideicom.* quæ vulgo titulos appellamus, *les titres.* Denique hoc quæritur : an venditor conveniri possit, ut specialiter et subtilius explanet, quod dixit generaliter, ut palam dicat quid quantumque juris in eo fundo Sempronius habuerit, et quatenus ? Et Scævola respondet, bonam fidem exigere, ut id venditor faciat, *id ex ea scriptura*, inquit, quod non est ita accipiendum, ac si emptione venditione hujusmodi facta in scriptis, sed *ex ea scriptura*, id est, ex verbis, quibus proposuit initio, qui Scævolam ex scripto consulebat factam emptionem venditionem, id omne præstet venditor, quod emptor petit, nisi appareat aliud sensisse contrahentes. Quia vero dixit, ex instrumentis fundi venditorem debere ostendere emptori fines fundi, non debere etiam eum ipsa instrumenta fundi tradere emptori, *les titres* : inde colligitur, quod et verum est, instrumenta fundi venditi authentica manere debere apud venditorem, ea tamen, si quando usus sit, etiam promenda, proferenda, exhibenda, ostendenda emptori. Imo nec ostendenda esse Accursius tentat, opposita *l. cum servo* 63. §. *ult. sup. de contrah. empt.* ubi dicitur demonstratione facta fundi venditi, confines nominare supervacuum esse. At confines ibi dicit, non fines. Et sententia hæc est, satis jam demonstrato fundo vendito, ex nomine et ex finibus : nihil attinet etiam confines possessores nominare, ut similiter definitur *l.* 1. §. *si quis uxori, de dot. præleg.* quicquid demonstratæ rei additur satis demonstratæ, frustra esse. In specie autem *h. l.* satis demonstratus fundus Sempronianus non erat, quia fines ejus demonstrati non erant. Quod autem ait *d. l. cum servo*, confines possessores nominare frustra esse, fundo satis demonstrato, verum quidem est, quod ad demonstrationem ipsam fundi attinet, non etiam quod pertinet ad utilitatem emptoris, si ejus interfuit etiam confines possessores nosse, et venditor eos dolo malo reticuerit, quos si emptor scisset, empturus fundum non erat. Nota est vox de via collecta : *Aliquid mali esse propter vicinum malum.* Hoc enim casu ex reticentia placet venditorem emptori obligari, quod adfines non nominarit, *l. quod sæpe* 35. §. *ult. de contr. empt.*

Ad L. XLIX.

Qui per collusionem imaginarium colonum, circumveniendi emptoris causa, supposuit, ex empto tenetur : nec defenditur : si quo facilius excogitata fraus occultetur colonum, et quinquennii pensiones in fidem suam recipiat.

Qui fundum vendebat decipiendi emptoris causa ut carius emeret, ut incenderetur emendi cupiditate, supposuit imaginarium colonum, cum quo colludebat, qui fingeret se magno conducere eum fundum, cum et venditor adsereret se eum magno locare : supposuit ita falsum colonum : hic nihil reticuit, sed vanitatem orationis, et fallaciam summam adhibuit : quæ fraus similis illi est, quam M. Tullius refert. 3. Offic. de Pythio, qui Syracusis ut carius hortulos suos venderet quos habebat mari proximos, Cannio cuidam, quem sciebat hortulos aliquos habere velle, quo invitare amicos, et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset, invitato eo in hortos suos ad cœnam, supposuit piscatores, qui

ante hortulos suos se piscari fingerent, et magnam vim piscium, quos paratos haberent, quasi tunc ibi primum captos, ante pedes cenantium abjicerent, ut ita persuaderet Cannio, quod et adserebat, illa villa Syracusas carere non posse, illo loco esse quicquid Syracusis esset piscium, ibi aquationem esse, id est, ut D. Ambros. interpretatur recte, ibi dulcis aquæ gratia, innumerabiles pisces convenire, ut etiam in medio mari quibusdam in locis constat esse aquam dulcem, et ibi magnam et ingentem copiam piscium. Aristot. histor. 4.° τῷ ποταμῷ τοὺς ἰχθύας τρέφεσθαι, id est, *præcipue ali pisces aqua dulci*, etiam in medio mari. At vero non est dubium his casibus venditorem teneri ex empto quasi deceperit emptorem. Quod utique verum est in specie *h. l.* etiamsi colonum illum imaginarium, et quinquennii pensionem (nam prædia locare solebant in quinquennium, in lustra, ut censores publica, cujus rei sunt inumera exempla in jure) etiamsi colonum illum, inquam, imaginarium, et quinquennii pensionem in fidem suam receperit, quia id fecit, quo facilius excogitatam suam fraudem occultaret. Nec quicquam ea fidejussio profuit emptori deficiente reo principali, nec enim fuit verus, sed imaginarius colonus, Denique nulla fuit locatio conductio.

Ad §. 1. *Pretii.*

§. 1. *Pretii sorte, licet post moram, soluta, usuræ peti non possunt, cum hæ non sint in obligatione, sed officio judicis præstentur.*

Sequitur in *h. l. pretii sorte, etc.* Certum est usuras pretii tardius soluti, post traditionem vacuæ possessionis venire in actionem ex empto, *l.* 13. §. *ex vendito, sup. h. t.* Venire, inquam, officio judicis potius, quam potestate actionis, ut diximus in *l.* 47. Ex quo sequitur, quod est in hoc §. 1. Pretii sorte soluta venditori, post moram emptoris qua solutione sublata est sortis obligatio, sive actio ex empto de pretio usurarum persecutionem nullam superesse: quia non sunt in obligatione, sed præstantur officio judicis addicti actioni ex empto, de sorte pretii, quæ cum sit perempta solutione, et officium quoque judicis in illa re nullum superest, ut in *l. centum* 8. *de eo quod cert. loc.* Officium judicis adhibetur certis actionibus, non per se solum exhibetur. Idemque dicendum est si judex, apud quem agebatur ex vendito in sortem tantum pretii condemnaverit emptorem, nec ullam usurarum rationem habuerit *l.* 4. *C. depos.* Neque enim ulla superest petitio usurarum, nisi in stipulationem deductæ sint, *l.* 1. *C. de judic.* Alia est ratio usurarum, quæ debentur ex contractu, alia earum quæ debentur officio judicis.

Ad L. L.

Bona fides non patitur, ut cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditæ debere desiisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur, et re sua carere. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor æque amitteret, utpote cum petenti eam rem emptor exceptionem rei venditæ et traditæ objiciat: ut perinde habeatur, ac si petitor ei neque vendidisset, neque tradidisset.

Hæc *l.* est de emptore, qui venditori pretium debere desiit *alicujus legis beneficio*, ut ait: cedo, quæ lex tam iniqua, quæ liberet debitores, et quæ tolerari possit. Multa afferunt exempla: alii de restitutione in integrum, quæ datur minori vigintiquinque annis adversus creditorem, a quo circumscriptus est. Male: nam hic ipso jure non liberatur, sed extra ordinem ei succurritur, ne in damno versetur, non absolvitur legis alicujus beneficio, sed subvenitur ei auxilio Prætoris. Alii ponunt exemplum in eo, qui hoc impetravit a Principe ne quid deberet creditoribus. Hoc vero nunquam inveniens ab ullo Principe impetratum fuisse. Impetratur quidem hoc sæpe, ne quis conveniatur a suis creditoribus intra quinquennium, sed ut omnino absolvatur, hoc neque statuit Princeps unquam neque statuere potest. Alii ponunt exemplum in L. Julia de cessione bonorum, id est, quæ permittit cessionem bonorum, evitandi carceris causa: quoniam ex hac l. qui cessit bonis non liberatur, non desinit debere, sed desinit posse conveniri in solidum: ceterum ubi locupletior factus fuerit, debiti exactio est. Non fuit igitur exstincta per cessionem bonorum, sed suspensa tantum actio fuit, quoad debitor solvendo esset. Nihil est certius. At non est hac in re laborandum. Nullum est proprius et convenientius exemplum, quam quod sæpe factum in urbe Roma, legis promulgatæ novarum tabularum, sic vocabatur, qua plebs solvebatur ære alieno in totum, vel ex parte, seditionis alicujus sedandæ gratia: sic beneficio legis novarum tabularum, debitores esse desinunt: quod ut dixi crebro factum est Romæ. Exempla sunt in auctoribus innumera, et potissimum in Cæsare de bello civili *lib.* 3. duobus aut tribus locis. Idem factum est crebro Athenis, ut Auctore Solone, qui hanc legem proprio nomine σεισάχθειαν appellavit. Et ita hoc genere, si forte emptor venditori pretium debere desiit, actione ex empto de re sibi tradenda agere non potest, quia æquitas et bona fides non patitur, ut rem habeat emptor, venditor pretium non habeat. Qua ratione, etiamsi post traditionem rei emptor beneficio novarum tabularum pretium debere desierit vendi-

tori rem vindicanti (quod potest, si fidem non habuerit de pretio, quia traditione dominium ab ipso non abscedit ante solutionem pretii, *l. quod vendidi* 19. *de contrah. empt.*) emptor ei non potest utiliter opponere exceptionem rei venditæ et traditæ, qui pretium debere desiit, neque ultro id vult venditori solvere ex fide bona. Hæc exceptio datur tantum ei, qui pretium solvit, *l. si a Titio* 72. *de rei vind. l.* 2. *de except. rei vend.* Non soluto pretio, aut non habita fide de pretio perinde est, ac si venditor idemque petitor, id est, qui rem venditam et traditam vindicat, nec tradidisset, nec vendidisset, imo et habita fide de pretio putarem hoc casu venditori non obstare exceptionem rei venditæ et traditæ. Denique beneficio novarum tabularum, liberato emptore, rescindendam traditionem esse.

Ad L. LI.

Si et per emptorem et venditorem mora fuisset, quo minus vinum præberetur, et traderetur: perinde esse ait, quasi si per emptorem solum stetisset. Non enim potest videri mora per venditorem emptori facta esse, ipso moram faciente emptore.

§. 1. ***Quod si fundum emisti ea lege, ut des pecuniam Calendis Juliis, etsi ipsis Calendis per venditorem esset factum, quo minus pecunia ei solveretur, deinde per te staret, quominus solveres, uti posse adversus te lege sua venditorem dixi: quia in vendendo hoc ageretur, ut quandoque per emptorem factum sit, quo minus pecuniam solvat, legis pœnam patiatur. Hoc ita verum puto, nisi si quidem in ea re venditor dolo fecit.***

Labeo initio *h. l.* indistincte ait, si et per emptorem et per venditorem mora fuerit, quo minus vinum venditum præberetur, forte degustandum vel admetiendum, et traderetur, puta emptori, oblato vino congruo loco et tempore, sine justa causa mora faciente in eo degustando, admetiendo, accipiendo, et alia vice venditore interpellato et admonito vinum tradere, faciente moram in tradendo eo: hoc casu emptori potius nocere, quam venditori moram adhibitam, quasi non videatur venditor moram fecisse, cum et ipse emptor moram fecerit. Verum hanc sententiam Labeonis Pomponius in *l. illud* 15. *de peric. et comm. rei vend.* temperat, adhibita distinctione temporis, ut si posterior fuerit mora emptoris, ei noceat potius quam prior venditori, et e diverso si posterior fuerit mora venditoris, ei noceat potius quam prior emptori: quod et in aliis negotiis observatur, *l.* 17. *de constit. pecun. l. Celsus* 23. §. *ult. et l. seq. de recept. qui arbit.* Similiter modo, si fundo vendito ea lege, ut pretium solveret emptor Calend. Juliis, quo die venditor pecunia indigebat, adjecta pœna, si ad eam diem non solveret, si per venditoris moram steterit, quo minus ea die pretium acciperet, ac deinde per emptoris moram, quo minus post eam diem interpellatus pretium solverit, posterior mora nocet emptori potius, quam prior venditori, et pœna committitur, quia id actum videtur, ut quandocunque per emptorem mora fieret, pœna committeretur, quia ut cum arbiter vel judex jubet pecuniam dari Cal. Juliis, duo huic jussioni præcepta insunt: unum pecuniam dari, alterum Calend. Juliis dari, ita ut si Calendæ præterierint, non ideo liberetur debitor *d. l. Cels.* §. *pen. c. cum delicti* 6. *extra, de dolo et contum.* Ita huic legi venditionis duæ insunt conventiones, ut solvat Calend. Juliis, et ut solvat quandoque, ante vel post Calendas: quæ est sententia §. 2. Cui tamen additur hæc exceptio: nisi si quid ea in re venditor dolo fecit, utpote si data opera pecuniam distulit accipere, ut ejus pecuniæ solutionem traheret in tempus, quo sciebat emptori incommodum fore eam pecuniam solvere.

Ad L. LII.

Creditor fundum sibi obligatum, cujus chirographa, tributorum a debitore retro solutorum, apud se deposita habebat, vendidit Mævio ea lege, ut si quid tributorum nomine debitum esset, emptor solveret. Idem fundus ob causam eorum tributorum, quæ jam soluta erant, a conductore saltus, in quo idem fundus est, venit eumque idem Mævius emit et pretium solvit: quæsitum est, an empti judicio vel aliqua actione emptor a venditore consequi possit, ut solutionum suprascriptarum chirographa ei dentur. Respondit, posse emptorem empti judicio consequi, ut instrumenta, de quibus quæreretur, exhibeantur.

Creditor jure pignoris fundum debitoris vendidit ea lege, ut si quid tributorum præteritorum nomine fisco deberetur, id solveret emptor: publicanus sive conductor saltus publici, in quo idem fundus erat, sub specie non solutorum tributorum fundum vendidit, quasi publico pignoratum tacito jure tributorum nomine, in quo privilegium habet fiscus. Vendidit autem eum fundum eidem, qui et eum emerat a priori creditore: qui publicano pretium solvit, bis solvit pretium ejusdem rei, semel creditori, et iterum publicano. Ex quo loco intelligitur verum esse, quod Ælius Gallus Jurisconsultus ait apud Festum: saltum esse, ubi sylvæ et pastiones sunt, licet in eo saltu sit ager quidam cultus sive fundus, quod idem est. Nec enim

ea res perimit nomen saltus: sicut nec fundi nomen, si qua particula in eo fundo sylvam et pastionem habet, *l.* 32. *de usuf.* At nondum peregi speciem hic propositam. Publicanus, ut dixi, sub specie tributorum non solutorum fundum vendidit eidem emptori, quæ tamen tributa jam soluta erant, quantum apparebat ex chirographis solutionum, id est, ex apochis quæ apud se deposita creditor, qui prius vendidit, habebat: non tenetur quidem creditor, qui pignus suo jure vendidit actione ex empto evictionis nomine, ne ad pretium restituendum quidem, *l.* 11. §. *sententiam*, *sup. l.* 1. *et* 2. *C. cred. evict. pig.* attamen tenetur actione ex empto emptori forte acturo cum publicano condictione indebiti, ut apochas quas habet, exhibeat, quibus fretus emptor adversus publicanum fundet vel muniat intentionem suam. Notandum apochas, id est, professiones solutarum pecuniarum debitarum, hoc loco appellari chirographa solutionum.

Ad §. 1. *Prædium.*

§. 1. *Prædium æstimatum, in dotem a patre filiæ suæ nomine datum, obligatum creditori deprehenditur. Quæsitum est, an filius, qui hæreditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset, dote contenta: actione ex empto teneatur, ut a creditore lueret: et marito liberum præstaret. Respondit teneri.*

Si pater prædium æstimatum, finge aureis 100. filiæ nomine dederit in dotem, instrumento dotali scilicet, ut in *l. si fundum. inf. de fun. dot.* si, inquam, dederit in dotem instrumento dotali, nondum tradiderit, et prædium creditori paterno pignori obligatum deprehendatur, mortuo patre, filius ejus, quem habet in potestate, *qui hæreditatem retinet*, inquit, quod notandum. Suus hæres proprie parentis hæreditatem non acquirit, sed retinet, *l.* 12. §. *ult. de bon. liber. l. si servum* 71. §. *si quis suus. de acquir. hæred.* quia scilicet et vivo patre quasi quodammodo bonorum paternorum dominus esse existimatur, *l. in suis* 11. *de lib. et post.* Et mortuo patre eorum bonorum dominium continuare potius quam acquirere, continuare vel retinere. Mortuo igitur patre, ut ait, filius ejus qui hæreditatem patris retinet, marito sororis suae, quæ, dote contenta se patris hæreditate abstinuit, actione ex empto tenetur: ut prædium luat, et præstet emptori liberum, actione ex empto, quia æstimatio emptio venditio est, *l. plerumque* 10. §. 5. *et l. quoties* 16. *inf. de jur. dot.* Frustra vero hic agit Accursius de evictione fundi dati in dotem, quia datus fuit instrumento dotali, non naturalis traditionis genere, et non potuit igitur marito evinci, res quæ nondum ei tradita est: denique de traditione hic agitur fundi instrumento dotali in dotem dati, non de evictione præstanda.

Ad §. 2. *Inter venditorem.*

§. 2. *Inter venditorem et emptorem militiæ ita convenit, ut salarium, quod debeatur ab illa persona, emptori cederet. Quæsitum est, emptor militiæ, quam quantitatem a quo exigere debet, et quid ex ejusmodi pacto venditor emptori præstare debeat? Respondit, venditorem actiones extraordinarias eo nomine, quas haberet, præstare debere.*

Ad §. *pen. h. l.* notandum est, militiam in hoc §. vocari administrationem sive officium, quod quis gerit in palatio sive comitatu principis, cujus gratia salaria quædam et commoda, sive annonas de publico percipit. Zonaras in Apostolorum Can. 82. Στρατεἰας eodem modo interpretatur esse administrationes civiles, officia palatina, quales sunt militiæ silentiariorum, quibus silentii cura nocte in palatio Principis, et militiæ adjutorum Quæstoris, quem hodie vocant Cancellarium. Quæstor palatii est qui hodie dicitur *Chancelier.* Adjutores Quæstoris sunt, *les Secretaires, les Rapporteurs, les Grefiers, le Chauffecire.* Ejusdem generis est militia primipili, id est (nam aliter nos accipimus primipilum, quam veteres) militia sive officium, quo fungitur is, cui cura est distribuendæ annonæ militaris. Hæ militiæ legari possunt, et in hæredes transmitti, vel in liberos, etiamsi non sint hæredes, *l.* 22. *de leg.* 2. et pignori dari et emi, vendique: *comme aujourd' huy l' estat de Chauffecire, qui se peut vendre, ou s' il ne se vend, il se continue à jamais à une mesme maison*, eæ inquam militiæ emi vendique possunt, *l.* 5. *C. qui mil. poss. l.* 30. §. *ult. C. de inoffic. testam. Nov.* 35. *et* 53. Et ita in specie *h. l.* proponitur aliquem vendidisse militiam suam, *son office*, ea lege, ut salarium præteritum quod ei certa quædam persona, puta, susceptor tributorum forte debebat, cederet emptori, ut sequeretur emptorem. Ex hac causa venditor in hoc tantum tenetur, ut cedat emptori actiones extraordinarias, quas habet salarii sibi debiti nomine: nam in debitorem ipsum emptori nulla competit actio. Recte ait, *actiones extraordinarias*: nam salarium omne petitur extra ordinem, *l. salarium* 7. *mand. l.* 1. *de extraord. cog.* Quid hoc est, *extra ordinem*? Id est, petitur apud Magistratum ipsum, puta, Pretorem vel præsidem, non apud judicem datum a magistratu. Nam his causis judex specialis non potest addici a magistratu, sed de iis ipsemet magistratus cognoscere debet. Res enim non est ordinarii juris: si esset ordinarii juris posset delegari

judici speciali. At de ordinariis actionibus idem prorsus dicam, ut puta, si quis vendidit fundum, qui alii locatus est ea lege, ut pensiones debitæ venditori, cederent emptori, nam et hoc casu venditor emptori præstare debet actiones ordinarias, præstare debet actionem ex locato, quam eo nomine habet.

Ad §. 2. *Ante domum.*

§. 2. *Ante domum mari junctam, molibus jactis, ripam constituit, et uti ab eo possessa domus fuit, Gajo Sejo vendidit. Quæro, an ripa quæ ab auctore domui conjuncta erat, ad emptorem quoque jure emptionis pertineat? Respondit, eodem jure fore venditam domum, quo fuisset prius, quam veniret.*

In §. *ult. h. l.* hoc ostenditur, eum, qui vendidit domum mari junctam, *uti ab eo possessa fuit*. Hæc fuerunt verba venditoris: *Vendo tibi hanc domum, quæ mari juncta est, uti a me possessa est.* Si is cum domo possedit ripam a se longius projectam, molibus jactis in mare, maris a domo expellendi aut submovendi causa, etiam ripam emptorem sequi debere, non quasi partem domus: nec enim est pars domus; sed quia venditor dixit, domum uti à me possessa est. Licet vero cuique molem in mare jactare, *l.* 3. *ne quid in loc. pub. l. ergo* 30. §. *ult. de acquir. rer. dom.* Ripam dicit pro litore, ut Horatius od. 18. *l.* 2. qui locus huic maxime congruit *Struis domos*, inquit, *marisque Baiis obstrepentis urges submovere litora, parum locuples continente ripa.*

Ad L. LIII.

Si mercedem insulæ accessuram esse emptori dictum est, quanti insula locata est, tantum emptori præstetur: Paulus. *Imo si insulam totam uno nomine locaveris, et amplioris conductor locaverit, et in vendenda insula mercedem emptori accessuram esse dixeris, id accedet, quod tibi totius insulæ conductor debebit.*

In hac lege et sequente proponuntur variæ species, variæ sententiæ Labeonis ex libris πιθανῶν, sive Verisimilium, cum notis Pauli. Insulam mihi vendidisti quam alii locaveras, ita ut mihi mercedes inquilinorum accederent, quæ deberentur, quæve jam debebantur. *Insulam* vocat domum, quæ non est alii contigua, quales erant Romæ complures, quia totius videbatur ædis pluribus locis spargi, ut Cornelius Tac. lib. de morib. Germanorum refert: *Suam quemque domum spatio circundare, sive adversus casus ignis remedio, sive inscitia ædificandi.* Donatus in Adelphis: *Domos, vel portus vel insulas veteres dixisse.* Sane portus dicuntur in 12. tab. illo loco: *ob portum obvagulatum ito: ob portum*, id est, ob domum: *obvagulatum*, id est, acclamatum ito. Labeo autem ait, vendita insula ita, ut emptori pensiones inquilinorum accederent, quanti locata est insula, tantum emptori esse præstandum. Quod Paulus quodammodo notat, quasi dictum nimis generaliter. Nam si conductor majore pretio eam insulam locaverit, emptori præstare venditor debet, non quantum conductor, sed quantum venditor ipse locaverit, vel actionem scilicet, quam eo nomine habet. Nemo prohibetur domum, quam conduxit, alii locare, *l.* 6. *C. de locat.* Et plerunque quam quis conduxit totam uno nomine, unoque pretio aversione, ut loquuntur, eam solet relocare per partes, per cœnacula, quo genere consequitur plus mercedis, quam ipse locatori suo dependat, *l. qui insulam* 30. *tit. seq.* In hac specie emptori accedit, quod conductor venditori debet, non quod conductori debent cœnacularii, sic vocantur, quod nec etiam debent venditori, *l.* 47. § *ult. de jure fisc.* Et ita Labeonem quoque sensisse constat *ex l.* 58. *tit. seq.* Hoc vero nisi dixisset venditor, accessuras scilicet emptori pensiones, proculdubio emptori pensiones non cederent, sed venditori, *l.* 13. §. *si fructib. sup. h. t.*

Ad §. 1. *Si eum fundum.*

§. 1. *Si eum fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec nominatim tibi sepulchrum excepisti: parum habes eo nomine cautum*: Paulus. *Minime, si modo in sepulchrum iter publicum transit.*

Sequitur in §. 1. Si vendidisti mihi fundum, nec tibi recepisti sepulchrum, quod in eo erat, Labeo ait: parum te tibi cavisse videri, ut lenioribus hisce verbis in condemnatione reorum olim judices pronuntiare solebant: *Parum tibi cavisse videris.* Labeo, inquam, ait: parum te tibi cavisse videri, aut quod idem est, parum te habere eo nomine cautum: quia scilicet sepulchrum, quod exceptum non est, emptorem sequitur, sepulchrum per se specialiter vendi non potest; accedere tamen potest venditioni amplioris fundi, quod modico loco continetur, *l. in modicis* 24. *sup. de contrah. empt.* Ambr. 1. *de Abraham c.* 9. *Sæpe*, inquit, *cum alienationib. possessionum venales fiunt, quæ in iisdem locis sepulturæ sunt*, quæ, ut dixi, modico loco continentur. Nec enim mausolæum, meo quidem judicio, sequeretur emptorem. Non sequi etiam emptorem Paulus notat hoc loco sepulchrum, in quod iter publicum transit, id est, quod ædificatum est secundum iter publicum, ut plerunque

Varro scribit 5. de Lingua Latina, *sepulchra fuisse secundum viam publicam*, quo prætereuntes admonerent, et se fuisse, et illos esse mortales: id sepulchrum, quod est secus viam publicam, non videtur in fundo esse: ideoque nec emptorem fundi sequitur.

Ad §. 2. *Si habitatoribus.*

§. 2. *Si habitatoribus habitatio lege venditionis recepta est, omnibus in ea habitantibus præter dominum, recte recepta habitatio est*: Paulus. *Imo si cui in ea insula, quam vendideris, gratis habitationem dederis, et sic receperis*, habitatoribus aut quam quisque diem conductum habet: *parum caveris. Nominatim enim de his recipi oportuit. Itaque eos habitatores emptor insulæ habitatione impune prohibebit.*

Vendidisti domum, et habitatoribus excepisti habitationem tibi etiam potuisses habitationem recipere et reservare, ut *l.* 21. §. *ult. sup.* At non tibi eam excepisti; sed habitatoribus qui tempore venditionis in ea habitabant: Labeo dicebat, omnibus in ea habitantibus habitationem receptam videri, quod Paulus reprehendit, quia inquilinis tantum eam excepisse videris, quibus eam locaveras certa mercede, quoad finitum esset locationis tempus, ut *l.* 13. §. *pen. sup.* Non etiam iis, qui in ea gratis habitabant. *Habitatorum* nomine in jure semper intelliguntur inquilini, qui pro habitatione domino certam mercedem pendunt, expendunt. Si etiam iis, qui in ea gratis vel precario habitabant, excipere voluisti habitationem, parum tibi eo nomine cautum habes, quia nihil de eis specialiter dixisti, sed dixisti generaliter hoc modo: *Habitatoribus aut quam quisque diem conductum habet*: quia in oratione, ut Accursius recte intellexit, est παραδιαζευτις, id est, disjunctio: aut pro conjunctione accipitur, ac si dixisset: *Habitatoribus et ad quam quisque diem conductum habet.* Itaque emptor eos, qui gratis habitabant, expellere potest, non etiam inquilinos, quos tamen alioquin, si eis cautum non esset, impune expellere posset, *l. si merces* 25. §. 1. *tit. seq. l.* 9. *C. eod. tit.* Accursius non absque ratione excipit unum casum, si iis, quibus venditor gratuitam habitationem concessit, vel donavit ad certum tempus, caverit de evictione. Donator donatario se obligare potest evictionis nomine, *l.* 2. *C. de evict.* interposita scilicet stipulatione: nam pactum ad hanc rem non sufficeret, ut Paulus indicat *l. sentent. tit. de donat.* Et sane hoc casu verius est, cavisse venditorem, etiam iis qui gratis habitabant, quibus ipse obligatus erat evictionis nomine, quia et sibi ipsi potius cavit, ne incideret in obligationem.

Ad L. LIV.

Si servus, quem vendideras, jussu tuo aliquid fecit, et ex eo crus fregit: ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti, quod solebat ante venditionem facere, et si id imperasti, quod et aim non vendito servo imperaturus eras: Paulus. *Minime: nam si periculosam rem facere solitus est ante venditionem, culpa tua id factum esse videbitur: puta enim eum fuisse servum, qui per catadromum descendere, aut in cloacam demitti solitus esset. Idem juris erit, si eam rem imperare solitus fuerit, quam prudens et diligens paterfamilias imperaturus ei servo non fuerit. Quid si hoc exceptum fuerit? tamen potest servo novam rem imperare, quam imperaturus non fuisset, si (non) venisset, veluti si ei imperasti, ut ad emptorem iret, qui peregre esset. Nam certe ea res tuo periculo esse non debet. Itaque ea tota res ad dolum malum duntaxat, et culpam venditoris dirigenda est.*

§. 1. *Si dolia octoginta accedere fundo, quæ infossa essent, dictum erit, et plura erunt, quam ad eum numerum: dabit emptori ex omnibus, quæ vult, dum integræ det. Si sola octoginta sunt, qualiacunque emptorem sequentur: nec pro non integris quicquam ei venditor præstabit.*

Certum est, post venditionem et ante traditionem in servanda re vendita venditorem talem custodiam et diligentiam adhibere debere, qualem prudens et diligens paterfamilias servandis rebus suis adhibere solet. Itaque non tantum si dolo, sed et si negligentia, desidia et culpa levi venditoris interim res deterior facta fuerit: periculum sive damnum ad eum pertinet, non ad emptorem, *l.* 31. *l.* 36. *sup. h. t.* videlicet si nondum emptor in re accipienda fecerit moram, alioqui doli tantum nomine venditor tenetur, *l. illud* 17. *de peric. et commod. rei vend.* Unde quæritur, si servus venditus, nec dum traditus jussu venditoris opus aliquod fecerit, cujus occasione sibi crus fregerit: an ea res sit periculo venditoris, quasi culpa ejus deteriore facto servo? Et Labeo dicebat, eam rem non esse periculo venditoris, si modo id ei imperavit venditor, quod solebat ante venditionem imperare, et ille facere, quodque etiamsi hominem non vendidisset, ex more suo imperaturus erat. Reprehenditur a Paulo: quia si ante venditionem jussu domini rem periculosam facere oblitus est, non ideo minus videtur culpa venditoris, qui ei post venditionem eandem rem postquam imperavit, deterior factus est; debuit enim diligentior esse venditor post

venditionem in eo homine servando, quam ante venditionem: nec enim satis est, eam diligentiam præstare, quam suis rebus præstare solet, qui forte earum non admodum diligens est: sed prestanda ea diligentia est, quam quisque diligens et frugi paterfamilias adhibere solet. Non ad suum modum venditor, sed ad modum prudentis patrisfamilias diligens esse debet. Fac solitum servum ante venditionem jussu domini per catadromum ex alto descendere, ex sublimi loco descendere, ex fastigio turris per catadromum: id est, per funem extensum, quem etiam epidromum et peridromum vocant auctore Julio Polluce, et transennam. Fac quod idem est, solidum esse servum jussu domini ambulare per funem in aere extensum, qua re nihil est periculosius. Vel fac, quo etiam exemplo hic utitur, quod æque periculosum est, solitum servum dimitti in cloacam, purgandæ cloacæ, vel quærendæ certæ rei gratia. Vel fac, ut in §. *pen. Instit. de l. Aquil.* solitum demitti in puteum, vel servum solitum ascendere in arborem, quod etiam a periculo non abest. Hæc post venditionem imperare servo venditor non debuit, etiamsi ante venditionem ea imperare consuevit. Major cautio requiritur in servanda re aliena, aliive debita destinataque, quam in re sua. Si sum dissolutus in re mea, an licet etiam mihi esse dissolutus in re aliena? Rursus, etiamsi hos casus, in quibus magnum versatur periculum, excipias a sententia Labeonis, adhuc falsa deprehenditur in eo, quod significat periculum esse venditoris, si rem insolitam et novam servo imperavit, ex quo is servus perierit. Nam etiamsi rem novam imperavit, ut si jusserit servum ad emptorem proficisci, qui peregre erat, et in itinere fuerit a latronibus occisus, sane periculum non est venditoris, quia huic casui resistere non potest. Quapropter concludit tandem Paulus, hac de re non posse certi quicquam definiri: sed totam hanc rem ad dolum malum tantum et culpam venditoris dirigendam esse. Rectissime: quoniam id tantum periculum respicit venditorem, quod contigit dolo vel culpa ejus; cetera pericula respiciunt emptorem.

§. 1. expositus est ad l. 26. supr. eod.

Ad L. LV.

Si servus, qui emeretur, vel promitteretur, in hostium potestate sit, Octavenus magis putabat valere emptionem et stipulationem: quia inter ementem et vendentem esset commercium. Potius enim difficultatem in præstando eo inesse, quam in natura; etiamsi officio judicis sustinenda esset ejus præstatio, donec præstari possit.

Hæc lex hoc docet, valere emptionem venditionem et stipulationem servi capti ab hostibus, ex Octaveno Jurisconsulto: ex quo ejusdem hominis legatum valere relatum est *l. 9. de legat.* 1. Forte spes postliminii facit, ut et ejus rei, quæ bello capta est ab hostibus, inter cives Romanos commercium sit etiamsi præstatio et traditio ejus in facili non sit, nec possit ea res, quamdiu detinetur ab hostibus, de ea re tradenda agi cum effectu, quia officio judicis bonæ fidei sustinetur traditio, donec fieri possit. At difficultas præstationis, quæ magis in re ipsa pro tempore, quam in natura consistit, non vitiat emptionem vel stipulationem, *l. 2. §. ex his, de verb. oblig.* Suspenditur præstatio propter difficultatem. At in hac specie obligatio non perimitur. Longe alia est ratio impossibilitatis. Impossibilitas vitiat stipulationem, non difficultas: hæc non est in natura. Unde et impossibilis conditio definitur, cui rerum natura impedimento est, §. *si impossibilis, Instit. de inutil. stipul.* Denique impossibilitas ex natura æstimatur, quæ immutabilis est: difficultas æstimatur ex facultate præstandi, ex commodo aut incommodo ejus qui præstare debet: hæc facultas modo suppetit, modo non suppetit, et incerta valde et inconstans est. Quod Accursius notat, rem quæ fuit semper hostium propria, non posse emi et vendi: verum quidem est in re immobili, ut *l. liber homo* 103. *de verb. oblig.* sed non etiam in re mobili, puta in servo, *l. ab omnibus* 104. §. *etiam, de leg.* 1. quia res mobilis facilius pervenire in potestatem nostram quandoque casu quodam potest.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. II. Loc. et Cond.

Ad L. XXXI.

In navem Saufeii etc.

Hæc lex est de actione oneris aversi. Ea actione tenetur nauta, qui onus vehendum conduxit, si illud onus avertat. Avertere est alio vertere, aut subripere. Tert. contra Marcionem Pontificem: Si nullum, inquit, onus avertisti. Species autem, quæ in hac lege proponitur, hæc est. Plures in navem Saufeii frumenta sua contulerunt, et confuderunt ea frumenta: commune est frumentum, vel potius communiter datum, et confusum in nave, acervo uno: nauta uni ex eis frumentum reddidit pro sua parte, aliis non reddidit. Deinde navis periit, reliquum onus omne periit: naufragium aut naufragii periculum pertinet ad locatores, id est, ad dominos frumenti, videlicet

si confuderint frumentum, et contulerint sine dolo nautæ, *l. item quæritur* §. 1. *h. t. l. ult.* §. 1. *sup. ad l. Rhodiam.* Et locatores repetere tantum possunt vecturas, si quas dederint in antecessum pro mutuo, *l. ex conducto* §. *item cum quidam, hoc t.* Hoc casu nauta naufragium sive naufragii periculum locatoribus non præstat, si dolo et culpa careat. At quæritur in hac specie, an nauta saltem teneatur aliis locatoribus, actione oneris aversi, quasi scilicet videatur onus navi impositum avertisse, ex eo uni ex eis reddendo partem non aliis. Nam ita accidit, ut huic pars sua salva fieret: et deinde reliquis partes suæ perirent, facto naufragio. Hic tantum habet suam partem salvam, reliqui frumenta amiserunt naufragio. Quæstio est, an uni reddendo partem ex communi acervo, videatur onus avertere? et an hac actione oneris aversi teneatur Saufejus nauta? Ostendit duo esse genera rerum locatarum: nam vel id agitur, ut eadem res, quæ locatur, reddatur, ut cum vestimenta fulloni lavanda locantur, quo casu rei locatæ dominium non mutatur, imo nec possessio: nam locator possidet semper per conductorem: vel id agitur, ut non eadem res omnino reddatur, sed alia res ejusdem generis, ut cum fabro aurum datur, constituta mercede, ut annulum faciat ex eodem auro, vel alio æque bono, is non cogitur idem aurum reddere. Idem est, si fabro dedi argentum pusulatum, ut vasa faciat ex argento. Alciatus *lib.* 6. *pareg.* male legit postulatum. Alii Codices habent postulatum, quod idem est quod pusulatum: nam postulas pusulas dicimus. Festus in verbo hettam. Plinius *lib.* 22. *c.* 25. quatuor locis, ubi scriptum est postulas, libri veteres habent, pusulas: sic *lib.* 15. *c.* 25. argentum pustulatum dixit Svet. in Nerone. *Marti.* 7. *epigram.* Nulla venit nostris, etc. Et in 8. O nimium felix pustula. Eo verbo significatur argentum merum et purissime coctum. Ea vero in locatione id agitur, ut non eadem reddantur, sed alia ejusdem generis, aurum pro auro, aurum infectum pro facto, ut vas aureum pro massa auri, tunc per locationem auri dominium transfertur in fabrum, et tunc hoc negotium habet speciem mutui. In creditum ire est mutuum contrahere, *l. tut. D. ad Senatusc. Vellej. l. servo muto,* §. *ult. ad Senatusc. Treb. et l.* 2. *de reb. cred. si cert. pet.* Item in creditum ire, est quasi mutuum contrahere, *l.* 3. §. *ultim. ad Senatuscons. Maced. l. procuratoris*, §. *sed etsi dedi, de tribut. actio.* Et hic etiam est quasi mutuum, et esset omnino mutuum, nisi merces interveniret. Quamobrem locatio et conductio potius est, ex qua dominium rei locatæ mutatur: sola quidem locatio dominium non mutat, nec possessionem, *l. non solum, h. t.* sed in hac specie id agitur, ut locatio dominium mutet, et nihilo tamen minus est locatio. Itaque hoc casu venient usuræ ex mora vel pacto, quæ tamen in mutuum non veniunt ex mora. Itaque hoc negotium faciem sive speciem mutui habet et effectum, quia dominium transfert, et similis res redditur: at locatio et conductio potius est contractus bonæ fidei, id est, non strictus. Sic depositum non solet dominium mutare, quia sæpe redditur eadem res deponenti. At cum id agitur, ut non eadem res reddatur, sed similis, ut cum pecunia depositi titulo numeratur ea lege, ut tantundem reddatur in genere, non specie, quasi forma quædam est mutui: sed quia deponendi est animus, depositum potius esse significatur, et ideo ex mora venient usuræ a depositario præstandæ, *l. Lucius*, *l. seq. in fine*, *depos. sup.* vel etiam venient ex pacto ante moram, si ita convenerit, ut veniunt in emptione, *l.* 5. *de pact. inter empt. et vendit. comp.* Et generaliter, in omnibus bonæ fidei judiciis. At in mutuo neque veniunt ex mora usuræ, neque ex pacto, sed ex stipulatione. Duo igitur sunt genera rerum depositarum, ut et locatarum, uno dominium non mutatur, altero mutatur. His cognitis redeamus ad speciem propositam: si nauta onus frumenti vehendum de pluribus conduxerit certa mercede, vel locatores frumentum non contulerunt, sed separatim quisque nautæ suum dedit frumentum vehendum, clusum tabulis, heronibus, vel cupa, sic recte Florentiæ legunt, alii male, veronibus, inter quos est Budeus. Quid hoc significet, ostendit Donatus, in Phormionis vocabulo explicando. Græci eos vocant κοφίνους, sic apud Vitruvium in fine *lib.* 5. Erronibus et cupa ibi corrupte; alii meronibus, alii veronibus: sic corrigendus Plinius *lib.* 36. *cap.* 14. At si separatim quisque suum dedit nautæ frumentum clusum, et nulla sit facta confusio frumenti, tunc non videtur frumenti dominium translatum in nautam, et idem frumentum reddere cogitur vectori. Igitur uni ex eis si suum reddat frumentum, recte reddit, quia suum cuique servabat, nec mutatur dominium. Sed si uni ex eis reddit alienum frumentum, non suum, hoc casu non recte redditur, et domino frumenti datur vindicatio adversus eum, qui id accepit, adversus nautam dabitur actio furti, vel actio oneris aversi. Hoc casu, nauta plane onus avertit, cujus rei coercendæ causa a prætore specialiter proposita est actio oneris aversi, quam actionem verisimile est in duplum fuisse pœnalem, ut et actionem furti: sed ea actio, ut ait Jurisconsultus, est supervacua, id est, non necessaria, cum sit in promptu actio furti civilis: prætor dat actionem specialem supervacuo, cum suppetit civilis, hic est civilis actio furti, ergo supervacua est actio oneris aversi proposita a prætore, præsertim cum hæc actio non sit gravior, quam actio furti, et nihil habeat proprium. Si esset gra-

vior, vel quid proprium haberet, non esset supervacua, ut actio in factum ex edicto de publicanis, quæ est in duplum, non est supervacua, licet competat civilis actio furti, quia illa actio prætoria proprium aliquid habet. Id diximus *tit. C. vectig. nov. inst. non poss.* Actio oneris aversi plane supervacua, quia nec gravior est civili. Si quæratur, cur ea actio a prætore sit proposita, commodissime respondebitur, ut in alia nautarum causa Ulpianus respondet, in *l. 3. §. 1. Nautæ, caupones, stabularii*, ut innotesceret prætorem curam agere coercendæ iniquitatis nautarum. Igitur prætor proponit supervacuas actiones existentibus civilibus, ut ostendat eam rem sibi esse curæ, licet illa actio contineat non plus, quam civilis: at actio oneris aversi non erit supervacua, si onus publicum, ut annonæ aversum sit. Nam tunc actio aversi gravior est actione furti; nam est capitalis, *l. pen. de nautic. et ex Novella Leonis* 62. est in quadruplum. Aliud membrum est, si locatores contulerint frumentum in navem, et ita venerint in creditum, communiter frumenta videntur nautæ acquisita, et ideo uni redditur ex acervo, quod volet, eadem mensura, qua accepit, cum non sint frumenta separata, et uni dando pro sua parte onus, avertere non videtur: nemo enim suam rem avertere dicitur, onus est nautæ, recte ei dare videtur, nec nauta tenetur actionibus pœnalibus furti vel oneris aversi, nisi culpa ejus vel dolo naufragium sit factum. Et generaliter culpæ nomine tenetur. At culpa non intelligitur esse, si uni solverit pro sua parte, licet aliis non solverit; hoc igitur casu cessant actiones pœnales, quæ priore casu competunt, cum separata sunt frumenta, et uni non reddidit suum, sed alienum frumentum. Ii sunt errores interpretum, dicunt nomen actionis oneris aversi esse sublatum, non actionem ipsam et jus. Nos diximus, non esse sublatum, sed supervacuam videri actionem, id est, non necessariam. Iidem dicunt actionem oneris aversi esse actionem locati, nos diximus esse actionem pœnalem, non rei persecutoriam, ut est locati. Idem dicunt eam actionem dari adversus conductorem, qui casum fortuitum recepit, et id esse aversione conducere, cum scilicet quis periculum avertit a locatore, et sibi recipit, in qua parte dupliciter errant, quia primum in hac specie periculum non est conductoris, id est, casus fortuitus ad eum non pertinent, et culpam tantum præstat: aliud peccatum est sive mendum, quia male interpretantur aversione conducere, quod est conducere totum aliquid: ut domum faciendam conducere, constituta certa mercede in universum: aversione conducere, et in pedes singulos conducere sunt adversa, aliud est aversione constituere mercedem, omni opere perfecto: Græci dicunt, ἐν ὁμάδι, aliud est in dies singulos mercedem constituere.

JACOBI CUJACII. J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Titulum V. De præscriptis verbis, et in factum actionibus.

Dicitur hic *præscriptis verbis*, quia datur ex præscripto contrahentium: ceteræ actiones dantur a prætore conceptis verbis: quod si scripto caret contractus, datur actio ex rudi et simplici eorum qui contraxerunt conventione, *l. 1. §. si quis servam, depos. l. si dominus, h. t.* et ideo a Græcis appellatur ἀγωγὴ τῶν προγεγραμμένων συμφώνων: actio ex præscriptis conventionibus. Hæc enim actio non datur nisi ex contractu. Non est existimandum hanc ideo vocari præscriptis verbis, quod rei gestæ narrationem contineat: dicitur quidem in factum, quasi in factum concepta, *l. quod de bonis, inf. ad leg. Falcid.* vel quasi in factum comparata, *l. 4. §. si a Titio, de doli except.* et Inst. *de except. in princ.* Si hæc actio præscriptis verbis diceretur eadem ratione, qua in factum dicitur, certe omnes actiones in factum dicerentur etiam præscriptis verbis, quod falsum est: (*) nam ea tantum actio vocatur præscriptis verbis, quæ ex contractibus incertis datur. Plures autem sunt in factum actiones, alia est prætoria, alia civilis, eaque rursum duplex, alia præscriptis verbis, alia non: in *l. si tibi rem, et l. si tibi polienda, h. t. actio in factum, id est, præscriptis verbis*, ut excludatur ea actio, quæ non est præscriptis verbis: actio in factum quæ non est præsc. verbis non est ex contractu, at actio præscriptis verbis est ex contractibus incertis. Contractus enim certi vel incerti sunt. Certi sunt, qui nomen proprium et civile habent, ex iisque datur etiam actio, quæ proprium nomen habet, ut et empti, etc. Incerti sunt, qui legitimo nomine carent, ex quibus datur actio ἀνώνυμος, quæque proprium nomen non habet, *l. et uno, inf. de acceptil. l. 1. §. debitum, de constit. pecun. l. certi condict. de reb. cred.* Sunt autem multo plures incerti contractus, quam certi: nam verborum civilium non est tanta copia, ut omnes contractus possint suis certis vocabulis vocari, *l. 4. h. t.* Res infinitæ sunt, voces finitæ, præsertim civiles. Res a natura sunt, voces

(*) *Vide Merillium variantium ex Cujac. lib. 1. cap.* 29.

ab hominibus: natura autem semper vincit artem, ex qua sunt voces, natura facile vincit hominum industriam. Itaque in actionem præscriptis verbis multo plura veniunt negotia, quam in ceteras actiones, quæ nomine proprio præditæ sunt: verum illæ quidem sunt frequentiores, et magis pertinent ad vitæ societatem. Negotia quæ veniunt in actionem præscriptis verbis numerosiora sunt. Diximus hanc actionem tantum ex incertis contractibus dari; opponitur *l. his consequenter*, §. 1. *famil. ercisc.* Testator jussit monumentum fieri ab uno ex hæredibus: hoc in action. famil. ercisc. venit et post divisionem, poterit agi cum hærede præscriptis verbis, ut monumentum fiat, quia interest hæredum monumentum fieri: nam jus monumenti hæredes sequitur. Atqui in ea specie nullus subest contractus. Respondeo: subesse contractum: nam divisio genus est permutationis, nam fit partib. ultro citroque permutatis, *l. cum pater* §. *hæredem*, *de leg.* 2. *l. si fratres*, *C. commun. utriusque judic. l. licet*, *l. si familia*, *C. famil. ercisc. l. si filia* §. *hic pater*, *D. famil. ercisc.* ergo ibi quasi certa lege divisione facta agitur præscriptis verbis. Opponitur etiam *l.* 2. *et l. duo*, §. *ult. inf. de precar.* Ex precario datur actio præscriptis verbis, atqui precarium est donationi simile. Donatio autem nec contractus est, nec conventio: ideoque illa actio dicitur dari ex bono et æquo, ne cuiquam beneficium suum damnosum sit. Est igitur ex bono et æquo potius, quam ex contractu. Respondeo: precarium etiam aliquatenus commodato simile est, *l.* 1. *de precar.* neque tamen est commodatum. Ideo receptum est, ut ex eo detur actio præscriptis verbis, quoniam contractui simile est, et ob id precarium appellatur contractus in *l. contractus, de reg. jur.* Non est contractus, qua donationi est simile, sed qua commodato. Notandum est, hanc actionem etiam appellari propriam, quia scilicet datur ex novo, peculiari, et proprio quodam negotio, et separato a civilibus negotiis, *l. rogasti*, *h. t.* §. *præterea*, *Instit. de locat. l. petenti*, *sup. de pignor. act.* quæ lex explicanda est: creditor creditam pecuniam reposcit: debitor, quia præ manu pecuniam non habet, dat ei rem obligandam apud alium quemlibet creditorem, hoc non est commodatum, quia non est gratuitum, sed datur debiti nomine. Ideoque ex hoc negotio dabitur actio propria et præscriptis verbis, quoniam hoc negotium proprie est sejunctum a civilibus negotiis. Dicitur etiam hæc actio incerti, non quod detur ex incerto contractu, sed quia datur in id quod interest: actiones omnes a re quæ petitur, vel certi sunt, vel incerti: si 10. peto, actio certi est, si servitutem, acceptilationem, liberationem, obligationem, cautionem, possessionem, quod interest, actio est incerti: nam harum rerum certum corpus non superest. Itaque ex contractu incerto datur actio incerti id est, in id quod interest. Potest etiam ex incerto contractu dari certi condictio, scilicet ut fiat quod dictum est. Item habito contractu incerto, nec fide præstita, datur condictio ob rem dati, qua repetitur quod datum est vel factum, *l. naturalis*, §. *at cum do*, *h. t.* Hæc actio vocatur etiam civilis quia civiles actiones sunt, quæ proditæ sunt ex legibus; hæc autem actio non est nominatim quidem legibus prodita: nomine enim civili vacat; verum comparata est ad exemplum et similitudinem civilis actionis: nam actio præscriptis verbis ex permutatione, *do ut des*, est similis actioni empti: quæ datur ex *do ut facias*, similis est actioni locati, quæ datur ex facto ut facias, similis est actioni mandati. Item præscriptis verbis æstimatoria, est similis actioni ex vendito, vel locato vel mandato, *l.* 1. *de æstimat. act.* Omnis igitur actio præscriptis verbis est comparata ad exemplum civilis, ideo etiam civilis dicitur. Verum non est directa civilis: igitur est utilis tantum, quoniam exemplo civilis est tantum introducta, *l.* 1. *C. de pact. convent. l.* 3. *C. de don. quæ sub modo*, *l. cum mota*, *C. de transact.* Alia est actio civilis in factum, quæ non est præscriptis verbis: id declaratur sumpto exemplo ex lege Aquilia, ex qua est actio directa, quæ etiam civilis dicitur, *l. si hæres institutus*, §. 1. *ad Trebellian.* quæ tunc competit, cum corpus corpori damnum dedit, ut si quis sua manu servum alienum occiderit, tunc competit actio legis Aquiliæ directa. At quid si corpori damnum datum sit, sed non corpore, verum corporis occasione: ut si quis servum incluserit, atque ita fame perierit, corpus damnum non dedit, sed causam damni. Hic non agitur directa lege Aquilia; sed dabitur actio utilis legis Aquiliæ, quæ est in factum civilis, quia datur in casu simili legis Aquiliæ (*). Sed non præscriptis verbis: nam nullus hic subest contractus. At quid dicemus, si nec corpus damnum dedit, nec passum est, verum nocitum est aliter domino, ut si servum vinctum quidam solvit, atque ita fugit servus hæc res domino fraudi est. Hic non datur actio utilis legis Aquiliæ: nam casus est dissimilis, in casu dissimili non datur actio utilis, *l. si mensor falsum*, *sup. si mens. fals. mod.* Sed datur actio in factum prætoria. Hæc actio est extremum refugium juris sui persequendi: est enim subsidio actioni de dolo, et omnino pœnalis. Hic est ordo actionum. Primo est actio civilis, quæ si est, ceteræ

(*) *Vide Merillium varian. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 30.

non dantur. Deinde est actio in factum civilis, quæ et utilis dicitur, et hæc est vel præsc. verbis, vel non. Tertio in factum prætoria, quæ competit ex ædictis, ut actio Pauliana, Fabiana, actio albi corrupti, de dejectis et effusis. Quarto est actio de dolo, quæ non datur, nisi superioribus deficientibus. Ultimo est in factum prætoria, quæ non est ex edicto, sed ex decreto datur, in negotiis infinitis, estque subsidio etiam actioni de dolo *Præscriptis verbis* hoc est de actionibus in factum civilibus, quæ ex contractibus dantur. *In factum actionibus*, hoc est de actionibus in factum prætoriis, et de civilibus quæ ex aliis causis competunt.

Ad L. I. II. III. et IV.

L. I. Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quæ in factum appellantur: sed ne res exemplis egeat, paucis agam.

§. 1. *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit.*

§. 2. *Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit: sed non exhibita fide, in factum civilis subjicitur actio.*

L. II. Nam cum deficiant vulgaria, atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est (*).

L. III. In quam necesse est confugere, quoties contractus exsistunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.

L. IV. Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula.

Initio hujus l. proponitur, ex contractib. dari actionem præscriptis verbis, si sint incerti contractus, atque adeo si non sit ex eis certa actio legib. prodita. Certæ actiones legibus sunt expressæ ex certis contractibus si sint incerti contractus et novi, ut quotidie occurrunt nova, descendendum est ad actionem præsc. verb. et hujus rei duo ponuntur exempla in hac *l.* ait, *proditis*, ut *legib. proditæ* in *l. quia, hoc tit.* 1. exemplum est in §. *domino*, aliud exemplum in §. *item*, quod ut intelligatur, videndum est quis sit locator, quis conductor proprie. De hoc scripsit Alciatus 3. *et* 5. *Parerg*. Huc pertinet *l. veteres, de act. emp. et l. seq. veteres in emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur:* subjicitur in l. seq. *Idem est in locatione conductione*. Illa verba significant, veteres promiscue usurpasse emptionem pro venditione, et contra: itemque locationem pro conductione, et contra. Verum hic sensus non satis constat, nec poterit ex aliis locis docere ita veteres usurpasse: nec verisimile est confudisse veteres, quæ maxime distinguenda essent, ac si quis filium patrem diceret: vereor igitur ut non sit in lege *idem est, id est, et in locatione et conductione*, ut sit interpretatio legis *veteres*. Ad eam legem explicandam notandum est legem *veteres* pertinere ad edictum de Publicanis. Publicani sunt conductores vectigalium. Item *l. seq.* eodem pertinet ut docet *l.* 2. *de Publican.* quæ est ex eodem libro. Igitur non constat, emptionem et venditionem promiscue appellatam esse, sed constat veteres in locatione et conductione usos fuisse appellatione venditionis et emptionis. Auctor est hujus rei Festus in verbo *venditiones*. *Censorum inquit locationes olim venditiones dicebantur.* Idem auctor in verbo *redemptores*. *Redemptores antiqua consuetudine dicebantur, qui cum quid publice faciendum aut præbendum conduxerant, effecerantque, tum demum pecunias accipiebant; nam antiquitus emere pro accipere ponebatur: nunc redemptores sunt ii qui quid conducunt præbendum, vel utendum.* Cajus ait, *veteres* Festus, *olim*, et *antiqua consuetudine*. Redemptores dicebantur olim, qui accipiebant mercedem, nunc dicuntur, qui dant mercedem *l. cotem*, §. *ult. l. Cæsar, de Publican.* ergo conductores emptores dicuntur: utimur enim his vocabulis etiam in locatione. Idem Festus ait, *qui quid præbendum conduxerant*, quod confirmat scripturam *l. inviti, de testib.* Constat igitur et in locatione, et in conductione veteres usos vocabulo emptionis: at emptionem et venditionem promiscue nunquam dixerunt: error est librariorum qui verba quæ eodem cadunt, ut *emptor venditor*, crebro transmutant: vitia hujusmodi docuimus in *l. si judex, sup. de minorib. l. si in empt. sup. de contrah. empt.* sic etiam in *l.* 9 §. *si coloniæ, loc.* scriptum est locator, pro conductor. Species est hujusmodi: locavi prædium, colono dixi, ut quem innocentem haberet, incendii causam deinde casus fortuitus intulit, *non præstabit periculum locator conductor* legendum est οὐκ ἐνέχεται ὁ μισθωσάμενος. Constat. lib. 3. tit. 8. Subjicit, *si tamen culpa conductoris damnum dederit tenebitur*. Dicet aliquis: at sæpe actio ex empto significat ex vendito *l. Julian.* §. *si procur. de act. empt. l.* 1. *C. si servus extero se emi mand.* Item actio ex vendito significat ex empto, *l. si cum venditor* 66. §. *si secundus, l. sed hoc nomine, inf. de evict. l. ex conventione, Cod. de pact. l.* 1. *Cod. sine cens. vel. reliq.* Item ex locato significat ex conducto, *l. sed addes* 19. §. *illud, sup. loc.* Et contra ex conducto significat ex

(*) *Vide Merillium varian. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 20.

locato, *l. dominus*, §. *ult. eod.* videntur ergo nostri auctores venditionem et locationem promiscue appellare. hoc autem ideo fit in appellatione actionum, quoniam solet actio conjunctim ita appellari ex empto vendito *l. ult.* §. 1. *sup. de leg. Rhodia*, *l.* 5. §. *nunc videndum*, *comm. l. multum*, *sup. de hæred. ven. l. et si uno*, *de act. emp.* Varro in 2. *de re rustica cap.* 2. Locatorem et conductorem quidam ita definiunt: locator est, qui mercedem accipit. Conductor, qui dat, ut dominus prædii est locator: inquilinus conductor. Hæc definitio falsa est: nam et qui dat mercedem, locator est, et ex locato agit, ut qui dat domum faciendam, locator dicitur, et ex locato agit: qui vero eam ita suscipit conductor est, et ex conducto agit, vera et perpetua definitio hæc est. *Locator* est, qui dat aliquid utendum vel faciendum, qui dat utendum, mercedem accipit, qui faciendum, mercedem dat. *Conductor* autem est, qui accipit aliquid utendum vel faciendum: qui accipit utendum, dat mercedem: qui dat faciendum, accipit. Sic igitur dicamus. Is qui dat domum utendam, locator est. Is qui dat faciendam, locator etiam est. Contra, qui accipit utendam vel faciendam, conductor est. Sic magister navis, qui accipit merces vehendas conductor est: Dominus autem mercium priore casu conductor est, posteriore locator. Utroque tamen casu dat mercedem. Quid fiet si ignoretur, an dominus mercium navem utendam acceperit, an merces vehendas dederit? Incertum est, utrum conduxerit, an locaverit, et ideo an habeat ex locato, an vero ex conducto actionem, denique incertum est negotium, itemque actio. Hoc casu ex hoc negotio quasi incerto dabitur actio præscriptis verbis. Non potest liquido dari ex locato et conducto. Itaque tutius est experiri præscriptis verbis, quæ quidem actio similis erit locationi et conductioni. Erit etiam hoc casu actio præscriptis verbis. Finge: ego rem meam tibi tradidi, ut inspiceres eam, et quanti esset, spectares: cupiebam scire pretium rei meæ: ex hoc negotio non datur actio depositi, quoniam non datur res custodienda, nec commodati, quia rem utendam non dedi, nec mandati quia hic res intervenit, mandatum autem solo consensu contrahitur. Hoc negotium est incertum, ideoque ex eo datur actio præscriptis verbis. Hæc actio erit necessaria, si ignoretur ubi sit res. Verum si liqueat, a te interversam possessionem rei, non erit admodum necessaria hæc actio, sed erit actio furti, et actio ad exhibendum, *l. si gratuitam*, §. *Papinianus*, *inf. h. t.* Ubi quæritur, an ille inspector dolum tantum præstet, an etiam culpam: definitio hujus rei hæc est: aut ego mea causa rem tibi tradidi inspiciendam, dum tantum volo scire ejus pretium: et tunc dolum tantum præstas, quia nulla tua utilitas versatur, et hoc prope ad depositum accedit, aut tua causa tradidi tibi inspiciendam, quia videlicet vis eam emere: et tunc præstabis etiam culpam: aut utriusque causa, quia pro inspectione mercedem tibi pollicitus sum: et tunc quoque culpam præstas: at nullo casu præstas periculum. Denique primo casu dominus habet actionem furti, sequentibus casibus inspector, quia culpam præstat, *l. eum qui*, §. 1. *commod. l. rem inspiciendam*, *inf. de furt.* Verum in *d. l. rem*, non oportet accipere periculum pro casu fortuito, sed pro damno, quod contigit culpa inspectoris. Periculum enim comprehendit damnum, quod contigit dolo, culpa, aut fato, dictum a perdendo. Ideoque in *l. itaque, de furt.* qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est.

Ad L. V.

Naturalis meus filius servit tibi: et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut tu meum manumitteres, et ego tuum, ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione teneris, quæsitum est. In hac quæstione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi ut des: aut do ut facias: aut facio ut des: aut facio ut facias. In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur.

§. 1. *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam: emptio et venditio est. Sin autem rem do, ut rem accipiam: quia non placet permutationem rerum, emptionem esse: dubium non est, nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis: sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere: vel si meum recipere velim, repetatur, quod datum est, quasi ob rem datum, re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares: periculo meo Stichus erit: ac tu dumtaxat culpam præstare debes: explicitus est articulus ille, do, ut des.*

Naturalis filius is est, quem ex ancilla suscepimus, quare etiam vel servus est, vel libertinus, *l. ex facto* §. *si quis rogatus, ad Trebell. l. si minor*, *de manumiss. vind.* Nunc finge: meus filius naturalis servus tuus est, tuus autem filius naturalis meus, convenit inter nos, ut quisque suum servum vicissim manumittat, hoc est nudum pactum ex quo nulla actio datur: nam quod edicit prætor *pacta servabo*, intelligit se ea servaturum exceptionibus datis, non actionib. At si ego jam manumisi eum, qui mihi servit, hic præter conventionem res accessit, nec videtur pactum nudum intercessisse, *l. si dominus in fi. h. t.* Nam res abiit in contractum ex quo datur actio, ex pacto non datur.

Pactum est conventio, cui res non accessit, ut manumittam, et tu vicissim manumittes. Contractus vero est conventio, cui res accessit, veluti manumitto, ut manumittas. Illa manumissio quæ fit eliciendæ manumissionis causa est res quæ accedit conventioni. Sic do ut des, est contractus: dabo ut des est pactum nudum. Si igitur ego manumisi, ut tu quoque manumitteres, at cessas manumittere, quid fiet? quænam competet actio, qua possim te cogere ut manumittas? Paulus ait: *inspiciendum esse totum contractum ob rem dati.* Hoc loco res proprie accipitur. Damus vero ob causam, vel ob rem. *Causa* est præterita: *Res* est futura. *Causa* est impulsio: *Res* est finis. Item quod dono tibi ob causam, veluti quia olim mea negotia curasti, etsi falsa sit causa, non repetitur nam donationi causa donandi non cohæret. At quod datum est ob rem, repetitur re non secuta, *l. damus*, *l. in summa*, *de condict. indeb. l.* 1. *de condict. ob turp. caus.* At nonnunquam causa pro re accipitur, ut in *tit. causa dati*, id est, *sub causa dati.* Res autem est datio vel factum. Itaque id dicitur dari ob rem, quod datur, ut fiat vel detur vicissim ab altero: dato ob rem adjungere debemus factum. Itaque Paulus, inquit, inspiciendum hic totum tractatum ob rem dati vel facti. Hic tractatus in quatuor speciebus locum habet, *do ut des*, *etc.* At hæ singulæ in alias innumeras dividuntur: nam infinita sunt hominum negotia. Prima species est, *do ut des.* Si do pecuniam ut rem accipiam, hoc negotium non pertinet ad actionem præscriptis verbis. Est enim hoc emptio et vendito. At si rem do, ut rem accipiam, est permutatio, ex qua datur actio præscriptis verbis. Aliud autem est emptio, aliud permutatio, et inter illa duo tres potissimum sunt differentiæ, *l.* 1. *sup. tit. prox.* Prima hæc: in emptione aliud est pretium, aliud merx: in permutatione hoc ita discerni non potest: ut cum ego do togam, ut tunicam accipiam, pretium non distinguitur. Secundo, emptor cogitur pretium facere accipientis, et eo nomine tenetur etiam ante evictionem: at venditor non cogitur mercem facere accipientis, satis est, si tradat vacuam possessionem, et se obliget ob evictionem. Item, si bona fide tradat, id est, ignorans rem esse alienam: nam si mala fide rem alienam tradat, tenebitur ante evictionem, *l. servum quem* 30. §. *ult. de act. empt. et d. l.* 1. *de rer. permut.* Cur hæc tam varie? Ratio diversitatis est, quod est dissimilis permutatio pecuniæ et rei, igitur et dissimilis solutio. Qui rem debet, certum corpus debet, qui pecuniam debet, certum corpus non debet, pecunia separatur a corporibus, *l. qui hæredis*, *sup. de condict. indeb. l. si is cui nummos*, *inf. de solut.* Igitur emptor certum corpus non debet, et quia non debet certum corpus, sed veluti ex quadam infinitate certam quantitatem, curare debet, ut ex ea infinitate eligat, quod faciat accipientis. Sit igitur inter emptorem et venditorem hæc differentia: in permutatione non potest constitui, quid sit pretium, quid merx: et ideo non potest illa distinctio constitui, ut ex una parte transferatur dominium, ex altera non: verum in permutatione ex utraque parte omnia sunt paria, et vero si ex utraque parte fides non sit exhibita, satius est eventum rerum exspectare, et tum datur actio non ex empto, sed præscriptis verbis, in id quod interest, vel condictio ob rem dati, *d. l.* 1. *vers. unde, sup. tit. prox. l. si permutationis, C. de evict.* Tertia differentia. Emptio nudo consensu perficitur, et obligationem parit: at permutationis placitum obligationem non parit, *l. ex placito*, *C. de rer. permut.* quia permutationis nomen tantum est naturale, jurisgentium, non legitimum. At ea tantum negotia nudo consensu obligationem constituunt, quæ civili jure nomen habent, tale non est permutatio. Verum permutatio ex re tradita initium obligationi præbet, ut ex conventione dabo ut des, nulla est obligatio: ex hac conventione do ut des est obligatio. Nam nisi vicissim tu des, agam adversus te præscriptis verbis in id, quod mea interest rem vicissim a te dari. At heic quæritur quid dicendum sit, si ego rem alienam dedi, tu vero nondum dedisti, an possum te cogere actione præscriptis verbis ut des? quandoquidem ego dedi, sed quia dedi rem alienam, ideo videor nihil dedisse, quamobrem non videtur contracta permutatio, quæ ex re tradita initium præbet obligationi. Denique non possum agere præscriptis verbis, ut des, *d. l.* 1. §. *ult. tit. prox.* hæc est Accursii interpretatio: ait enim Pædium dicere, rem alienam dantem nullam contrahere permutationem. Verum habebo condictionem dati, quæ datur ex bono et æquo, quasi re non secuta: actionem præscriptis verbis non habeo, quia non est contractus, *l. in summa*, §. *quod ob rem*, *sup. de condict. indeb.* Denique ita constituendum est: qui rem alienam dedit, quasi permutandi causa, non agit præscriptis verbis, ut sibi vicissim detur. Altera positio hæc est: is cui res aliena data est, si rem suam ipse dederit, post evictionem habet actionem præscriptis verbis, *d. l.* 1. *vers. unde.* Ex his intelligimus quantum emptio distet a permutatione. Verum in aliis plerisque causis similitudinem habet permutatio cum emptione, *l.* 2. *sup. tit. prox. l.* 2. *Cod. eod.* Inter ceteras similitudines una colligitur ex §. *et si quidem*, *hac leg.* Nam sicut in emptione periculum rei, id est, casus fortuitus pertinet ad eum, qui pecuniam dedit ut rem acciperet (nam si postea res pereat fato, perit emptori) sic etiam in permutatione damnum fatale pertinet ad eum, qui rem dedit, ut

rem acciperet, ut si dedit equum, ut Stichum acciperet, et moriatur Stichus, perit ei qui equum dedit, ut Stichum acciperet, nec petet id quod interest. Obstat *l. ult. sup. de condict. caus. dat.* Nam in *hoc* §. dicitur quod si dedi pecuniam, ut Stichum acciperem, emptio est: contra in *d. l. ult.* nec esse emptionem, nec ejus portionem, id est, simile emptioni negotium, *l. si vero*, §. *hoc edict. de his qui dejecer. vel effud.* Præterea in hoc §. dicitur, Stichum perire ei, qui ultro scyphos dedit. In ea *l. ult.* dicitur, mortuo Sticho, eum, qui pecuniam ultro dedit habere dati repetitionem: ergo non illi omnino perit Stichus. Respondeo, illam speciem cum *hoc* §. nihil habere commune. Etenim, non est ibi emptio, quoniam ita dictum est, do pecuniam ut Stichum des: dare est accipientis facere, et dominium transferre, hoc vero alienum est a natura emptionis: nam venditor tradit, non dat: nec etiam est permutatio, quia pretium in permutationem non venit. Denique non est negotium civile, nec civili proximum: ideoque ex eo non est actio ex empto, vel præscriptis verbis, sed est condictio pecuniæ datæ, si Stichus moriatur antequam detur, vel si non fiat accipientis, aut fiat quidem, sed non caveatur de evictione. At cum est permutatio, ut in nostro §. est actio præscriptis verbis: verum mortuo Sticho non erit actio præscriptis verbis: puto tamen esse condictionem ob rem dati, quod non est in emptione; nunquam enim locus est huic condictioni in emptione, *l. si non donationis, C. de contr. empt.* in cujus specie non est negotium civile, nec civili proximum, sic etiam in facio ut des.

Ad §. 2. *At cum do.*

§. 2. *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas: pecunia data, locatio erit: sicut superiore casu emptio. Si res, non erit locatio: sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest: vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est intra quod manumittatur, idque cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit, et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit, debueritque manumitti, condici ei potest: vel præscriptis verbis agi, quod his, quæ diximus, convenit. Sed si dedi tibi servum ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit: si ignorans, in factum civilem.*

Fing: dedi tibi pecuniam, ut tabulam pingeres: hoc est locatio: nam sicut venditio, ita et locatio sine nummis non consistit, *l. 2. loc.* Item, dedi tibi togam, ut tabulam pingeres, hoc non est locatio, quia pretium nullum intercessit, sed res data est: et ideo non dabitur actio ex locato conducto, sed præscriptis verbis similis locati, vel erit condictio ob rem dati. Item, ego pecuniam dedi, ut Stichum manumitteres, hoc non est locatio: nam tale factum non solet locari, operam locamus, non liberale officium, ut manumissio, nec erit emptio hoc casu, si pecuniam dem ut Stichum des: quoniam venditio ita contrahi non solet, ut res accipientis fiat: hoc ab emptione alienum est, sed neque videbitur contracta permutatio: quoniam fit sine pretio. In summa nulla erit alia actio, quam condictio dati *l. ult. sup. de condict. cau. dat.* At isto casu: si pecuniam dedi, ut Stichum manumitteres, συνάλλαγμα est, et contractus locationi proximus, ex quo datur actio præscriptis verbis, in id quod interest servum manumitti. Datur etiam condictio ob rem dati, si malit pecuniam repetere, *l. si liber, C. de condict. ob caus. dat. l. 3.* §. *1. sup. de condict. caus. l. 7. h. t.* Notandum est has actiones dari, sive manumissioni certum tempus sit definitum, sive non verum: si definitum sit, eo demum transacto hæ actiones dantur: cum vero definitum non est, tunc demum dantur, cum tantum tempus præteriit, ut potuerit, debueritve servus manumitti, quod plerunque redigitur ad duos menses, *l. ult. qui sine manumis. ad libertat. perven.* Opponitur Constitutio D. Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum, ex qua colligunt servum, pro quo manumittendo data est pecunia, ipso jure liberum fieri, eo cessante, qui pecuniam accepit. Ergo, inquiunt, ob ejus cessationem qui pecuniam accepit, frustra agetur præsc. verb. vel condictione ob rem dati: nam licet cessaverit is, qui pecuniam accepit, non videtur rupta fides, nam constitutio Marci et Commodi libertatem repræsentat, *l. ult. C. si mancip. ita fuerit alien. ut manumit.* Respondeo: illa constitutio tantum pertinet ad servos venditos ea lege, ut manumittantur. Nam si non manumittantur, statim eripiuntur in libertatem, statim ad libertatem potestate constitutionis perveniunt. Verum ea constitutio non pertinet ad servos donatos ea lege, ut manumittantur, *l. qui Romæ* §. *Flavius, de verb. obl.* ea *l. qui Romæ*, est Scævolæ, qui respondit de jure quod sub illis Imperatoribus obtinebat; sed ea constitutio postea porrecta est ad servos ea lege donatos, ut manumitterentur, *l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. l. pen. inf. qui sine manumiss.* Verum illa constitutio non pertinet ad hoc genus contractus, de quo hic agimus, videlicet, si tibi data sit pecunia ut servum tuum manumitteres: te cessante, non fiet liber ip-

so jure. Denique sic statuamus: in emptione et donatione locum habet illa constitutio: in do ut facias non item. Excipitur unus casus, si ego quasi pro pretio dedi pecuniam, ut servum tuum manumitteres; nam tunc servus videtur mihi traditus emptionis causa: et deinde brevi manu videtur tibi redditus manumissionis causa, *l. Paul.* §. 1. *de liberal. caus. l. si is qui pretium, C. si mancipium ita alien. fuerit.* Cur ait, *si tempus vivo servo transierit*? quoniam, si ego tibi pecuniam dedi, ut servum intra certum tempus manumitteres, et is moriatur interim, cessat actio præsc. verb. cessat et condictio ob rem dati, quoniam per te non stat, quominus servum manumittas, *l.* 5. §. 1. *de cond. causa dat.* Sic igitur dicamus: non tenetur actione præscr. verbis, per quem non stat quominus exhibeat, per me autem non stat, si servus moriatur. E contrario præscr. verbis agit, qui fidem exhibuit, vel is, per quem non stat, ut in specie, quæ sumitur ex *d. l.* 5. §. *quinimo*. Finge: convenit inter me et te, ut ego darem pecuniam, et tu servum manumitteres intra certum tempus: itaque conventum est, dabo ut facias, non faciam ut des: et licet tu prior manumittas, non ideo mutatur forma conventionis: manet enim, dabo ut facias. Nam semper spectanda est ratio ineundæ conventionis, non ordo explendæ fidei. Nunc finge: servus ille mortuus est intra statutum tempus, pro eo est, ac si tu eum manumisisses, quoniam per te non stat: ideoque habes adversus me actionem præsc. verbis, perinde ac si eum manumisisses: ait dari actionem quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem, intellige actionem præsc. verbis, quæ et Flor. dicitur condictio incerti, *l. duo* §. *ult. inf. de precar.* puto tamen etiam in illa specie posse dari condictionem, videlicet ut detur pecunia, *l. certi*, *de reb. cred.* Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres, manumisisti: deinde tibi est evictus Stichus, itaque non videor tibi Stichum dedisse. Quæro qua actione tibi teneor? Negotium ita gestum est, do ut facias: verum tu prior videris fecisse, quoniam res tibi evicta est, nihilominus tamen constat ita gestum esse negotium, do ut facias: et ideo teneor tibi actione in factum civili, id est, præscriptis verbis: non idem videtur Juliano in *l. jurisgentium*, *de pact.* Nam ita distinguit: si sciens Stichum alienum dedi, et is evictus est, de dolo teneor, si ignorans, teneor in factum prætoria, hæque sunt extremæ actiones. Julianus igitur dat extremas actiones, quasi deficerent primæ, scilicet præsc. verb. Nam civilis actio prima est: sequitur in factum civilis præsc. verb. vel non. Tertio, in factum prætoria ex edictis. Quarto de dolo. Quinto, in factum prætoria ex decreto, quæ subsidio est actioni de dolo, *l. non debet, sup. de dolo.* Julianus vero hic reprehenditur a Mauritiano, sicut et in *l. sed et si quis* §. *quid ergo, supr. de usufr.* Nam ait, sive sciens dedi, sive ignorans, teneor præsc. verb. nam contractus est, do ut facias. Igitur sequentes dandæ non sunt. Cum ea *l.* pugnat hic §. in quo dicitur, Julianum dedisse in factum civilem, non prætoriam. Multi dicunt Tribonianum addidisse verbum *civilem*, ex nota Mauritiani, et sic in *Novel.* 87. tribui Juliano, quod ipsius quidem Juliani non est, sed ex nota Marcelli, *l. si alienam* §. 1. *de mort. caus. donat.* Verum addo Tribonianus hoc imperite addidisset: nam si in ignorantem est actio in factum civilis: necesse est ut in scientem sit hæc actio, non de dolo quæ cessat, cum actio civilis est præsc. verb. *l. si quis affirmavit* §. *Labeo de dolo*: vel etiamsi in scientem est actio de dolo, necesse est, ut in ignorantem sit actio in factum prætoria, *l. qui servandarum, in princ. inf. hoc t.* Verior igitur est sententia Mauritiani, hoc esse negotium civile, et sive in scientem, sive in ignorantem, esse actionem præsc. verb. Fulgosius conatur purgare Julianum: ait enim Julianum non dare prætoriam in factum, sed ait in factum a prætore dandam, civilem scilicet, hoc nihil est. Nam ex adjuncta actione de dolo apparet eum sensisse de in factum prætoria, quod exigit series actionum. Præterea non est verisimile notatum fuisse a Mauritiano Julianum quin daret in factum prætoriam, et Fulgosius dum purgat Julianum, accusat Mauritianum.

Ad §. 3. *Quod si faciam.*

§. 3. *Quod si faciam ut des: et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio: et ideo de dolo dabitur.*

Finge: convenit inter me et te, ut ego servum manumitterem, et tu dares decem. Ego manumisi, tu cessas decem dare. Quæritur qua actione mihi tenearis? Paulus ait, hoc casu non esse actionem civilem, id est, præscriptis verbis: at ex hoc articulo, *facio ut des*, non datur, ideoque descendendum est ad actionem de dolo. Ratio hujus rei est hæc: actiones civiles, quæ ex contractibus dantur, aut sunt directæ, aut in factum civiles sive utiles. Directæ sunt, quæ dantur ex contractibus quorum nomina jure civili prodita, ut emptio, locatio, conductio, mandati, etc. In factum autem civiles, sive præscriptis verbis, dantur ex contractibus, qui carent nomine legitimo, similes tamen sunt superioribus, idque in omnibus actionibus civilibus perpetuum est, ut ex casu simili actio utilis detur, ex dissimili non detur, *l. si mensor, si mens. fals. mod. dix.* Ex eo edicto datur actio in mensorem qui falsum modum dixit. Unde finge: mensor non fal-

sum modum, sed verum dixit, at sero nimis, atque ea re, ex ea mora factum est, ut contrahentes læderentur. Qua actione tenebitur ex ea causa quod distulit denuntiationem? an directo ex eo edicto? minime: an utili actione? minime. Hoc igitur casu nec directa, nec utili actione tenetur, quia dissimilis est casus: tantum enim abest, ut falsum renuntiaverit, ut verum omnino renuntiaverit sed tardius: confugiendum igitur est ad actionem de dolo. Actio præscriptis verbis non datur, nisi ex negotiis quæ similia sunt: quæ legitimum nomen habent, quorum nomen legibus proditum est. Ut actio præscriptis verbis datur ex permutatione, quia similis est emptioni, datur ex do ut facias, quod hoc negotium simile est locationi: item ex facio, ut facias, quia est simile mandato, *l. ult. inf. l. si convenit, de rescind. vend.* Igitur actio præscriptis verb. est instar directarum, similis est directis. Hoc negotium autem, *facio ut des,* nullam habet similitudinem cum negotiis civilibus, cum negotiis quæ nomen lege proditum habent: ideoque ex eo non datur actio præscriptis verbis. At ostendendum est, cur nulla sit similitudo. Dicere enim quis posset, simile esse locationi: nam locatio ita plerumque fit, ut quis suscipiat opus faciendum, ut ex eo mercedem ferat. In conventionibus non spectatur, quis prior fidem liberarit, sed quis conventioni initium dederit, et quo verbo. Conventiones æstimantur ex initio, non ex implemento: et ideo hanc conventionem dabo ut facias, non pervertis, licet me antevertas in faciendo, *l. si tibi polienda, inf. hoc t.* Hujus rei, argumentum præbet *l. si gratuitam* §. 1. *inf. hoc t.* Hac etiam de causa separatur, *do ut facias*, a *facio ut des.* Nam ille articulus cum altero non convertitur, non reciprocatur: quot sunt initia contractuum, tot sunt contractuum formæ: facit etiam hæc ratio ineundarum conventionum, ut in contractu locationis idem alias sit locator, alias conductor. Finge: contrahitur locatio inter Primum et Secundum: si Primus ineat contractum, locator est, si Secundus ineat, Secundus locator est, Primus conductor: non enim quæritur quis expleat, sed quis ineat. Magister discipulo ultro dat se utendum, id est, suam operam exhibet, et de mercede paciscitur, tunc magister est locator, discipulus conductor. Verum si discipulus ineat contractum, id est, det se docendum, eumque suscipiat magister certa mercede: tum magister erit conductor, discipulus vero locator. Non idem semper homo initium dat locationi, ut magister contrahens cum discipulo non semper initium dat locationi. Locationi initium dat modo magister navis, modo dominus mercium, verum qui initium dat, semper dicitur locator. Idem semper verbum dat etiam initium locationi, scilicet, do. Ut *do me docendum*, si magister navis ineat locationem, ait, do me utendum: ergo locatio semper incipit ab hoc verbo. Ideoque hoc negotium, *do ut facias,* recte comparatur locationi. At hoc, *facio ut des,* tabulam pingo, ut des togam, locationi non comparatur. Denique nullum est aliud negotium civile, cui ea formula possit comparari. Restat igitur ex eo non dari præscriptis verbis, quoniam non est instar civilis negotii, alienum est a formula negotiorum civilium. Ordo igitur actionum postulat ut detur de dolo actio. Dabitur autem si dolus arguatur, et plerumque cessato dolo facit. At si detur de dolo ubi subest dolus consequens est, abscedente dolo, dari actionem in factum prætoriam: imo ea semper abscedente dolo datur, estque subsidiaria subsidiariæ de dolo: hic §. confirmatur *l. cum proponas, C. de dolo.* Manumisi ancillam, vel etiam tibi tradidi manumittendam, quod idem valet, ut dares aliquid, non das, agetur de dolo. Igitur ex *facio ut des,* datur de dolo, non præscriptis verbis. Opp. *l. solent, inf. h. t.* Sciendum est, cum quid datur, dari vel ob rem honestam, vel turpem. Quod datur ob rem honestam, nunquam repetitur re secuta. Quod vero datur ob rem turpem, etiam non repetitur re secuta, nisi uno casu, videlicet si solius accipientis turpitudo versetur, *l. quoties, C. de condict. ob turp. caus.* Si Titio dedi, ut rem meam furtivam mihi redderet, ipse solus fecit turpiter, etiamsi reddiderit. Videndum nunc, an turpe sit indicio accipere. Indicia sunt præmia, quæ dantur indicanti furtum et plagium. Index furis, fur non est, sive indicet, sive non *l. qui vas* §. 1. *de furt.* quæ cum hac *l.* 15. jungenda videtur. Indicia igitur accipere non est turpe, *l.* 4. §. *ult. de condit. ob turp. caus* Imo vero indicia promissa peti possunt, Paulus *lib.* 2. *Sentent. de furt.* ut et εὕρετρα. Verum qua actione petentur? Finge: convenit inter nos ut indicarem furtum, et ut tu pretium dares indicii nomine: ego indicavi: tu non das præmium, qua actione agam? lex *solent* ait, præscriptisque verbis agi posse: est vero facio ut des: indico enim ut promissum exolvas, hoc pugnat cum nostro §. Sumenda responsio est ex his verbis, *nisi si quis dicat ex dolo competere,* initio ait, oriri posse præscriptis verbis, id est, tentari posse: at corrigit se postea cum ait, *nisi quis etc.* quod verius et tutius est: sic etiam in *l. si mihi de legat.* 2. *nisi,* se corrigit: hæ particulæ corrigunt, *nisi*, *si*, *aut*, *vel*. Aut particula correctoria est, ut duo sunt testamenta, aut unum testamentum, §. *igitur*, *Institut. de pupill. substit. l. si convenit, de rescind. vend. l. si convenerit, comm. divid. et l. si cum venderet, de pignor act. l. is qui* §. *si libero, commod.* Item *quamvis,* quod Joannes recte notavit, *l. ubi autem* §. *qui*

vero, de verb. oblig. 11. opponitur *l. cum mota, C. de transact.* Filia exhæredata egit querela inofficiosi adversus hæredem scriptum: deinde transegit cum hærede, ut bonorum partem acciperet, et a lite discederet. Deinde a lite discessit hæres cessat dare partem bonorum: qua actione tenebitur? ait, actione præscriptis verbis teneri. Atqui ita videtur res gesta: discedam a lite, et tu dabis partem bonorum. Negandum est, rem ita gestam fuisse. Imo lex ait, transactum ita fuisse, ut ei daretur pars bonorum primo, et a lite deinde discederet. Fuit igitur sic res gesta: *Dabo partem bonorum, ut a lite discedas.* Ipsa quidem prior discessit a lite, sed hoc non mutat formam conventionis: nam conventiones æstimantur ex initio, non ex implemento, ut dictum est. Tertio opponitur *l.* 5. §. *quinimo, de cond. causa dat.* de qua sup. diximus.

Ad §. 4. *Sed si facio*, *et* §. 5. *Si ergo.*

§. 4. *Sed si facio ut facias, hæc species tractatus plures recipit: nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romæ: vel ut tu in meo, ego in tuo solo ædificem, et ego ædificavi, et tu cessas: in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium præstamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere: possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi præstes, et non plus impendas in exigendo, quam decem, et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio. Sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas. Neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, et in insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis, præscriptis verbis dari actionem, quæ actio similis erit mandati actioni: quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni.*

§. 5. *Si ergo hæc sunt ubi de faciendo ab utroque convenit: et in proposita quæstione idem dici potest, et necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea servum habere, quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest æstimari.*

Hæc species facio ut facias plures tractatus recipit: quæstionem ex questione nasci constat, alias tractatus, est summa quæstio, quæ in plures speciales quæstiones dividitur: at hoc loco hæc species in varias dividitur. Finge: convenit inter me et te, ut ego exigerem a tuo, et tu a meo debitore. Ego exegi, tu cessas. Vel: convenit inter te et me, ut tu in meo solo ædificares, et ego in tuo, ego ædificavi, tu cessas: quæritur, qua actione tenearis? Loquamur de priore specie. In priore specie videtur quodammodo mandatum intervenisse. Nam ita conventum est, ut ego exigerem; non possum autem sine mandato, *l. si pupilli* §. *ult. sup. de negot. gest.* ergo hac conventione mandari videtur actio, et erit in cessantem mandati actio. Contra vero non esse mandatum ita probatur. Hæc est natura mandati, ut mandatarius mandatum suo sumptu non exequatur, *l.* 1. *C. mand.* In hac autem specie ita actum est, aut ita actum intelligitur, ut quisque exigat suis sumptibus, igitur non est mandatum. Verum ita respondendum est. Mandatum vel est simplex, vel duplex. Si simplex sit, id mandatarius non exequitur suo sumptu, sed si quidem sumptum faciat, repetit. At si præstetur mutuum officium, id est, si mandatum sit duplex, id est, si præstetur mutuum officium, nihil vetat de suo sumptum vicissim ab utroque fieri. Veluti in hac specie: exigam a tuo debitore meis sumptibus, tu a meo vicissim tuis, et sic sumptuum fit compensatio, atque ita de suo nihil videtur erogari: nam sumptus cum sumptu pensatur. Præterea mandatum ex pacto potest naturam suam quandoque excedere. Ut in venditione, si conveniat ex continenti, ne venditor teneatur de evictione, vel ut venditor satisdet de ea: ex natura venditionis repromittit tantum venditor de evictione, non satisdat. At ex pacto aliqua ex parte reformari potest natura emptionis, *l. pacta sup. de contr. empt.* Sic etiam mandatum ex pacto poterit naturam suam excedere. Hæc verba: *possum enim tibi mandare ut et custodiam*, etc. non sunt ita accipienda, ut liceat pacisci de culpa in mandato præstanda, nam frustra hoc paciscimur. Denique hoc non est extra naturam contractus, imo est propria ut omnis culpa, etiamsi levissima, a mandatario præstetur, sicut a gestore, *l. a procuratore, C. mand. l. si negotia de negot. gest. l. tutori, C. eod.* Verum sic accipiamus hæc verba ut mandato possit inseri lex depositi, *l.* 1. §. *quod si rem depos.* Species hæc est. Ego dedi tibi rem ut perferres ad Titium; mandatum contractum intelligitur. Verum adjeci ut si Titius non recepisset, tu eam custodires. Quæritur, utrum actio depositi, an mandati competat? Lex ait, mandatum esse contractum, sed plenius et uberius, cui sit inserta etiam lex custodiæ, quod est extra limites mandati. Hæc lex custodiæ nihil ad mandatum, verum ex pacto mandatum suos fines transgreditur, *l. Lucius, depos.* Sic etiam in mandato, pacto taxantur sumptus quos facit mandatarius id est mandato definitur ut proprios interim sumptus faciat, veluti ut tantam pecuniam impendat, veluti ut impendat tantum de-

cem aureos. Hæc cum ita sint, cur etiam pacto effici non potest, ut mandatarius mandatum suis sumptibus exequatur? Cur etiam non licet hoc modo paululum a natura mandati recedere? Et hoc est quod sequitur: *Eandem quantitatem impendere nulla dubitatio est.* Ait, hanc rem carere dubitatione, si mutuum officium præstetur, ut si uterque pro altero vicissim parem impensam faciat: nam sumptus compensabitur, atque ita nemo videbitur suis sumptibus mandatum explevisse, et erit utrinque actio mandati. Et sic concludamus: mandatum ita posse contrahi, ut quisque suis sumptibus exequatur. Quid dicemus si ego exegi pro te meis sumptibus, tu cessas? Hic non potest fieri compensatio, an dicemus in hac specie mandatum? intercessisse? Et potest dici mandatum esse, et me qui exegi acturum contra te mandati, ut sumptus mihi reddantur: posset igitur hoc casu dici mandatum sive uterque sive alteruter exegerit. Sic igitur non competit actio præscr. verbis. Et hoc est quod sequitur: *Sin autem alter*, etc. Ait: *tutius erit præscriptis verbis dari actionem*, quia res est in dubio posita: tollendæ dubitationis gratia sæpe agimus præscriptis verbis, non tantum cum constat non esse aliam actionem, sed etiam cum dubitatur. Igitur tutius erit agere e præscriptis verbis, quæ est similis actioni mandati: nam prope est, ut competat mandati actio. Sic in *l.* 1. *sup. de æstimat. act.* dubitationis tollendæ gratia agitur præscriptis verbis *et l. si is qui* §. *si libero, commod. l. si gratuitam, in prin. hujus tit.* ubi ait Jurisconsultus: *tutius est agere præscriptis verbis.* Species hæc est: res mobiles commodantur, id est, gratuito utendæ dantur: item immobiles. Sed quæritur, utrum habitatio etiam commodari possit? res non caret dubitatione: nam corporea tantum commodantur, non incorporea. Habitatio non significat domum, sed jus habitandi, *Instit. de usu et hab.* Igitur si jus habitandi gratuito concedatur, an intelligetur esse commodatum? Vivianus ait, esse commodatum, *l.* 1. §. 1. *sup. commod.* Quæ sententia Viviani refutatur in *l. si gratuitam*; ait enim tutius esse agi præscriptis verbis: nam res est in dubio posita propterea quod habitatio est incorporeum quiddam. Non idem diceret Vivianus in usu et usufructu: nam hæc plane in jure consistunt. Habitatio est quidem nomen juris, verum non tam in jure, quam in facto consistit, *l. legatum, de capit. min.* Habitatio non tam videtur esse jus, quam factum et quasi domus ipsa. Ea ratione usus et ususfructus capitis diminutione amittitur, non iisdem modis habitatio. Itaque si usus et ususfructus gratuito concedatur, necessaria erit actio præscriptis verbis, nec dicemus tutius agi præscriptis verbis, quia alia actio non est. Ex iis, quæ dicta sunt de quatuor speciebus Paulus definit quæstionem initio propositam. Convenit ut manumitterem, et tu manumitteres; ego manumisi, tu non manumisisti. Quæritur, qua actione agam adversus te? Respondet præscriptis verbis: verum adjicit, non esse deducendum quod ego libertum habeo, id est, ego agam præscriptis verbis in id quod interest, nec habebitur ratio liberti mihi quæsiti per manumissionem: nam nihil consequi videtur, qui libertum acquirit. Jus quidem patronatus acquirit, *l.* 2. *inf. quib. ad libert. proclam. non lic. l. nemo* §. 1. *de reg. jur.* Interest mea habere libertum, et si non habeo, ago eo nomine *l. sed hoc nomine, inf. de evict. l. Idque et Julian.* §. *ult. de act. emp.* At si jam habeo libertum, ejus rei æstimatio, aut ratio nulla habenda est. Igitur in hac specie in æstimationem non deducetur, si libertum habeo. Finge nunc juxta præcedentia, ego vendidi domum ea lege, ut aliam reficeres, an est emptio et venditio? usus sum vendendi verbo. Sed minime est venditio, quia non intervenit pretium, non locatio eadem ratione. Igitur est incertum negotium ex quo dabitur præscriptis verbis, quasi ex *do ut facias*, *l.* 6. *hic l. tenetur* §. 1. *de act. emp.* ubi citatur hæc *l.* 6. Et finge: vendidi certa pecunia, eo addito, ut insulam reficeres: agam ex vendito ut reficias: sed si sine pretio vendidi, hoc tantum dicto, ut reficeres, Neratius ait, non esse agendum ex vendito, sed præscriptis verbis.

JACOBI CUJACII J. C.

REPETITA PRÆLECTIO

In L. naturalis, De præscriptis verbis.

Propositio hujus *l.* facillima est: *Naturalis, inquit, meus filius, etc.* Naturalis filius meus est is, quem ex ancillæ mulieris consuetudine quæsivi: finge: is meus filius naturalis servus tuus est, quia etiam mater ejus forte serva tua, et vicissim filius tuus naturalis servus est meus, ac tu solebas cum ancilla mea, ego cum tua: convenit inter nos, ut tu meum manumitteres, ego tuum: hæc conventio est pactum nudum, non contractus. Regulariter ex pacto nudo jure civili, vel prætorio non nascitur actio, ex contractu nascitur. At si ego tuum jam manumisi, si jam pro tua parte implevi conventionis fidem, conventio, quæ initio erat tantum pactum nudum, jam abiit in contractum, quia jam ex mea parte causa subest, id est, manumissio. Pactum nudum est conventio, quæ proprium et legitimum nomen non habet, et quæ

intra verba sola, primumque promissum stetit, nec dum datione vel facto, vel stipulatione sumpsit effectum, *l. si tibi C. de loc. l. si divisionem, C. fam. ercis. l. 7. l. divisionis, sup. de pact.* et in definitione Ulp. *duorum pluriumve in idem placitum consensus*, id est, nil nisi placitum nudum, nil nisi consensus nudus, sine nomine, sine causa: conventio quæ proprium et legitimum nomen habet, licet sit nuda conventio, ut emptio venditio, quæ perficitur nuda conventione, locatio, societas, mandatum, contractus est, non pactum. Conventio item quæ facto, vel datione, vel manumissione sumit effectum, licet proprium nomen non habeat, contractus est, non pactum, *l. legem, C. de pact. Non est*, inquit Paul. *nudum cum pecunia datur, et aliquid de ea reddenda convenit*, ut in *l. 8. h. t. non videri pactum nudum intercessisse, quoties certa lege probaretur aliquid dari*, et adde *vel fieri*. Non est ergo pactum nudum, si jam ego manumisi filium tuum naturalem, antequam tu meum manumittas, sed est contractus: contractus (ut iterum dicam et faciam apertius) est conventio, quæ nomen habet proprium et speciale, vel quæ nomen non habet proprium, cui tamen res accedit, veluti manumitto hunc, ut illum manumittas, do fundum tibi ut mihi des domum, do tibi decem, ut eas Romam: factum vel datio, quæ impletur ex una parte convenientium, quæ fit eliciendi ex altera parte alicujus facti, alicujusve dationis res est, causa est, quæ conventioni accedit: pactum est conventio quæ proprio nomine caret, et cui nulla causa subest id est, cui nulla res accedit præter placitum nudum, *d. l. 7. §. sed si nulla.* Veluti manumittam filium tuum, et tu manumittes meum, pactum nudum est: et similiter, dabo, tibi Stichum, et tu dabis mihi Pamphilum: vel dabo tibi decem, et tu filium meum, qui tibi servit, manumittes. At si cum convenisset, ut ego filium tuum manumitterem, quæ est propositio hujus legis, et tu meum, et hæc conventio, quæ nudum pactum est, si non steterit intra fidem placiti, sed processerit ulterius, ut puta, si re ipsa ego prior exsolvero fidem, et filium tuum manumisero, jam res ex pacto nudo transiit in contractum: ex eo igitur nascitur obligatio et actio, quæ non nasceretur ex pacto solo. At quæritur hoc loco, quænam actio sit, quæ mihi competat, postquam ego manumisi filium tuum, et tu vicissim meum filium, qui tibi servit, manumittere nolis? Et Paulus in hac quæstione ait, *totius in rem dati tractatum inspici posse*, atque adeo se eum tractatum, priusquam quæstioni propositæ respondeat, omni ex parte perscrutari, et discutere velle. *Ob rem dari* dicitur proprie, quod datur ut aliquid sequatur, puta ut vicissim detur, ut fiat aliquid: idque ob rem dari, vel fieri intelligatur. *Ob causam autem dari dicimus*, quod datur ob causam præteritam non futuram, puta, do centum tibi, quia negotia mea curasti, et inter hæc duo magna differentia est: nam datum ob rem re non secuta, condici potest, repeti potest: datum ob causam etsi ea causa falsa sit, et nunquam fuerit, condici non potest, *l. 52. l. in summa 65. de condict. indeb. l. 1. de condict. ob turp. caus.* Verum aliquando ob rem datum, dicitur etiam ob causam datum, nempe ob causam futuram, causa accepta pro re, ut in *l. C. de condict. ob caus. dator.* et supra in *tit. de condict. caus. dat. Causa dati*, id est, sub causa, ut in *l. pen. eod.* et ea futura, ergo dati ob rem. Hunc autem tractatum ob rem dati, Paul. ait, competere in quatuor speciebus: *aut enim*, inquit, *do ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias*. In quibus quæritur, quæ obligatio nascatur. Species etiam vocat *articulos* in *§. seq.* ut in *tit. de rer. divis. Summa rerum divisio in duos articulos deducitur*, et in lib. singulari Pauli *de articulis liberalis causæ.* Et in his quidem quatuor articulis, in quibus consistit tractatus ob rem dati, singuli articuli rursus plures in se articulos speciesque recipiunt. (*)

Ad §. Et si quidem.

Ac primum quidem articulus, *do ut des*, quem solum hodie explicaturus sum, recipit duas species. Prima hæc est: si pecuniam do, ut rem accipiam, quo genere emptio venditio contrahitur, ex qua nascitur ultro citroque actio empti et venditi, non civilis actio incerti, quæ dicitur in factum et præscriptis verbis, quia emptio venditio contractus est civili ac proprio nomine præditus, et actio præscriptis verbis datur tantum ex contractibus, quorum appellationes jure civili nullæ proditæ sunt, *l. 3. h. t.* ex contractibus, qui sunt ἀνώνυμοι. Imo, quia emptio venditio contractus est, qui suum et proprium nomen habet, quo insignitus est, non tantum si do pecuniam ut rem accipiam, est contractus emptionis venditionis, sed etiam dabo pecuniam, ut rem accipiam, quia emptio venditio nudo consensu perficitur, et ex nudo consensu parit obligationem, et actionem ultro citroque. Accursius huic parti objicit *l. ult. sup. de condict. caus. data*, quæ tota nobis diligenter erit explicanda, quoniam maxime pertinet ad hunc locum, et varie explicatur ab interpretibus atque implicatur. In ea l. negotium ita gestum est; do tibi pecuniam, ut mihi Stichum des, et tamen dicitur non esse pro portione em-

(*) *Vide Merillium variantium ex Cujac. lib. 1. cap. 19.*

ptionis et venditionis, id est, non esse emptionem venditionem, non esse pro portione, id est, non esse speciem emptionis venditionis (hac interpretatione nihil est certius) sed esse permutationis, ut liquido exprimunt Basilica: οὐκ ἐςὶ πρᾶσις, ἀλλ' ἐναλλαγή, id est, *permutatio est:* quia pecuniam non dedi, quasi pretium Stichi emendi animo, sed quasi rem aut corpus, ut in *l. 7. h. t.* pecuniam dedi, ut Stichum manumitteres: cogam te actione præscriptis verbis, ut Stichum manumittas, quæ actio frustra daretur, si dedissem tibi pecuniam pro pretio: nam te cessante statim Stichus ipso jure fieret liber, *l. 38. de liber. caus.* et ideo pecuniam tibi non dedi pro pretio, pro capite Stichi, ut eum manumitteres, sed quasi permutationis vice. Ergo negotio ita gesto, ut proponitur in *d. l. ult.* do tibi pecuniam, ut mihi Stichum des, permutatio est, non emptio venditio, et (quod maxime notandum) ex hoc negotio, (ut ait Jurisconsultus in *d. l. ult.*) nulla alia actio est, quam ob rem dati causa non secuta, id est, ex hoc negotio competit sola condictio ob rem dati, non actio præscriptis verbis, licet contracta sit permutatio, quod inferius demonstrabitur apertius. Ac videamus primum, cur negotium illud non sit emptio venditio: do tibi pecuniam ut mihi Stichum des. Ratio hæc est, quia dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares, id est, ut meum faceres Stichum. Vis scire, an hoc sit verum? legamus verba *dict. l. ult. Condictio*, inquit, *ob rem dati in te competit, quod hominem accipientis non feceris,* ergo id actum est, ut ego pecuniam tuam facerem, et vicissim ut tu hominem meum facias, qua ratione negotium illud non est pars emptionis venditionis, non est emptio venditio, quia ex natura emptionis venditionis non est, ut venditor rem faciat accipientis, sed ut vacuam tantum ei possessionem tradat, et se obliget evictionis nomine, purgetque dolum malum, id est, præstet dolum malum abesse, abfuturumque ut *sup. tit. prox. et l. ex empto, l. servus, §. ult. de act. emp. l. 25. de contr. empt.* Itaque re tradita et non evicta, emptori venditor nil debet, quia quod ei debuit, id omne præstitit. Et tamen si mortuus sit Stichus sine culpa tua, antequam eum mihi dares, cum ita negotium gestum est, ut proponitur in *l. ult.* do pecuniam, ut Stichum des, perit quidem mihi Stichus, atque certe non possum agere præscriptis verbis, quanti interest Stichum mihi dari, ut in §. 1. hujus legis, quia mortuus est sine culpa tua. Denique eum petere non possum, vel ejus nomine quod interest, actione præscriptis verbis et competit mihi tantum condictio pecuniæ datæ ob rem, re non secuta, quia Stichus quidem mihi perit, at pecunia mihi non perit. Idque fit exemplo emptionis, ut in *l. si fundus 33. loc.* quia et locatio, quæ eo genere contracta est, emptionem imitatur, *l. 2. sup. tit. prox.* Item si alienum Stichum mihi tradideris, nec feceris meum, ut actum est inter nos, licet evictus mihi nondum sit, quia tamen verum est, te mihi Stichum non dedisse, id est, te Stichum non fecisse meum, mihi non competit condictio pecuniæ datæ ob rem, re non secuta, et hoc casu etiam mihi non competit actio præscriptis verbis, solum competit condictio ob rem dati, non præscriptis verbis quasi ex permutatione, licet permutatio contracta sit. Cur? quia permutatio obligationi præbet initium ex traditione rei suæ, non ex traditione rei alienæ, *l. 1. sup. tit. prox.* Nulla est permutatio, quamvis id ageretur, ut esset permutatio, nisi ex utraque parte, quod datur, fiat accipientis. At Stichus non est factus accipientis, quia erat alienus. Ergo quasi ex permutatione non est actio præscriptis verbis. Ac præterea, si Stichus tuus est, quem mihi dedisti, atque ita meum fecisti, non tamen mihi velis per stipulationem cavere pro evictione ejus, hoc etiam casu, ut ait *d. l. ult.* nulla alia mihi in te actio competit, quam condictio ob rem dati, id est, condictio pecuniæ: non competit præscriptis verbis, quia sane dedisti Stichum, quamdiu Stichus non evincitur. Atque ita in omnibus tribus casibus, qui proponuntur in *d. l. ult.* nulla actio vel obligatio est, quam ob rem dati causa non secuta. At, evicto Stacho, quem mihi dedisti, non nego etiam præscriptis verbis competere actionem, ut *l. 1. C. de rer. permut. l. 29. C. de evict.* Et ita est explicanda *dict. l. ult.*

Sequitur altera species, quam hic articulus, *do ut des*, recipit. Si rem do, ut rem accipiam, puta, fundum, domum, quo genere non contrahitur emptio venditio, quia nullum intervenit pretium, et nulla merx: nam non apparet res, quæ vicissim commutatur, utrum sit pretium, an merx, sed contrahitur permutatio. Ergo contractus est ἀνώνυμος, quia permutatio non est proprium nomen, sed nomen commune, perinde atque Græcis συνάλλαγμα: nam emptio venditio fit genere quodam permutationis mercis cum pretio: ac similiter locatio et conductio pensionis cum habitatione. Itemque societas et omnis denique contractus est vel commutatio, vel συνάλλαγμα, quod idem est. Et ita Aristoteles in Ethicis scribit: *Medium arrogantiæ (quod tamen veritatem nominat) carere nomine proprio, quia veritatis nomen latius patet.* Licet autem permutatio sit similis, et vicina emptioni, ut *l. 2. sup. tit. prox. l. 2. C. eod.* et *Novel. Valentin. de confirm. iis quæ ad stat. etc.* Com-

mutatio, inquit, *instar emptionis obtinet*: tamen longo intervallo distant inter se emptio venditio et permutatio.

Primum in emptione venditione, aliud est pretium, aliud merx, aliud emptor, aliud venditor: in permutatione discerni non potest, utrum sit pretium, utrum merx, uter sit empor, uter venditor, uterque videtur esse emptor et venditor, utrumque videtur esse pretium et merx. Videtur, non est tamen, quia ut eleganter ait *l.* 1. *sup. prox. t. Ratio naturalis non patitur, ut eadem res sit merx et pretium, ut idem homo sit emptor et venditor*: non est igitur emptio venditio, sed videtur, ut est in *l. sciendum*, §. *pen. de Ædil. edict.* Deinde in emptione venditione debet emptor nummos vel pretium facere accipientis, *l. ex empto* §. 1. *de act. emp.* Venditor autem non cogitur rem facere accipientis, ut jam probavi supra. Cur tam varie? Ut venditor non cogatur facere rem accipientis, emptor pecuniam cogatur facere accipientis: quia dissimilis est debitio pecuniæ, et debitio mercis, et non mirum, si dissimilis etiam sit solutio: facile quis pecuniam suam solvere potest, quia debet quantitatem in genere, non speciem certam: non æque facile mercem sive rem certam suam præstare quis et tradere potest, hoc non ita est in facili: satis est tradi possessionem, et cavere de evictione, et præstare dolum abesse. In permutatione autem id agitur his verbis, *do ut des*, (nam sunt stulti, qui faciunt differentiam inter permutationem, et do ut des. Idem dicis, sive permutationem dicas, sive do ut des, ut demonstrat §. 1.) *In permutatione*, inquit, *id agitur ut utrimque rei, quæ traditur, dominium transferatur*, *d. l.* 1.

Tertia differentia est, re vendita evicta, emptori competit actio ex vendito: re data, vel accepta ex causa permutationis et evicta, competit actio in factum, sive præscriptis verbis, *d. l.* 1. *l.* 29. *de evict. C.*

Ultima differentia hæc est: emptio venditio nudo consensu perficitur, ex eoque obligationem parit. Permutatio autem nonnisi ex re tradita initium obligationi præbet. Nudum placitum permutationis non parit obligationem, quia nudum pactum est, ut in *l.* 3. *C. de rerum permut.* quia scilicet hoc tantum receptum est in his contractibus, qui nomen suum habent, ut videlicet ex nudo placito pariat obligationem, ut in emptionibus, in locationibus, in societatibus, in mandatis, *d. l.* 1. Permutatio autem nomen suum, id est, nomen proprium non habet, ergo rei traditionem exigimus in permutatione, et eam scilicet, quæ dominum facit accipientem: nullam enim contrahit permutationem, qui tradit rem alienam, et ideo ex altera parte rei alienæ traditione facta, si alter nolit rem tradere, tenetur tantum condictione ob rem dati, non actione præscriptis verbis, quasi ex permutatione, quia nulla permutatio est, et condictio competit non ex permutatione, sed ex æquo et bono, *l. in summa* 65. *de condict. indeb.* (*) At ex altera parte rei suæ traditione facta, si alter nolit tradere, non tantum competit condictio ob rem dati, si hanc nolit actor, sed etiam præscriptis verbis, in quantum interest vice mutua rem tradi: ut si tibi scyphos meos dedi, ut mihi Stichum dares, mihi utraque actio competit. Hæc vel illa scilicet, excepto uno casu, qui proponitur in hoc §. 1. Si dedi tibi scyphos meos, ut mihi Stichum dares, et Stichus mortuus sit, antequam eum mihi dares, sine culpa tua, quia hoc casu conditio tantum competit ob rem dati, non actio præscriptis verbis, quæ est etiam sententia *l. ult. de condict. caus. dat.* Tantum igitur abest, ut huic loco obstet ea lex *ult.* ut cum ea congruat omnimodo, quia Stichum mihi perire hic dicitur, quod non ibi denegatur: ibi dicitur, pecuniam mihi non perire: hic scyphos mihi non perire: condictionem dati esse, non actionem præscriptis verbis. Et in extremo ait *explicitus est articulus do ut des*, ut in *l.* 1. *ad Trebell. explicit tractatus*. Item in *l. peregre*, §. 2. *de acquir. possess. quibus explicitis*, unde verbum illud, quod in fine librorum ad distinctionem sequentium apponi solet, *explicit*, quod etiam appingitur in Florentinis, completis singulis libris, et est vetustissimum ita loqui, *explicit feliciter*, quamvis hujus verbi locutio non sit in usu: Hieronymus in Epistol. ad Marcellam, cum explicat, quid sit Sela, hoc est diapsalma: Igitur *ut solemus nos*, inquit, *completis opusculis ad distinctionem rei alterius sequentis, medium interponere explicit, aut feliciter.*

Ad §. *At cum do.*

Secundus articulus, *do ut facias*, recipit species quatuor, et ut ex articulo *do ut des*, *facio ut facias*, emergit et exoritur proprii nominis contractus emptio venditio: ita ex hujus articuli *do ut facias* prima specie exoritur proprii nominis contractus, locatio conductio. At rursus sicut ex articuli *do ut des* specie secunda nascitur contractus ἀνώνυμος, permutatio, ex quo est actio præscriptis verbis, qui tamen similis est emptioni, non (ut Sabiniani existimabant) idem quod emptio venditio, *l.* 1. *sup. de contrah. empt.* (cui coaptanda est *l.* 1. *inf. tit. prox.* in quo ponuntur differentiæ inter emptionem et permutationem) ita vero ex hujus articuli *do ut*

(*) *Vide Merillium variantium ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 28.

des specie secunda, et tertia, et quarta, nascitur contractus ἀνώνυμος, similis tamen locationi et conductioni ex qua etiam est actio præscriptis verbis.

Et prima quidem species hujus articuli hæc est, *do pictori pretium, ut mihi tabulam pingat*, quo genere contrahitur locatio et conductio, quia opera sive factum prioris tale est, quod locari potest certa pecunia, certove pretio, et actio ex hoc negotio nascitur, scilicet proprii nominis actio ex locato conducto: non actio præscriptis verbis, quæ tantum ex iis contractibus datur, qui carent proprio nomine.

Secunda autem species hæc est, *do pictori rem, puta scyphum, non pecuniam, ut mihi tabulam pingat*: non est locatio conductio, quia non intervenit pecunia numerata pro pretio, sive mercede operæ pictoriæ: et sicut emptio venditio, ita locatio conductio sine nummis sive pretio vel quantitate non consistit, *l.* 2. *loc.* Sed in hoc negotio res intervenit, et veluti quoddam permutationis genus, licet proprie nec permutatio sit, quia permutatio ita contrahitur, *do ut des*, re, specie, et corpore (quod idem est) aliquo certo interveniente ex utraque parte: *Do ut facias*, contrahitur re interveniente ex una parte tantum, et ex altera parte opera, et hoc genere (ut dixi) non contrahitur locatio conductio, quia non intervenit pretium: non contrahitur etiam permutatio (ut ostendi) sed contrahitur proprii cujusdam generis contractus, quod nomen non habet, ex quo datur ei, qui rem dedit in antecessum, si pictor nolit tabulam pingere, actio præscriptis verbis, ut vel tabulam pingat, vel præstet quanti interest. Vel eidem datur condictio ob rem dati, ut scyphum repetat, quem dedit, si nihil intersit mihi tabulam pingi, vel si malit scyphum repetere, quod satis perspicuum est.

Tertia autem species hæc est: do tibi pretium vel rem, ut Stichum manumittas. Quæ conventio etiam non est locatio conductio, quia manumissio tale est factum, quod locari non solet, opera locari solet, non liberale officium, *l.* 1. *si mens. fals. mod. dix.* quia nec pro liberali officio datur merces, quæ in locatione exigitur omnimodo, sed datur honor aut salarium. Non est igitur locatio conductio, sed est proprii generis contractus, qui nomine vacat ut superior: proximus tamen est et similis locationi conductioni, et consequenter actio etiam, quæ ex eo contractu datur, nomen non habet; sed datur præscriptis verbis, quod concipiatur ita, ut præscripta sunt contractus verba, certo actionis nomine non expresso, nec enim huic vel illi negotio ullum leges imposuere nomen: actio si nomen habet proprium, veluti ex empto vendito, locato conducto, mandati; depositi, pro socio, eo nomine solo edito si agas, recte ages, etiam pacto omni, sive tenore contractus non enarrato, neque actionis formula concluso. Ex hac species contractus, *do ut facias*, do pecuniam, ut Stichum manumittas, te cessante, nec manumittente Stichum, mihi in te datur actio præscriptis verbis, ut solvas, quanti mea interest Stichum manumitti: vel si nihil interest, mihi datur condictio, ut mihi reddas, restituas, pretium vel rem, quam tibi dedi, ut *l.* 7. *h. tit.* Et ut additur in hoc §. nihil interest, tempus certum adjectum sit conventioni, intra quod Stichum manumittas, idque tempus vivo Sticho transierit, an vero nullum tempus certum adjectum sit, et transivit tantum temporis, ut potuerit debueritque manumitti. De cujus temporis definitione hoc ipso libro Paulus egit in *l. ult. inf. qui sine manumiss. ad libert.* Utroque eo casu, transacto tempore condicto vel convento, vel transacto justo tempore, in te mihi competit actio præscriptis verbis, vel condictio ob rem dati, re non secuta, et hoc etiam antequam transierit illud tempus, si me pœniteat, si nolui Stichum manumittere, *l.* 3. §. 1. *de condict. caus. dat.* Posset tentari, quod etiam Accursius tentat, non esse locum actioni præscriptis verbis, quæ te compellat Stichum manumittere, vel præstare id, quod interest hac ratione, quia transacto illo tempore Stichus ipso jure liber fit ex constitutione Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus sæpe fit mentio in libris juris. At ea constitutio cum objicitur huic §. et sententiæ, respondendum, eam constitutionem non pertinere ad hoc genus contractus, do pretium vel rem, ut servum manumittas, sed pertinere proprie ad contractum emptionis venditionis, cum ea lege venditur mancipium, ut manumitteretur, vel addito, vel non addito certo tempore. Et quamvis sententia hujus constitutionis porrecta etiam sit ad mancipium eadem lege donatum, *l. pen. inf. de his, qui sine manumiss. l. causam, de manumiss. l.* 1. *C. si mancip. fuer. ita alien.* quamvis etiam porrecta sit ad causam pecuniæ datæ pro pretio servi, ut manumittatur, *l.* 4. *C. eod. l. Paulus*, §. 1. *C. de liber. caus.* tamen non est porrecta, neque pertinet ea constitutio ad casum datæ rei, vel datæ pecuniæ, ut rei, non ut pretii, ut *l. ult. sup. de condict. caus. dat.* eliciendi beneficii gratia, puta ut servus manumitteretur: ut *l.* 1. *hoc t. l. si quis ab alio, de manumiss.* Itaque te cessante, necessaria est actio præscriptis verbis, quia servus non fit ipso jure liber. Ad hæc videndum est, cur dicat hoc loco Paulus: *Si dedero tibi aliquid, ut servum manumitteres intra certum tempus*, idque tempus, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, mihi in te competere actionem præscriptis verbis, vel condictionem ob rem dati; cur, inquam, desiderat Paulus, ut vivo servo

tempus transierit, intra quod manumitti potuit et debuit? Ea causa hæc est, quia mortuo servo intra illud tempus ante moram tuam, nulla mihi in te competit actio, neque condictio dati, neque actio præscriptis verbis, *d. l. 3. §. sed si Stichus, de condict, caus. dat.* At forte objicies, et dices, si dederim tibi rem vel pecuniam, veluti rem, non veluti pretium, non ut manumitteres, sed ut mihi servum dares, mortuo servo sua morte, suo fato, sine culpa tua, antequam eum mihi dares, licet mihi non competat actio præscriptis verbis, quia servus mihi periit, §. *sed si scyphus, sup.* hac *l.* competere tamen mihi condictionem ob rem dati, re non secuta, *l. ult.* §. *ult. de condict. caus. dat.* quam exposui, quia scilicet non est æquum rem mihi perire, quam dedi in antecessum: eo quod nullum adjectum est certum tempus, quo darem servum, neque ullum lege suppletur, intra quod me servum dare oporteat, sed hoc tantum actum est pure, ut eum mihi dares: quod cum non feceris, per te factum est, quominus eum habuerim, qui fortassis apud me non interiisset, et ideo mortuo eo apud te, saltem mihi adversus te competit condictio ob rem dati, quasi re non secuta: at cum rem dedi, ut Stichum manumitteres intra certum tempus, quod etsi non adjecero, lege suppletur, nempe intra spatium duorum vel quatuor mensium, secundum distinctionem *dict. l. ult.* Hoc casu mortuo servo intra illud tempus, per te factum non videtur, quominus eum manumitteres, quia omne illud spatium temporis liberum tibi fuit ad manumittendum, et fuit utique tibi etiam in animo, antequam tempus exiret, servum manumittere, et sane manumisisses intra tempus constitutum, nisi illum intra istud tempus fata præripuissent: et pro eo igitur est, ac si manumisisses, et ideo mihi condictio ob rem dati in te non competit, mortuo servo intra tempus, quia res pro secuta seu impleta habetur, *l. in jure, de regul. juris, l. jure civili, de condit. et demonstr.* Quod confirmat valde etiam id, quod subjicitur in *l. 3.* §. *quinimo, de condict. caus.* si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerit tamen pacto nudo, ut darem, et ut tu manumitteres, sicut si servum prior manumisisses: ita si servus vita decesserit, antequam per te staret, quominus eum manumitteres ante moram tuam, perinde est ac si manumisisses, et ultro placiti fidem exsolvisses. Ait in *d.* §. *quinimo*: etiam ultro tibi competere actionem, quæ ex hoc contractu nascitur, id est, condictionem (ut ita exprimam) non illam condictionem ob rem dati, de qua est ille titulus, quia ea condictio ex hoc contractu non nascitur, sed ex bono et æquo, *l. in summa* 65. §. *quod ob rem, de condict. indeb.* et propterea nil proponitur datum, quod condici possit. Itaque illo loco, ut Græci interpretantur, et ex Latinis quoque nonnulli, condictionem accipi pro actione præscriptis verbis, quia scilicet intendis, ut dem, quod placuit inter nos uti darem servi manumittendi gratia, perinde atque si eum manumisisses, qui in eo manumittendo moram non fecisti. Et ita condictio incerti accipitur pro actione præscriptis verbis in *l. duo* §. *ult. de precar.* Ergo illo loco, intellige condictionem, incerti scilicet sive præscriptis verbis actionem: aut sane quod ait, *condictionem*, glossema est, non auctoris interpretatio: nam et abunde sufficiunt quæ præcedunt, quæque proponuntur illo loco, competere scilicet actionem, quæ ex contractu nascitur: ea est præscriptis verbis, quæ nascitur ex do ut facias, quamvis tu prior feceris, quam is daret, quia modus ineundæ conventionis spectatur, ut Joannes voluit rectissime, et conventio inita est: *dabo ut tu manumittas*: non inspicitur modus implendi contractus, non inspicitur etiam contractus implementum, an incœperit a facto, an a datione, quæ inspectio nobis erit usui in explicatione §. *seq.*

Quarta autem et ultima species hujus articuli, *do ut facias*, hæc est. Dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumitteres, et manumisisti: deinde quia Stichus alienus erat, quem ego tibi dedi, is tibi evictus est. Quæritur, quæ tibi eo nomine in me competat actio? Et ex Juliano (quod notandum) Paulus ita distinguit in §. *sed si dedi.* Aut sciens alienum dedi, et teneor actione de dolo, aut ignorans, et teneor in factum civili, id est præscriptis verbis, quæ in factum dicitur sæpissime, quia sine nomine certo διηγηματικῶς, id est, narrative proponitur, ut de exceptione in factum Theophil. noster ait *tit. de exception.* et eodem modo in factum conceptam actionem vel exceptionem in Glossis Philoxenus sic interpretatur. Civilis autem dicitur etiam hæc actio præscriptis verbis, quia similis est civili et directæ actioni suum habenti nomen: ut actio præscriptis verbis ex articulo *do ut des* sive ex permutatione similis est actioni ex empto vendito: ex articulo *do ut facias*, similis est actioni ex locato conducto: ex articulo *facio ut facias*, similis est actioni mandati. Atque ideo civilis appellatur, quia civili proxima est, quia civilem refert, quia est ἀντίστροφος civili. At sane hic locus Pauli, quo refert in specie proposita, Julianum dare in scientem actionem de dolo, in ignorantem actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis, interpolatus est etiam a Triboniano, vel ab alio quodam, quod a Mauritiano explosa et reprehensa esset Juliani sententia, et Ulpianus refert in *l. 7. de pactis.* Sed non ita eam sent. Juliani refert, ut hic refertur

a Paulo. Puta Julianum dedisse in ignorantem actionem in factum prætoriam, quæ omnium actionum est extrema linea, adeo ut sit subsidiaria actioni de dolo, quæ aliis omnibus actionibus est subsidiaria: denique actio in factum prætoria est subsidiaria subsidiariæ, ut in *l. non debet, de dolo, l. qui servandarum, in princip. hoc t.* Et sane non potest dari in factum civilis, ut hic est scriptum, in ignorantem, quia datur etiam in scientem, exclusa actione doli, quæ cum sit famosa, ideo ei locus non est, ubi alia actio est, per quam quis ad jus suum pervenire possit: est enim subsidiaria actio de dolo, quæ non datur, nisi deficiente omni alia actione: et rursus ubi actio de dolo deficit, et dari non debet, succedit illa actio in factum prætoria, quæ est omnium actionum extremum subsidium, extrema linea, extrema cera. Præterea Juliani sententia putantis scientem teneri de dolo, ignorantem in factum prætoria (neque in *hoc* §. affingendum est, quasi Paulus referat tantum Juliani sententiam, non probet) a Mauritiano refellitur, ut Ulp. refert in *d. l. 7.* Cur reprehenditur merito? quia evidens est, rem ita gestam esse: *do tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*, qui civilis contractus est, id est, συνάλλαγμα, ex quo utrinque nascitur obligatio, *do ut facias.* Si contractus est civilis, si συνάλλαγμα: ergo ex eo nascitur actio in factum civilis, id est, præscriptis verbis in omnem casum, id est, tam in scientem, quam in ignorantem. Et si hæc est actio, cessat ergo de dolo, *l. si quis affirmavit §. Labeo, de dolo.* Et consequenter cessat etiam, quæ actioni de dolo solet esse subsidio, actio in factum prætoria: servandus est enim ordo actionum, uti nobis jure proditus est. Si tibi Stichum dedi, ut Pamphilum manumitteres, et manumisisti, ac deinde tibi Stichus evictus est: Julianus dicebat, scientem me teneri actione de dolo: scientem, inquam, Stichum alienum esse, ignorantem autem teneri actione in factum prætoria, *l. 7. de pact.* Reprehensus est a Mauritiano in notis, qui negabat summa cum ratione in ignorantem competere actionem in factum prætoriam, quæ est extremum subsidium juris sui persequendi, cum suppetat, sufficiatque actio in factum civilis, id est, præscriptis verbis, quia civile negotium gestum est, vel συνάλλαγμα, *do ut facias*, ex quo competit actio in factum civilis, ut non sit decurrendum ad actionem in factum prætoriam. Scientem autem Mauritianus admittebat teneri actione de dolo malo, quasi in scientem deficiente actione præscriptis verbis, quod et verissimum est: quia ex *do ut facias*, quæ nascitur actio præscriptis verbis, stricta est, non bonæ fidei, ut ex *do ut des*, §. *actionum, Institut. de action.* Et stricto judicio dolus non vindicatur. Ideoque in scientem necessaria est actio de dolo, *l. et eleganter §. non solum, de dol. mal.* Quod ergo Paulus refert in §. *sed si dedi*, partim est ex Juliano, in scientem scilicet dari actionem de dolo: partim ex notis Mauritiani ad Julianum, nempe in ignorantem esse actionem in factum civilem, id est, præscriptis verbis, non ut Julianus existimabat, in factum prætoriam. Et hoc sane verius est, ac plane extra omnem dubitationem.

Ad §. Quod si faciam.

Servum meum tuo rogatu manumisi, ut mihi decem dares, et postquam manumisi, tu cessas mihi decem dare: quæritur qua actione mihi tenearis, an ex hoc articulo etiam nascitur civilis obligatio, et actio præscriptis verbis, ut ex duobus superioribus, *do ut des, do ut facias*, et ex sequenti, *facio ut facias?* Et in §. *quod si faciam*, negat Paulus ex hoc articulo, *facio ut des*, eandem mihi competere actionem, sed competere tantum ait actionem de dolo malo: quia tu cessas mihi decem dare, rupta fide conventionis, et quod ad Paulum necessario supplendum est, si ejus conditionis sis, ut de dolo malo tecum agere non possim, ut si parens sis, vel patronus meus, in factum prætoria, quæ actioni de dolo solet esse subsidiaria, *l. non debet, de dolo.* At quæritur, cur ex hoc articulo, *facio ut des*, non detur actio præscriptis verbis: si datur ex *do ut facias*, cur non et ex diverso datur ex *facio ut des?* Hoc ut liquido intelligamus, missis variis opinionibus Accursii, sciendum est, actiones civiles, quæ ex contractibus, et negotiis civilibus dantur, necessario esse directas vel utiles. Directas nomen proprium habere, et dari etiam ex contractibus, qui nomen proprium habent, veluti ex emptione, venditione, ex locato, conducto, mandato, pro socio, deposito. Utiles autem, quæ præscriptis verbis appellantur, et utiles ut sunt, etiam dicuntur certi, *l. cum mota, C. de transact. l. 3. C. de donat. quæ sub modo, l. 1. C. de pact. convent.* Utiles, inquam, actiones, id est, præscriptis verbis, proprium nomen non habent, sed in factum concipiuntur, atque componuntur, et non ex vulgaribus et usitatis, legibusque proditis contractibus dantur, sed ex novis contractibus, ut in *l. si tibi, hoc t.* ait, *quasi de novo negotio dari actionem præscr. verbis*, prope tamen eos contractus novos, ex quibus dantur utiles actiones, sive præscriptis verbis, accedere ad eos, qui nomen habent, ut in *l. si gratuitam §. si Papinianus, hoc t.* ait: negotium, de quo ibi agitur, ex quo oritur actio præscriptis verbis, prope ad depositum accedere, et similem deposito esse. Ac similiter ex iis contractibus novis, et ἀνωνύμοις comparatas esse-

utiles actiones, id est præscriptis verbis, ad similitudinem directarum. Et ita in *l. si convenit*, *de rescind. vend.* ex negotio, de quo ibi agitur, dicitur dari proxima emptioni actio præscriptis verbis, et in §. *seq.* ex articulo *facio ut facias*, dari actionem præscriptis verbis. *quæ*, inquit, *actio*, *similis erit mandati actioni*, quemadmodum in superioribus casibus, id est, articulis locationi et emptioni: locationi ex articulo *do ut facias*, et emptioni ex articulo *do ut des*. Nam articulus *facio ut des*, nulli negotio civili comparari potest, et actiones præscriptis verbis non dantur, nisi ex negotiis et contractibus, qui his sunt adsimiles, quorum nomina jure civili prodita sunt: ex negotiis dissimilibus non dantur, et ut in jure nullam usquam actionem utilem constat dari in casu dissimili, sed in casu simili tantum, et proximo, *l. si mensor*, *sup. si mens. fals. mod. dixer.* cujus species explicanda est. In mensorem vel finitorem, qui falsum modum agri renuntiavit, in Geometram, cum ad eandem rem adhibitus esset a venditore vel emptore, cupiente scire modum agri, in eum (inquam) prætor dat actionem in factum in id quod interest, hoc est certissimum. An etiam dat eam actionem in eum, qui renuntiavit quidem verum modum, sed diu traxit renuntiationem si ob hoc evenit, ut venditor læderetur? Sic legendum illo loco, *læderetur*, non *liberetur*, et ita quoque Basilica. Ait, hanc actionem in eum, qui verum modum dixit, sed aliquando tardius, et socordius, non dari, ne utilem quidem, quia utilis tantum datur in casu simili, hunc casum esse dissimilem, nil esse dissimilius falso quam verum. Eademque ratio est *l. si vero §. pen. solut. matrim. l. 1. §. ult. de aqu. et aqu. pluv. l. 19. comm. divid.* In casu igitur proposito *d. l.* decurrendum est ad actionem de dolo malo: et eodem modo actio præscriptis verbis, quia utilis actio est, datur in casu simili, ex dissimili non datur: ex *do ut des* oritur, quia negotium est simile emptioni venditioni: ex *do ut facias* item, quia simile est locationi conductioni, et ita ex *facio ut facias*, quia simile est mandato, et alia ex negotio aliquo novo, quia negotium illud novum est simile deposito, etiam commodato: ex *facio ut des*, non datur, quia nullum est civile negotium, quod habeat suum nomen, cui hoc similiter assimilari possit, et ideo decurrendum est ad actionem de dolo malo. Nullum, inquam, est negotium civile, cui hic articulus sive casus *facio ut des*, assimilari possit. Dices, imo potest assimilari locationi conductioni, quia omnis locatio ita contrahitur, do vel dabo ut facias, non facio, aut faciam ut des. Do vel dabo (quia et re et nudo consensu locatio perficitur) do vel dabo tibi pecuniam, ut mihi tabulam pingas. Non tabulam pingo vel pingam, ut mihi pecuniam des, quod satis probat §. *at cum do.* Neque vero conventio ita facta, ut ego darem aliquid, tu faceres, sed subvertitur, si tu prævertas facere, ut in §. *si tibi*, si placuerit ut ego darem Stichum, et tu Pamphilum manumitteres; si tu prior ipse Pamphilum manumiseris, ego non dederim Stichum, vel (quod pro eodem est) si dederim alienum, non immutatur origo et forma primæ conventionis. Idemque evenit in specie *l. 3. §. quinimo, de condict. caus. dat.* si manumissio antevertat dationem in reipsa, non in forma conventionis, quæ ita facta est, dabo et tu manumittes. Et in specie quoque *l. cum mota, C. de transact.* re ita gesta atque conventa ab initio, dabo tibi partem bonorum, ut a lite discedas, etiamsi prior a lite discesseris, negotium non do ut facias, non facio ut des, quia inspicimus, non ut impleta, sed ut conventa res sit, non quis in implendo, sed quis in conveniendo ordo servatus sit, non quis sit egressus, sed quis ingressus: et ita Joannes recte: consequenter dicimus ex articulo *facio ut des*, ut ait in hoc §. *quod si faciam*, nullam esse civilem actionem, id est, neque directam, neque utilem: et ideo, postquam feci, te cessante dare et fallente fidem, decurrendum est ad actionem de dolo malo, quæ subsidiaria est, neque ullam aliam actionem suppetere, quod confirmat *l. permisisti*, §. *ult. hoc t.* Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem, sevi in fundo tuo: res ita gesta et conventa est, *facio ut des*, id est, sero in fundo tuo, ut te dante, cui scilicet jure dominii fructus cedunt, tanquam domino soli, fructus feram. et ideo ex hoc negotio, ut ibidem traditur neque datur ulla actio juris civilis, id est, directa, neque in factum, id est, utilis præscriptis verbis, sed si perfidus mihi non tradas fructus vel (quod idem est) si non permittas mihi tollere fructus, quasi deficiente omni actione civili, decurrendum est ad actionem de dolo malo. Idem confirmat *l. cum proponas*, *C. de dolo.* Manumisi ancillam, vel dedi tibi manumittendam (quod pro facto habetur, sicut glossa hic notat recte) ut tu mihi servum dares: non das servum, postquam ego manumisi, aut feci, ut manumitteretur ancilla, nulla alia mihi actio in te competit, quam de dolo malo. Idem quoque confirmat *l. solent, hoc t.* Enuntiatio est ejusmodi. Indica mihi servum meum fugitivum et cura ut eum apprehendam, et tibi decem dabo: et postquam mihi servum indicasti ego cesso: quæritur, quæ tibi in me actio competat, Et primum quidem *d. l. solent* ait, esse actionem præscriptis verbis: id mox corrigit, *nisi si quis et in hac specie de dolo malo competere dicat*, *ubi dolus aliquis arguatur*: et sic in *l. si mihi*, *de leg. 2.* cum dixisset, mihi et servo meo re eadem legata, et ex persona mea legato repudiato, deinde agnito ex persona servi par-

tem legati deficere, mox corrigit se, *nisi si quis dubitet, an existente conditione*, si servus vivat, omnimodo legatum meum fiat. quibus statuit totum legatum mihi per servum acquiri. Sic etiam Ulpianus in *l. si servus* § *si furnum, ad leg. Aquil.* Si ita furnum habeas ad parietem communem, et ex eo metuo, ne quod mihi periculum creetur, cum dixisset initio, mihi in te competere actionem in factum accommodatam legi Aquiliæ, mox corrigit se his verbis: *n si quis dixerit damni non facti sufficere cautionem.* Ergo, *nisi*, est particula correctionis. Itaque non pugnat, imo consentit omnino *l. solent* cum hoc §. ut scilicet, *ex facio ut des*, nulla detur actio civilis directa vel utilis, quia nullum est civile negotium, cui illud accommodari possit: ideoque solam sufficere actionem de dolo malo in eum, qui fidem fregit, impleto facto ex una parte, id est, in eum qui non dedit.

Ad §. *Sed si facio.*

Plures species sunt in hoc articulo, ex quibus duas tantum Paulus proposuit in §. *sed si facio*, sicut ex articulo, *do ut des*, quamvis et ille plures species recipit, duas tantum posuit species in §. 1. Potest enim ei etiam adjungi species *l. si convenit, de rescind. vendit. l. Labeo, de contr. empt. et l. 2. C. de pact. inter empt.* quæ est de pacto de re vendita, et in qua illo loco *præscriptis verbis vel ex vendito*, non insubtiliter Æmarus Ranconetus legebat *et ex vendito.* In extremo hujus legis a duabus speciebus hujus articuli, *facio ut facias*, transit ad tertiam speciem, quam initio legis proposuit, manumitto, ut tu manumittas. Prima autem species hæc est. Placuit inter me et te, ut ego in tuo solo domum aut villam ædificem meis sumptibus, et tu similiter in meo tuis sumptibus: si ego ædificem, et tu cessas, mihi in te est actio præscriptis verbis, ut solvas quanti interest mea insulam in tuo ædificari, vel ut mihi refundas impensas, quas ego feci ædificando in tuo solo: actio, inquam, præscriptis verbis proxima, et similis actioni mandati, ut mox apparebit ex ultima specie; quam Paul. primam facit: placuit inter nos, ut ego a tuo debitore Romæ pecuniam exigam meis sumptibus, et tu similiter a meo debitore Carthagini tuis sumptibus: ego postquam exegi a tuo, tu cessas exigere a meo, qua actione mihi teneris? Et Paulus tentat saltuatim suo more, modo teneri te mandati, modo non teneri: hæc sunt in hoc §. veluti anterides quædam et clausulæ, quæ confligunt invicem et convertuntur, et argumenta pressa admodum et brevia, ut ex *h. l.* tota nullus §. sit explicatu difficilior. Primum putat, teneri te mandati actione, quia mandatum quodammodo intervenisse, vel quodammodo contractum esse intelligitur inter nos: cessisse igitur et mandasse invicem videmur actiones: quibus tu a meo, ego invicem a tuo pecuniam exigerem. Nec enim jus exigendi alieni debiti cuiquam est, nisi cessa ei sit actio a creditore, *l. 5.* §. *ult. de neg. gest.* Et hoc loco sine mandato exigi alieno nomine non potest. Et Marcus Tullius pro Roscio Amerino: *alteri*, inquit, *nemo potest petere, nisi qui cognitor est factus. Cognitor*, id est, *procurator*, cui cessa sit actio sive mandata, ut apud Titum Livium lib. 39 *Turpe et indignum est alienarum simultatum Tribunum Pleb. cognitorem fieri*, hoc est, vindicem et quasi procuratorem earum persequendarum. Alteri pacisci vel stipulari cognitor vel procurator non potest alteri tamen petere potest utilitatis gratia, et negotiorum inter homines facilius exercendorum gratia id receptum est, ut et hic, ut alteri procurator possessionem acquirere possit, *l. 9. de acquir. possess.* Non etiam illud, ut alteri pacisci vel contrahere possit, quod eadem utilitas exigit, ne recipiatur, nempe ut per nos ipsos, non per alios, nisi sint in nostra potestate, ut nobis ipsis, non aliis, nisi simus in eorum potestate, paciscamur, aut contrahamus utiliter. Nunc ad rem: si placuit inter nos, ut tu exigeres a meo debitore tuis impensis, tuis sumptibus, et ego a tuo vel cum tuo, *similiter quodammodo*, inquit Paulus, *mandatum intervenisse creditur*, quia sine mandato exigi pecunia alieno nomine non potest, quia extraneus nullam habet actionem: cur ait *quodammodo?* quia negotium ita gestum, ut proposuit, egreditur notissimos mandati terminos: nec enim, qui mandatum alienum exequitur, hoc suis exequitur, sed domini sumptibus, ut si quis sumptus de suo erogavit, eos a domino repetit, *l. si quis alicui*, §. *pen. mand. l. 1. l. 4. C. eod.* Non quia mandatum debet esse gratuitum, ut glossa ait: nam: quod dicitur, *mandatum debere esse gratuitum*, hoc eo pertinet, ut intelligamus, neque mercedem eum, qui mandatum recipit, neque lucrum aliquod ex ea re acquirere posse, *l. 1. l. ita ut* §. 1. *mand.* Uno verbo, officium illud, quod amico exhibet, lucro ei vel compendio esse non debet, *liberalem et benignum non sequi lucrum, sed officium*, ut Marcus Tullius ait 1. *de legib.* Consequens tamen huic verbo est, quod dicimus, ne dispendio etiam ei debere esse officium illud aut damno, puta, non debere eum exsequi mandatum suis sumptibus sine spe repetitionis. At in utraque specie, quam Paulus hic proponit, agitur, ut unumquemque impendia sequantur, ut tu mandatum meum exsequaris tuis sumptibus sine spe repetitionis, et similiter ego tuum meis. Contra dici potest nihilominus mandatum intervenisse vi-

fieri, quia nihil damni facio, si meis sumptibus exigo pecuniam a tuo debitore, vel si ædifico in tuo solo meis sumptibus, cum tu mihi parem gratiam referas, exigendo a meo debitore, vel ædificando in meo tuis sumptibus. Denique mutuum officium est, a quo mandatum contrahi videtur. *Mandatum ex officio originem trahit*, hæc sunt verba *leg.* 1. *mand.* Et sane si quantum tu impendis in exigendo meo debitore, vel in insula fulcienda in meo solo, tantum ego impendam in simili negotio tuo, si par sit impensa ultro citroque, nulla dubitatio est, quin revera mandatum interveniat. At si sit dispar impensa, si ego de meo plus impendam, quam tu in exequendo hoc vel illo mandato, tunc merito, dubitatur, an mandatum interveniat, quoniam hoc abhorret a natura mandati, ut mandator sive procurator oneretur impensis, et ex administratione alieni negotii in damno versetur, *quia*, ut Paulus ait, *non de re tua tibi mando*, *sed de mea*, et vicissim, *tu de re mea non mandas*, *sed de tua*. Ergo tu, qui mandas, sufferre debes impendia: ac similiter si ego mandem, posset tamen adhuc defendi: ita et modo hanc, modo illam partem Paulus defendit, etiam hoc casu, cum par ratio impensæ non est, ultro citroque mandatum videri, et mandati esse actionem: quia mandatum ex pacto etiam naturam suam nonnihil mutare potest sicut depositum in *l. Lucius*, *depos.* et locatio conductio *l. in navem*, *loc.* et alii quilibet contractus: pacta enim contractui dant legem et formam, *l.* 1. §. *si conveniat*, *depos. l. contractus*, *de reg. jur.* Et ita quamvis sit alia lex et natura mandati, al a depositi, tamen ex pacto mandatum recipere potest depositi et custodiæ legem, ut *l.* 1. §. *quod si rem*, *depos.* Si tibi mandavi, ut rem meam perferas ad Titium, et Titio eam non recipiente, ut eam mihi custodias, ecce lex depositi, nec Titius eam recepit, teneris mihi mandati, non depositi, *quia plenius*, inquit, *est mandatum habens et custodiæ legem.* Et hoc est quod ait hoc loco possum tibi mandare, ut et custodiam mihi præstes. Non id dicit, quod vult Accursius, ut mihi præstes culpam levissimam in gerendo negotio meo: nam etiams hoc non convenit constat a mandatario etiam levissimam culpam præstari, *l.* 13. *C. mand.* omnem culpam, inquit, sed hoc dicit, ex pacto mandatum posse etiam recipere depositi legem et causam, ut in supradicto exemplo. Potest etiam in mandato contrahendo excipi pacto convento, ut non plus impendat mandatarius in exigendo debitore meo, vel domo ædificanda in fundo meo, quam aureos 10. verbi gratia, et si plus impenderit, id quod plus est, non repetet contraria actione mandati, quam is alias regulariter ex natura mandati omnes sumptus bona fide facti, necessario vel utiliter repeti possint, *l. qui proprio*, §. *ult. de procur. l. qui mutuam*, §. *ult. mand.* Cur ergo si in dictis casibus mandatum excedit suos fines, suas conditiones, si extraneas leges recipit, cur non etiam recipit mandatum hanc pactionem, (hæc est mens Pauli) ut ego scilicet tuum mandatum exsequar meis sumptibus, et tu æque meum tuis, nec posssit quisquam repetere sumptus, etiamsi qui a me vel a te facti sunt longe exsuperent eos, quos ego feci in re tua, vel quos fecisti in re mea, sed ut utrinque sumptus compensentur, et quod plus ab altero impensum fuerit, non repetatur: cur, inquam, mandatum et hanc pactionem non recipiet? At finge, non uterque impendit, quia non uterque fecit illud, de quo convenit, sed alter fecit, alter cessavit, quod significatur his verbis, *Sin autem alter fecit*, ut recte scriptum est in Florentin. quibus quidem verbis resumit quæstionem propositam initio in hoc §. id est, quæ in cessantem competat actio, et rursus tentat post illam longam disputationem, quod ad sensum attinet, quod ad verba perbrevem atque perstrictam: tentat, inquam, competere actionem mandati, quia et hic mandatum intervenisse videtur. Quo colore? quasi scilicet cum actum est, ut quisque suis sumptibus mandatum exsequeretur, tacite id actum sit, ut non de re sua tantum id exsequeretur, quod natura mandati non patitur, sed ut invicem refundant expensas quas erogassent. Tandem concludit Paulus, melius et tutius esse, disputationis et dubitationis tollendæ causa, ut etiam ait in *l.* 1. *de æstimat.* omissa actione mandati agere præscriptis verbis proxima civili mandati actioni, nec adjicit vel condictioni ob rem, quia facta revocari, facta infecta fieri non possunt. Qua ratione etiam Plato ait, *reos criminum puniri, non quia male fecerint, facta enim revocari non possunt, sed ne deinceps idem perpetrent, idemque faciant.* Ergo ex hoc articulo, *facio ut facias*, condictio facti nulla est, sed est actio præscriptis verbis, ut damneris mihi quanti interest mea, et pro tua parte illud, de quo convenit, fieri, vel ut mihi refundas impensas, quas feci in exigendo vel ædificando in tuo solo. Et postremo in §. *ult.* ad hunc articulum *facio ut facias*, ostendit pertinere speciem propositam initio h. l. quæ nos traxit in disquisitionem hanc totius tractatus ob rem dati. Placuit, ut tu filium meum naturalem, qui tibi servit, manumittas, et ego tuum manumisi, et tu cessas meum manumittere, ut hoc quoque negotio detur mihi in te, cessantem scilicet, actio præscriptis verbis, ut damneris mihi quanti interest me servum habere, quem manumisi: nam manumissio revocari non potest, *l. cum proponas*, *C. de dolo*, *l.* 5. §. *si servum*, *de cond. caus. dat. l. si ex causa*, §. *ult. de min.* Nec si per actionem præscriptis verbis petam, quanti interest

mea servum habere, quem manumisi, reus quidem eo nomine deducere poterit, quod libertum meum haberem, ut eo minus mihi præstet, quia hoc, quod scilicet libertum habeo, æstimari non potest: jus patronatus est inæstimabile: et ideo nihil videtur consequi aut locupletior fieri, qui libertum acquirit, quamvis patronatus sint commoda innumera, *l.* 1. *quibus ad lib. proclam. l. nemo prædo*, §. 1. *de reg. jur.* Pari ratione et inter virum et uxorem valet donatio servi facta manumissionis gratia, quia, ut eleganter Paulus ait 2. *Sentent. tit.* 23. ea tantum donatio prohibetur inter conjuges, quæ accipientem locupletiorem facit, et dantem pauperiorem: at cum donatur servus, ut mox manumittatur, nemo ex hoc fit locupletior, quamvis manumissor fiat patronus, et acquirat libertum sibi, propterea quod, ut jus patriæ potestatis, ita et jus patronatus est inæstimabile. Neque huic sententiæ obstat *l. idque in fin. de action. empt.* nec. *l.* 26. *de evict.* Nec enim ex iis legibus colligi potest, jus patronatus æstimari, et locupletiorem esse eum, qui libertum habet, et pauperiorem, qui non habet: sed hoc tantum ex iis legibus colligitur, habenti libertum, quem sua sponte manumisit, in venditorem non competere pretii repetitionem, quia nihil abesse videtur facto venditoris: at non habenti libertum competere repetitionem pretii certa æstimatio, certa taxatio est: patronatus vero nulla iniri æstimatio potest: supplendum hoc tantum est ad §. *ult.* dum ait, te non manumittente, postquam ego manumisi, supplendum, inquam, vel quanti interest mea filium meum naturalem a te manumitti, ut *l.* 7. *h. t.*

Ad L. VIII.

Si dominus servum cum furti argueretur, quæstionis habendæ causa æstimatum dedisset, neque de eo compertum fuisset, et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse: licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset. Potest enim retinere servum, sive dominus pro eo pecuniam elegisset, sive in admisso deprehensus fuisset: tunc enim et datam æstimationem a domino reddi oportere. Sed quæsitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset. Dixi, tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset: si tamen lex contractus non lateret, præscriptis verbis incerti et hic agi posse. Nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur.

Servus meus accusatur furti, ego eum trado quæstionis habendæ causa, tradi autem solet æstimatus, interposita stipulatione de eo, vel æstimatione ejus, *l. certo*, *de quæst.* At finge stipulationem non intervenisse, sed datum servum ea lege, ut ipse redderetur, vel æstimatio. Quæritur, qua actione ipse servus repetatur, vel æstimatio? non est actio ex stipulatu, quoniam stipulatio non intervenit. Lex ita distinguit: aut nocens servus inventus est, aut innocens. Si nocens, nec ipse, nec pretium ejus petitur. Imo si æstimatio ejus domino fuerit prærogata, id est data, antequam abduceretur ad torturam, et inveniatur nocens, condictione sine causa repetetur: nam hoc tacite actum videtur, ut servi nocentis nomine nihil præstetur: publica enim utilitas exigit nocentes puniri. Sed si innocens inventus sit, servus, vel æstimatio reddi debet, et in hoc dominus electionem habet, actione præscriptis verbis, aut fiet condemnatio in id quod interest. Additur in fine *non esse dicendum hanc conventionem nudum pactum esse, et ideo nullam actionem dandam*: nam non est pactum nudum, cum res subsit, cum datus sit servus; nam pactum ita fieret: dabo servum, quem tu mihi habita questione reddes: pactum nudum est conventio, cui nulla res subest, *l.* 1. *et l. jurisgent.* §. *sed cum nulla*, *de pact.* Aut pactum est duorum pluriumve in idem placitum consensus, id est, nihil nisi consensus. Nam si præter consensum res subsit, vel causa, contractus erit. Aut sic, ex *l. divisionis*, *de pact. et l. si tibi*, *C. de loc. et l. si divisionem*, *C. famil. ercisc.* Pactum nudum est conventio, quæ placiti fine stetit, est placitum, quod usque ad pactum stetit: aut placitum quod stipulatione aut traditione non sumpsit effectum. *Constant.* 1. *Epit.* Pactum est, quoties datio non præcessit, sed convenit de dando. Nota, omne pactum nudum esse. Pactum legitimum ex quo actio datur, nudum est. Pactum, quod ex continenti additur contractui, nudum est. Nec putandum est, aliud pactum esse nudum aliud justum, aut vestitum, omnia enim nuda sunt. At cum dicimus dolum malum, non est hoc epitheton doli perpetuum, sed per διαστολὴν dicimus, quia est et dolus bonus. In hac specie servus fuit æstimatus, et negotio gesto datus est in quæstionem, sub lege reddendi. Quid fiet, si servus non sit æstimatus? Item, non est datus in quæstionem, sed deductus est quæstionis habendæ causa: inde tortus est servus, tum absolutus. Hoc casu accusator ob calumniam condemnatur in duplum pretii, et eo nomine est condictio ex lege Julia, *l. ult. de calum. l. domus*, *C. eod. l. si postulaverit, ad l. Jul. de adulter. coer.* Sed hoc fuit constitutum primo in adulterii crimine, quo postularetur servus, sed trahitur ad omnia alia crimina. Item servus datus est quæstionis habendæ causa æstimatus, vel inæstimatus sub lege, ut redderetur: heic servus tortus non est, sed dedu-

ctus ad præfectum urbi, et statim ad supplicium. Quæritur, quæ actio domino competat? Respondeo: aut servus datus est, id est, factus accipientis, aut traditus tantum. Si datus, condictio ob rem datur, quia non est secuta quæstio: at si traditus sit et manserit in ejusdem dominio, et possessio tantum tradita sit, tunc domino competit actio furti: nam furtum facit, qui servum, quem accepit torquendi causa, ad supplicium ducit, *l. pen. de condict. ob. caus. dat.*

Ad L. IX.

Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat, incerti actione tenebitur. Itaque judicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur.

Ego debitorem meum accepto liberavi ea lege, ut is mihi suum debitorem delegaret: hoc est facere: obligationem enim solvere et constituere, est facere, non dare. Igitur est negotium facio ut facias, *l. si mandato, §. quoties, mand.* Tu autem non delegas. Jurisconsultus ait, dari præscriptis verbis, et officio judicis vetus actio, quam sustulit acceptilatio, non restituitur, sed præstatur promissa delegatio, aut sequitur condemnatio in id quod interest (legendum ibi *præstabitur* non *præstabuntur.*) Ait *l. non vetus etc.* quod falsum videtur. Sunt enim aliæ actiones quibus consequimur, ut debitor accepto liberatus reponatur in veterem obligationem. Significat autem his verbis, non hoc intendi in actione præscriptis verbis. Sic in *l. naturalis*, ait, *non ut reddas, quod accepisti, sed quod interest:* possum tamen te cogere, ut reddas: verum non actione præscriptis verbis, sed condictione indebiti. Sic etiam hoc casu condicam veterem obligationem condictione sine causa quasi te sine causa liberaverim; nam cum condico veterem obligationem, hoc statuo quasi liberatus ante fuerim acceptilatione, quasi utilis fuerit acceptilatio: aut etiam agam pristina actione, quasi inutilis fuerit acceptilatio, *l. licet, de jur. dot. l. 10. de condict. caus. dat.* Item si debitor creditori rem aliquam dederit in solutum, eaque evincatur, hic aget creditor utili actione ex empto, quoniam illa datio in solutum pro emptione est, quasi ea datio utilis fuerit, *l. eleganter, de pignor. act.* vel aget pristina actione, quasi non valeat illa datio in solutum, *l. 4. C. de evict. l. si quis aliam, de solut.* Utroque autem fidem implente, id est, si ego te liberavi, tu ex promisso rem dedisti, tunc nulla superest actio mihi, qua rescindam acceptilationem, nisi de dolo, videlicet, si dicatur acceptilatio dolo extorta, per actionem de dolo omnia in pristinum statum restituuntur, *l. sub prætextu* 1. *C. de transact.*

Ad L. X.

Partis tertiæ usumfructum legavit. Hæredis bona ab ejus creditoribus distracta sunt. Et pecuniam, quæ ex æstimatione partis tertiæ fiebat, mulier accepit fruendi causa. Et per ignorantiam stipulatio prætermissa est. Quæro, an ab hærede mulieris pecunia quæ fruendi causa data est, repeti possit, et qua actione? Respondi, in factum actionem dari debere.

In hac specie est actio in factum Prætoria: Titius uxori legavit usumfructum tertiæ partis bonorum (id potest fieri, *l. etiam, de usuf.*) deinde eo defuncto hæres scriptus adiit hæreditatem: postea defuncti bona ab ejus creditoribus hæredis nomine distracta sunt: quod si hæres non adiisset, ipsius defuncti nomine distracta essent; denique omnia bona in nummos redacta sunt: creditorum autem potior causa est, quam legatariorum. Deinde tertia bonorum pars data est uxori: ab ea cautio exigi debuit, finito usufructu tantundem reddi, *§. constituitur, de usufructu, Institut.* Igitur, non exacta cautione, uxori datum est pretium tertiæ partis fruendi causa. Deinde finitus est ususfructus morte uxoris. Quæritur, qua actione ea pecunia repetatur. Ait lex, actionem in factum dandam, non civilem, quoniam nullum negotium gestum est, sed in factum Prætoriam. Alibi dicitur, dari in hac specie condictionem pecuniæ. Verum eadem est hæc condictio cum hac actione, *l. hoc Senatuscons. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* Cautio omissa per actionem in factum repetitur: hoc falsum est: non enim repetitur cautio, sed pecunia. Verum dicendum fuit, ante usumfructum finitum, cautionem quæ prætermissa est, posse condici condictione incerti, ipsa autem pecunia actione in factum repetitur, vel condicitur, *l. 2. §. aliud, de donat. l. peto, §. fratres, de legat. 2.*

Ad L. XI.

Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones, quæ legibus proditæ sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet Prætor in eo quod legi deest. Quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliæ. Idque utilitas ejus legis exigit.

Hæc lex non est de actione præscriptis verbis: initium est de in factum Prætoriæ, quæ sequitur, de actione in factum civili, quæ non est præscriptis verbis. De omnibus rebus non sunt constitutæ

actiones, neque vero constitui possunt. Verum ubi deficiunt actiones, quæ constitutæ sunt et tamen convenit aliquam actionem dari, descendimus ad actiones in factum prætorias. Eæ non proponuntur edictis vel legibus, sed decernuntur a Prætore, prout res exigit, dicuntur dari ex variis et innumeris causis *l. sancimus, C. de sacros. eccles.* Certæ sunt causæ ex quibus actiones constitutæ dantur: innumeræ autem sunt, ex quibus decernuntur in factum Prætoriæ. Deficientibus constitutis actionibus, non tantum dantur in factum Prætoriæ, sed etiam instar edictorum et legum in factum civiles, quæ et utiles dicuntur, et hæ dantur, cum id exigit causæ similitudo, et æquitas, quæ paribus in causis similia jura desiderat. In factum autem Prætoriæ dantur etiam in dissimili causa, *l. quoties h. t.* cui datur exemplum ex *l. qui hæres* 49. *famil. ercisc.* Ubi ponitur species in qua dicitur, defecto judicio familiæ erciscundæ, quod est civile judicium dari oportere actionem utilem adversus cohæredem. Illa utilis actio erit in factum civilis, non tamen præscriptis verbis: tale exemplum hac lege etiam ponitur ex l. Aquil. Si ego manu mea alienum servum occidi, competit actio l. Aquil. At quid si manu mea non occidero, sed inclusero, et sic fame perierit, sicque causam necis præbuerim, hoc casu deficit actio l. Aquil. verum ejus exemplo dabitur actio utilis sive in factum civilis, §. *ult. de l. Aquil.* Hæ actiones utiles supplentur a Prætore decreto: nam ut plurimum actiones in factum civiles etiam decretales sunt, *l. si post constit. sup. de constit. pecun. l.* 2. §. *interdum, inf. de vulg. et pup. substitut. l. pen. de acquir. rer. domin.* Quædam tamen edictis proponuntur, ut Publiciana quasi Serviana, vectigalis actio. Hæ actiones utiles dicuntur dari ad exemplum et similitudinem vulgarium sive directarum, *l.* 1. *C. de precar. l. locum*, §. *ult. de usuf. et l. sed et si proprietatis sup. ad leg. Aquil.* Dicuntur etiam proprie accommodari id est inflecti, *l. uxor marito. de donat. inter vir. et uxor. l.* 1. *C. de inoffic. testam. l. ult. sup. de trans.* Proprie accommodari dicitur id, quod a re in quam proprie convenit, in eam quam proprie non convenit, transfertur. Atque ita actiones dicuntur accommodari. Accommodatæ utiles dicuntur. Theoph. appellat πλαγιαςικὰς, id est inflexas, *tit. de fideicom. hæred.* Utiles dicuntur, quoniam utilitas, quæ peperit actionem directam, eadem exigit, ut in casu simili detur actio similis, *l. si longius, in fin. sup. de judic. l.* 6. *in fi. mand.* Utilitati opponitur strictum jus §. *recte, de mandato. Inst. l. servit.* §. *si sublatum, de serv. urb. præd.* Summa hujus l. est: deficientibus vulgaribus actionibus, dari non tantum prætorias in factum, sed etiam civiles: sed has dari in casu simili, illas etiam in dissimili.

Ad L. XII. et XIII.

L. XII. *Si vir uxori suæ fundos vendidit, et in venditione comprehensum est, convenisse inter eos, si ea nupta ei esse desisset, ut eos fundos si ipse vellet, eodem pretio mulier transcriberet viro: in factum existimo judicium reddendum. Idque et in aliis personis observandum.*

L. XIII. *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes: placet neque mandati, neque pro socio esse actionem, sed in factum, quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent: et societas non videtur contracta in eo qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit.*

Hæc lex est de actionibus præscriptis verbis. Vir vendidit uxori fundos hoc pacto, *ut soluto matrimonio eos viro revenderet eodem pretio.* Hæc lex in mancipationibus appellabatur *fiducia*, quoniam interponebatur fiducia remancipandi. Hæc lex ex continenti adjecta est contractui. Pacta quæ ex continenti adjiciuntur dant legem contractui, et actionem contractus formant: nam pacta mutant formas contractuum, *l. juri gen.* §. *quin imo de pact. l. cum dotem C. de jur. dot.* Hoc adeo verum est, ut quod initio videbatur dos pactum additum id abducat in formam emptionis ut detur dos, eaque æstimetur, ut scilicet vel ipsa reddatur vel æstimatio *d. l. cum dotem.* Similiter lex revendendi oblato pretio facit, ut non omnino videatur esse venditio, sed ut contractum videatur novum negotium: ideoque ex ea conventione non agimus ex vendito offerentes pretium, sed præscriptis verbis: nam pactum illud venditionem transformavit. Hodie autem a Principibus constitutum est, ut ex hac lege revendendi detur etiam actio ex vendito: potest tamen etiam agi præscriptis verbis, *l.* 2. *C. de pact. inter empt. et vend.* quæ lex dat utramque actionem. Itaque arbitrio actoris relinquitur, ut eligat, quam volet, ut curandum id semper sit, ut convenienti actione utamur, hinc tot quæstiones qua actione utendum sit. Hodie etiam in Gallia ei qui offert pretium datur actio in rem jure nostro datur tantum in personam, id est, præscriptis verbis, vel ex vendito. Similiter etiam ex pacto commissorio et ex aliis conventionibus, quæ adjiciuntur, agi potest ex vendito, et prescriptis verbis, *l. si fundus, sup. de lege comiss. l. Labeo l. qui fundum* 2. *sup. de contrah. empt. l. si sterilis*, §. *si tibi, de act. emp. l. si convenit, sup.*

de rescind. vend. Erit etiam actio præscript. verb. in hac specie. Ego dedi tibi rem meam vendendam certo pretio, ut *si pluris venderes, quod plus tuleris tibi retineas*: tu vendidisti et plus tulisti. Quæritur, quæ actio mihi competat? Hic non est mandatum, quia non est gratuitum: nam reservas tibi, quod plus vendideris, mandatum enim nihil recipit quod sit mercedis loco: salarium tamen et remunerationem recipit, *l. salarium, l. idemque*, §. *idem Labeo, mand.* Præterea non est societas, quia id quidem agitur, ut pretium communicetur, verum non dicimus esse societatem, nisi probemus eo animo fuisse contrahentes, *l. si margarita, sup. pro soc.* non est vero societas si rei tuæ totum pretium servas, venditori vero quod sors tulerit hic ergo datur actio præscriptis verbis, *l. 13. h. t.* Uno tantum casu erit societas, videlicet si res detur vendenda ea lege, ut pretium communicetur.

Ad §. *I. L. XIII.*

§. 1. *Julianus lib.* 11. *Digest. scribit: si tibi areæ meæ dominium dedero, ut insula ædificata partem mihi reddas neque emptionem esse, quia pretii loco partem rei meæ recipio: neque mandatum, quia non est gratuitum neque societatem, quia nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit. Sed si puerum docendum vel pecus pascendum tibi dedero, vel puerum nutriendum, ita ut si post certos annos venisset, pretium inter nos communicaretur. Abhorrere hæc ab area, eo quod hic dominus esse non desinit, qui prius fuit. Competit igitur pro socio actio. Sed si forte puerum dominii tui fecero, idem se, quod in area dicturum, quia dominium desinit ad primum dominum pertinere. Quid ergo est? In factum putat actionem Julianus dandam, id est, præscriptis verbis. Ergo si quis areæ dominium non transtulerit, sed passus sit te sic ædificare, ut communicaretur vel ipsa vel pretium, erit societas: idemque et si partis areæ dominium transtulerit, partis non: et eadem lege ædificare passus sit.*

Ego dedi tibi aream, id est, dominium tuum feci areæ, ea lege *ut in ea insulam ædificares, et ejus partem mihi dares.* Hoc non est venditio; quoniam ego non recipio pecuniam, sed pro pretio partem insulæ, nec etiam mandatum, quia non est gratuitum: namque qui ædificat, quasi mercedis loco retinet partem insulæ. Nec etiam societas, quoniam in societate contrahenda nemo in totum rei suæ dominium amittit, sed pro parte tantum. At hic totum areæ dominium amittit. Idem dicendum, si quis det puerum docendum, id est, dominium transferat ea lege, *ut edoctus ille servus veneat, et pretium communicetur.* Idem si pecus pascendum dederit, nec in his casibus est venditio, non societas, non mandatum in id quod interest, insulam communicari. Non ita esset, si tradita tantum fuisset possessio, non dominium translatum. Nec etiam si quis partis tantum transtulisset dominium: nam his casibus videretur contracta societas, quoniam his casibus qui tradit, non desinit esse dominus aut pro parte tantum. Itaque si quis accipit pascenda pecora ea lege, *ut fœtus inter eum et dominum dividantur, l. pascenda, C. de pact.* In ea specie, si dominium pecoris translatum non sit, videtur contracta societas nisi appareat contrarium. Item si quis colono aut cultori agrorum det agrum colendum, *ut fructus dividantur*: nam tunc etiam societas est, nisi dominium translatum sit. Idem est si quis colono aut olitori agrum colendum det, ut partiantur fructus, non contrahitur locatio, sed societas: nam locatio fit mercede, non partibus rei, *l. si in lege, sup. loc. l. in ineunda, sup. pro soc.*

Ad L. XIV.

Qui servandarum mercium suarum causa alienas merces in mare projecit, nulla tenetur actione. Sed si sine causa id fecisset, in factum: si dolo, de dolo tenetur. (*)

§. 1. *Sed et si servum quis alienum spoliaverit: isque frigore mortuus sit, de vestimentis quidem furti agi poterit: de servo vero in factum agendum criminali pœna adversus eum servata.*

§. 2. *Sed etsi calicem argenteum quis alienum in profundum abjiceret, damni dandi causa non lucrifaciendi: Pompon. lib. 17. ad Sabin. scripsit, neque furti, neque damni injuriæ actionem esse, in factum tamen agendum.*

§. 3. *Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit, non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim. Nam neque ex lege duodecim tabul. de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque de damni injuria agi posse: in factum itaque erit agendum.*

Hæc lex pertinet ad actionem in factum. In ea quatuor sunt species, quarum prima hæc est. Duo vel plures erant in eadem navi: laborante nave ob vim tempestatis, unus ex his suarum mercium servandarum causa alienas in mare projecit, ut suas servaret. Quæro qua actione teneatur? Respondeo: aut justam causam habuit alienas potius, quam suas projiciendi, aut non, ut forte, quia suæ non

(*) *Vide Merillium variantium ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 30.

onerabant navem, ut gemmæ, margaritæ, *l.* 2. §. *cum in eadem*, *sup. de leg. Rhod.* tunc mercium projectarum nulla actione tenebitur, verum jactura erit sarcienda omnium vectorum contributione, ipse etiam pro sua portione conferet. At si justam causam non habuit, an tenetur lege Aquilia? Minime, nec directa, nec utili: nam quamvis damnum datum sit, tamen suarum mercium conservandarum causa, non injuriæ gratia damnum datum videtur: non enim sufficit damnum datum esse, sed oportet injuria datum esse. Sic etiam, si quis alienum servum in publica colluctatione occiderit, non competit actio legis Aquiliæ, quia gloriæ et virtutis, non injuriæ causa damnum datum est, *l. qua actione*, §. *si in colluctat. ad leg. Aquil.* In proposita autem specie erit in factum in prætoria, vel si dolo fecerit, aut data opera, ut alium fraudaret, tenebitur de dolo: nam hæ duæ actiones concurrunt semper, videlicet de dolo et in factum prætoria.

Secunda species. Ego hyeme servum alienum spoliavi, atque is frigore mortuus est: de vestimentis teneor actione furti, et extra ordinem etiam teneor ut spoliator. De occisione autem non teneor legis Aquiliæ directa, quia manu mea non occidi, verum teneor actione in factum civili, id est, utili, *l.* 4. *de serv. corr.* teneor etiam lege Cornelia de sicariis, qua lege tenetur, et qui necem intulit, et qui necis causam præbuit, *l. prætor* 7. §. *si dicatur*, *inf. de injur.* §. *liberum, de leg. Aquil.* De lege Aquilia est civilis: Cornelia autem criminalis.

Tertia species. Quidam alienum calicem in mare projecit: quæro qua actione teneatur? Non tenetur furti, quia sui lucri causa id non fecit. Is enim tantum furtum facit, qui lucri sui causa aufert. Quidam putant etiam furti eum teneri, qui re usus est non sui lucri causa, ex *l. pen. sup. de condict. causa dat.* Nam in ea specie furti tenetur, qui accepit servum a domino torquendi causa, et tamen non torquet, sed ducit ad supplicium, et hoc lucri causa non facit. Respondeo: in ea specie servum alienum duxit quasi suum, et sic lucri causa fecit: nam domini solebant servos ad præfectum ducere ultro, *l. eleganter*, §. *ult. de pign. act.* Cajus *Instit. de jure pers.* et ob id fur est. Sic etiam si poculum in mare projecerit quasi suum, furti tenetur, alias autem non. Non tenebitur etiam directa actione legis Aquiliæ, quia damnum non dedit. Damnum est, si res rupta, fracta, læsa, usta. Calix autem in mare projectus est incorruptus, illæsus. Cessat igitur directa. At competit actio in factum civilis, quia pro eo est, ac si ruptus fuisset, *l. in laqueum*, *in fin. de acquir. rer. dom.* *l. si servus*, §. *si quis de manu*, *ad leg. Aquil.* Quidam de manu mea excussit nummos, ut caderent in flumen aut mare. Eo nomine mihi datur actio damni injuria. Id intelligi oportet de utili: nam postea ait dari in factum eadem lege. Quidam nummos ex manu mea excussit, ut alius auferret, is abstulit. Ille, qui excussit tenetur furti, quod ope ejus furtum factum sit: tenebitur etiam in factum, id est, utili Aquilia. At si quis frumentum alienum in mare effudit, hæc effusio frumentum corrumpit, hoc casu directa dabitur, *d. l. servus*, §. *si quis militum*, *ad leg. Aquil.* Sed finge: ego aprum vinctum habeo, aut hæret laqueo, quidam eum solvit, qua actione tenetur? Hic non tenetur nisi utili ex lege Aquilia, quoniam aper meus esse desiit, perinde ac si occisus fuisset, *d. l. in laqueum.* At in servo soluto aliud dicendum est: nam servus meus esse non desiit, si quis servum meum solverit. Ideoque tunc qui solvit, non tenetur utili lege Aquilia, sed descendendum est ad actionem in factum prætoriam, §. *ult. ad l. Aquil. institut.*

Quarta species est de glande: ex tua arbore glans decidit in meum fundum. In jure *glandis* appellatione omnes fructus sylvestres continentur. Græci dicunt ἀκρόδρυα, *l. qui venenum*, *de verb. sig.* cibi D. Joannis erant ἀκρίδες. Nicephorus 4. hist. interpretatur fructus sylvestres. Ego eam glandem misso meo pecore depasco: non teneor actione de pauperie, (pauperies est damnum quadrupedum, quod sua sponte dant, nec immissæ aut impulsæ, apud Harmenopolum in ll. Georgicis appellatur preda) nam pastus pecoris non est pauperies vel damnum. Depasci est uti. Uti non est damnum dare. Qui alienum vinum bibit, damnum non dat, *l. qui occidit*, §. *si quis alienum, ad l. Aquil.* Paulus 1. *Sentent. si quadruped. dam. fec.* Ideo in 12. tabul. actio de pastu separatur ab actione de pauperie. Addendum, non esse actionem de pastu pecoris, quoniam in tuo non pasco, sed in meo, deinde quia ego immisi pecus: tunc enim tantum est actio de pastu, cum pecus depascitur sua sponte. Nec est actio leg. Aquil. quia pastus damnum non est, uti re in eum usum, in quem comparata est, damnum dare non est. Dabitur autem utilis actio. Verum huic actioni ita demum locus erit, si ego pecus immisero, pecus tamen depascatur glandem, quæ in meum fundum cadit, cessat actio legis Aquiliæ et directa et utilis, cessat etiam de pauperire, et pastu. Verum si in tuo pecus non immissum depascatur, cessat etiam actio legis Aquiliæ, et de pauperie. At proprie competit de pastu. Immisso autem pecore in tuo, si depascatur, tunc cessat de pauperie et de pastu, et competit actio utilis legis Aquiliæ, *l. ult. C. de leg. Aquil.* ubi dicitur *per injuriam*, id est culpa hominum. Tenetur etiam ad exhibendum hoc casu,

qui in suo depascit ex aliena glande procidente: videlicet si dolo immittat pecus ut glandem edat: perinde enim est ac si glans extaret, quia dolo fecit, quominus extet. Competit etiam interdictum de glande legenda, quæ scilicet extat, ut videlicet eam liceat legere.

De l. 15. dictum est ad l. 5. sup. hoc tit.

Ad L. XVI.

Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo, ita ut eum locum, unde exemissem, replerem. Exemi, non repleo. Quæsitum est, quam habeas actionem. Sed certum est civilem actionem incerti competere. Si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. Quod si post exemptionem cretæ replevero, nec patiaris me cretam tollere tum agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit.

§. 1. *Permisisti mihi ut sererem in fundo tuo, et fructus tollerem: sevi: nec pateris me fructus tollere: nullam juris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo.*

Permisisti mihi cretam effodere ea lege *ut fossam replerem*: cretam eximo, fossam non repleo. Datur actio præscriptis verbis, in id quod interest fossam repleri. Nam ita negotium contractum est: *Permitto tibi cretam eximere, ita ut fossam repleas*. Aliud est, si tu mihi vendidisti cretam certa pecunia, eadem lege ut fossam replerem: tunc exempta creta, si fossam non repleo: teneor ex vendito argum *l. tenetur.* §. 1. *de act. emp.* At quid si nulla tali lege, addita, hoc tantum dictum sit, permitto tibi cretam eximere, quod plerumque fit donandi causa? tunc non est contractus, nec donatio, quoniam donatio non perficitur nisi traditione, vel mancipatione, *l. senatus* §. 1. *de mor. cau. donat.* Excipiuntur conjunctæ personæ: nam inter eas donatio perficitur nudo consensu, *l.* 4. *C. Theod. de don.* Paulus 4. *Sent. de fide comm.* Si autem inter extraneos hoc actum sit: permitto tibi cretam eximere, et creta nondum sit exempta, non est donatio, sed exemptio perficit donationem: ideoque ejus nomine mihi competit actio in rem, et ad exhibendum, *l. saxum, de donat.* Saxum est cretæ species. Plin. *lib.* 35. Etiam si cretam exemi et replevi fossam, et dominus fundi non patiatur me cretam auferre, agam in rem et ad exhibendum. Competit etiam hoc casu actio injuriarum, *l. qui pendentem, de act. emp.* Hæc actio vindictæ persecutionem habet, aliæ autem superiores rei persecutionem. At permisisti mihi cretam eximere pure et donandi animo, ego nondum exemi, sed paraturam et sumptum in ea feci, quasi mox exempturus. Deinde non pateris me cretam eximere, quæritur, qua actione mihi tenearis? Nam ego damnum feci ob sumptum. Non est donatio, *l. si cum mihi, sup. de dolo*: quia fallacia tua factum est, ut ego inaniter impenderem: idem confirmat §. ultim. Permisi tibi, ut in meo fundo frumentum sereres, sevisti, et sic sumptum fecisti. Jure naturali sata fundo cedunt, §. *qua ratione, de rer. divis.* At permiseram tibi non tantum ut sereres, sed etiam ut meteres. Postea ego te non patior fructus metere. Quæritur, qua actione tibi tenear? Jurisc. ait, nullam actionem juris civilis, id est, directam competere. Nam hoc negotium nomine vacat. Sed deliberari potest, an sit in factum civilis, id est, præscriptis verbis. Videtur enim negotium aliquod gestum: sero, id est facio, ut fructus des. Et sane tentari potest, ut detur præscriptis verbis, ut *l. solent, h. t.* Verum melius est dicere dari de dolo. Ex *facio ut des*, nulla civilis datur, id est, neque directa nec utilis. Hodie ex Const. Justiniani donatio perficitur inter omnes personas nudo consensu. Igitur si in hac specie fuerit animus donandi sata, competet condictio ex lege, ut liceat demetere, cessatque actio de dolo, *l. si tibi, sup. de pact. l. hactenus, sup. de constit. pecun.* Ego credidi decem, ut viginti redderes. Ea decem, quæ supersunt, non sunt credita. Item non sunt usuræ, quia pecuniæ creditæ ex pacto nudo non debentur. An debentur quasi donata, si animus donandi fuerit? Hodie debentur quasi donata, si animus donandi fuit. Sic si qui debet decem, constituat se debere viginti, idem dicendum est.

Ad L. XVII.

Si gratuitam tibi etc. Initium expositum est *in l. naturalis* §. *sed si facio*, in priore recitatione.

§. 1. *Si margarita tibi æstimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde hæc perierint ante venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum: si neuter, nostrum. Sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi præstes. Actio autem ex hac causa utique erit præscriptis verbis.*

Margarita tibi æstimata dedi (rectius enim dicitur *margaritum*, quam margarita apud nostros auctores, idque suavius esse ait Charisius) ut venderes, et mihi pretium redderes: si sit constituta merces, non est mandatum, quia non est gratuitum, potest tamen videri locatio et conductio. Verum plerumque incertum est, utrum quis rem ven-

dendam locet, an operam circitoris conducat: circitores sunt qui res alienas circumferunt, et vendunt, potest etiam videri venditio. Verum vix est, ut habeatur pro emptore is, qui rem accipit, ut eam vendat, maxime si merces ei constituta sit. Nam emptori merces non constituitur. At non constituta mercede, etiamsi res æstimata vendenda data sit, videtur esse mandatum, *l.* 1. *C. quicunque* §. *sed et res, de instit. action. l. diligenter, sup. mand.* Et hoc si mandati contrahendi animus fuerit, et potest etiam esse venditio, si merces non intercessit. Itaque in dubio tutius est agere præscriptis verbis. De hac actione est proprius titulus, scilicet, *de æstimatoria.* Sed quæro, quare proprius titulus sit inscriptus de hoc negotio, cum sit præscriptis verbis actio? Sic etiam quare de permutatione proprius titulus sit? Ratio est, quia illæ duæ actiones sunt bonæ fidei: ceteræ omnes sunt strictæ, §. *actionum*, *Inst. de action.* Ideoque bonæ fidei actiones a præscriptis verbis separantur. Quæro cur illæ duæ tantum sint bonæ fidei? Respondeo, hoc totum pendere ex legibus et moribus: leges, mores bonæ fidei judicia constituunt, non certa naturali ratione. Petitio hæreditatis olim erat stricta, hodie est bonæ fidei ex constitut. Justiniani. Sic etiam actio ex stipulatu de dote erat stricta, hodie est bonæ fidei ex lege Justiniani. Alia est actio æstimatoria in titulo *de ædilitio edicto*, in illo actio ædilitia quanto minoris, et minuit pretium, *l. bovem* §. *aliquando*, *l. si damnum* §. *non nocebit*, *de ædilit. edict.* Finge: dedi margarita vendenda æstimata, ut ea redderes, vel pretium: ea perierunt antequam venderes. Quæritur cujus detrimento perierunt? Sic distinguendum est: aut ego initium contractui dedi: aut tu. Si ego te rogavi, id est, initium dedi, meum est periculum. At si tu me ultro rogasti, id est, recepisti te eam rem venditurum, mihique æstimationem redditurum, tuum est periculum. Sic etiam in commodatario, *l. si ut certo* §. *commodatum*, *commod.* Paulus 2. *Sent. tit.* 4. Commodatarius qui rogat rem utendam æstimatam, is sustinet periculum: alioquin non omne periculum sustinet. At in incerto, si nescitur quis prior rogaverit, hoc casu qui rem distrahendam suscipit, præstabit tantum dolum et culpam, reliquum periculum non præstabit, et erit actio præscriptis verbis. Ex hoc loco intelligitur *l.* 1. §. *ult. de æstimat.* quæ tractat eandem speciem: ait: *æstimatio periculum facit ejus qui suscepit.* Hoc non est verum indistincte, sed sic est intelligendum, ut qui suscepit rem vendendam, ultro promiserit se venditurum: nam cum dominus rei rogavit circitorem, non proprie videtur convenisse de omnino præstanda æstimatione. At cum circitor rogavit, et prior petiit, æstimationem omnino præstat.

Ad §. 2. *Papinianus*, §. 3. *Si cum unum, et* §. 4. *Si cum mihi.*

§. 2. *Papinianus lib.* 8. *quæst. scripsit: si rem tibi inspiciendam dedi, et dicas te perdidisse, ita demum mihi præscriptis verbis actio competit, si ignorem, ubi sit: nam si mihi liqueat, apud te esse, furti agere possum, vel condicere, vel ad exhibendum agere. Secundum hæc, si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et culpam mihi præstandam esse dico, propter utilitatem: periculum non. Si vero mei duntaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.*

§. 3. *Si cum unum bovem haberem, et vicinus, unum, placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei, et ille mihi bovem commodaremus, ut opus faceret, et apud alterum bos periit, commodati non competit actio: quia non fuit gratuitum commodatum, verum præscriptis verbis agendum est.*

§. 4. *Si cum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox hæc perierint vi ignis aut alia majore, periculum me minime præstaturum. Ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere.*

Ego tibi rem inspiciendam dedi pretii exquirendi causa, ea lege, ut eam mihi postea redderes, *l.* 1. *h. t.* Videtur esse mandatum, sed dubitatur, an potius sit depositum vel commodatum quam mandatum. Itaque in dubio melius est dari actionem præscriptis verbis contra inspectorem. Finge: rem tibi inspiciendam dedi, tu eam perdidisti. Inspector debet prestare culpam, sive custodiam: videlicet si tale negotium ejus causa contractum sit, aut utriusque *l.* 1. *h. t.* Si igitur inspectoris culpa res ablata sit, adversus eum agam præscriptis verbis. Ipse autem inspector adversus furem aget furti, *l. eum qui* §. 1. *commod. l. rem inspiciendam*, *de furt.* quæ lex cum hoc §. conjungenda est. Huc etiam *l.* 1. pertinet. Periculum autem inspector non præstat, id est, fatale damnum, culpam tantum præstat, §. *si cum mihi*, *hac l.* dum negamus periculum pertinere ad inspectorem, statuimus, culpam tantum pertinere, *l.* 2. *sup. de peric. et comm. rei vend.* Accursius hic interpretatur diligentiam, sed plus est præstare diligentiam quam custodiam, *l. contractus*, *de regul. jur.* dolum semper præstat inspector, cum mea causa inspiciendam dedi, quoniam ea res ad depositum prope accedit. Quod si dolo inspectoris res sit interversa, si ego id ignoro, quia scilicet ille dicit rem fuisse

ab alio surreptam, quasi ex culpa ago cum illo præscriptis verbis eo casu quo culpam præstat. Verum si mihi liqueat de dolo ipsius, tum agam ex maleficio actione furti, condictione ad exhibendum, et actionibus quæ in furem competunt.

Ad §. 5. *Si quis sponsionis.*

§. 5. *Si quis sponsionis causa annulos acceperit, nec reddit victori, præscriptis verbis actio in eum competit: nec enim recipienda est Sabini opinio, qui condici, et furti agi ex hac causa putat. Quemadmodum enim rei nomine, cujus neque possessionem, neque dominium victor habuit, aget furti: plane si inhonesta causa sponsionis fuit, sui annuli duntaxat repetitio erit.*

Dabatur annulus plerumque in venditione arræ causa, *l.* 5. §. *item si institor*, *de institor. act. l. ex empto* §. *is qui vinum*, *de act. emp.* Dabatur etiam sponsionis causa, id est, cum duo sponsionem aliquam faciebant. Plin. 31. *cap.* 1. *ad sponsiones etiam num annulo exiliente.* Fingamus nunc: duo contendebant legitimo certamine aut ex causa legitima, et honesta sponsione facta, eorum quisque suum annulum deposuit apud Titium ea lege, ut Titius utrumque annulum redderet ei, qui vicisset. Quæritur, quæ actio detur victori adversus custodem annulorum. Videtur contrahi depositum: sed non datur illa actio: nam actio depositi datur ei, qui deposuit: porro victor non deposuit annulum victi, sed suum tantum. Igitur ejus annuli repetendi causa non habebit actionem depositi, verum aget præscriptis verbis. Sabinus dicebat, victori dari actionem furti et condictionem furtivam. Sed merito reprehenditur: nam victor sui annuli causa potest habere actionem furti, at alterius annuli nomine non habet actionem furti, quia ejus annuli nec dominium, nec possessionem unquam habuit victor, furtum autem fit vel domino vel possessori. Ait: *nec possessionem, nec dominium.* Cur adjicit dominium? nonne satis erat dicere possessionem? satis erat: nam furtum fit solius possessionis: fit, et est possessionis interversio, *l.* 1. §. *Scævola*, *inf. si quis testam. lib.* furtum fit possessori: domino etiam, qui non possidet, furtum non fit. Hæreditas jacens est domina, et ab ea in hæredem dominium transit, *l. cum hæreditas*, *C. depos. l. denique* §. *quæsitum*, *quod vi aut clam*, *l.* 31. *de hæred. inst.* Ideo hæreditati jacenti furtum non fit, sed agitur crimine expilatæ hæreditatis extra ordinem. Sic etiam hæres aditione dominus fit, non possessor: nam id tantum acquirit, quod hæreditas habuit. Porro hæreditas possessionem non habuit. Ideoque, si res aliqua attrectetur antequam hæres apprehendat possessionem non dabitur illi actio furti. Ergo cui furtum fiat spectatur, non quis sit dominus, sed quis sit possessor. Itaque frustra videtur adjici verbum dominii, ut in *l. si vendidero*, *de furt.* Verum si habet. Fuit olim controversum, an solius possessionis furtum fieret? Nam Marcus Brutus, Sextus Ælius, M. Manilius, dicebant, hæreditati jacenti furtum fieri, M. Tullius VII. epist. ad famil. 22. quæ tamen est nuda domina sine possessione. Hodie etiam exstant sententiæ Juliani: quibus Julianus dat actionem furti fructuario post acquisitum usumfructum, licet rei fructuariæ, quo tempore ablata est, possessio vacarit, *l. si homo de usuc.* Idem dat furti actionem creditori pignoris nomine, *l. in actione*, *inf. de furt.* Igitur tentari potest: non tantum actionem furti dari possessori, sed etiam nudo domino, vel quasi domino. Et ideo hoc loco traditur victorem, neque dominii, neque possessionis causa habiturum actionem furti, quia nec fuit possessor, nec dominus. Itaque superest illi tantum actio præscriptis verbis. Verum si sponso facta sit ex causa turpi et inhonesta, hanc actionem non habebit: verum suum duntaxat repetet actione depositi, vel condictione furtiva, si custos annulum retineat lucrandi causa. At quid dicetur in sequestro? an idem quod in custode pignorum? Sequester est is apud quem duo deponunt unam rem, de qua est controversia, ea lege, ut eam victori reddat, vel etiam sub alia lege reddendi, *l. proprie*, *depos. l. sequester*, *de verbor. signif.* Quæro, quænam erit victori actio adversus sequestrum? Respondeo, actio depositi dabitur: nam uterque unam rem in solidum deposuit, et in summa, sequestro depositum est duorum depositum, vel utriusque partis depositum. Itaque quicunque vicerit habebit actionem depositi sequestrariam, non præsc. verb. *l. ei apud quem* §. 1. *l. si in Asia* §. *cum sequestro*, *sup. depos. l. si quis affirmavit* §. *Labeo*, *sup. de dolo.*

Ad L. XVIII.

Si apud te pecuniam deposuerim, ut dares Titio, si fugitivum meum reduxisset, nec dederis, quia non reduxit: si pecuniam mihi non reddas, melius est præscriptis verbis agere: non enim ambo pecuniam, ego et fugitivarius deposuimus, ut quasi apud sequestrem sit depositum.

Dedi tibi pecuniam, *ut eam Titio dares*, *si is meum servum fugitivum requisisset et reduxisset:* tu non dedisti Titio, quia non reduxit: at nunc æquum est, ut tu mihi eam pecuniam reddas, qua actione? præscriptis verbis: heic non est sequestro depositum, quoniam ego solus deposui, apud sequestrem deponunt semper duo vel plures: denique omnino non est depositum, quia non dedi, ut rem

custodires, sed ut dares alteri. Fugitivarius est, qui servos fugitivos persequitur, *l. 1. C. Theod. si vagum mancip.* Florus lib. 3. Huc pertinet lex *si quis affirmavit* §. *Labeo, sup. de dolo.* Ibi videtur contra sequestrem agi præscriptis verbis. Verum male: nam in ea specie proprie non est sequester, non est depositum. Species est: inter me et te erat controversia de oleo, ego te volente oleum deposui apud Titium ea lege, ut oleum venderet, et pretium servaret victori. Videtur hic esse mandatum, quia dedi Titio ut venderet, videtur etiam esse depositum, quia dedi, ut servaret pretium victori. Finge: tu non vis mecum litigare de oleo, idque facis dolo, ne pretium ad me perveniat, quoniam dictum est, ut victori redderetur, non possum autem vincere, nisi litiges mecum: quid fiet? Si hoc negotium spectes quasi mandatum, dabitur mandati actio: si quasi depositum, non repetam actione depositi, quia non vici. Denique hoc negotium duplicem faciem habet, scilicet mandati, et depositi. Tutius igitur est quasi ex novo negotio agere præscriptis verbis, et hac actione utetur non tantum victor, sed etiam is per quem non stat, quominus, vincat. At si Titius non est solvendo, agam tecum de dolo, quia tergiversaris.

Ad L. XIX. et XX.

L. XIX. Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. Si non vendidisti, aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam: tutius est ita agere, ut Labeo ait, præscriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus.

§. 1. *Si prædium pro te obligavero, deinde placuerit inter nos, ut mihi fidejussorem præstares, nec facias, melius esse dico præscriptis verbis agi, nisi merces intervenit: nam si intervenit, ex locato esse actionem.*

L. XX. Apud Labeonem quæritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris, et viceris, deinde emere nolueris: an sit adversus te ex vendito actio? Et puto verius esse, præscriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares.

§. 2. *Item apud Melam quæritur, si mulas tibi dedero, ut experiaris, et si placuissent emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid præstares: deinde mulæ a grassatoribus fuerint ablatæ intra dies experimenti, quid esset præstandum, utrum pretium et merces, an merces tantum? Et ait Mela interesse, utrum emptio jam erat contracta an futura ut si facta, pretium petatur: si futura, merces petatur. Sed non exprimit de actionibus. Puto autem, siquidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem: si vero nondum perfecta esset, actionem talem, qualem adversus desultorem, dari.*

§. 3. *Si cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit, et reliquerit: et cum displicuisset tibi, servo tuo ferendum dedisti, et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum: quia ejus quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum, perferendumve dederis, præstare te oportere, Labeo ait. Et puto præscriptis verbis actionem in hoc competere.*

In hac lege duæ sunt species. Prima: rogasti me mutuam pecuniam: ego cum pecuniam in promptu non haberem, dedi tibi rem aliquam vendendam, ut pretio utereris: tu eam rem vendidisti, verum pretio non vis uti quasi credita pecunia: mutasti consilium. Quæro, qua actione repetam a te pretium? Non est mutuum, quia tu non vis pecunia uti, nec mandatum, quoniam non mandandi, sed credendi animus fuit, nec est ullum aliud negotium civile: merito igitur datur actio præscriptis verbis. Verum quid fiet, si tu pecunia uti velis quasi credita? Ulp. ait, mutuum contractum videri, *l. rogasti, de reb. cred.* Mutuum autem non est statim ab initio, antequam vendideris, et pretium acceperis, et pecunia usus fueris. Aliud dicendum est, si res aliqua sit æstimata utrinsque consensu, eaque sit data æstimata pro nummis mutuo rogatis: nummi non erant ad manum, lanx vel scyphus datus est: tunc ejus æstimationis ab initio mutuum contractum intelligitur, *l. si pro mutua, C. si cert. pet.* At si rem tibi vendendam dedi, ut pretio utereris, non esse mutuum, nisi vendideris, et pretio usus fueris. At postquam vendidisti, et usus es pretio, videtur mutuum contractum, *d. l. rogasti*. Cum ea lege pugnat Africanus in *l. qui negotia, mand.* Cum mutuum dare vellem, tibi rem vendendam dedi: igitur dedi ut pretio utereris, tu pretio usus es. Africanus ait, non esse mutuum, verum eam pecuniam tuo periculo fore. Ratio est, quod cum agitur ut mutua sit pecunia, certe agitur, ut ejus periculum ad te pertineat; nam hoc est ex natura mutui, ut periculum pertineat ad debitorem, *l. incendium, C. si cert. pet.* Id autem, ut periculum præstet, qui alias non subit, pacto effici potest, *l. jurisgent.* §. *item si quis, de pact.* At id pacto effici non potest, ut pecuniam, quæ mea non fuit et cujus ego te dominum non feci, mihi debeas quasi mutuam. Nam mutuum est, quod de meo tuum fiat, ergo ut sit

mutuum oportet me numerare meam pecuniam, et eam accipientis facere. Atqui in hac specie illa pecunia nunquam fuit mea: igitur illo pacto mutuum fieri non potest: ut tamen periculum ad te pertineat, utile erit pactum: nam id pacto effici potest. Pugnat etiam hæc lex alia in re cum *l. rogasti*. Procurator meus mihi debet pecuniam ex causa mandati, convenit inter nos, ut eam retineret mutui nomine, et ea uteretur quasi mutua, adjectum est, ut præstaret usuras semisses, an est mutuum? Minime: nam mutuum non contrahitur nuda conventione, sed traditione propriæ pecuniæ. Illa pecunia, quæ mihi debebatur, mea non erat proprie. Igitur mutuum non est. Verum usuræ illæ semisses præstabuntur ex pacto actione mandati, quod est bonæ fidei. Nam judex bonæ fidei habebit rationem usurarum conventarum. At si esset mutuum, non deberentur illæ usuræ. Nam in mutuo usuræ non debentur ex pacto, sed tantum ex stipulatione, *l. Titius, h. t. l. quamvis 3. C. de usur.* Præterea ex hoc pacto periculum pertinebit ad procuratorem, quia id pacto effici potest. Hoc pugnat cum Ulp. nam is in *l. singularia, de rebus cred.* ait, esse mutuum. Dico, Africanum merum et subtile jus spectare: subtili jure non est mutuum. Ulp. vero æquitatem, et fingere brevem manum, ut dicitur. Nam fingit, te mihi pecuniam, quam debebas ex causa mandati, reddidisse, et porro me tibi eam dedisse ex causa mutui. Sic multa fingimus, exigente negotiorum varietate et utilitate, contra subtilitatem juris. Ulp. hac ratione Africano respondit in *l. singularia:* Si ego jussi te pecuniam accipere a meo debitore, eaque uti quasi credita, et acceperis, meam pecuniam non accepisti: nam nondum erat mea: receptum tamen est, esse mutuum usu et consensu omnium. Idque fatetur Africanus, et esse receptum *benigne*. Ulp. ait: *singulariter*. Itaque idem dicunt, et ratio est optima. Nam cum nummos mihi debitos accipis, videris meos accipere. Igitur mutuum est. Sic argumentatur Ulp. Si in illa specie mutuum contrahitur per interpositum debitorem, cur etiam non contraheretur inter nos, nulla interposita persona? Ut puta, si quod mihi debes ex causa mandati, velim te retinere quasi mutuum, cur non erit mutuum? vel etiamsi pecuniam redactam ex re, quam tibi vendendam dedi, velim te retinere quasi mutuam, cur non etiam erit mutuum? Cur dum tu nummos mihi a te debitos usurpas quasi mutuos, videris meos usurpare? Cur etiam cum nummos a te ipso mihi debitos, quasi mutuos usurpas, non est mutuum? Vel sic, quod fit per debitorem meum, cur non fiet per te ipsum, si sis debitor meus? Denique si illo casu est recepta illa fictio, ut videar meos dedisse, videtur etiam hoc casu recipienda. Concludamus igitur utilitatis causa: non mero jure ex omni contractu nuda conventione mutuum fieri potest. Altera species hæc est. Ultro dedi prædium meum pignoris nomine creditori tuo, vel dedi tibi prædium obligandum et ejus officii mei mercedem pactus sum. Videor locasse prædium constituta mercede. Locationi est addita conventio, ut tu de eo pignore liberando mihi fidejussorem dares, non das, qua actione agetur? Ex locato agam ut des. At si hoc tantum convenit, ut tu pro eo mihi fidejussorem dares, nec intervenit merces, tunc non erit ex locato actio, sed agetur præscriptis verb. in id quod interest, fidejussorem dari, *l. tenetur §. 1. de act. empt. l. 6. l. permisisti, in princ. h. tit.* Oppon. *l. 2. sup. de æstimat.* Actio æstimatoria, quæ est præscriptis verbis, utilis est, id est, proficit, etiamsi merces intervenit, quod hic negatur. Sic dicendum est: in specie *l. 2.* incertum erat, utrum quis rem vendendam locasset, an operam circitoris conduxisset, et ideo incertum erat de actione. Atqui certum est, te prædium locasse, me conduxisse. Nunc finge: ego tibi empturo equum venalem dedi experiendum, ut si displiceret redderes intra triduum, tu ex eo quæstum fecisti, nam eum locasti, vel eo vicisti in publico certamine, deinde equum non vis emere, eum tamen reddis, at quæstum, quem fecisti, non reddis. Quæritur, qua actione quæstus repetatur? iniquum enim te quæstum facere ex ea re, cujus periculum ad te non pertinebat: nam si equus periisset, tibi non periisset, *l. si is qui commodati §. 1. commod.* Videndum, quale sit negotium. Non est venditio, non est etiam commodatum: nam commodare, est utendum dare. Aliud quiddam est, experiendum dare. At videtur quidem hoc negotium simile commodato: ideoque hæc species posita est sub titulo commodati, *l. si is cui commod. §. 1. sup. commod.* At si quis propius inspiciat, non est commodatum. Igitur utilius est agere præscriptis verbis. Itaque quæstum illum repetam præscriptis verbis. Quæro, cur non tenearis furti? nam qui est usus re commodata in aliam rem quam accepit, tenetur furti, furtum fit usus: non tenetur furti, et ratio est quia, cui res experiunda datur, omnia licet experiri, vel tentare per se, vel per alium, *l. mandavero 2. §. si tibi mand.* In commodato aliud est: nam præscribitur modus et finis utendi, *l. in commodato §. sicut, commod.* At rem experiundam datam quolibet modo experiri licet et non tenetur furti, est tamen actio præscript. verbis. Ostendimus adversus desultorem dari actionem præscriptis verbis: eadem actio datur et in hac specie. Ego dedi tibi mulas experiundas, *ut tu, si placuissent, eas certo pretio emptas haberes;*

si displicuissent, ut in dies singulos certam mercedem pro usu earum præstares. Hoc negotium duorum contractuum speciem habet venditionis et locationis: nam dictum est, ut certo pretio emptas haberes: item ut pro usu earum certam mercedem præstares. Et sane erit venditio perfecta, si mulæ tibi placuerint intra constitutum tempus, intra diem experimenti, et tunc pretium petam actione ex vendito. At si mulæ displicuerint; quæro, an sit locatio? non est proprie locatio; etiamsi te oporteat mercedem præstare: quia ab initio vendendi animus fuit, non locandi. Initium uniuscujusque contractus spectatur, et inde nomen accipit, et causam, *l. si procur. sup. mand. l.* 1. §. *quod si rem, depos.* Finis quidem contractus ad locationem accedit, initium non item. Tutius igitur erit mercedem petere actione præscriptis verbis pro rata dierum, quæ quidem erit similis actioni locati. At quæro quid sit dicendum, si mulæ intra diem experimenti latrocinio perierint, cujus sit detrimentum? Ita distinguendum est: si mulæ jam tibi placuerant, tuum est periculum, quoniam jam est perfecta venditio: perfecta autem venditione, periculum pertinet ad emptorem. At si tu nondum quidquam constitueras de mulis emendis, si nondum mulas probaveras, meum erit periculum, et tu solam mercedem præstabis: tunc enim hoc negotium simile est locationi. In qua conductor non præstat periculum, sed diligentiam tantum, §. *pen. Inst. de locat.* Ego rem utendam accepi certa mercede, eam amisi fortuito, non teneor. Igitur et in hoc casu a te tantum exigetur merces actione præscriptis verbis pro rata temporis, quo usus es. At de periculo magis dubitabatur in hac specie. Finge: dedi tibi rem vendendam ea lege, ut pretio ejus quasi credita pecunia utereris: res periit, cujus erit detrimentum? Si post venditionem perierit, postquam tu ea pecunia usus es, quasi credita, tuum est periculum, quoniam jam erat credita pecunia: at si ante venditionem res perierit: ita distinguendum est ex *l. rogasti de reb. cred.* inspiciendum est quis initium dederit contractui. Aut igitur te rogavi, cum scilicet rem venalem haberem, te rogavi et adjeci, ut utereris pretio si velles: et tunc meum erit periculum. At si tu me prior rogasti, et hæc tantum causa fuerit vendendi, ut tibi gratum facerem, tuum est periculum, quoniam hoc prope mutuum accedit, *l. si quis nec causam, de reb. cred.* Eadem distinctio est in *l. si gratuitam, sup. h. t.* Dedi tibi rem æstimatam vendendam, ut eam redderes vel æstimationem. Si tu ultro eam rem recepisti vendendam, tuum est periculum, quia hæc æstimatio facit, ut hoc negotium sit instar venditionis. At quæro cur hæc distinctio in inspectore locum non habet? Ego dedi tibi rem inspiciendam ut eam mihi redderes: in hac specie non ita distinguimus: nullum enim periculum ad inspectorem pertinet. Respondeo, hoc ideo fit, quia hoc negotium accedit ad depositum vel commodatum, ex quibus contractibus non præstatur periculum. Omne negotium, ex quo agitur præscriptis verbis, accedit ad aliquod civile negotium, itaque ex illius natura æstimatur, ejusdemque regulis constat. Igitur inspector non præstat nisi culpam, vel dolum tantum, cum dantis causa res inspicitur, vel dolum et culpam cum inspectoris vel utriusque causa vertitur, et huc pertinet §. *ult. h. l.* In *eo* §. Constantinus interpretatur argentum σκεύη, id est, vasa, vascularium appellat τεχνίτην, *l. ult. de oblig. et act. l. pen. de aur. et arg. leg.* argentarium vascularium. Finge: tibi empturo vasa argentea dedi inspicienda, ut si displicuissent, redderes. Cum displicuissent, dedisti ea servo tuo ad me referenda: perierunt ea in itinere sine dolo, et culpa tua: meum est, inquit, periculum, quia non tam tua, quam mea causa vasa ad me referebantur, nec tu inspector debes quidquam præstare præter dolum et culpam. Verum ut meum sit periculum, exigitur ut absit dolus servi tui: nam ex hac causa tu non tantum culpam tuam, sed etiam servi tui præstare debes actione præscriptis verb. *l. pen.* §. *pen. de his qui dejec. vel effud.* Igitur si vasa sine culpa tua perierint, sed servi culpa, teneris præscriptis verbis, si latrocinio, non teneberis.

Ad L. XXII.

Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si vero mercede data, aut constituta, locationis, conductionisque negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data, aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet, quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est, præscriptis verbis.

Quod dicitur in hac *l. polienda,* alibi dicit *curanda*, aut *lavanda*, *l.* 2. *de condict. sine caus. Inst. de locat.* §. *qua de causa*: hæc sunt fullonum officia. Græci vocant λευκαντὰς, *Theoph.* §. *item si fullo, de oblig. quæ ex delict.* Plin. *l.* 35. *cap.* 17. *Umbrica creta poliendis vestibus assumitur.* Sarcinator dicitur, cui sarcienda vestimenta dantur, Græce ῥάπτης. Species hæc est. Dedi tibi vestimenta polienda, vel sarcienda. Si gratis dedi, id est, nulla mercede præscripta, mandatum est: at si mercede constituta, est locatio. At quid si ne-

que gratis, nec mercede protinus constituta, sed postea daturus, quantum convenisset. Hoc negotium novum est, et proprium: non enim est locatio, quia merces non est constituta; ex eo igitur dabitur actio præscriptis verbis similis actioni locati: verum actio dabitur, licet fullo aut sarcinator prior faciat quam detur merces. Atqui non datur ex facio ut des: in hac specie fullo prius facit, quam detur, agit tamen de mercede præscriptis verbis, hoc ideo, quod initium spectare oportet, id autem fit, dabo ut facias, id est, polias, et licet tu facias prius, quam dederim, non mutatur conventionis forma. Recte interpretes sic statuunt. Conventiones statuendæ sunt ex ratione earum ineundarum, non ex ratione implendi.

Ad L. XXIII.

Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei qui secum ambulabat, rogatus, annulum ostendit, ut respiceret. Illi excidit annulus, et in Tiberim devolutus est. Respondit, posse agi cum eo in factum actione.

Duo quidam spatiabantur secundum flumen: unus alteri dedit annulum, ut eum respiceret (legendum enim *respiceret*, non inspiceret) et mox redderet: ejus culpa annulus lapsus est in flumen. Quæritur, qua actione tenebitur? *l.* 23. ait, competere actionem in factum, id est, præscriptis verbis, quæ erit similis commodati: nam quamvis non sit dictum, ut redderetur, tamen id pro dicto habendum est: et generaliter inter contrahentes, quod agitur, id est, actum allegatur, pro cauto habendum est, *l. cum quid, sup. de reb. cred.*

Ad L. XXIV.

Titius Sempronio 30. dedit, pactique sunt ut ex reditu ejus pecuniæ tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius præstaret, computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine præstitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret: quod amplius præstitum esset, id ex sorte decederet: aut si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset, Titius Sempronio præstaret, neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine præstitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit, pecuniæ quidem creditæ usuras, nisi in stipulationem deductas non deberi. Verum in proposito videndum, ne non tam fœnerata pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecuturus esset. Sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniæ creditæ fuisse, quando si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, nihil eum eo nomine præstare debuisse. Quare tutius esse præscriptis verbis in factum actionem dare, præsertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius præstitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet. Quod ipsum jus, et causam pecuniæ creditæ excedat.

Primo Secundo dedit 3000. convenit inter eos, ut secundus eam pecuniam exerceret, et occuparet usuris semissibus, et ut ex reditu ejus pecuniæ tributum solveret, quod Primus pro agro principi debebat. *Reditus* hic accipitur pro usura, quæ ex pecunia redigitur, ut in *l. alumnæ, de ad mend. legat.* Dicitur etiam redactus et refectus. *l. defuncta §. Sempronio, de usufr. l. Lucius §. hæredem, ad Trebell. l. quærebatur §. ult. ad leg. Falcid. l. 1. §. si frater, de collat. bon. l.* 5. *de adminis. tut.* Tull. 5. in Verrem. *Tanto plus mercedis ex fundo refectus sit Palladius, redactus tenues colligemus.* Igitur convenit, ut ex reditu, id est usuris semissibus Secundus pro primo tributum solveret. Denique id actum est, ut quod ultra usuras semisses percepisset, id sibi haberet. Deinde adjectum est, ut si minus inferret tributorum nomine, quam redegisset ex usuris semissibus, quod minus intulisset, id Primo redderet. Itemque, ut si plus intulisset tributi nomine, quam ferrent usuræ semisses, tanto minus ex sorte redderet, id est, in eo sortem minueret. Postremo, ut si summa tributi excederet usuras semisses et sortem, quod amplius præstaret, id Primus ei restitueret. Huic conventioni non est addita stipulatio, nec tamen ideo nuda est, quia data est pecunia certa lege, *l. si dominus in fi. h. t.* Secundus minus intulit, quam collegerat ex usuris semissibus ejus pecuniæ, atque ita plus erat in usura, quam in tributo. Quæro, id quod plus est, qua actione Primus petet a Secundo? Nam ita conventum est, ut quod plus esset in usura redderetur. Videndum quale sit hoc negotium. Si est mutuum, usuræ non possunt peti: nam usuræ in mutuo non debentur, nisi sint deductæ in stipulationem. *l.* 3. *C. de usur.* Hic non est interposita stipulatio. At non est mutuum, ideoque sors quasi mutua peti non potest. Nam sortis creditæ periculum pertinet ad accipientem. In hac autem specie sortis periculum pertinet ad dantem, id est, ad Primum, videlicet si Secundus eam pecuniam amiserit sine dolo, aut culpa, id est, si pecunia perierit casu majore. Idem si Secundus eam pecuniam sine dolo vel culpa vacuam habue-

rit, id est, otiosam et sterilem (vacua pecunia est, quæ non parit usuras) dicitur etiam cessans *l. tutor, de adm nist. tut.* Deinde mutuo contractu id agitur, ut tantundem reddas. At in hac specie id agitur, ne tantundem reddatur, videlicet si plus intulerit tributi nomine, quam faciat usura semis: eo casu agitur, ut minus reddatur. Igitur non est mutuum. Videtur potius esse mandatum fœnerandæ pecuniæ meæ et solvendi tributi. Sed obstat, quod ita actum est, ut Secundus fœneraret usuris semissibus, et quo pluris fœneraret, id sibi haberet: nam hoc modo non est gratuitum, ergo nec mandatum, *l. si tibi rem, sup. h. t.* Tutius igitur est agere præscriptis verbis, et quo plus fuerit in usura, repetere actione præscriptis verbis: nam hæc conventio non est nuda, quoniam data est pecunia certa lege, et proximum est mandato negotium. Tu me mandante pecuniam meam fœnori occupasti, fœnus accepisti: æquum est, a te id mihi reddi: nam redderes id fœnus, etiamsi non dedissem tibi pecuniam fœnerandam, *l. i 'emque, §. sed et si pecun. mand.* non oportet te ex alieno lucrum sentire. Denique quæ res non est tibi periculo, non potest etiam esse quæstui, *l. si is qui, §. 1. sup. commod.*

Ad L. PEN.

Si operas fabriles quis servi vice mutua dedisset, ut totidem reciperet, posse eum præscriptis verbis agere, sicuti si penulas dedisset, ut tunicas acciperet. Nec esse hoc contrarium, quod si per errorem operæ indebitæ datæ sunt, ipsæ repeti non possunt: nam aliud dando, ut aliud reddatur, obligari jure gentium possumus. Quod autem indebitum datur, aut ipsum repeti debet, aut tantundem ex eodem genere. Quorum neutro modo operæ repeti possunt.

Ego dedi tibi operas fabriles servi mei (operæ officiales præstantur patrono, de quibus hic non agitur, fabriles autem etiam alii præstari possunt) ea lege, ut mutuas operas servi tui dares: non das: est actio præscriptis verbis: sicut si togam dedi: ut des tunicam ut totidem operæ præstentur, aut id quod interest. At non videntur posse repeti operæ, etsi indebitæ, *l. si non sortem §. libertus, de condict. indeb.* Nam vel eædem repetuntur, vel tantundem ejusdem generis. At tantundem operarum non potest repeti, nam non eadem est causa operarum et rerum, quæ pondere, numero, mensura constant. Nam illæ res mutuam functionem recipiunt, operæ vero non item, *l. inter artifices, de solut.* Igitur nec eædem operæ repeti possunt, nec tantundem, at æstimatio condici potest, id est, quanti condici potuissent, et sic fit, ut aliud solvatur, aliud condicatur, quod frequens est. Verum in hac specie actione præscriptis verbis eædem operæ non repetuntur, sed aliæ omnino. Nam id actum est, ut aliud daretur, aliud redderetur, quo in genere obligatio constitui potest jure gentium, ut do has operas, ut alias reddas. Hi contractus, ex quibus datur actio præscriptis verbis, sunt omnes juris gentium, *l. juris gent. de pact.* Sic est in *l. quod indebitum, de cond. indeb.*

Ad L. ULT.

Si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est. Si, ut pondus argenti redderes, quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem præscriptis verbis: tam boni tamen argenti, quam illi scyphi fuerunt. Sed si ut vel hos scyphos, vel ut ejusdem ponderis argentum dares convenit: idem dicendum est.

Dedi tibis sciphos gratis utendos, ut eosdem mihi redderes, hoc est commodatum. At finge; dedi tibi scyphos utendos, ut redderes ponderis tantdem argenti æque boni: non est commodatum quia eadem res non redditur nec etiam mutuum, nam non consistit mutuum in scyphis, in corporibus. Ex mutuo pondus pro pondere redditur, non pro scyphis pondus: nam mutuum in specie, in corpore non consistit. Dabitur igitur præscriptis verbis. Idem si convenit, ut redderentur vel scyphi, vel pondus: nam hoc etiam abest a mutuo, a commodato, et agitur præscriptis verbis. Verum si data sit materia scyphi, ut pondus redderetur, tunc vere mutuum est. At quid si dedi tibi scyphos, dominio translato, ne eosdem redderes, an est commodatum? Id videtur admisisse Alciatus in *lib. paradox.* et probat ex hac lege. Verum *dare* non semper significat dominium transferre: ideoque ex hoc loco nihil probat. Commodatum igitur non est, quia dominium non transfertur, imo nec possessio, *l. rei, l. nemo, sup. commod.* Nisi dicatur commodatum ex pacto posse naturam suam excedere, argumento *l. in navem, loc.* Sed tutius erit agere præscriptis verbis.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. II. Lib. XXII. De nautico fœnore.

Ad L. I.

Trajectitia ea pecunia est, quæ trans mare vehitur. Ceterum si eodem loci consumatur, non erit

trajectitia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparata in ea causa habentur. Et interest, utrum etiam ipsæ periculo creditoris navigent: tunc enim trajectitia pecunia fit.

Hic titulus est de usuris nauticis, vel trajectitiis pecuniis, *l.* 2. §. *alius denique*, *de vet. jur. enucl.* Porro trajectitiæ pecuniæ sunt pecuniæ, quæ navigant periculo creditoris, vel merces ex illis comparatæ, videlicet si mercium inde comparatarum periculum etiam creditor susceperit. Igitur trajectitiæ pecuniæ creduntur ea lege, ut si navis perierit, non reddantur, si non perierit, reddantur, creditor tantum naufragii periculum suscipit, *l. fœnerator*, *in fin. hujus tit.* Aliæ pecuniæ sunt periculo debitoris, pecuniæ nauticæ sunt periculo creditoris. Ideo creditor earum pecuniarum nomine alia duo habet quæ alii non habent. Primum ut ex pacto ex continenti facto etiam sine stipulatione usuræ pecuniæ ejus illi debeantur, *l. in quibusdam*, *h. t.* Idem datur etiam civitatibus nullo suscepto periculo, *l. etiam*, *sup. tit. prox.* et argentariis, *Nov.* 136. *de argentar. contract.* Regulariter autem usuræ creditæ pecuniæ non debentur citra stipulationem. Sed quæro, fœnus quale sit negotium? Sane prima fronte videtur esse locatio et conductio: nam nummi locantur, id est, utendi dantur, conducuntur, id est, utendi accipiuntur, certaque mercede. At hoc non est proprie locatio: nam ea locantur; quorum est usus aliquis; pecuniæ non in usu consistunt, quoniam utendo consumuntur. Item contracta locatione eadem res redditur: contracto fœnore eadem res non redditur. Nec etiam est mutuum: nam mercedem non recipit mutuum, sicut nec commodatum. Verum duplex est contractus; datione pecuniæ mutuum contrahitur: stipulatione fœnus. Fœnus igitur, id est, fœneratitia stipulatio. Excipiuntur quidam casus, quibus pacto fœnus constituitur, quos supra diximus. Infinitas autem usuras percipere potest creditor nauticæ pecuniæ, ut quatuor aut quinque centesimas, idque est compensatio periculi. Ex aliis autem pecuniis usura legitima erat centesima: ex nauticis quælibet, *l. lecta*, *de rebus cred. l. si pro mutua*, *C. si cert. pet.* Ubi, quod initio vocat *centesimam*, postea vocat *legitimam*. Hoc autem mutavit Justinianus, *l. eos*, *C. de usur.* nam usura nautica est centesima dumtaxat, nec potest excedere. Ex aliis pecuniis non recipitur centesima, sed viri illustres percipiunt trientes; negotiatores et argentarii besses; reliqui, etiam fiscus, semisses. Plinius *lib.* 10. *cap.* 4. At videtur lex 4. *hoc tit.* significare, etiam usuram nauticam non fuisse nisi centesimam Papiniani tempore, §. *pen.* Verum illud verbum *centesimæ*, Tribonianus addidit ex constitutionibus Justinian. Et sic etiam in *l. cum quidam* §. *ult. sup. tit. prox.* hæc verba: *usque ad tertiam centesimæ* sunt Triboniani: eis verbis significantur usuræ trientes, quo modo nostri auctores non loquuntur, sed est prorsus Triboniani. Et ille §. est ex rescripto quodam D. Pii, quod refertur aliis verbis in *l. si legatum, inf. de operib. publ.* Usura centesima, quæ hodie est nautica, sic definitur, quæ quotannis reddit duodecim solidos in centenos, mensibus singulis solidum in centenos. At Anianus interpres *C. Thodos.* in *leg.* 2. *de usur.* aliter definit quam definitionem probant Justinian. et Leo Impp. Sicque definit: quæ reddit quotannis tres siliquas in singulos solidos. Solidus habet 24. siliquas, quæ vocantur alias κοράτια, *Novel.* 130. Igitur secundum eam rationem usura centesima est, quæ reddit quotannis in centenos solidos 12. et 22. siliquas, id est solidos 12. et semissem. Hoc confirmat *Novel.* 83. Nam Leo secundum eam rationem ita definit trientem usuram, quæ quotannis reddit unam siliquam in singulos solidos. Igitur usura triens est, quæ in centenos quotannis reddit 4. solidos et 4. siliquas. Illud notandum, semper creditæ pecuniæ usuras lege fuisse definitas. At in bonæ fidei contractibus usuræ legibus non fuere definitæ. Verum constituebantur arbitrio judicis ex mora, *l.* 1. *l.* 32. *sup. tit. prox. l. idemque*, §. *sed et si pecuniam*, *mand.* Notandum in eis locis Tribonianum etiam verba hæc addidisse: *legitimo modo*, et, *ita tamen, ut legem non offendat* ex *d. l. eos.* Nam Justinianus primus constituit, ut et in bonæ fidei contractibus a se constitutus usurarum modus observetur, et ut judices de ea re arbitrari non possint, sed leges sequantur. At illa posterior constitutio usuræ centesimæ pugnat cum priore: nam illa constituit tantum 12. solidos in centenos, hæc autem 12. et semis. Præterea prior definitio in triente constituit tantum 4. solidos; hæc autem amplius constituit 4. siliquas; verum illa constituit hoc, rotundandi numeri causa. At postea alia invasit definitio usuræ centesimæ, quæ traditur ab Harmenop. 3. *Epit.* Usura centesima est, quæ in singulas libras, id est, in 72. solidos (*l. quotiescumque, C. de susceptor.*) quotannis reddit 12. hæc est gravior usura. At si obtinuit hæc definitio, cur vocabatur centesima, quæ in 72. solidos reddit 12. Respondeo, centesima fuit pars usurarum, nam reddebat 12. Assem dicimus, quodcunque constat 12. partibus. Sic centesimam acceperunt pro asse quod constaret 12. licet non redderetur in centenos. At olim centesima usura dicebatur, quod sortis pars centesima erat usura. Hæ usuræ accipiebantur in menses. Dabantur, pecuniæ Calend. redigebantur autem Idibus, *l. si ex pluribus*, §. *ult. de solut.* Cicero Orat. 1. in Catil. Usuræ autem nauticæ non ita constituebantur, et quidem variè hoc fiebat: nam creditor suscipiebat mo-

do periculum usque ad certum diem, modo ad certam conditionem, *l. qui Romæ* §. *Callimachus*, *de verb. oblig.* vel usque ad certum locum vel portum; vel periculum omnes itionis et reditionis, ubi erat ventum in portum, vel ubi dies ille venerat, aut conditio extiterat, tum cessabant usuræ nauticæ, *l. 4. fænerator, inf. h. t.* Incipiunt etiam ab eo die, quo navis navigatum mittitur: nam et ab eo tempore creditor suscipit periculum, *l. 3. h. t.* In d. Nov. autem 106. comprobat Justin. conventiones quasdam, quæ solebant interponi a negotiatoribus et naucleris in dandis pecuniis nauticis. Convenire solebant, ut in singulos solidos liceret eis unum modium tritici vel hordei in navem imponere, ut pro eo vectigal non agnoscerent. Præterea conveniebat ut in denos solidos perciperent singulos usuræ nomine, atque in 100. perciperent 10. quæ usura est dextans usura videlicet si quotannis ad eum modum exigatur. Alio modo convenire solebant, ut in singulos solidos darentur tres siliquæ, quæ est centesima usura, videlicet si quotannis exigatur. At usuræ nauticæ non exigebantur in annos aut menses, sed ad navigationem, id est, quoad navis portum appulisset. Ideoque si navis rediisset salva intra mensem, aut duos, illæ semper usuræ præstabantur. At post reditum atque ita finito periculo, tunc illæ usuræ non præstabantur, sed besses, quæ etiam permittuntur constitut. Justiniani negotiatoribus, *l. eos, de usur.* id est, duæ siliquæ quotannis in singulos solidos. At eam Novell. abrogavit postea in *Nov.* 110. Ut et Julianus: ego credo, Justinianum postea improbasse priorem illam conventionem. Nam ceteræ consentiunt cum *l. eos*.

Ad L. II. et IV.

L. II. *Labeo ait, si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari trajectitiæ pecuniæ possit, idipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet.*

L. IV. *Nihil interest, trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem præstitutum et conditionem impletam, periculum esse creditoris desierit. Utrobique igitur majus legitima usura fænus non debebitur. Sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo, nec pignora vel hypothecæ titulo majoris usuræ tenebuntur.*

§. 1. *Pro operis servi trajectitiæ pecuniæ gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum deductum est, ad finem centesimæ, non ultra duplum debetur. In stipulatione fænoris post diem periculi separatim interposita, quod in ea legitimæ usuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.*

Aut pecunia trajicitur sine periculo creditoris, aut ejus periculo: si sine periculo, majus legitima usura fœnus non debetur, *l. 4. in pr. h. t.* Legitimam vocat, quam postea centesimam summam dicit: nam hoc jure legitima usura est 100. At ex constitut. Just. est bes in negotiatoribus, in aliis semis. Quod si navigat periculo creditoris, recipit infinitas usuras hoc jure, at constitut. Justin. non nisi centesimas. At finito periculo non debetur fœnus majus centesima, id est, legitima usura, *Nov.* 106. Additur in *l. 4.* majoris usuræ nomine pignora non posse retineri. Sciendum est usuras ex pacto debitas peti quidem non posse, possunt tamen servari per retentionem pignoris, si pignus et in eas usuras acceptum est, et si non excedant modum legitimum, *l. per retentionem*, *l. pignoribus*, *de usur.* At usuræ, quæ legitimum modum excedunt, non possunt servari per retentionem pignorum, *l. pretii*, *C. mand. l. pen. C. de usur.* Post diem periculi non debetur, nisi centesima usura, hæc est legitima usura ante Justin. In eum diem debetur infinita usura; post diem, centesima tantum. Verum post eum diem creditor non tantum solebat accipere usuram, verum etiam pœnam stipulabatur ob operas, vel sumptus servi persequentis et petentis eam pecuniam: nam qui nauticam pecuniam credebant, solebant mittere servum, qui navigaret cum debitore et statuto tempore pecuniam exigeret, *l. trajectitiæ*, *de oblig. et act. l. qui Romæ*, §. *Callimachus*, *de verb. obligat.* Ea pœna committebatur statim post moram, id est, ad diem non solutæ pecuniæ. Mora autem fiebat dupliciter, in personam, id est, si interpellatus a servo non solvisset. Item in rem, ut si non extet debitor, qui interpelletur, ut quia decessit nullo hærede relicto: hoc ostendit *l. ult. h. t. l. ad diem*, *de verb. obligat.* Verum ex *l. 2. h. t.* addendum, id ipsum servum illum testari debere, neminem scilicet extare, qui interpelletur. Sed hoc relinquitur disquisitioni judicis, et ex ipsa die sine interpellatione mora fit, *l. trajectitia*, et *l. magnam*, *C. de cotrah. stipul. l. 2. C. de jure emphyt.* Excepto si non sit cui solvas. Mora enim fit in rem ex diei lapsu, nisi per creditorem stet, quominus ei solvas, *l. pen. hoc tit.* Sive igitur creditor post diem periculi pœnam solam stipuletur; sive cum usura pœnam, utriusque ratio iniri debet, ita ut id omne non excedat centesimam, vel duplum sortis, *l. pecuniæ*, *l. pœnam*, *sup. de usur. l. Julian.* §. *idem Papin. de action. empt. l. cum allegas*, *C. de usur.* Igitur usura, vel pœna, vel utrumque non potest exigi supra duplum, vel supra modum centesimæ post diem periculi, *l. si non sortem*, §. 1. *de condict. indeb. l. usuræ C. de usur.* Igitur, ubi usura sortem æquavit, quod deinde solvitur, in sortem cedit. Ideoque qui debet 100.

si præstiterit 200. vel usuræ, vel pœnæ nomine, omnino est liberatus Justinian. *Novel.* 121. *e* 138. adjecit, ut usuræ solutæ per partes coacerventur, et in duplum computentur, et ne excedant duplum. Itaque iis Novellis abrogatur *l. usuræ, C. de usur.* Nam in ea lege constituitur, ut usuræ per partes solutæ possint excedere duplum. In §. *pro operis l.* 4. quod constituitur pro operis servi, est pœna moræ, id est, tardius solutæ pecuniæ, quæ præstatur post moram periculi, ideo non excedit centesimam, nec etiam duplum, quia præstatur post diem periculi. At quamdiu periculum est creditoris, usuræ exiguntur supra centesimam, et supra duplum, tanti est periculum creditoris. At hæc pœna nunquam est ultra centesimam usuram, nam debetur post discussum periculum, §. *ult.* Post diem periculi stipulatus est creditor usuram minorem centesima, quod deest huic stipulationi usque ad centesimam, supplebitur stipulatione operarum, hoc est, pœnali. Verum non poterit stipulatio operarum excedere centesimam. Huc pertinet lex *fœnerator, hoc tit.* Dedi tibi pecuniam fœnori, et accepi pignori merces quasdam, quæ erant in ea navi adjectum est, ut si illæ merces non essent idoneæ exsolvendæ sorti, pignori esset id, quod superesset ex mercibus aliis impositis aliis navibus, et propriis creditoribus obligatis. Navis periit, et merces, quæ specialiter erant pignori obligatæ. Quæro, an creditori liceat agere hypothecaria in id quod superest in aliis navibus quæ supersunt? Respondeo: aut navis periit ante diem periculi, et tunc meum erit detrimentum, quia sortis petitionem non habeo, nec etiam petitionem hypothecarum quæ supersunt. Verum si post diem periculi, habeo persecutionem hypothecarum non amissarum. Idem si ante diem illæ merces vilius distractæ sint, cum scilicet ageretur ut distraherentur, et ex illis aliæ repararentur, quæ in jus pignoris succedunt, *d. l. qui Romæ*, §. *Callimachus.*

Ad L. V.

Periculi pretium est, et si conditione quamvis pœnali, non existente, recepturus sis, quod dederis, et insuper aliquid præter pecuniam: si modo in aleæ speciem non cadat, veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut si manumittas, si non illud facias, si non convaluero, etc. Nec dubitabis, si piscatori erogaturo in apparatum, plurimum pecuniæ dederim, ut si cepisset, redderet, et athletæ, unde se exhiberet exerceretque, ut si vicisset, redderet.

§. 1. *In his autem omnibus, et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem prodest.*

Quinque sunt quæ hanc legem obscuram reddunt, et imprimis statuamus: nauticæ pecuniæ periculum creditorem suscipere, et ideo ei maximam usuram deberi etiam ex pacto. Deinde quæro, an etiamsi periculum creditor suscipiat pecuniæ non nauticæ, eadem ratione possit ei deberi usura ex pacto? Scævola putat posse. Ait enim *periculi pretium est, etsi*: illud *etsi* significat, non tantum nauticam, sed et aliam pecuniam suscepti periculi pretium recipere posse. Nauticum fœnus ita contrahitur, navigaturo atque ingressuro ingens periculum pecunia datur mutua, qua negotietur hac lege, ut si navis salva pervenerit, eam pecuniam reddat cum usuris; si navis perierit, ut nihil reddat. Similiter piscaturo, atque ita ituro in dubiam aleam dabitur pecunia, qua scilicet comparet instrumentum omne piscatorium. Videlicet retia, hamos, naviculas, et ea lege, ut si ceperit, eam reddat cum usuris: si nihil ceperit, nihil reddat. Aut Athletæ inituro dubium certamen, dabitur pecunia, qua se exhibeat et exerceat, ut si vicerit cum usuris reddat; si non vicerit, nihil reddat: exhibeat, id est, edat: nam Athletæ, qui certaturi erant, antea pascebantur certo genere cibi, ut bubula, de eo Galenus περὶ εὐσαρκίας, corpus item ante exercebant. Vocatur hoc *lex pulveris et cibi.* Verum hi duo piscator et Athleta in periculo versantur. Nunc si is, qui pecuniam dat, velit hoc periculum amoliri et in se recipere, pro eo rebus secundis feret etiam ex pacto usuras, et hoc est periculi pretium, id est, merces. Hoc autem pretium in pecunia nautica dicitur exigi, conditione impleta sive exsistente, *l.* 14. *et l. fœnerator, h. t.* id est, nave salva. Nave amissa conditio defecisse intelligitur, et pro lucro creditori damnum adfertur. Si igitur hoc ita est in nautica pecunia, ita etiam in piscatore et Athleta pretium exigetur conditione exsistente, id est, si piscator cepereit, alter vicerit: quod si aliter successerit, creditor pro pretio damnum habebit. Atqui in hac lege traditur, pretio periculi suscepti locum esse non exsistente conditione. Hoc unum est, quod hanc legem obscurat. Quo quidem motus Baro, in *lib. manuali* legit, *conditione exsistente*, sublata negatione. Alterum quod dubitationem facit est: quia hanc conditionem appellat pœnalem. Atqui non est pœnalis: nam pœna est, quæ ob moram infligitur, id est, si pecunia soluta non sit, et interdum dicitur usura, *d. l. lecta.* Proprie autem usura est, quæ ob quæstum, nulla mora intercedente infligitur, id est, quæ currit statim a contractu, et hæc nullo modo dicitur pœna. At in specie hujus legis, quod recipitur præter pecuniam non recipitur ob moram, sed ob usuram et periculi mercedem. Igitur usura non est pœna. Denique hæc conditio est fœneratitia, non pœnalis. Tertia dubitatio est. Proponit Scævola in princip. leg. non

tantum ex pecunia nautica, sed etiam ex alia pecunia insuper aliquid exigi posse ob periculi pretium. Deinde addit modum huic propositioni, *si modo in aleæ speciem non cadat.* Cur hoc? An qui alea est prohibita legibus? *titul. de aleæ lusu, l. in except. inf. tit. prox. l. ult.* §. 1. *inf. quar. ter. act. non. det.* Minime: nam alea est prohibita, veluti, si quis ludat tesseris aut talis, quasi alea non est prohibita, ut si quis emat a piscatore bolum id est, jactum retis, *l. nec emptio, de contrah. empt. l. cum hæredem, sup. de hæred. vend.* Cur autem ita dixerit, non videtur reddi posse ratio idonea. Præterea pugnat ipse secum: nam in fine ait, eam pecuniam admittere periculi pretium ea lege, ut si cepisset redderet. Atqui ea res aleæ speciem habet, *d. l. nec emptio.* Frustra igitur adjicitur hic modus. Quarta dubitatio est circa verba, *veluti ea ex quibus conditio nasci solet.* Conditio dicitur imponi, præponi, adscribi, injici, dari; nasci autem nunquam. Quinta dubitatio est varietas lectionis: legitur in vulgatis libris, pro *quamvis, quavis.* Baro negationem tollit. Pro verbis, *in aleæ speciem,* legitur in vulgatis *in aliam speciem,* pro *conditiones,* quidam habent *condictiones.* Ad primam dubitationem, initio verba legis sunt transposita, legendum autem, *etsi conditione, quamvis non pœnali exsistente.* Hic erit sensus, quamvis quod recipio præter pecuniam, non sit pœna, id est, quamvis non recipiamus ob moram nihilominus tamen id jure recipio, quasi suscepti periculi mercedem. Igitur, pretium suscepti exigitur, etiamsi infligendæ pœnæ nulla causa sit. Deinde sequitur: *si modo in aleæ speciem, etc.* Probanda hic potius est communis lectio *si modo in aliam speciem non cadat contractus,* id est, diversam a mutuo. Idem Scævola ait, in aliam speciem, *l. quidam, de usufr. leg.* Sequitur: Ex *quibus conditiones*: ibi legendum, *conditiones*, scilicet ob rem dati. Hæc nomina crebro commutantur, et adhuc in *l. sufficit, de condit. indeb.* legitur, *conditionis*, pro *condictionis,* et hic legendum esse *condictiones,* exempla, quæ sequuntur demonstrant. His verbis adjungendæ sunt leges, *l. senatus,* §. 1. *de mort. caus. donat. l. videamus,* §. *idemque est, sup. de usur.* Finge: ego do tibi pecuniam ea lege ut si servum manumittas, eam tibi retineas, si non manumittas, ut reddas: non est creditum, sed do ut facias, nullum etiam ipse videor periculum suscepisse: ideoque exsistente conditione, sub qua illa datio resolvitur, id est, si non manumittas, ego repetam pecuniam conditione ob rem dati, neque quidquam præterea repetere possum, quasi pro pretio periculi: nam ita convenienti non fuit causa: nullum enim hic versatur periculum. Idem dicendum si tibi dedi pecuniam, ut si quid non fecisses, eam retineres, si fecisses redderes, hic non est creditum, nullum periculum suscepi. Igitur exsistente conditione, id est, si facias, mihi tantum datur condictio ob rem dati, nec quidquam potest in cautionem deduci quasi pro pretio periculi. Idem dicendum est in donatione causa mortis. Ego tibi donavi ea lege ut si non convaluero, eam tibi retineas; si convaluero, reddas. Conditione exsistente, sub qua resolvitur donatio, id est, si convaluero, competit mihi condictio ob rem dati. At longe aliud est in exemplis propositis de piscatore et Athleta: nam in his contrahitur creditum. Et sicut in nautica pecunia est periculum maris, et dubiæ navigationis: sic est etiam periculum dubiæ vel vanis piscationis et certaminis. Id ego in me recipio, contra quam soleat fieri in pecunia credita. Igitur ob eam rem merito rebus secundis usuram reposco. Et ait Scævola, non esse dubitandum: quod non potest statui in eis casibus, ex quibus conditiones nasci solent. Additur in fine; *in iis autem omnibus et pactum sine stipulatione, etc.* Augetur obligatio ex usuris, igitur hæ usuræ possunt deberi in his casibus, etiam ex pacto, *l. in quibusdam, inf. h. t.* Supra dixit, augeri posse obligationem, id est, insuper aliquid accipi posse præter sortem, id est, pretium periculi. In extremo adjicit, etiam ex pacto.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. III. De probationibus et præsumptionibus.

Probationes sunt veluti testimonia et instrumenta, quibus res probatur judici. Præsumptiones sunt solum conjecturæ, argumenta: hæc tolluntur contrariis probationibus, et onus probandi transfertur in eum, contra quem præsumptio facit, *l. generaliter*, §. *si petitum, de fideicom. libert. l. ult. in princ. quod met. caus.* Valent igitur præsumptiones, nisi contrariis probationibus elidantur. Probatio in *l. quoties* §. *u t.* secundum Pand. Flor. vocatur improbatio. Sicut dicimus præstationem et impræstationem. In hoc titulo potissimum quæritur propositis variis speciebus, quis in quaque causa probare debeat: nam non possumus absolute statuere, actorem semper probare, non reum. Nam modo hic, modo ille probat. De præsumptionibus pauca traduntur. Cetera autem, quæ de probationibus dici possunt, petenda a Rhetoribus non Jureconsultis: nam in facto consistunt.

Ad L. I. et II.

L. I. *Quotiens quæreretur genus vel gentem quis haberet, necne: eum probare oportet.*

L. II. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.*

In hac lege si quæratur, habeat quis gentem vel genus, necne, is probare debet, de quo quæritur. *Gentem habere* est jura gentilitatis ac familiæ habere. Sic Livius *lib.* 10. *vos solos (patricii) gentem habere, etc.* Genus a gente differre videtur. (Alciat. in 1. *parerg.*) Sed utrumque idem significat, sicut in *l.* 9. §. *ult. de recept. etc. Sordes aut turpitudo* δωροδοχείαν tantum significant. Deinde agnatio, familia, domus, stirps, genus, gens, his sex vocabulis promiscue utimur, *l. pronuntiatio*, §. *communi*, *et* §. *pen. de verb. sign.* At in 12. tabulis agnati separabantur a gentilibus, *l. sæpe, de verbor. signif.* Agnatorum nomen refertur ad propriam stirpem: Gentilium autem ad plures stirpes ex eadem progenie. Sicque gentilium nomen latius est, quam agnatorum. Gentilitas amittitur capitis diminutione, cognatio non item. Verum ad quæstionem hujus legis notandum est pertinere *Novel.* 36. *in constit. Justin. secundum editionem Haloandri.* Ut si de genere quæratur ab utraque parte probationes adferantur: quod hodie sæpe fit maxime in criminalibus, *l. fallaciter*, *C. de abolit. Ea Novella* videtur pugnare cum *l.* 2. *hujus tit.* in qua ab una tantum parte probatio exigitur. Si Titius petat creditam pecuniam, ego negavero deberi, Titius probare cogitur. Nam ratione naturali negantis non est probatio, *l. asseveratio*, *C. de non numer. pec. l. actor, C. de probat.* Cicer *in partit. Nemo ejus, quod negat factum, rationem aut probationem reddere cogitur.* Inficiator absolvitur, si actor non probat. Verum hic adferuntur multi loci, in quibus negans probare cogitur: de iis sic statuendum. Sunt quædam negationes, quæ effectu affirmationes sunt, ut habemus de actionibus negatoriis in §. *æque*, *de action.* ut, si nego testatorem fuisse sanæ mentis, affirmo furiosum fuisse: itaque probare debeo, *l. nec codicillos*, *C. de codicill.* Sic etiam, si nego adversarium aliquid jure posse facere, id dico, non potest hoc jure facere, utor auctoritate juris, eam debeo proferre, vel legem vel constitutionem, qua id probetur, *l.* 5. *hoc tit.* Nam in probationibus non sunt tantum testes, sed etiam leges, item quæstiones, id est: tormenta: item jusjurandum. Item, si nego emancipationem esse factam præsentibus testibus, vitium emancipationis allego. Itaque id probare debeo, *d. l.* 5. *h. t.* Item, si nego me Romæ fuisse eo tempore, quo cædes facta est, id dico, me alibi fuisse, id probare debeo, *l. pen. in fi. C. de contr. stipul.* Item, si nego te esse ex illa gente, vel propter emancipationem, qua constat tolli gentem, vel quia dico quod sis suppositus, id probare debeo. Et sic fieri potest, ut cum de gente quæritur, uterque probet, quæ ex his validiores sint, judex æstimabit. Verum inficiationes per rerum naturam non possunt probari, ut si accusatus cædis, dicat, non feci.

Ad L. III.

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo, quam in secundo testamento pro eadem parte, vel postea, pro majore hæres scribitur: probatio mutatæ voluntatis ei debet incumbere, qui convenitur. Cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita hæredes scribere, quorum fidem elegerunt.

Sunt quædam personæ, quæ ex testamento non possunt capere: testatores plerumque in fraudem legum, quibus non audent palam relinquere, tacitum fideicommissum relinqunt, hærede, tacitam fidem interponente de præstando fideicommisso. Id vero in testamento non scribitur, sed hæres ea de re cautionem exponit, sicque fit fraus legi, *l. in tacitis* 103. *de legat.* 1. *l. in fraudem, de his quibus ut indign.* Finge: Primo testamento testator tacitum fideicommissum reliquit, deinde mutavit testamentum. In secundo testamento nihil dixit de eo fideicommisso, eo testamento, prius sublatum est. Quæro, an hic fideicommissum fisco vindicetur (Nam regula juris est; *tacita fideicommissa fisco vindicari*) Sic videtur. Sed dicet quis: mutato testamento, mutatum videtur fideicommissum, imo sublatum. Verum suspicamur et præsumimus, testatorem in fraudem mutasse testamentum, atque adeo cum eundem hæredem scripserit, perseverare in tacito fideicommisso. Itaque præsumimus adversus hæredem, et id fisco vindicamus. Nisi hæres probet mutatam voluntatem, nisi serio mutatam voluntatem hæres probet. Sicque præsumptio, quæ contra hæredem facit, in eum transferet onus probandi. Damnabitur enim nisi probarit, *l.* 22. *h. t. l. fideicommissa.* §. *si rem*, *de legat.* 3. *huic. l.* 3. opponitur *l. Statius, de jure fisc.* ab Accurs. Verum ea lex idem dicit. Primo testamento uni ex hæredibus dedit prælegatum. Prælegata capit partim a seipso hæres, partim a cohærede. Ex iis prælegatis hæres promisit aliquid daturum incapaci, deinde mutatum est testamentum, ideoque hæres scriptus est; at prælegata in secundo non sunt repetita. Lex ait, eum præstaturum fideicommissum fisco, nisi probaverit mutatam voluntatem. Verum, inquit, non videtur æ-

quum esse, ut præstetur fideicommissum, quia non est repetitum, aut si præstabit fideicommissum, debet esse commune onus hæreditatis. Sed aliud statuitur, scilicet ut ex cautione quam exposuit solus, præstet fideicommissum, idque nisi probet fuisse mutatam voluntatem.

Ad L. IV.

Emptorem probare debere, eum servum, de quo quæritur, antequam emeret, fugisse.

Is qui vendidit servum fugitivum, tenetur emptori actione redhibitoria, verum emptor debet probare vitium, id est, servum fugitivum esse, id est, eum servum ante venditionem fugisse: nam si fugit post venditionem, hoc non est satis, nisi jam cœpit fugere, antequam venderetur, id est, nisi fugerit ex veteri vitio. At quid si deficiat probatio emptori: tunc si indicia quædam præcedant fugæ, etiam servi responso standum est. Nam servus interrogabitur, an aliquando fugerit, *l. quæro* 58. §. *ult. de Ædilit. ed. c. l.* 7. *h. t.* quæ est ex lib. 2. *Sentent. Pauli*, *et ex tit. ex empto, vendito.* Tribonianus ibi pro *responsioni*, scripsit *quæstioni*, quia noluit credi responsioni servi, *d. l. quæro*, *l. Divus*, §. 1. *inf. de quæst.* Facit differentiam inter quæstionem et nudam interrogationem. At Tribonianus quod hoc loco mutavit, non mutavit in *l. quæro:* nam ibi legitur: *standum est responso*: ideoque hæc lex videtur pugnare cum *l. quæro*: nam hæc exigit quæstionem, illa contenta est nuda interrogatione. Nec probandum quod Accursius affert, statuens duo genera indiciorum: quædam esse quæ faciant semiplenam probationem, et tunc sufficit nuda interrogatio; quædam esse quæ non faciunt semiplenam fidem, et tunc exigitur quæstio. Hæc divisio non admittenda est: nusquam enim ejus fit mentio. Sed melius dicitur, quædam esse necessaria, quædam non necessaria; veluti, peperit, igitur rem habuit cum viro: non necessaria, veluti cædem fecisse eum, cujus telum cruentum fuit. Hujusmodi autem σημεῖα debent præcedere quæstionem et interrogationem nudam servi. Verum hæc sunt Rhetorum. Interpretes nostri inter indicia, quæ provocant ad quæstionem adhibendam, allegant unum testem, de quo Accurs. in *l.* 3. *Cod. ad leg. Jul. majest.* Id in Gallia non probatur. Verum in specie hujus leg. servus recte interrogatur, an fugerit: nam inquit lex, *in seipsum videtur interrogari, non in dominum, aut pro domino*, l. 6. *Cod. de quæst. l. Divus* §. 1. *inf. eod.* Ratio, quia servus natura domini hostis est, Theoph l. *in tit. qui sunt sui vel alien. jur.* At in hac specie non ob dominum rogatur, sed ob seipsum potius, ideoque ejus responsioni statur.

Ad L. VI.

Patronum manifeste docere debere, libertum in fraudem suam aliquid dedisse, ut partem ejus, quod in fraudem datum esset, posset avocare.

Hæc lex pertinet ad actionem Favianam. Sciendum est, patrono deberi certam portionem ex bonis liberti. Primo enim, si libertus sit testatus, ei debebitur ex bonis liberti semis ex jure antiquo, nullis scilicet extantibus liberis institutis vel præteritis, aut extantibus exhæredatis: ex Constitutione Justiniani patrono debetur triens, si modo sit centenarius, id est, si centum aureos in bonis habuerit, *Institut. de bon. libert.* Nunc libertus quædam dolo alienavit in fraudem patroni: id quod alienavit, patronus revocat actione Faviana, sed non in solidum, sed ad finem debitæ sibi portionis, *l.* 1. §. *si pluribus*, *et* §. *quæstionis, inf. si quid in fraud. patr. l.* 1. *C. eod.* Verum patronus debet probare dolum liberti. Hanc a patrono probationem exigimus. Ait lex *dedisse*, id est, donasse inter vivos: nam si libertus aliquid donavit mortis causa, patronus etiam id revocat actione Faviana, sed tunc non necesse habet probare libertum donasse mortis causa: nam etiamsi dolus absit, actione Faviana, revocantur, quæ donata sunt mortis causa. Nam legata et donationes causa mortis, non debentur, nisi deducta legitima portione patroni. Igitur etiamsi dolus absit, donata revocantur, *l.* 1. §. 1. *inf. si quid in fraud. patr.* Quæro, an huc pertineat actio *Calvisiana?* Non puto. Utraque quidem datur patrono, et revocat alienata in fraudem, sed Calvisiana datur intestato, *l.* 3. §. *si intestatus, inf. si quid in fraud. l.* 2. *C. eod.* Faviana autem testato. Intestato liberto patronus in assem succedit, non exstantibus liberis, nunc libertus in fraudem patroni alienavit, et sic factum est: ut quod accepit patronus ad modum debitæ partis, et sic minus illi relictum est, quam cepisset ex testamento: hoc casu est actio Calvisiana, et hic etiam patronus dolum liberti probare debet. Et generaliter, qui dolum adversario objicit, ei incumbit probatio, *l.* 18. §. 1. *h. t.* ad quam Accursius adfert *l.* 3. *in fi. de tribut. actio.* in qua dicitur, dolus quatenus noceat, ostendi debet. Igitur dolus debet ostendi. Sic ipse colligit. Verum hoc proprie pertinet *l. dolum*, *C. de dolo,* dolum ex indiciis perspicuis probari convenit. Vulgo male legitur *indiciis*, legendum autem *ex insidiis*, id est, ex machinis perspicuis. Et sane illa *l.* est conjungenda cum *l. metum*, *C. de his, quæ vi met.* Metum ex atrocitate facti probari convenit, dolum autem ex insidiis perspicuis. Et in hac *l.* 6. ait, manifeste doceri debere. Sic in *l. si voluntate*, *C. de rescind. vendit.* dolum argui ex consi-

liis. Verum oppono *l. si rem meam, de except. rei judic.* eum, cum quo actum est vindicatione absolvi, si probaverit se desiisse possidere sine dolo. Igitur probat: non qui obiicit, sed is cui obiicitur, probat se non fecisse. Hoc sic explicandum: qui simpliciter dicit, nihil dolo feci, non probat: at qui dicit, se desiisse possidere sine dolo causam aliquam allegat. Igitur, si reus, cum quo agitur in rem, dicat, se desiisse possidere sine dolo, convincendus est de dolo, *l. ult. de rei vind.* Ipse etiam reus, si dicat se possessionem amisisse casu fortuito, id probare potest, et sane hinc utrinque probationes admittuntur. Tutor subit periculum tutelæ ex die, quo cognovit se tutorem esse: atqui debet probare pupillus eum cognovisse, id est, scientiam tutoris, *l. 7. de administr. tut.* At ipse etiam tutor, si afferat justam causam ignorantiæ, et utatur ratione, qua probet, admittetur ad probandam ignorantiam, *l. pen. C. de peric. tut.* Igitur utrinque sæpe probatione præstantur. At necesse non est, ut utrinque præstentur. Is etiam qui desiit possidere sine dolo, potest hoc probare jurejurando, scilicet, si deferatur. Nam jusjurandum est etiam probatio, sicut lex, testis, istrumentum, quæstio. Is, qui dicit, se desiisse possidere sine dolo, id satis probat actore non probante, *l. pen. C. qui milit. poss.* argumentum πρὸς ἄνθρωπον, id est, ad hominem vocat Aristotel. dolum objecisti, eum probare conatus es, non autem probasti, igitur dolo non feci.

Ad L. VIII. XIV. XVIII. et XX.

L. VIII. Si filius in potestate patris esse neget, Prætor cognoscit, ut prior doceat filius: quia et pro pietate, quam patri debet præstare, hoc statuendum est. Et quia se libertum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertatem proclamat prior docere jubetur.

Hæc lex non pertinet ad certum actionum genus, sed ad cognitionem prætoriam, per quam disceptatur, filius sit in potestate patris, necne. Nam si quis dicat filium esse in sua potestate, et filius neget, de hac extra ordinem diceptatur, *l. 3. §. hoc autem, §. julianus, de liber. exhib. l. 1. §. per hanc, de rei vindic.* Quæro, quis in hac causa debeat probare? lex ait, filium probare debere. Nam hæc negatio pro affirmatione est: effectu enim dicit, se esse liberum vel emancipatum. Ideoque et servus, qui se liberum dicit, hoc probare debet. Præterea pietas, quæ patri debetur hoc exigit, ut ipse potius filius suscipiat onus probandi, *l. 1. l. ult. inf. de obseq. a lib. præst.* Dicitur pietas parentum erga liberos et patria potestas, leniore vocabulo vocatur pietas, *l. ult. si a paren. quis manumiss. solvendæ pietatis* id est, *patriæ potestatis.* Tertull. in Apolog. *Gratius*, inquit, *est nomen pietatis, quam potestatis, l. Divus, inf. ad leg. Pomp. de parricid.* Notandum est patria potestate disceptari, non tantum cognitione prætoria, sed etiam præjudicio, id est, actione præjudiciali reddita inter patrem et filium, *d. §. per hanc.* De dominio etiam quæritur actione præjudiciali inter dominum et servum, non cognitione prætoria. Ubi quæri potest, quis probare debeat? Utendum est distinctione: si quis in libertatis possessione fuerit tempore præjudicii ordinandi, is qui eum in servitutem petit, debet probare dominium nisi scilicet in libertate fuerit dolo malo, ut si se gesserit pro libero mala fide. Ceterum si eo tempore in servitute fuit, et asserit se in libertatem ipse libertatem probare debet, nisi per vim et inimicitiam in servitute retineatur. Nam res ita procedit eum videri esse in servitute, qui dolo malo est in libertate. Contra, videtur esse in libertate, qui per vim raptus est in servitutem, *l. vis, et l. si de possess. C. de probat. l. eam quæ, C. de liberal. causa, l. liberis §. ult. inf. de liber. causa, l. 20. h. t.* Hujus sententia hæc est, qui vi hominem retinet in servitute, non ideo exoneratur necessitate probandi, quia is pro eo est, ac si esset in libertate, ideoque alter debet probare se esse dominum, quod ait lex, *ordinaretur, d. l. liber.* ait, *præpararetur*, est autem bonorum possessio litis ordinandæ seu præparandæ causa, *l. 7. et 8. §. 1. de inoffic. testam.* Eadem distinctio observatur, cum quæritur de jure patronatus, qua de re etiam quæritur reddito præjudicio, ubi etiam quæritur, quis probare debeat, libertus an patronus? Respondeo: vel ex libertinitate in ingenuitatem agitur, et tunc libertus probat se esse ingenuum, vel ex ingenuitate in libertinitatem agitur, et tunc patronus, probat jus patronatus *l. 14. h. t.* utroque casu, sive quis in servitutem, sive libertinitatem petatur, is qui dicitur servus aut libertus, potest suscipere ultro onus probandi, *l. cui necessitas 39 de liber. causa.* Et sic utrinque probationes admittuntur, et vero hoc ei proficiet maxime: nam si ipse nihil probet, si etiam actor nihil probet, absolvetur, et ita pronuntiabitur, *servum illius non videri, libertum illius non videri, l. Divi recte, de lib. causa,* (in testimoniis utebantur verbo *arbitrari*) Verum si ipse ultro probaverit, se esse ingenuum, atque ita vicerit, sic pronuntiabitur, *ingenuum videri*, quæ res ei proficiet adversus omnes: nam sententia judicis ingenuitatem tribuit, et ea res nullam captionem habet, id est, non fit fraus juri, cum is, qui se probavit ingenuum, ingenuus pronuntiatur. Ait, *sententiam secundam se dan-*

dam: in *d. l. Divi*, ait *secundum eum dandum*, *vel contra libertatem dare*. Sveton. in Claudio; *absentibus secundum præsentes dedit*. Quæ formula notanda est. Qua autem distinctione usi sumus, cum de dominio vel patronatu quæritur, eadem utimur in patria potestate, idque sive de ea quæratur præjudicio, sive cognitione prætoria: nam si filius dixit, sum paterfamilias, quasi jure emancipatus bona fide, et in potestatem patris petatur, sane pater hoc casu implere probationes debet, *l. Titia*, *inf. sol. matrim.* At si is, qui est in familia, dum lis præparatur, dicat, se esse sui juris, tum plane ipse probat; et generaliter in præjudiciis, maxime eum actoris partes sustinere, id est probare debere, qui habet intentionem secundum id, quod intendit, *l. generaliter, inf. de except.* Ea lex est mali posita in illo titulo: in eo enim non tractatur, nisi de exceptionibus præjudicialibus, non de actionibus præjudicialibus. Lex autem illa non potest referri ad exceptiones, sed ad actiones, et est conjungenda cum *l. ultim. si ingen. esse dic.* Sciendum, in actionibus præjudicialibus eum probare, secundum cujus intentionem actio data et concepta est. Ut præjudicio certatur inter Titium et Cajum. Titius dicit se esse patronum, Cajus vero dicit se esse ingenuum. Si ita sit data actio, *si apparet Titium patronum esse*, Titius actoris partes sustinet. Si vero ita data sit actio: *si apparet Cajum ingenuum esse*, Cajus actor intelligitur. Neque vero obstat his quæ diximus *l. 18. h. t.* Nam sententia ejus hæc est: licet in præjudicio patronus non probet, in præjudicio scilicet, quo agit libertus, dicens se ingenuum, aut quo agit libertus proclamans in ingenuitatem, hic patronus non debet probare. Verum si retro ipse patronus operas petat officiales, quæ a solis libertis debentur, tum ipse debet probare, se esse patronum, atque adeo sibi deberi operas officiales. Accurs. in *l. 14.* quærit, an eadem distinctio servetur, cum quæritur de servitute prædiorum, secundum distinctionem positam; qui est in possessione libertatis, non probat, qui petit libertatem, in cujus possessione non est, probat. Accursius putat, in servitutibus prædiorum non idem esse, et putat eum qui possidet, servitutem probare debere, ut is qui tignum immissum habet, servitutem possidet, nihilominus tamen probare debet, sibi servitutem deberi. Sed reprehenditur hic rectissime a Ferreto, nec facienda est differentia. *l. sicuti §. si quæratur, si servit. vindic. l. si prius de oper. novi nunt.* Igitur qui possidet servitutem, ut qui tignum immissum habet, is servitutem non probat: sed qui negat eam servitutem deberi, id est, qui allegat libertatem rei suæ, probare debet. Denique etiam in servitutibus prædiorum petitori incumbit onus probandi, non etiam possessori.

Ad L. IX. et XIX.

L. IX. *Si pactum factum sit, in quo hæredis mentio non fiat, quæritur, an id actum sit, ut ipsius duntaxat persona eo statueretur. Sed quamvis verum est, quod qui excepit, probare debeat quod excipitur, attamen de ipso dumtaxat, ac non de hærede ejus quoque convenisse, petitor, non qui excipit, probare debet, quia plerunque tam hæredibus nostris, quam nobismet ipsis cavemus.*

L. XIX. *In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque exceptionem, velut intentionem implere, ut puta si pacti conventi exceptione utatur, docere debet, pactum conventum factum esse.*

§. 1. *Cum quis promisisset in judicio se sisti, et re publ. causa abfuisse dicat, et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum, quo minus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem, probare eum id oportet.*

§. 2. *Sed etsi procuratoria quis exceptione utatur, eo quod non licuisset adversario dare vel fieri procuratorem, probare id oportet objicientem exceptionem.*

§. 3. *Idem erit dicendum, et si ea pecunia petatur, quæ compensata dicitur.*

§. 4. *Hoc amplius, si judicatæ rei vel jurisjurandi conditio delata dicatur de eo, quod nunc petitur, sive in alea gestum esse contendatur: eum implere probationes oportet.*

Hæc lex pertinet ad exceptionem de non petenda pecunia, cum *l. 19.* Illa exceptio debitori prodest, Quæritur, an etiam hæredi ejus prosit cujus nulla mentio facta sit? Distinguendum est: pactum aut est in rem, id est, generaliter, aut in personam. Pactum in rem hæredi prodest. Pactum in personam, non prodest. At quæro, quando pactum videatur esse in rem: quando in personam. Hoc consistit in facto, facti potestas est, *l. jurisgent*, §. *pactorum*, *de pact. l. sicut §. debitori*, *quibus mod. pign. vel. hypoth. solv. t.* In dubio præsumitur esse in rem, et hæredi prodest: et ideo creditor, qui dicit esse in personam, debet id probare. At cur præsumitur esse in rem? quia plerumque id agitur, ut hæredibus etiam consulatur, quia ea plerunque est mens hominum, ut etiam hæredibus prospectum velint, etsi hæredum mentionem non faciant, ex eo quod plerunque fit, ducuntur præsumptiones. Igitur in hac specie reus, id est, hæres debitoris opponet hanc exceptionem; si non id quoque actum est, ut ab hærede non peteretur. Verum hanc exceptionem non probavit, quia est verisimilis. At regulariter, qui excipit, probare debet

exceptionem, *l. cum de indebito, inf. h. t.* Reus probare debet exceptionem quasi intentionem: nam exceptio veluti quædam intentio est. Sic accipitur in *l. 1. C. si pign. convent. num. sec. non fuer. l. 1. inf. de except.* Oppono *l. 8. de verb. signif.* actionis verbo non contineri exceptionem: ea pertinet ad edictum de edendo: in illo edicto actionis verbo continetur actio in rem, in personam, directa, utilis, interdictum, stipulatio prætoria, *l. actionis verbo, de oblig. et act.* At exceptio non continetur in illo edicto: nam reus non debet edere exceptionem sicut actor actionem, licet agere videatur, *l. 1. de except.* Regulariter igitur reus probat qui excipit: hujus regulæ varia sunt exempla in *l.* 19. Si reus utatur exceptione pacti, debet probare pactum intervenisse. Item, dolum probare debet, si exceptione doli utatur, *l. quoties* §. 1. *h. t.* Si reus non obiit vadimonium, id est, non adfuit ad diem dictum in judicio, potest uti exceptione, si dicit se interclusum fluminibus, se impeditum valetudine, se retentum dolo adversarii. Item si Reip. causa abfuisse, cujus, ultimæ causæ multæ sunt, *l.* 2. §. *si quis, sup. si quis cautionib. l.* 1. §. *si quis servus, de eo, per quem fact. er.* has exceptiones probare cogitur reus. Si utatur exceptione procuratoria, si dicat adversario, qui procuratorio nomine agit, non licere procuratorem fieri; aut si dicat adversario, cujus nomine agitur, non licere procuratorem dare, *l. 5. sup. h. t. l. ad legatum, sup. de procurat.* Item, si dicat eum, qui agit alieno nomine, carere mandato, *l. inter quos* §. *alieno, inf. de damn. infect. l. et ideo, de novi oper. nuntiat.* Verum hæc exceptio, quod non intervenerit mandatum, non potest probari: ideo non utitur ejus exemplo hac *l.* 19. Item, reus qui objicit compensationem, debet probare sibi vicissim deberi. Objicitur compensatio, per exceptionem in strictis judiciis. Postremo idem est, si reus utatur exceptione rei judicatæ, et de eo ambigatur, debet probare. Item si utatur exceptione jurisjurandi si conditio delata dicatur, *l. 5. sup. de jurejur.* Postremo, si utatur exceptione, iu alia gestum esse. Id explicatur in *l. ult.* §. 1. *inf. quar. rer. act. non det.* Si quis vendat aliquid in alea, ut ludat, venditio valet, sed is qui vendidit, non præstet evictionem. Igitur, qui vult sibi evictionem præstari, caveat, ne emat sub alea: nam si agat, refelletur illa exceptione. Regulariter igitur qui excipit, probat. At in specie *l.* 9. qui excepit, non probat, quia exceptio erat maxime verisimilis. Item, qui excipit de non numerata pecunia, non probat, quia nec posset probare: nam ea exceptio est negativa simplex, *l. 5. l. asseveratio, C. de non num. pecun.* Igitur illæ tantum exceptiones probandæ sunt, quibus quid intenditur, et affirmatur, et quibus nulla præsumptio opitulatur.

Ad L. X.

Census, et monumenta publica, potiora testibus esse, senatus censuit.

Hæc lex pertinet ad actionem finium regundorum, *l. in finalibus, sup. fin. regund. In finalibus quæstt. vetera monumenta, etc.* Sequitur. Cum agitur de finibus regundis spectamus, et sequimur census, libros, et tabulas censuales: nam in illis possessiones, et juga omnia describebantur. In censu referebantur agri omnes, designatis finibus, *l. 4. inf. de censib.* Qui vult igitur fines regere, debet consulere libros censuales. Hac etiam in re sequimur monumenta publica, id est, monumenta finalia, quæ scilicet inscripta sunt literis designantibus nomina dominorum, et fines agrorum. Ea monumenta præstabant vicem terminorum; quorum erant varia genera, erant bodones. Paulus 5. *Sent. tit. de seditios. Grumi*, οἱ λίθοι, διορίζονται, τοὺς ὅρους, et monumenta etiam, de quibus est Constitutio Tiberii apud Frontinum *lib. de limit. Omne*, inquit, *monumentum nomina dominorum testatur, quæ ad jura possessionum pertinere noscuntur.* Constant. 1. *epit.* περὶ ὅρων, ὑπομνήματα: male vertit, *monumenta*, recte, *censum*, δημοσίαν ἀπογραφὴν, id est, publicam descriptionem: hic et τίμημα dicitur. Horum omnium auctoritas potior est testibus, id est, adversus eorum, scilicet censuum, et monumentorum auctoritatem frustra testes producuntur. Excipitur unus casus, scilicet si probetur fines fuisse permutatos, quod fit arbitrio vicinorum, et accidit varietate hæredum, *l. 2. C. fin. regund. d. l. in finalibus*, tum testes adhiberi possunt, alias non.

Ad L. XI.

Non est necesse pupillo probare fidejussores pro tutore datos, cum accipiebantur, idoneos non fuisse: nam probatio exigenda est ab his, quorum officii fuit providere, ut pupillo caveretur.

Pertinet hæc lex ad actionem in factum, quæ datur pupillo adversus magistratus municipales, sive duumviros, si magistratus illi non acceperint idoneos fidejussores a tutoribus, et in id, quod non potest servari ex bonis tutorum, pupillo tenentur actione in factum ex S. C. quod factum est auctore Trajano, *l. pen. C. de magistr. conven. l. 2. inf. eod.* Verum hac actione tenentur, si eo tempore, quo dabantur, constiterit, non fuisse tutores idoneos: nam si fuerint eo tempore idonei, magistratus non tenetur, licet postea lapsi sint faculta-

tibus, *l.* 1. *magistratus, et seq. de magistr. conven.* Hac in re quis debet probare? an pupillus, qui agit in factum, debet probare eo tempore quo accipiebantur fuisse idoneos? In *d.* §. *magistratus* ostenditur, onus probandi magistratibus incumbere. Idem ostenditur hac *l. et l. in magistratus, inf. de magistr. conven.* quæ est conjungenda cum hac. In ea lege distinguitur inter dolum et culpam magistratus. Nam si dolo fecerint, ut pupillo minus idonee caveretur, singuli in solidum tenentur; si culpa duntaxat, singuli tenentur pro virili. Huc pertinet *l. quod Nerva depos.* ut inscriptio indicat quæ pertinet ad tit. *de magistr. conven.* Nam cum a Celso adhibeatur illa distinctio, si latam culpam magistratus admiserint, quæ doli faciem habet, an teneantur etiam tunc quasi ex dolo singuli in solidum? Et respondet, quod sic. Nam lata culpa dolus est: in deposito venit tantum dolus, at constat venire etiam latam culpam: ut si quis curam non habeat rei depositæ ad suum modum, id est, si rem depositam perinde non custodiat ac suam: non est quidem dolus, sed lata culpa proxima dolo, quæ venit in actionem depositi. Sed Celsus ea de re tractavit, sumpta occasione ex tit. de magistratibus convenendis.

Ad L. XII.

Quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis. Refert, duplicare legatum voluerit, an repetere, et oblitus se in testamento legasse, id fecerit: ab utro ergo probatio ejus rei exigenda est? Prima fronte æquius videtur, ut petitor probet, quod intendit: sed nimirum probationes quædam a reo exiguntur. Nam si creditum petam, ille respondeat, solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. Et hic igitur, cum petitor duas scripturas ostendit, hæres posteriorem inanem esse, ipse hæres id approbare judici debet.

Testator Titio in testamento legavit quingenta, totidem postea in codicillis post testamentum factis. Proponitur autem codicillos factos post testamentum, nam legari non potest codicillis nisi testamento confirmatis. At qui post testamentum fiunt pro confirmatis tacite habentur; sed facti ante testamentum, non videntur tacite confirmati, et ideo, quæ in his scripta sunt, non valent, id olim obtinuit. Sed hodie ex Constitut. Severi et Antonini videntur, etiam facti ante testamentum, tacite confirmati, nec exigitur specialis confirmatio, et satis est, si doceatur testatorem non recessisse ab illis, *l. impuberem* §. *qui codicillos, ad l. Corn. de fals.* §. *pen. Instit. de codicill. l. ante tabul. de jur. codicill.* ubi Papinianus exigit, ut eorum voluntas quovis judicio retineatur: quæ postrema sunt verba addita ex dicta Constitut. Sever. et Antonini. Legendum autem *indicio*, non *judicio*, sic in *l.* 2. *C. ut in possess. legat. quocunque judicio*, legendum *indicio*. Sic in *l. avia* §. *ult. in fin. de condition. et demonstrat.* ubi eadem verba sunt. Sic in *l. uxor, C. de repud. Si uxor marito, etc. habeat judicium*: ubi etiam legendum, *indicium*, *ex Nov.* 22. in qua legitur σύμβολον. Testator igitur legavit Titio quingenta testamento, et codicillis. Hinc quæritur an Titio mille debeantur, quasi duplicato legato, an vero quingenta, quasi eodem legato repetito? Est quæstio facti. In dubio Titius probata duplici scriptura testamento, et codicillis petet mille, et vincet nisi hæres specialiter probaverit contrariam voluntatem. In hac specie hæres probat, id est, reus non actor: et hoc non est novum, quemadmodum, si reus allegat solutionem, probare debet, *l.* 1. *C. de probat. l. ult. C. de solut. l. asseveratio, C. de non numer. pecun.* Et hæc allegatio solutionis non est exceptio; nam non est exceptio nisi sit et actio, ubi soluta pecunia dicitur, negatur esse actionem, est igitur tantum allegatio. Reus autem probat sæpe non tantum exceptionem, sed quamlibet allegationem. Sic etiam in præsenti specie hæres debet contrariam voluntatem probare, alioqui duplicabitur legatum. Oppono huic sententiæ tres leges, in quibus ostenditur, legatarium probare, non hæredem: verum dissimiles sunt species. Est *l. Sempronius, de leg.* 2. Unum est testamentum, idque scriptum est duobus codicibus ab eodem patrefamilias, eodem tempore, et eodem exemplo, nisi quod in uno centum, in altero quinquaginta Titio adscripta sunt, quid fiet? In hac specie Titio non potest utrumque deberi. In dubio autem debetur minor summa, *l. si ita sit scriptum, l. cum servus* §. *scio, de legat.* 1. nisi legatarius contrariam voluntatem judici probaverit hocque casu incumbit necessitas probandi legatario. At dissimilis est hæc species. Nam in nostra lege utrumque peti potest, in hac duplicatio non potest constitui. Altera lex est *l. libertis* 18. *de aliment. leg.* testamento legavit libertis menstruos decem alimentorum nomine. Deinde codicillis menstruos septem, et vestiarii nomine denos. Quid hic fiet? In hac specie testator videtur recessisse a testamento: igitur id sequemur quod posterius scriptum est, nisi legatarius contrariam voluntatem probaverit. Verum et hæc species dissimilis est: nam in specie legis 12. *h. t.* non legavit aliam quantitatem, minorem aut majorem, sed eandem: ideo non potest videri mutatio voluntatis. Tertia est *l. plane* §. *sed si non corpus, de leg.* 1. Ea facit differentiam inter corpus et quantitatem: si in testamento eadem res e-

dem sit sæpe legata, non debetur nisi semel: at si quantitas eadem testamento sit sæpe legata, an debetur sæpius? Non nisi semel, nisi legatarius probaverit defunctum multiplicare legatum voluisse. In hac specie una tantum est scriptura, in nostra vero duæ. Cum duæ sunt scripturæ, facilius præsumitur multiplicasse, in eadem vero scriptura quod sæpe scribitur, est inculcare potius, quam multiplicare. Nec obstat *l. cum centum, de alimen. leg.* nam tractatur quidem eadem de re, sed de eo, qui debet probare, nullum verbum.

Ad L. XIII.

Cum de ætate hominis quæreretur, Cæsar noster in hæc verba rescripsit: et durum et iniquum est, cum de statu ætatis alicujus quæreretur, et diversæ professiones proferuntur, eam potissimum stare, quæ nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet, et ex eo potissimum annos computare, ex quo præcipuam fidem in ea re constare credibilius videtur.

Pertinet hæc lex ad restitutionem in integrum. Qui petit restitutionem in integrum, debet probare se minorem fuisse, *l. intra, l. minor, sup. de minor. l. 4. C. de in integ. restit. min.* Potest etiam referri ad actionem negotiorum gestorum, quæ datur adversus curatores ei, qui se majorem dicit, et res suas vult a curatoribus recipere: nam hic debet probare se majorem esse. In excutiendis his probationibus adhibenda est diligens causæ cognitio, quoniam multa præjudicia adferunt, *d. l. minor, l. de ætate, eod.* Probari autem testibus potest, ut puta, obstetricibus, vicinis, cognatis, etiam ex aspectu, *d. l. minor.* Probatur etiam instrumentis, ut puta, professionibus censualibus: nam qui censebantur, suam suorumque etiam ætatem in censum referebat, *l. ætatem, inf. de censib.* Item, probatur ex professionibus natalium: pater solebat olim liberos sibi natos profiteri, id quod Budæus ostendit ex Juvenal. fat. 9.

Tollis en me et libris actorum spargere gaudes
Argumenta viri, foribus suspende coronas
Jam pater es . . . .

Apul. Apol. 2. *pater ceterorum more filiam sibi natam professus est.* Hæ professiones παιδογραφίαι appellantur in *l. 2. de excusat.* de his *l. statum C. de instrum. l. si vicinus, C. de nupt. l. neque professio, C. de testam. l. 1. C. si min. se major. dixer.* Hæc autem lex nostra accipitur de professione natalium. Admittebantur ad hanc probationem etiam avus et mater, *l. 16. inf. h. t.* Quærebatur de statu ætatis: status ætatis est annus 25. ætas perfecta, integra, plena, justa, ex l. Lætoria legitima, dicitur etiam status *l. cum pater §. curatoris, de leg. 2. l. pen. C. quand. dies legat. ced.* Græci dicunt, ἀκμή, cum sit crescendi finis, sequens ætas παρακμή. Ergo in hac quæstione adferebantur diversæ professiones natalium ex utraque parte, quibus potius stabitur? Eisne quæ prosunt, an quæ nocent? Non sequimur eas, quæ nocent, sed probabiliores: hoc autem relinquitur arbitrio judicis. Probat autem ætatem quisque suam, *l. cum te minor, C. de probat. l. 4. C. de in integr. restit. min.*

Ad L. XV.

Quidam quasi ex Seja susceptus a Gajo Sejo, cum Gajus fratres haberet, hæreditatem Gaii invasit: et fratribus ejusdem quasi ex mandatu defuncti fideicommissa solvit: cautionem accepit, qui postea cognito quod filius fratris eorum non fuisset, quærebant, an cum eo de hæreditate fratris possint propter emissam manum ab eis quasi filio agere: Modestinus respondit, cautione exoluti fideicommissi statum ejus, qui probari potest a fratribus defuncti filius mortui non esse, minime confirmatum est. Sed hoc ipsum a fratribus probari debet.

Pertinet ad petitionem hæreditatis. Sciendum filium aut naturam facere, aut adoptionem, *l. 1. de adop. sup.* Nuda asseveratio, ut si quem affirmavero meum esse filium, non facit: sic falsa professio, ut si quem in actis, vel censu professus fuero filium meum, non facit: sic exempla filio missa, vel cautio non facit, *l. non nudis, C. de probat.* Denique filium non facit nisi vel natura vel adoptio: at illa asseveratio, professio, cautio, epistola, hoc tantum facit, ut contrarium probandi onus incumbat ei, qui ita scripsit vel cavit. Is igitur, qui negat filium esse, id probat, quod scilicet antea confessus fuerat eum filium esse. Alioqui qui dicit se esse filium, debet probare. Species: quidam finxit se filium Titii, et hoc colore hæreditatem Titii invasit. Deinde fratribus Titii, quasi ex defuncti præcepto quædam fideicommissa solvit, accepta cautione quam vocant *manum*, id est, apocham exsolvit fideicommissi, ita fratres defuncti illi caverunt quasi filio fratris. Quæro si post cognoverunt, eum non esse filium, an possint petere hæreditatem? Lex ait, posse, sed necesse est, ut probent eum filium non esse; et se errasse in cautione: alioqui, qui se filium dicit, probat. Id autem probat testibus et instrumentis: testibus si ostendat se natum, scientibus vicinis, ex uxore, quam domui habuit Titius, inque vicinis scientibus, *l. filium, in fin. de his qui sunt sui, l. vicinus, C. de nupt.* Item probatur instrumentis, puta epistolalarum

lis vel professionibus, si scilicet earum fides in dubium non vocetur, *l. Imperator*, *in fi. h. t.* Verum adversum illas professiones vel epistol. admittitur contraria probatio. Maritus uxorem prægnantem repudiavit, quamobrem ea irata, enixa filium est professa quasi spurium in actis, ut se ulcisceretur adversus patrem, quia professio matris momentum magnum habet: verum veritati non præjudicat, ideoque contraria probatio admittitur. Interpretes tradunt difficilem hujus rei esse probationem. Sed dicendum est, de quacunque re difficilis est probatio, difficile est persuadere judici, hoc non est in potestate nostra: quod non est in nostra potestate, est in difficili, *l. 4. §. puto de hæred. instit.* Adfertur *l. Lucius 82. de condit. et demonstrat.* filiusfamilias potest a patre institui sub conditione, quæ est in ejus potestate. At si filius instituatur sub conditione, quæ non est in ejus potestate, testamentum non valet. Finge: hæres esto, si filium te esse probaveris, hoc non valet: nam non est in potestate filii hoc probare.

Ad L. XVII.

Cum de lege Falcidia quæritur, hæredis probatio est, locum habere legem Falcidiam. Quod dum probare non potest, merito condemnabitur.

Pertinet ad actionem ex testamento legatorum nomine. Huic actioni hæres plerumque opponit Falcidiam et tunc ipse probare debet, id est, Falcidiam locum habere, scilicet, immensa esse legata, aut donationes causa mortis, *l. 5. C. ad l. Falcid.*

Ad L. XVIII.

Quotiens operæ, quasi a liberto petuntur, probationes ab eo, qui se patronum dicit, exiguntur. Et ideo Julianus scripsit, licet in præjudicio possessor patronus esse videtur, verum partibus actoris non libertum jungi debere, sed eum, qui se patronum esse contendit.

§. 1. *Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.*

§. 2. *Interrogationis factæ probationem actori imponi debere, id est, ei qui jure interrogatum dixit respondisse, se solum hæredem esse: vel, si tacuisse dicatur interrogatus, æque tantundem, erit dicendum, impositam improbationem non ei, qui excepit, se non respondisse, sed actori.*

Pertinet ad actiones interrogatorias. Finge: si quis interrogetur in jure apud Prætorem an sit hæres et respondeat se esse, licet non sit hæres, tenetur ex eo responso, et ea actio dicitur *interrogatoria*: verum actor probat eum ita respondisse. Qui putant eandem esse actionem confessoriam et interrogatoriam, *l. proinde §. 1. l. inde Neratius §. ult. ad l. Aquil.* Errant: nam titulus *de confessis* distat a titulo *de interrogationibus.* Nam titulus de confessis est de his, qui ultro confitentur. Alter autem est de his, qui cum interrogantur, quasi coacti confitentur: *Confessoria* est, quæ in confessum datur. *Interrogatoria* datur in eum, qui Prætori, vel adversario coram Prætore respondit. Olim fiebant hæ interrogationes ante judicium, antequam daretur actio, et secundum responsum dabatur actio. At tempore Justiniani, nemo ante actionem editam cogebatur respondere, antequam dicta fuisset actio, itaque nullæ erant interrogatoriæ actiones. Quod autem dicitur in *l. 1. §. 1. de interrog.* est Triboniani. Quæro, quid si interrogatus in jure, an sit hæres, falso respondeat se non esse? tunc convictus mendacii tenebitur in solidum, quamvis non ex asse sit hæres *l. de ætate §. si cum, eod.* Verum et hoc casu actor probat eum negasse. At quid si *tacuerit* interrogatus? Utrum pro confitente, an negante habebitur? Placet eum haberi pro negante, et scilicet tenebitur etiam in solidum, *dict. l. de ætate. Nam non respondere contumacia est.* Igitur superbiæ hanc pœnam ferunt, ut in solidum teneantur, quia videntur Prætorem contemnere, qui roganti non respondent. Boet. in Topicis dicit, eum qui cedebat in jure Prætorem interrogasse, an contra vindicaret: vindicabat enim rem is, cui cedebatur; si negasset aut tacuisset, Prætor edicebat ei qui vindicabat. Hic etiam tacens neganti comparatur. Opp. *l. si filius, de interrog.* filius abstinet se beneficio Prætoris ab hæreditate patris, nihilominus jure civili est hæres. At jure prætorio non est: cum ille interrogatus an sit hæres, tacet, non tenetur. Atqui, qui tacet, pro negante est? Respondeo is, qui falso negat tenetur. In ea specie filius vere negat, aut vere negasse intelligitur: nam non est hæres jure prætorio. Igitur restat, ut contumaciæ conjunctum esse mendacium oporteat. Actor autem qui agit in eum qui tacet, probare debet tacuisse eum, sicut in negatione.

Ad L. XXI.

Verius esse existimo, ipsum qui agit, id est, legatarium probare oportere, scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum: non hæredem probare oportere ignorasse alienam vel obligatam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

Pertinet ad actionem ex testamento legatorum nomine. Legata est res aliena: si sciens legavit, valet legatum, si ignorans, non valet, §. *non so-*

lum, *de legat.* Legavit (finge) rem suam obligatam creditori: si sciens, hæres debet eam luere: si ignorans, legatarius debet luere. At quis probat? Probat actor, id est, legatarius defunctum scientem legasse.

Ad L. XXIII.

Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecæve sit. Sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere, ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore: aut cujus voluntate hypotheca data sit.

Pertinet ad actionem hypothecariam: is qui agit hac actione, duo debet implere, convenisse de pignore: deinde rem tempore conventionis fuisse in bonis debitoris, alioquin nullum esset pignus, vel etiam eam obligatam fuisse voluntate ejus, in cujus erat bonis. Hæc autem probat, si sit specialis hypotheca. Nam si sit generalis, aliud est: veniunt enim in eam etiam, quæ postea acquisita sunt, *l. et quæ non lum*, §. *quod dicitur*, *sup. de pign.*

Ad L. XXIV.

Si chirographum cancellatum fuerit, licet præsumptione debitor liberatus esse videtur, in eam tamen quantitatem, quam manifestis probationibus creditor sibi adhuc deberi ostenderit, recte debitor convenitur.

Pertinet ad condictionem creditæ pecuniæ: is, qui ea actione utitur, debet probare eam sibi deberi. Id plerumque ex chirographo probat. At finge, illud deletum est: tunc præsumptio facit pro debitore, id est, videtur liberatus. Verum ea non est necessaria. Itaque creditor potest adversus eum uti aliis probationibus, id est, intelligitur quidem liberatio per inductionem chirographi; at quia fieri potest, ut alius induxerit inscio creditore, aut ut ipse creditor inconsulto, ideo non semper videbitur debitor liberatus, *l. 1. C. eod.* Est σημεῖον, non τεκμήριον. Sic e contrario, quod chirographum non sit cancellatum, non ideo minus videtur debitor liberatus, sed tunc necesse habet probare solutionem, *l. inductum*, *C. de solut.*

Ad L. XXV.

Cum de indebito quæritur, quis probare debet, non fuisse debitum, res ita temperanda est, ut si quidem is qui accepisse dicitur, rem vel pecuniam indebitam, hoc negaverit et ipse, qui dedit legitimis probationibus solutionem approbaverit: sine ulla distinctione ipsum, qui negavit sese pecuniam accepisse, si vult audiri, compellendum esse ad probationes præstandas, quod pecuniam debitam accepit. Per enim absurdum est, eum qui ab initio negavit pecuniam suscepisse, postquam fuerit convictus eam accepisse, probationem non debiti ab adversario exigere. Si vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas: præsumptionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias: cujus personam incredibile est, in aliquo facile errasse. Et ideo eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per dolum accipientis, vel aliquam justam ignorantiæ causam indebitum ab eo solutum. E nisi hoc ostenderit, nullam eum repetitionem habere.

§. 1. *Sin autem is, qui indebitum quæritur, vel pupillus, vel minor sit, vel mulier, vel forte vir quidem perfectæ ætatis, sed miles, vel agricultor, et forensium rerum expers, vel alias simplicitate gaudens, et desidiæ deditus: tunc eum, qui accepit pecunias, ostendere bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.*

§. 2. *Sed hæc ita, si totam summam indebitam fuisse solutam, is qui dedit, contendat. Sin autem pro parte quæritur, quod pars pecuniæ solutæ debita non est, vel quod ab initio quidem debitum fuit, sed vel dissoluto debito, postea ignarus iterum solvit, vel exceptione tutus, errore ejus, pecunias dependit, ipsum omnimodo hoc ostendere, quod vel plus debito persolvit, vel jam solutam pecuniam per errorem repetita solutione dependit, vel tutus exceptione suam nesciens projecit pecuniam, secundum generalem regulam, quæ eos, qui opponendas esse exceptiones adfirment, vel solvisse debita contendunt, hæc ostendere exigit.*

§. 3. *In omnibus autem visionibus, quas præposuimus, licentia concedenda est ei: cui onus probationis incumbit, adversario suo de rei veritate jusjurandum inferre, prius ipso pro calumnia jurante, ut judex juramenti fidem secutus, ita suam sententiam possit formare, jure referendæ religionis ei servando.*

§. 4. *Sed hæc ubi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explana-*

vit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare oportet eum suæ confessioni: nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis, ostendere paratus sit, sese hæc indebite promisisse.

Pertinet ad condictionem indebiti. Omnia fere verba (exceptis duobus primis versibus) in hac lege sunt Triboniani. Sic etiam in *l. uxores, inf. de divort.* Verba sunt Triboniani, exceptis duobus versibus. Sic in *l. si cum dotem*, §. *si maritus*, et §. *si autem*, *sol. matrim.* Item in *l.* 2. §. *pen. de judic. l. inter cohæredes*, §. *familiæ*, *famil. ercisc.* Idem fecit hoc loco. Est igitur hæc lex constitutio Justiniani edita sub Pauli nomine. Permisit enim hoc Triboniano Justinianus, *l.* 2. *C. de vet. jur. enucl.* Quidam agit condictione indebiti soluti, quæro utrum ipse probet se indebitam pecuniam solvisse, an vero is, cum quo agitur, probet se debitam accepisse? De hac quæstione in hac constitutione Justiniani proponit θεωρίας, id est, visiones quasdam, *l.* 2. §. *h. quod autem*, *C. de vet. jur. enucl.* Prima est: si reus cui condicitur pecunia quasi indebita, primum inficietur se eam accepisse, deinde evincatur mendacii, hanc inficiationis pænam fert, ut nisi probaverit, se debitam accepisse, eam reddere compellatur. Inficiatio igitur illa reo onus probandi imponit. Hæcque est una inficiationis pœna. Paul. *lib.* 1. *Sent. tit. quemad. act. per inficiat. dup ent.* Secunda θεωρία est: Si fateatur reus statim se pecuniam accepisse, eamque sibi deberi intendat, tunc actori incumbit onus probandi, scilicet se indebitam pecuniam solvisse per errorem aut calliditatem adversarii. Nemo enim præsumitur suam pecunia temere effundere, maxime si sit homo diligens. Tertia est. Aliud dicendum, si is qui solvit, sit pupillus, minor, mulier, rusticus, miles, aut alius quidam simplex, segnis, iners: his personis accidit plerunque, ut solvant id, quod non debent quia plerunque sunt juris sui ignari, aut parum attenti ad rem: quare si agant condictione, vincent, nisi reus probaverit se debitam accipisse. Quarta est: esse tres casus, quibus actor sine ulla distinctione ne probare debeat indebitam pecuniam, si partim debitam dicat, partim indebitam, ut si solvit plus debito. Item, initio fuisse debitam ipso jure, sed se tutum fuisse exceptione perpetua: his casibus actor probat. Nam actor fatetur aliquatenus fuisse debitam, et ideo reus exoneratur necessitate probandi. Præterea generale est, ut debitor cum quo agitur, probet exceptionem, qua utitur, vel solutionem, quam allegat, *l. quingenta*, *l. in exceptionibus*, *sup.* Hic quidem non agitur cum debitore, sed ipse agit condictione indebiti, et utitur eo jure, quo se defenderet, si cum eo ageretur. Id autem debet probare, eluti exceptionem vel solutionem. Igitur si ipse ultro eodem jure fretus agat, æquum est ut ipse probet. His igitur tribus casibus merito sine distinctione actori incumbit onus probandi. Deinde Justinianus ait, eum, qui probare debet, posse amittere probationes, et adversario deferre conditionem jurisjurandi, ita scilicet ut adversarius, vel juret vel referat, atque ita probabitur res jurejurando alterutrius. Verum is, qui defert, debet prius jurare de calumnia, id est, se non calumniæ causa deferre, *l. jusjurandum, de jurejur.* Sed hoc postea mutavit Justinianus *Nov.* 50. in qua constituit, ut de calumnia tantum juretur semel initio litis, non in singulis causæ articulis. Igitur poterit res missis probationibus jurejurando explicari. Jusjurandum autem sequetur sententia, id est, judex secundum jusjurandum sententiam formabit. Constat post jusjurandum delatum a judice, sententiam sequi, *l. ult.* §. 1. *de appellat.* At post jusjurandum, delatum ab adversario, an debet sequi sententia? Hic dicitur sequi. Quod notandum. Tractatur in *l.* 12. *C. de reb. cred.* ea quæ tradita sunt, sunt de eo, qui dicit, se solvisse indebitum. At quid si quis chirographo caverit pecuniam, quam non debebat (quæ cautio vocatur confessio ὁμολογία) sic distingue: aut cavit indiscrete, aut addita causa. Indiscrete, id est, nulla expressa causa: ut fateor me Titio debere 100. *l. si quis emptionis*, §. 1. *C. de præscript.* 30. *ann. et l. si quis ad declinandum*, §. *ubi autem*, *C. de Episcop. et cleric.* Ubi legendum *indiscrete* pro *indistincte*. Si quis igitur ex tali cautione agit, debet probare causam debiti. At si addita causa cavit, ut ex causa emptionis debeo, aut locationis, ipse debet probare indebitum; id autem probat non quovis modo: nam non sufficiunt testes, sed scriptis opus est. Hocque sumptum est ex constit. Justin. *l. generaliter*, *C. de non numer. pecun.* Idque sæpe fit ex constitut. Justin. ut scriptum non nisi scripto refutetur, *l. pen. C. de contr. stipul.* l. 1. *C. si minor se major. dix. Nov.* 90. Sic hic, si dicat se scripsisse per errorem, contrario scripto probare debet. Hic autem non est locus exceptioni non numeratæ pecuniæ; ea opponitur cautioni dotis, vel creditæ pecuniæ cautioni. At cautioni emissæ ex aliis causis, hæc exceptio non potest opponi. Itaque dum ex aliis cautio est emissa, de numeratione non quæritur, sed de causis an præcesserint, *l. adversus*, *C. de non num. pecun.* Sciendum etiam, eum qui cavit indebitam pecuniam, habere condictionem indebiti. Eritque condictio incerti; nam condictio indebiti soluti est condictio certi; at condictio indebiti promissi est incerti, *l.* 3. *de condict. indeb.* nisi secundum primam distinctionem fuerit ex numero earum personarum, quæ ad rem attentæ non sunt.

Ad L. XXVI.

Procula magnæ quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem ejus in ratione cum hæredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit desideratum cum variis ex causis sæpe (in) rationem fratris pecunias ratio Proculæ solvisset, Divus Commodus, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

Sorori a fratre hærede scripto relictum est fideicommissum, illa id a fratre nunquam petiit, quamdiu vixit frater. habuit quidem cum fratre rationem ex multis causis, et cum ex ea ratione ipsa sæpe debitrix maneret, solvit sæpe, nec unquam usa est compensatione fideicommissi debiti, frater defunctus est: hæredes fratris agunt adversus sororem ex ratione, quam illa communem habuit cum fratre, illa objicit compensationem, hæredes fratris contendunt id non posse in compensationem deduci. Cur (ajunt) toties facta ratione cum fratre non deduxisti; denique ajunt, tacita conventione fratri remissum videri fideicomissum, et secundum eos pronuntiatur a Commodo Imp. Obstat *l. si cum dos*, *in princ. rer. amot.* Divortio facto maritus uxori solvit dotem, ipse vero maritus poterat compensatione uti ob res amotas, nec est usus, sed integram dotem persolvit, nec dixit, se acturum rerum amotarum. Quæro, an postea agat rerum amotarum? Dicitur quod possit. Ex eo colligitur, qui solvit quod debet, non deo videri remittere, quod sibi debetur. Verum hic est alia species. Ibi qui debuit, semel solvit, hic soror solvit sæpe ex multis variisque causis, nec de fide commisso quidquam unquam dixit: hoc magnum est argumentum remissi fideicommissi, quo non potes uti, si quis semel tantum solverit. Opp. etiam *l. libertis*, §. 1. *de aliment. legat.* legavit libertis sub conditione, si cum sua matre habitarent, liberti non petierunt legatum a matre, quam filius hæredem scripserat, nec etiam ab hærede matris per annos 14. Quæro, an possint petere ab hærede hæredis? Lex ait, posse, si conditio extiterit, id est, si cum matre morati fuerint, etiam post multas successiones hæredum. Respondeo, in illa specie cessatum est in petendo fideicommisso. In hac etiam cessatum est, sed hoc amplius in hac specie ponitur, sororem non fuisse usam compensatione, qua potuit uti. Ex eo ducitur firmum argumentum remissi fideicommissi, hoc non est in illa specie, in compensatione enim non est cessatum. Igitur si soror agat ex testamento, et petat fideicommissum, repelletur exceptione taciti pacti.

Ad L. XVII.

Qui testamentum faciebat, ei qui usque ad certum modum capere potuerat, legavit licitam quantitatem, deinde ita locutus est: Titio centum do lego, quæ mihi pertulit, quæ ideo ei non cavi, quod omnem fortunam et substantiam, si quam a matre susceperat, in sinu meo habui sine ulla cautione. Item eidem Titio reddi, et solvi volo de substantia mea 150. quæ ego ex reditibus prædiorum ejus, quorum ipse fructum percepi, et distraxi. Item de Calendario, si qua a matre receperat Titius, in rem meam converti. *Quæro, an Titius ea exigere potest? Respondit, si Titius suprascripta ex ratione sua ad testatorem pervenisse probare potuerit, exigi. Videtur enim, eo quod ille plus capere non poterat in fraudem legis hæc in testamento adjecisse.*

Pertinet ad actionem ex testamento. Sciendum esse quosdam ex lege Julia et Papia, qui ex testamento non possunt solidum capere, ut mulier ex testamento mariti olim non poterat capere solidum, quod tollitur in *tit. C. de infirm. pœnis*, *etc.* Se etiam orbus non poterat capere solidum, sed semissem tantum. Sed hoc etiam sublatum est. Verum hoc erat ex lege Julia et Papia. Hodie autem filius naturalis non potest solidum capere ex testamento patris, sed tantum unciam, si scilicet extant legitimi liberi. At his non extantibus solidi capacitatem habet, *Nov.* 89. Nunc dic. Quidam Titio, qui solidi capacitatem non habebat, legavit ad legitimum modum et licitam quantitatem, adjecit se eidem legare centum, quæ is ad se pertulerat, et adjecit illa centum, ei non cavi, quoniam omnia ejus bona in sinu meo habui sine ulla cautione; verum debeo illi centum quæ volo illi præstari. Adjecit etiam, se ei legare 150. quæ collegerat ex reditibus prædiorum Titii. Hæc igitur posteriora 100. et 150. legavit quasi debita. In eis legandis usus est nimia quadam diligentia: quia causas adscripsit. Quæro, an hoc posterius legatum sit utile? Primum: quod debitor creditori legat, inutile est, nisi quid amplius insit, §. *ex contrario*, *de legat.* Posterius autem non est inutile: nam tale legatum est inutile, ubi constat de debito: at si non constabit, non est inutile, id debetur omnino, licet sit relictum quasi debitum. Verum alia ratione inutile est: quia videtur testator ita legasse in fraudem legis. Denique videtur ita legasse ut Titius caperet supra legitimum modum. Igitur hoc, quod relictum est 100. et 150. non debentur, nec quasi debita, nec quasi legata, nisi Titius probaverit revera deberi: præsumptio fraudis transfert onus probandi in Titium, *l. Aurelius*, §. *Titius*, *de liber. leg.* Hac pertinet *l.*

cum quis, §. *pen. de leg.* 3. Titius gessit negotia testatoris. Verum is Titius non poterat capere ex testamento, testator etiam ei nihil legavit, sed sic scripsit: *Titio volo dari mille mercedis gratia*, id igitur legatur quasi debitum. Quæro, an possit peti? Lex ait, id videri factum in fraudem legum. Verum oppon. huic legi *l. qui uxori*, *de auro et arg. leg.* uxor non poterat olim solidum capere: sed decimam tantum. Extat titul. *de decimis in Frag. Ulpiani.* In ea lege ponitur, maritum uxori legasse decimam. Igitur legavit licitam quantitatem. Deinde eidem legavit vestem, annulos, mancipia quædam quasi uxoris propria. Quæritur, an debeantur? Si ejus non fuerint propria, lex ait, peti posse, quoniam videtur ea dedisse legandi animo, voluit uxorem ea habere. Inde colligunt, quod quis legat quasi debitum, aut quasi proprium, id si nec debitum, nec proprium fuit, debetur quasi legatum, *d. l. Aurelius*, §. *ult. l. Lucius*, §. *quisquis*, *de legat.* 2. Igitur etiam in specie nostra, quod legatur Titio quasi debitum, debet solvi. Respondeo, in specie *l. qui uxori*, uxorem fuisse capacem totius legati: nam multi erant casus, quibus uxor poterat capere præter decimam, maxime pro numero liberorum, atque ita fingendum uxori legatum præter decimam legitimæ. At Titius fuit omnino incapax, itaque quod relictum est illi præter legitimum modum, non debetur quasi legatum, sed quasi debitum, si ipse debitum sibi probaverit.

Ad L. XXVIII.

Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet, hoc ei quærendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse. Paulus: *Imo cum in arbitrio quæritur, memoria facti operis extet, necne, non hoc quæritur, num aliquis meminerit, quo die aut quo consule factum sit: sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit. Et hoc ita quod Græci dicere solent ἐν πλάτει: enim potest hoc memoria non teneri intra annum (puta) factum: cum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed cum omnium hæc est opinio, nec audivisse, nec vidisse, cum id opus fieret: neque exaudisse, qui vidissent, aut audissent. Et hoc infinite similiter sursum versum accidet, cum memoria operis facti non extaret.*

Pertinet ad actionem aquæ pluviæ arcendæ. Est hæc actio ex 12. tabulis, *l. Labeo*, *de statuliber. l. si usufruct.* §. *ult. de aq. et aq. pluv. arc.* Huic in hac specie locus est. Vicinus in suo opus facit sua manu, ex quo aqua pluvia mihi nocet, id est, ut aliter fluat, quam natura solebat, opus illud facit. Hic datur arbiter aquæ coercendæ causa. Datur actio, quæ dicitur etiam arbitrium aquæ pluviæ arcendæ, *l. quod principis*, §. *ult. et l. seq. eod. tit.* Et ideo ait in hac lege *in arbitrio.* Verum si ejus operis memoria non extat, cessat hæc actio; sed arbiter de eo cognoscit, an extet memoria, necne. Adjicit Paulus, de eo non esse inquirendum ad liquidum, *l.* 2 §. *idem Labeo*, *eod. tit.* Non debet igitur inquirere, quo consule, aut quo die factum sit, sed solum, an aliquis sit, qui meminerit, nec opus est ut quis viderit, sed ut aliquis audierit, satis est, hacque in re testimonium de auditione valet, ut si quis dicat, se ab avo audivisse, opus hoc sua ætate extructum fuisse. Constantinus libro 1. Epitom. tit. de testibus, cum de operibus vel finibus quæritur, testimonium auditoris recipitur. Asconius in Verrem ait, olim fuisse receptum testimonium auditionis: hodie etiam recipitur, sed tantum valet ad suspicionem movendam. Verum in *d. l.* 2. §. *idem Labeo*, tota interpretatio tribuitur Labeoni, cum sit Pauli, qui scripsit notas. Idem accidit in *l. naturalis*, §. *sed si*, *de præscript. verbis.* Tribuitur Juliano, quod est ex nota Mauritiani. Sic in *Novel.* 87. tribuitur Juliano, quod est ex nota Marcelli: tunc autem non extat memoria, cum nemo est, qui meminerit vel audiverit ab iis, qui meminerant.

Ad L. PEN.

Si ancilla fuit, ad libertatem perductam non videri, neque per fideicommissi relicti sibi probationem, nec quod alimenta sunt, ut nutrici præstita.

Servo proprio sine libertate inutiliter legatur, alimenta tamen ab eo relicta, recte ab herede petuntur extra ordinem, *l. servos*, *de aliment. leg.* Finge servo proprio relictum esse fideicommissum sine libertate, an ex eo argumentum libertatis datæ sumi potest? Non: multo minus sumitur ex alimentis. Si igitur ancillæ sint relicta alimenta, non videtur etiam libertas relicta. Idque etiam locum habet, quamvis tanquam nutrici relicta sint, quamvis affectio erga nutricem contrarium suadeat. At necesse est, libertatem nominatim adscribi, nec illa affectio quidquam inducit. Ex hoc apparet, Romanos liberos suos nutricibus commisisse, Gellius *lib.* 12. *cap.* 1.

Ad L. ULT.

Commemorationem in chirographo pecuniarum, quæ ex alia causa deberi dicuntur, factam, vim obligationis non habere.

Si in chirographo fiat mentio pecuniæ ex alia causa debitæ, quam ea, quæ in chirographo continetur,

illa commemoratio vim justæ petitionis non habet, id est, ex eo solo non potest pecunia peti, nisi probetur aliis modis legitime eam deberi, *Novell.* 119. Sic e contrario omissa illa commemoratio nihil nocet, *l. Lucio, inf. de obligat. et act.* qui eam mihi debebat pecuniam ex causa judicati: deinde ego ei aliam pecuniam credidi, de qua is cautionem emisit sed in ea non facit mentionem pecuniæ ex causa judicati debitæ, nihilominus utriusque pecuniæ petitio est.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Titulum IV. De fide instrumentorum, et amissione eorum.

Duo sunt præcipua probationum genera: *Instrumenta* et *testes. Instrumenta* sunt, quæ Græci vocant συμβόλαια, conventiones scriptas. Dicuntur instrumenta, quia instruunt causam, et latiore appellatione instrumenta dicimus, non tantum cautiones scriptas, sed etiam testimonia, *l.* 1. *h. t.* id est, dicta testium. Aliud sunt testes, aliud testimonia, *l.* 3. §. *idem Divus, inf. tit. prox.* In causis criminalibus testibus, non testimoniis creditur, quoniam testes αὐτοπροσώπως interrogandi sunt. Instrumentorum loco etiam sunt personæ; quo verbo non tantum significantur testes, sed etiam servi actores: nam eorum notitia plerumque instruimur, *l.* 8. *famil. ercisc. l. cum servus, de condit. et demonstrat.* Est quædam oratio Divi Marci de dilationibus dandis instrumentorum causa, *l. oratione, sup. de feriis, l.* 1. *C. de dilat.* In ea oratione ita videtur fuisse scriptum: si dilatio postuletur instrumentorum vel personarum gratia. Huc pertinet lex *notionem*, §. *ult. de verb. signif.* quæ est conjungenda cum *l. oratione.* Ibi dicit, *non facile separari instrumenta a personis*: nam personæ instrumentorum loco sunt. Verum quod ad fidem instrumentorum, notandum: instrumenta non semper fidem facere: nam pleraque sunt falsa et calumniosa, ea tantum valent, quorum fides in dubium non vocatur. Authentica tantum fidem faciunt, et originalia, non exemplum, ne in causa quidem fisci, *l.* 2. *h. t.* Sic etiam ex exemplo testamenti non potest adiri hæreditas, vel bonorum possessio peti, *l.* 1. §. *sed si unum, de bon. poss. sec. tab.* Sic etiam rescripta principum authentica insinuari debent judicib. Ipsum autem authenticum insinuari oportet, non exemplum, *l.* 3. *C. de divers. rescript.* Male quidam putant indicem, et exemplum idem esse. *Exemplum* ex integro describitur; *Index* autem est ex latiori scriptura brevis quædam subnotatio. Sic in *fine institut.* ait, *per Indicem attigisse*, id est summatim. Nazianzenus dicit κεφαλαιογραφεῖν. Ascon. *antequam causa ageretur quasi per indicem rem exponebant.* Sciendum, inter consentientes posse pignoris instrumentum fieri prælata die. *Diem. præferre* est, cum quod nunc obligatur, scribitur quasi pridem pignori datum sit, *l. si a debitore, ad l. Corn. de fals. l.* 1. §. *editiones, de edendo, l.* 3. *h. t.* ait diem repetere. Finge: inter debitorem et creditorem conscripto instrumento est prælata dies pignoris: hæc res fraudi est prioribus creditoribus. Quæro, an teneatur creditor pœna falsi? Minime, quoniam ita consensit debitor. At debitor tenetur falsi nomine aliis creditoribus, *d. l. si a debitore, l.* 3. *h. t.* Vulgo ex *l.* 3. hoc colligunt, quo in genere quis offenderit, eum non posse in eo alium accusare, ut non potest Catilina Cethegum accusare. Hoc hæc lex non dicit, sed solum dicit, ob prælatum diem pignoris debitorem teneri aliis creditoribus. Nam hæc verba: *Quantum ad eos, qui in hoc consentiunt,* sic sunt accipienda, id est, quantum ad creditorem et debitorem. In fine dicit *magisque*, quod accipi debet ita, ut intelligamus debitorem delinquere, non creditorem. Sic virtus magis prodest quam nocet, quia nunquam nocet, instrumenta non sunt necessaria constituendæ obligationis causa, nisi in obligatione literarum, et nisi nominatim actum sit, ut contractus redigeretur in literas, *l. contractus, C. de fide instrum.* §. 1. *de empt. et vendit.* Emptio locatio contrahuntur sine instrumento, itemque hypotheca. Nuptiæ *l.* 3. *h. t.* quæ est repetita in *l. contrahitur, sup. de pignor.* Sic stipulatio sine scriptura valet, *l.* 1. *C. de usur.* sic mutuum et depositum. Denique, exceptis illis duobus casibus, instrumentum obligationem non constituit, sed ad probationem tantum valet. Ideoque amissum instrumentum veritati nihil nocet, sicut nec omissum, modo aliter id, quod gestum est, probetur, *l.* 5. *h. t. l. ult.* huc non pertinet: explicetur ex *Novel.* 73. *quemadmodum fidem haberi oporteat instrumentis, etc.* Lex ista ult. est de tabulis testamenti deponendis apud aliquem; nam quoties est controversia de hæreditate, pendente lite deponuntur tabulæ in æde sacra apud ædilem, *l. ult. de tabul. exhibend.* Quæritur, quis sit idoneus vir? Senior (inquit) est idoneior juniore, mas fœmina, ingenuus libertino, superior inferiore. Sic etiam cum quæritur, quis sit accusator idoneus (id appellatur divinatio) præfertur senior juniori, *l. si plures, inf. de accusat.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. V. de testibus.

Duo sunt testium genera qui rogantur ut rei gerendæ intersint : quod fit, cum negotium contrahitur, cum quis in jus vocatur, testamentum fit, et generaliter cum quid lege agitur : hi dicebantur *superstites*, et etiam *arbitri*. His solebant olim autem imam vellere, quasi monentes, ut rei gestæ meminissent, *ille tes'is per aurem trahi debet*, ut habetur in legib. Bajoariorum, *tit. de remission.* Sunt qui putent, eos vocatos *antestatos*; quod falsum est. Nam *antestatus* est, in quem testatio confertur, ut qui in jus vocatur. Sic Cajo 1. *Instit.* antestatus dicitur primum fiduciarius, cujus causa videtur fieri testatio. Sic vocamus denuntiatum in *l. venditor*, *sup. de judic.* cui fit denuntiatio. De hoc genere agitur in *l.* 22. *h. t.* loquitur de magistratibus municipalibus. Sæpe fit, ut quis velit aliquid in testationem redigere, et tunc debet adire magistratum, illi debet se vel alios præbere, testes scilicet, vel signatores : nam testatio obsignabatur a testibus. Alii sunt, qui non rogantur, de re tamen gesta testimonium ferunt, ut de cæde, furto: ad hos pertinet lex 2. *h. t.* Constantinus 1. *Epitom. tit.* 6. *Hoc*, inquit, *non dicit de conventionibus, sed de iis, quæ fortuito accidunt.* testes rogari oportet in solutionibus, etc. *Novel. de testibus.* At in furto, cæde, utimur non rogatis. Et hi sunt, qui jurati testimonium dicunt, *l.* 8. *C. eod.* (Superstites enim non jurant) et non adiuntur, nisi interrogati; interrogantur modo ab actore, modo a reo, *Novel.* 90. His etiam dantur viatica et sumptus ab eo, qui eos producit, *l.* 3. §. *Gabinio*, *h. t. l. quoniam*, *C. eod.* Hodie etiam præter impendia datur illi, si sit homo mechanicus, quod lucratus fuisset, si suo opificio incubuisset. Olim autem in singulis fere causis constitutum erat, quot testibus denuntiandi jus quis haberet, veluti decem aut viginti: interdum lege erat definitus numerus amplissimus, *l.* 1. §. *ult.* Valerius *lib.* 8. *cap.* 5. facit mentionem de pecuniis repetundis, qua cautum erat, ut centum et viginti hominibus testimonium ferretur. Ubi autem lex non definiebatur, etiam duo sufficiebant, *l.* 12. *h. t.* quia Scævola dicebat, pessimi esse exempli unius testimonio credi. Valerius *lib.* 4. *cap.* 1. Hodie hoc totum relinquitur arbitrio judicis, *l.* 1. §. *ult.* In fide etiam testium examinanda judicis officium est Spectamus autem in his veritatem, vitam, dignitatem, *l.* 1. 2. 3. *gravitatem*, id est, constantiam : gravitati opponitur vacillatio. Spectatur etiam ætas, census, *l.* 3. Cicero in Topic. Ac generaliter Constantinus, *pauperes*, inquit, *testimonium non dicunt*, *quoniam facile corrumpi possunt*. *Pauperes* vocat, qui non habent 50. aureos in bonis, *l. nulli*, *inf. de excusat.* Spectatur etiam an sit inimicus. At non quælibet inimicitia excipit testem (id est, *reprocher*, παραγράφεσθαι) Exigitur enim capitalis inimicitia, ob eam omnino excipiuntur : *inimicitia capitalis* quid sit, ostenditur *Novel. de testibus*, id est, inimicitiæ ortæ ob capitalem accusationem. Inimicus capitalis mihi est, qui me capitis accusavit. Notandum, testes alios esse, quibus interdicitur, ne testimonium dicant, alios, qui excusantur. Colligitur ex *l.* 1. §. 1. *h. t.* Interdicitur, iis, quibus imperari potest, ut testimonium dicant, *l.* 6. *h. t.* Item clientes adversus patronos non possunt testimonium dicere, et e contrario. Gellius *libro* 6. *cap.* 13. Item parentes adversus liberos, vel contra, *l.* 9. Item in re sua, *l.* 10. Item domestici, *l. pen.* Item patronus in eadem causa non potest testimonium dicere, id est, executor ejus litis *l. ult.* Item μεσίται id est, mediatores (vulgo existimantur esse proxenetæ) sunt arbitri honorarii, qui inter aliquos egerunt de lite componenda. Qui igitur in lite aliqua μεσίται fuerunt, non possunt postea in illa testes fieri. Item, qui in reum testimonium dixit, non potest pro eo testimonium dicere in ea causa. Certum est eum, qui adfuit adversus aliquem ut advocatus, non posse in eadem causa pro eodem adesse : nam testis omnis, qui adversus aliquem productus est; in eadem lite non potest pro eodem produci. Nam eum, qui semel productus est adversus me, quem excepi, quem reprobavi, postea probare non possum, et quem semel probavi, postea reprobare non possum, *l. si quis testib. C. eod.* *l.* 23. *h. t.* Postremo de calumniatoribus quæritur, an eis sit interdictum testimonium, id est, eis, qui sunt calumniæ nomine condemnati? Minime. Nam interdici oportet lege vel constitutione, sicut iis, quos recensuimus. Atqui non est interdictum calumniatoribus, *l.* 13. Lex Remmia punit calumniam, *l.* 1. §. 1. *ad Turpill.* Sed ea non interdicit iis testimonio, nec est interdicta legibus Juliis publicorum judiciorum. Verum quod legibus deest, supplebit judex, *l.* 13. Nam non admittet calumniatorem. Plerumque rejicit hominem integræ frontis, igitur etiam calumniatorem. Quod ait, *integræ frontis*: putant esse metaphoram, id est, hominem integræ famæ; sed falsum est : nam utitur proprie his verbis: Calumniatori enim condemnato ex lege Remmia solebat in fronte affigi litera K; quæ significabat calumniatorem. Cic. pro Roscio Am. Plin. in paneg. Seneca in *lib. de ira*: Si igi-

tur non creditur homini integræ frontis, multo minus calumniatori, cui frons stigmate corrupta est. Non omnibus autem, qui infames sunt interdictum est testimonium, *l.* 1. *de his qui notant. infam.* qui ob calumniam damnati sunt, possunt tamen testimonium præbere: nec prohibentur testimonium dicere, qui sunt damnati furti, injuriarum, aut bonorum raptorum, vel de dolo, vel depositi, mandati, tutelæ, pro socio damnati, qui tamen infames sunt. Ex his igitur, qui sunt infames, non omnes prohibentur; sed hi tantum, qui sequuntur, hoc est, ii qui sunt damnati judicio publico, ut lege Cornelia de falsis, lege Julia de ambitu, et similib. *l.* 3. §. *leg. l.* 14. *et* 15. Calumniæ judicium non est publicum lege Remmia. Nec obstat *l.* 1. §. *item Senatusconsulto, de postul.* ubi dicitur, *calumniæ judicio publico damnatus*: sed rectius Florent. *calumniæ judicii publici damnatus*, id est, ideo damnatus, quia in judicio publico calumniatus est. Item, qui operas suas locaverunt, ut in arenam descenderent, prohibentur testimonium dicere; hi vocantur bestiarii. Item qui palam quæstum fecerunt. Item damnati judicio privato de carminibus famosis *l.* 21. *hoc t.* ubi dicitur *intestabilis*, id est, cui interdictum est testimonium, contra *testabilis*, cui tribuitur jus testimonii dicendi. Gellius *lib.* 16. *cap.* 7. Hi quoque intestabiles nonnunquam audiuntur ex causæ qualitate, ut in causa majestatis, sed tamen quæstione adhibita, id est, tormentis audiuntur, *l.* 1. §. *si ea.* Inter intestabiles etiam sunt qui ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse convicti sunt *l.* 3. §. *lege.* Plus autem est damnari, quam convinci. Hi qui pecuniam accipiunt ob testimonium, tenentur lege Corn. de fals. *l.* 1. §. 1. *inf. ad leg. Corn. de fals.* Et si ob id erunt damnati fiunt infames et intestabiles. At si tantum convicti fuerint non etiam damnati, non sunt infames: hærebit tamen quædam nota adhuc, et erunt intestabiles, quamvis non infames. Similiter qui judicio publico reus est, atque in vinculis vel publica custodia, non ideo est infamis, *l.* 1. *C. ex quibus causis infam. irrogat.* Hæret tamen in eo nota quædam, *d.* §. *lege.* At est intestabilis, quamdiu in vinculis est, *l.* 20. *h. t.* Inter intestabiles numerantur liberti adversus patronos, vel adversus patronorum liberos, *d.* §. *lege, l. libertorum, C. de testib. Novel. Valentiniani, de libertis.* Item impuberes, *l.* 19. In legibus veteribus Romanorum semper exiguntur testes puberes cives Romani, *l. nullum, inf. de divort.* §. 1. *de testa. ordin.* In criminalibus etiam causis interdictum est testimonium minori 25. annorum, *l.* 20. Constantinus in 1. *Epitom.* adjicit etiam in civilibus causis exegi plenam pubertatem, id est, annos 18. et paulo post, exigit legitimam ætatem. Sed hæc non continentur libris nostris. Item de mulieribus sequenda est veterum distinctio, quæ est: in testamentis, contractibus, codicillis mulieres intestabiles sunt. *In apodicticis* autem, id est, judiciis, litibus, mulieres sunt testabiles, nisi scilicet, publico judicio sunt damnatæ, *l.* 18. *hoc t. l. qui testamento* §. *mulier, qui test. fac. poss.* Ubi utitur hoc argumento. Mulier publico judicio damnata, prohibetur testimonium dicere. Igitur mulier non damnata, non prohibetur. Appellatur testimonium judiciale, *l. pen. C. de hæret.* Plus est testem adhiberi in testamento, quam in judicio, *d. l. qui testamentum* §. *eum qui.* Repetundarum damnatus non potest in judicio testis esse. Igitur multo minus in testamento. At hoc vitiatur constit. Justin. *de hæret. l. pen.* ubi definit, ut hæretici adhibeantur in testamento, aut conventione, non autem in lite. Nunc de iis qui excusantur. Lege excusantur senes et valetudinarii, scilicet ut evocati non veniant, verum ad eos mittitur, et testimonium dicunt, *l.* 8. Nam testes evocari solent. Secundo publicani, id est, conductores, vectigalium publicorum, *l.* 19. quoniam sunt occupati in negotio publico. Item excusantur, qui aliquid exercitui præbendum conduxerunt, ut puta frumentum, vinum, *d. l.* 19. pro *præbendum*, quidam volunt *præbenda*, sed rectum etiam est *præbendum.* Excusantur etiam milites, *l.* 3. §. *ult. hoc t.* ne evocentur a signis et muneribus suis, *l. munus, de verb. signif.* At in *l. milites, C. de locat.* ait a signis vel numeris. Præterea excusatur, qui cum magistratu Reipubl. causa abest, *l.* 8. sed hoc ita est, si non detrectandi testimonii causa absit, ex *l.* 19. Accursius ad eam *l.* ait, ut causa religionis, quod bonum est, ut scilic. causa voti, eaque dicebatur *votiva legatio*, hoc est, per causam voti suscepta: dicitur libera legatio, sessio otiosa et libera, quoties qui litis causa mittitur cum magistratu in provinciam, non quod sit vere magistratus, sed nomine tenus. Qui igitur vere abest Reipub. causa excusatur. At qui abest libera legatione aut votiva non excusatur, *l. hos accusare, inf. de accusat.* in *d. leg.* 19. *Abesse*, id est, Reipub. causa abesse, in Fragm. Ulpiani *tit. de solidi. capacit.* Idque suadent in ea *l.* 19. tum præcedentia, tum sequentia: sunt enim de publicis conductoribus: merito igitur et de eo, qui abest Reipub. causa. Additur in *l.* 8. eos etiam excusari quibus venire non licet; id est, per legem: illi sunt, qui propter religionem se loco movere non possunt, *l.* 2. *de in jus voc.* ut sacerdotes, *l. prætor, de vacat. mun.* ad hos mitti oportet, *l. nec honore, C. de Episc. et Cler. l.* 3. *C. Theodos. de Episc. et Cler.* Excusatur etiam affinis a testimonio, nec si domum ejus mittas, cogendus est, *l. Jurisconsultus, de gradib. et*

affinib. l. 4. h. t. Hoc servatur usque ad septimum gradum. Sequitur, libertus etiam non cogitur testimonium dicere adversus patronum: verum hoc si ita est frustra in postremis verbis repetit. Sed hic sensus est: sicut non potest affini aut cognato denuntiari testimonium, ita nec liberto affini. *Item patroni patronæ.* Legendum, *patrono*, id est, sicut liberto affinis vel cognati non denuntiatur testimonium, ita nec patrono. *Libertum non cogi*, imo nec si velit potest, *l. libertorum, C. eod.* Sic etiam in *l.* 19. pupillis non denuntiatur testimonium, nec etiam volentes admittuntur.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. VI. De jur. et facti ignorantia.

Ad L. I. et II.

L. I. *Ignorantia vel facti, vel juris est.*

§. 1. *Nam si quis nesciat, decessisse eum, cujus bonorum possesso defertur, non cedit ei tempus. Sed si sciat quidem, defunctum esse cognatum, nesciat autem proximitatis nomine bonorum possessionem sibi deferri, aut se sciat scriptum hæredem, nesciat autem, quod scriptis hæredibus bonorum possessionem prætor promittit: cedit ei tempus, quia in jure errat. Idem si frater consanguineus defuncti credat, matrem potiorem esse.*

§. 2. *Si quis nesciat, se cognatum esse, interdum in jure, interdum in facto errat. Nam si et liberum se esse, et ex quibus natus sit sciat, jura autem cognationis habere se nesciat: in jure errat. At si quis forte expositus, quorum parentium esset ignorat, fortasse et serviat alicui putans, se servum esse, in facto magis, quam in jure erat.*

§. 3. *Item, si quis sciat quidem alii delatam esse bonorum possessionem, nesciat autem ei tempus præteriisse bonorum possessionis: in facto errat. Idem est, si putet, eum bonorum possessionem accepisse. Sed si sciat, eum non petisse, tempusque ei præteriisse, ignoret, autem sibi ex successrio capite competere bonorum possessionem, cedit ei tempus quia in jure errat.*

§. 4. *Idem dicemus, si ex asse hæres institutus, non putet, se bonorum possessionem petere posse ante apertas tabulas: quod si nesciat esse tabulas, in facto errat.*

L. II. *in Omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, cum jus finitum et possit esse, et debeat: facti interpretatio plerunque etiam prudentissimos fallat.*

Lex 1. pertinet ad edictum successorium de possessionib. et huic conjungenda est *l. 3. quis ordo in bon. poss. serv.* Eo edicto continentur tempora petendæ bonorum possessionis. Sunt autem hæc, ut parentes et liberi petant intra annum: exteri vero intra 100. dies, quibus sciverint et potuerint eam admittere: nam ea tempora sunt utilia, non continua. Ad adeundam hæreditatem etiam dabantur a testatore vel judice 100. dies utiles, *l. 2. inf. de jur. deliber. l. si Titio §. 1. quando dies leg. ced. l. 3. §. sed si hæres, sup. de min. l. regula §. si filiusfam. hoc t. l. Pannonius, de acquir. hær.* Præterea continetur eo edicto, ut inter bon. possessores sit successio, ut in locum ejus, qui repudiaverit vel omisit, alius ex sequenti gradu succedat, et ex parte dicitur edictum successorium. Nam eo inducitur successio. Omittere proprie est tempore excludi. Exstat *tit. de acq. vel omit. hæred.* legendum *amittere. Amittere* est genus, omittere species. Amittitur hæreditas repudiatione, abstentione, omissione, cum quis intra diem aditionis non adit: illi autem dies utiles sunt ideo non cedunt ignoranti: nam dies utiles sunt, quibus scivit sibi delatam possessionem. At duplex est ignorantia facti et juris. ignoranti factum tempora non procedunt, at ignoranti jus tempora procedunt, *l. 3. C. eod. l. pen. l. juris, C. qui admit. ad bon. poss. l. in bon. de bon. poss.* Ignorat factum, qui ignorat suum cognatum decessisse. Item, qui ignorat genus et progeniem suam, ut quia forte natus expositus est: et inde sublatus educatus in servitute: ignorat etiam factum, qui ignorat se esse hæredem scriptum. Item, qui nescit cognatum, qui se gradu præcedebat, bon. possess. repudiasse vel omisisse. Huic tempora non currunt quamdiu in eo errore est. Jus ignorat, qui nescit proximiori cognato deferri hæreditatem ab intestato. Item, qui nescit hæredi scripto deferri bon. poss. secundum tab. nam is ignorat edictum. Item is, qui nescit fratrem consanguineum præferri matri ex SC. Tertyll. Item, qui nescit cognatum jura quædam cognationis habere: nam ignorat jus prætorium et edictum unde cognati. Postremo jus ignorat qui nescit ex asse hæredi scripto licere admittere bon. poss. secundum tab etiam antequam aperiantur. Non potest quidem adire antequam aperiantur ex l. Papia, at Prætor dabit bon. poss. etiam clausis tab. *d. l. in bon. l. 1. §. sufficit, de bon. poss. secund. tab.* Hodie autem etiam licet adire antequam aperiantur tabulæ, *§. in novissimo, C. de caduc. toll.* Denique quod ad tempora bon poss. attinet, ea currunt ignorantib. jus. Adjicit Paul. *l. 3. quis ordo in bon. poss. servet.* hac in re scientiam patris non obesse filio cui defertur bon. poss. Verum hæc distinctio inter ignorantiam juris et facti non observatur tantum in bon. possessionib.

sed etiam in omni parte juris. Dicimus igitur, ignorantiam facti non nocere, juris autem nocere. Ratio incerta et abstrusa differentia est in *l.* 2. nam ea, quæ in facto consistunt, sunt difficilia cognitu, et plerumque prudentissimos fallunt. At jus certum est et finitum, id est, certæ sunt leges et constitutiones et SC. Item edicta, eaque in albo proposita, ut scil. ab omnib. legi et cognosci possunt (ideo Caligula, ut populum deciperet, leges proposuit minutissimis literis scriptas: ut tamen nihilominus teuerentur. Arist. 3. et cap. 5. χρὴ ἐπίςασθαι καὶ μὴ χαλεπὰ ἐςι. *Leges oportet scire, et sunt faciles*: patent namque omnibus, ut ignorantia sua sibi causa sit qui eas ignorat. Eleganter Gregorius Nazianz. in orat. fun. ad Athan. *Romanorum nulli, etiam rudi, licet leges ignorare*, et puniuntur qui per juris ignorantiam delinquunt: id pertinet ad *l.* 1. *de leg. lex est coercitio delictorum quæ sponte vel per ignorantiam juris contrahuntur.* Dicet aliquis: igitur omnes debent habere scientiam juris. Minime. Una est scientia juris quæ pertinet ad JC. altera est diligentis patrisf. quam comparare sibi facile potest, *l.* 2. §. *ult. quis ord. in bon. pos. ser. l. reg.* §. *sed juris, hoc t.* Hanc postremam scientiam exigimus in omnib. id est, communem intelligentiam. Sic. Cic. in 1. *de Or. in fi. Aliud est esse artificiem cujusdam generis atque artis, aliud in communi vita et vulgari hominum consuetudine nec hebetem, nec rudem.*

Ad L. III.

Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciret, an de jure suo ignorat.

§. 1. *Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert: non deperditi, et nimium securi hominis.*

Est de ignorantia facti, quæ duplex est, alieni et proprii: alieni ignorantia facile recipitur, ut si falso putem servum meum emisse, quod mihi traditum est: erro in factu alieno: nam puto alium fecisse quod non fecit, *l. ult. pro suo.* At proprii facti ignorantia non æque facile recipitur: nam fere semper certi sumus eorum quæ fecimus vel non. Apud Sophoclem Oedibus ignorat se patrem occidisse, et occiderat: de jure suo ignorat, qui in facto errat, ut qui nescit se emancipatum. Vulgo de ignorantia facti proprii accipiunt *l. quanquam, ad Vellejan.* quod falsum est: quidam mandato mulieris fidejussit pro alio: ergo mulier intercessit pro alio, quia mandavit; sed mulier juvatur Senatusconsulto Vellejano. Nunc finge: qui mandato mulieris solvit, agit adversus mulierem actione mandati. Mulier se defendit exceptione Vellejani: nec potest sine rubore prætendere facti ignorantiam, id est, mandasse mulierem, ut intercederet, quia agit ex mandato mulieris. At facilius recipitur hæc, quam illa ignorantia. Verum sciendum est etiam facti proprii ignorantiam recipi, si justa sit et probabilis, et in multis causis parit condictionem indebiti: ut si quis putet se Titio promisisse quod non promisit, si solvat, aget condictione indebiti, *l. sed et si me, de cond. indeb.* qua non ageret, si hæc ignorantia non reciperetur. Item si non recorder me convenisse de non solvenda pecunia et solvam, datur mihi repetitio: non possumus enim omnia animo retinere quæ gerimus: nam labi, decipi, nescire, errare humanum est. Contra ignorantia facti alieni non semper recipitur, scilicet, si sit dissoluta, crassa et supina. Budæus hic pro *deperditi* legit *desidia præditi*, sed non recte, *deperditus*, id est, valde perditus. *De auget, l.* 1. *depos.* Pertinet *ad hoc l. et si consensum* §. 1. *de contrah. empt. et l. cum sex menses, de ædil. ed.* Emptori prodest ignorantia, quæ non in supinum hominem cadit: ut si ignorans emat servum morbosum, hoc casu habet actionem redhibitoriam. Item, si ignorans emat liberum hominem, habet actionem in duplum, *l. imo de lib. caus.* Item, si emptor ignorans emat rem litigiosam evitat pœnam litigiosi contractus, *l.* 2. *de litigios.* Igitur justa et probabilis ignorantia facti non nocet, supina nocet. Supina est, si omnes in civitate sciant rem litigiosam esse, ipse solus ignoret: ignorantia prope dolus est, id est, affectata videtur. Est hoc discrimen inter ignorantiam juris et facti, quod omnis ignorantia juris supina est: nam jus omnibus in promptu est, facti ignorantia non omnis supina est, quoniam factorum cognitio non omnibus in expedito est: in hoc tamen conveniunt, quod in omnibus exigimus juris intelligentiam communem, non ut sint artifices juris, non ut Jurisconsulti. Sic etiam exigimus communem rerum sive factorum intelligentiam, ut si in civitate omnes sciant combustas ædes Titii: exigimus quoque, ut tu scias, non autem exigimus, ut sis nimis curiosus indagator, *l.* 6. *hoc t.* Denique non exigimus hanc veluti diligentiæ redundantiam, *l. regula*, §. *sed facti, hoc t.*

Ad L. IV.

Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat.

Ostenditur, discrimen esse inter ignorantiam facti et juris in usucapione. In facto erranti usucapio procedit, ut si quis putet, se emisse a pubere, cum sit impubes, usucapiet, si modo res non sit pupilli propria: nam ea usucapi non potest. Item, si putet se emere a domino qui non sit dominus,

aut si putat servum suum emisse, quem non emit. At in jure erranti usucapio non procedit, ut si quis putet impuberem posse vendere sine tutoris auctoritate, vel si putet rem furtivam, quæ redit in potestatem domini non posse usucapi, *l.* 2. §. *si a pupillo*, *pro empt. l. nunquam*, *l. si fur*, §. 1. *de usurpat. et usucap. et hac l.* 4. Opponitur *l.* 3. *pro don.* Donatio inter virum et uxorem non valet. Finge: vir uxori donavit, putat uxor donationem valere: lex ait, usucapionem possidenti procedere, si is, qui donavit, non fiat pauperior: donatio ideo non valet, ne mutuis donis spolient se invicem. At quoties qui donat, non fit pauperior, donatio valet: ut cum rem alienam donat bona fide accipienti, hicque usucapio procedit. At dices, qui donatum accepit, errat in jure. Verum non in hac specie: nam qui donavit, non est factus pauperior. Objicitur etiam §. *Item si is*, *Inst. de usucap.* Partus ancillæ in fructu non est, ideoque partus ille non pertinet ad fructuarium: nunc finge: fructuarius errat in jure: nam putat partum suum esse, atque ita vendit partum. An est furtivus? Minime. Ignorantia juris excusat a furto, quoniam furtum non fit sine affectu furandi. Ideoque emptor poterit partum usucapere. Igitur ignorantia juris non obstat usucapioni. Vitiosa est consequentia: nam is, qui usucapit, ut emptor, non errat in jure, sed venditor erravit.

Ad L. V.

Iniquissimum videtur, cuiquam scientiam alterius, quam suam nocere, vel ignorantiam alterius alii profuturam.

Est de scientia et ignorantia facti. Sic statuamus: scientia alterius, alteri non nocet: ignorantia alterius alteri non prodest: si pater sciat filio esse delatam bon. poss. filius nesciat, filio tempora non procedunt, sed patri, *l.* 3. *quis ordo, in bon. poss. servet.* Patri scienti tempora procedunt eo casu quo potest pater filio bon. poss. petere, sine adsensu filii, ut si filius sit infans, *l. servus* §. *ult. de bon. poss.* Contra si pater nesciat, filius autem sciat: et possit patrem de eo certiorem facere, nec faciat, tempora cedunt ob scientiam, et negligentiam filii, *l. ult. quis ordo, in bon. poss. servet.* Sic fit ut scientia patris filio ignoranti non noceat: et contra, ignorantia patris filio non prodest. Verum hoc quod diximus, potest retorqueri in contrarium, ignorantiam filii patri scienti, cui scilicet emolumentum acquiritur, prodesse: itemque scientiam filii patri ignoranti obesse, quod est contra hanc legem. Hoc sic est explicandum. In hac re filius est principalis persona: quoniam ei defertur bon. poss. Principali personæ scientia alterius, quam sua non nocet. Itemque alterius ignorantia, quam sua non prodest. Deinde sic statuamus. Scientia principalis personæ nocet etiam ei, in cujus potestate est, vel hæredi, aut generaliter successori ejus. Itemque ignorantia prodest, *l.* 2. *de litig.* Qui emit sciens rem litigiosam, incidit in pœnam litigiosi, qui ignorans, non item. Finge: servus emit rem litigiosam. Distinguendum est: aut suo nomine, id est, peculii nomine emit (*l.* 12. *de cont. empt.* sic accipi debet) aut nomine domini, id est, ex mandato domini. Si emit suo nomine, ejus persona quasi principalis spectatur: ideoque ejus scientia domino ignoranti nocet, ejusdem ignorantia domino scienti prodest. At si emit nomine domini, tunc intuenda est persona domini quasi principalis: nam initium, et vinculum contractus ex mandato domini proficiscitur: ideoque tunc scientia servi ignoranti domino non nocet, aut etiam ignorantia servi scienti domino prodest. Eadem, sed uberior et plenior est distinctio *l. imo et seq. de lib. caus.* Is qui emit liberum hominem, habet actionem in duplum pretii, adversus liberum hominem, qui dolo malo se passus est venundari, *l. rectissime*, *et l. in tantum*, *de lib. caus.* Hæc autem in duplum actio datur tantum emptori ignoranti. Nunc finge: servus emit liberum hominem. Distinguendum est, aut suo nomine emit, aut nomine domini. Si suo nomine, scientia ejus ignoranti domino nocet, id est, aufert actionem in duplum: ignorantia ejus scienti domino prodest. Verum addenda est hæc exceptio, quæ ponitur in ea lege, nisi tempore emptionis præsens fuerit dominus potueritque emere prohibere: nam tunc ignorantia servi scienti domino nec prohibenti non prodest. Eademque exceptio addenda est ad *l.* 2. *de litig.* At quid si servus emat liberum hominem nomine domini? tunc persona servi duntaxat intuenda est, et ideo scientia servi ignoranti domino non nocet, *d. l. imo*, hoc ita declaratur: si dominus certum hominem emi mandarit, ut Titium, tunc solius domini scientia aut ignorantia spectatur: at si incertum emi mandarit, *ut hominem emito*, eo casu emptionem posuit in potestate servi, eique eligendi arbitrium dedit, ideoque eo casu scientia servi ignoranti domino nocet. Similiter, si quis per procuratorem incertum hominem emerit, scientia procuratoris ei nocet, *l. non solum* §. *pen. de liber. caus.* At si per procuratorem emerit certum, scientia procuratoris ei non nocet. Sic igitur est amplianda distinctio leg. 2. *de litigios.* Verum adversus hanc distinctionem oppono *l. cum mancipium* 51. *de ædil. edic.* Sciendum est eum, qui emit rem vitiosam ignorans habere actionem redhibitoriam, is qui emit sciens, non habet. Finge: Servus emit rem vitiosam, scientia servi domino nocet *omnimodo*, id est, indistincte,

id est, sive suo nomine emerit: sive nomine domini. Item, sive certum emi dominus mandaverit, sive incertum. At in ignorantia Africanus admittit eam distinctionem: nam si servus emerit suo nomine, ejus ignorantia domino scienti prodest, id est, dat redhibitoriam. At si emerit nomine domini, ejus ignorantia domino non prodest: at scientia nocet sine distinctione et quod distinguit in ignorantia, confirmat lex 13. *de contr. empt.* Dicendum est, Africanum ex hac causa, id est, ex causa vitii, morbive non facile admisisse rescissionem venditionis, si vel sciret dominus, vel servus ipse. Et in eadem hac specie morbi vel vitii, nullus est locus, qui possit objici Africano. At similibus quidem argumentari possumus, quod raro valet. Itaque separandæ sunt causæ, et dicendum, non tam facile rescissionem admitti in *l. cum mancipium*, quam in casibus superioribus. Africanus in eadem specie arbitratur procuratoris scientiam domino nocere *indistincte*, id est, sive certum, sive incertum emi mandaverit: ideoque tunc neque ipsi procuratori, nec domino dabitur redhibitoria. Verum procurator tenebitur domino mandati, qui sciens rem vitiosam emit: adjicit lex: *vel negot. gest.* quoniam procuratoris appellatione sæpe continetur negot. gest. Deinde Africanus ignorantiam procuratoris putat domino scienti non prodesse id est, non parare redhibitoriam: ipse quidem aget redhibitoria, nec repelletur ob domini scientiam. Addendum superiorem distinctionem observari in usucapione. Finge: servus emit rem a non domino, ita distinguendum est: aut suo nomine emit, aut domini: si suo, servi scientia spectanda est, vel ignorantia, quoniam ipse est principalis. Ideoque si servus sciat rem esse alienam, dominus nesciat, usucapio non procedit. Sic etiam si dominus sciat, servus nesciat, usucapio procedit: nisi dominus fuerit præsens et ementem prohibere potuerit, *l.* 2 §. *si servus, inf. pro empt.* Quod si servus emat nomine domini, tunc inspicitur scientia vel ignorantia domini. Ideoque, si dominus sciat, servus nesciat, usucapio non procedit: et contra, si dominus nesciat, usucapio procedit. Sed hoc casu exigitur etiam ut servus nesciat, cui scilicet traditur possessio, alioquin vitiosum erit initium possessionis quod usucapioni maxime impedimento est. Hæc colliguntur ex *l. hæres* §. *ult. de usurp. et usucap. l.* 2. §. *si servus tuus cum seq. pro empt.* Opponitur etiam *l. liberis*, §. *si duo*, *de lib. caus.* Ex qua colligitur, ignorantiam unius alteri scienti prodesse, sed in eadem specie cum *l. liberis*, videtur pugnare *l. ult. quib. ad libert. proclam. non licet.* Sciendum est, majorem viginti annis, qui passus est se venundari pretii participandi causa, non posse proclamare ad libertatem adversus emptorem, servum effici jure civili, si ignorans emit, adversus scientem potest. Nunc finge; duo emerunt liberum hominem, qui se venire patiebatur, unus scit, alter ignorat. Ita distinguendum est: aut emerunt in solidum singuli: aut pro parte dominii. Si in solidum, ignorantia unius alteri non prodest, et scientia unius alteri non nocet: ideoque tunc ille servus efficitur ignorantis, nec sciens in illo quicquam juris habebit, *l. non solum* §. 1. *de liber. cau.* At quid si emerunt pro partibus, unusque scit, alter ignorat? tunc scientia quidem unius, ignoranti non nocet, quominus ignorans partem dominii obtineat, etiam illo proclamante in libertatem. Imo vero ignorantia unius scienti prodest, id est, facit, ut et sciens pro sua parte adversus proclamantem dominium obtineat. Hoc vero fit summa ratione, ut scilicet consistat tota emptio: nam non potest emptio in partem tantum consistere. Si vis punire scientem, punies et ignorantem. Itaque melius est, ut quod sciens per se non habet, habeat per conjunctam personam, *l. cum hæreditate*, *de acq. hæredit.* Opponitur etiam *l. si legibus*, *C. de Episc. audient. sive l. ult. C. de sponsal.* ex ea l. colligunt, scientiam patris nocere filiæ. Finge: data est arra sponsalium nomine (datur semper a sponso) si sponsa recusaverit postea nuptias, videndum est, qua ex causa recuset: finge recusat ob diversitatem religionis. Si hanc causam cognoverit post sponsalia, lucrifacit arras: verum, si antequam arras acciperet, id sciebat, vel etiam si parentes ejus sciebant, filiæ imputatur scientia patris, quod Accursius sic explicat: scientia, inquit, filiæ, ei nocet cum accepit arras: cum autem pater arras accepit, tunc sua ei scientia nocet: at accipienti filiæ arras scientia patris non nocet.

Ad L. VII. et VIII.

L. VII. *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.*

L. VIII. *Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: juris autem error nec fœminis in compendiis prodest: ceterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.*

Distinguendum est inter hæc verba: *nocere*, *non nocere*: *prodesse*, *non prodesse*. *Nocere* bifariam accipitur; sic etiam *prodesse*: ignorantia facti prodest, non nocet, quod in maribus et fœminis obtinet. Prodest in lucris veluti ut nobis acquiratur hæreditas, vel bonorum possessio, vel ut aliena res a nobis usucapiatur. *l.* 8. *h. t.* Eadem non nocet in damnis, id est, ut rebus nostris damnum aut diminutionem adferat. Ignorantia juris non pro-

dest, id est, ut lucremur, aut acquiramus aliquid, ac ne fœminis quidem. *l. 3. l. antepen. C. de jur. et fac. ignor. l. 8. h. t.* Ratio est: ignorantia juris videtur lucri causa affectari, et simulari: et ideo cum de lucro agitur non recipitur, ne in fœminis quidem. Quæritur an noceat? *Nocere* bifariam accipitur, nocere proprie est damnum inferre: itemque est non prodesse, id est, lucrum intercipere. Sic etiam *prodesse* duo significat, aut lucrum adferre, aut non nocere, damnum non adferre. Quæritur, an ignorantia juris noceat? Minime, id est, damnum non infert. Scientia juris nocet. Ut qui scit sibi delatam bonorum possessionem, nec petit, ei scientia sua nocet. Quid igitur est quod dicitur in *l. regula, ignorantiam juris nocere?* nocere eo loco est *non prodesse*. Præterea in eam sententiam sunt multæ species juris, in quibus videtur ignorantia juris nocere. Hæ singulæ explicandæ sunt. Prima est. Qui credit filiofam. pecuniam, ejus repetitionem non habet ex SC. Maced. At finge: quidam credidit filiofam. quem putabat patremfam. per ignorantiam juris, quia scilicet erat miles, et putabat militia solutum patria potestate. An repetet pecuniam? non, *l. 3. ad Maced.* Igitur ignorantia juris nocet. Hoc in hac specie negandum est: nam hic ignorantia juris non facit, ut crediti non habeat repetitionem: nam etsi in eo errore non fuisset, tamen non haberet. Sed ignorantia juris non prodest ei, ut scilicet per causam et speciem ejus repetat pecuniam. Secunda species est: vidua quæ nubit intra annum luctus, infamis est, itemque, qui eam sciens duxit: ignorantia facti excusatur, ut si nesciret nondum complevisse annum. At quid si erravit in jure? Finge: putavit viduam posse nubere intra annum a morte prioris mariti? an non erit infamis? Respondeo, imo erit *l. liberorum §. ult. de his qui not. infam.* Igitur ignorantia juris nocet: hoc negandum est: nam hic ignorantia juris non minuit famam, sed dicitur eam famam non conservare: ideoque non dicitur nocere, sed dicitur non prodesse. Tertia species est. Fidejussor errat in jure: nam putat se esse obligatum ex stipulatione inutili, sicque solvit, quod solvere non debuit, an habebit actionem mandati adversus principalem? minime, *l. si fidejussor, §. 1. sup. mand.* Igitur ignorantia juris nocet. Hoc est negandum: nam ignorantia juris non facit ut denegetur actio mandati, sed non est idonea causa dandæ actionis mandati. Quarta species. Quidam solvit indebitum per errorem juris, non condicet, *l. regula §. si quis, h. t.* Igitur juris ignorantia nocet. Hoc negandum est: nam in hac specie ignorantia juris non facit, ut denegetur condictio indebiti, sed condictioni causam non præbet. Quinta species est ex *l. 2. de confess.* Quidam per errorem juris confessus est se debere quod non debet, pro confesso et condemnato habetur: ergo juris error nocet. Sed dicendum: in ea specie non habetur pro confesso, quod jus ignoraverit, sed certe nec pro non confesso. Igitur dicendum non prodesse. Sexta species est ex *l. 2. C. de in jus vocan.* Libertus vocavit patronum in jus, per errorem juris non impetrata venia. Igitur per errorem quasi sibi id liceret. An incidit in pœnam edicti? Lex ait incidere, ergo nocet, hoc negandum: nam juris ignorantia non subjicit eum pœnæ, sed non prodest, quia eum non relevat a pœna. Septima est ex *l. sicut, in fi. C. de præscript. 30. annor.* Omnis actio tollitur præscriptione triginta annorum. Creditor hoc jus ignorans, post triginta annos petit pecuniam, nec petiit maritus propter ignorantiam juris. Lex ait, eum repelli. Sed hic etiam ignorantia juris non aufert creditori actionem, sed tempus. Sic igitur concludamus: in omnibus eis speciebus ignorantia juris non prodest, ne ignorans in damnum incidat, quod extrinsecus advenit. At ipsa ignorantia juris damni causa non est, et generaliter, *ignorantia juris nunquam damni causa est:* si in lite de re mea, aut de ære meo, quod meum esse constat, ego aliquid per errorem juris amisero, non ideo minus perveniam ad jus meum. Generaliter ait lex 8. *juris error in damnis omnib. non nocet*, id est, nulli nocet: *οὐδένα βλάπτει*, *l. legitimos, §. in legitimis, de legitim. tut.* Addendum, ignorantiam juris interdum prodesse fœminis, ne in damnum incidant, constat *l. ult. C. eod. l. regula §. 1. hoc t.* Plus dico, non tantum fœminis prodesse, sed etiam rusticis et imprudentibus, ne in damnum incidant, non ut lucrum faciant. Et regulariter, juris ignorantia neminem in damnum conjicit, nec a damno eripit, a damno non liberat, etiamsi sit rusticus, *l. 1. C. de interd. matr. l. 2. C. de in jus vocan.* Verum sunt quidam casus legibus expressi, quibus ignorantia juris prodest fœminis et rusticis, ne in damnum incidant, et hi sunt maxime, in quibus dolus aut delictum versatur. Juris ignorantia excusat rusticos a dolo certis casibus, qui sunt in *l. si quis in gravi, §. Si quis, ad Syllanian.* Species hæc est. Ex SC. Syllaniano tenetur pœnali actione, qui aperuit tabulas testamenti; occiso testatore, necdum quæstione habita de occisione. At hoc si dolo malo. Quod si ignarus SC. fuit, veniam meretur, id est ignorantia facit, ut pœna eximatur; item in *l. si quis id quod §. doli, de jurisd. omn. judic.* qui corrumpit dolo malo album, tenetur actione pœnali in 500. aureos, *l. 2. si quis in jus vocat. non ierit, l. 1. §. ult. de edendo, l. Divus §. pen. ad leg. Cornel. de fals.* Ex SC. Liboniano scriptor testamenti, qui sibi aliquid adscribit, tenetur pœna

falsi, nec veniam mereatur, si jus ignoraverit, nisi fuerit fœmina aut rusticus, *d. l. Divus §. pen. l. sed etsi lege §. scire, de petit. hæred.* Prædo non videtur qui jus ignorat: juris igitur ignorantia in fœminis et rusticis non comparatur dolo, dummodo delictum non sit jure naturali prohibitum, ut incestus inter parentes et liberos: inter ceteros enim jure civili tantum prohibetur. Item furtum *l. probrum, de verb. signif.* hoc enim unicuique innatum est. Huc pertinet *l. regula §. sed juris,* ait ibi : *Juris ignorantia non prodest.* Hoc ita est accipiendum, si suppetat copia JC. qui possit consuli. Deinde subjicit, *quod raro contingit* : sensus est : Juris ignorantia non prodest, scilicet si sit copia Jurisperiti. Rustico juris ignorantia prodest, qui copiam non habet jurisconsulti. Verum hoc raro accipiendum est nam : rusticitati certis tantum casibus parcitur : regulariter non parcitur.

Ad L. IX.

L. IX. Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere : facti vero ignorantiam non nocere. Videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit, ante præmisso, quod minoribus vigintiquinque annis jus ignorare permissum est. Quod et in fœminis in quibusdam causis, propter sexus infirmitatem dicitur. Et ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non læduntur. Hac ratione , si minor vigintiquinque annis filiofam. crediderit subvenitur ei, ut non videatur filiofam. credidisse.

§. 1. *Si filiusfamilias miles a commilitone hæres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire: per constitutiones principales jus ignorare potest : et ideo ei dies aditionis non cedit.*

§. 2. *Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur. Quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam : verum ejus , qui etiam rem, diligenter inquirendo notam habere possit.*

§. 3. *Sed juris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, si Jurisconsulti copiam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut cui facile sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia, quod raro accipiendum est.*

§. 4. *Qui ignoravit, dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis. Et ideo tametsi existimet se non a domino emere, tamen , si a domino ei tradatur, dominus efficitur.*

§. 5. *Si quis jus ignorans, lege Falcidia usus non sit nocere ei dicit epistola Divi Pii. Sed et Imperatores Severus et Antoninus in hæc verba rescripserunt . quod ex causa fideicommissi indebitum datum est, si non per errorem solutum est, repeti non potest. Quamobrem Cargiliani hæredes, qui cum ex testamento ejus, pecuniam ad opus aquæductus reipub. Cirtensium relictam solverint, non solum cautiones non exegerunt, quæ interponi solent, ut quod amplius cepissent municipes quam per legem Falcidiam licuisset, redderent, verum etiam stipulati sunt, ne ea summa in alios usus converteretur et scientes prudentesque passi sunt eam pecuniam in opus aquæductus impendi : frustra postulant reddi sibi a republ. Cirtensium quasi plus debito dederint. Cum sit utrumque iniquum, pecuniam, quæ ad opus aquæductus data , est, repeti, et rempublic. ex corpore patrimonii sui impendere : et in id opus, quod totum alienæ liberalitatis gloriam repræsentet. Quod si ideo repetitionem ejus pecuniæ habere credunt, quod imperitiæ lapsi legis Falcidiæ beneficio usi non sunt : sciant, ignorantiam facti non juris prodesse nec stultis solere succurri , sed errantibus. Et licet municipium mentio in hac epistola fiat, tamen et in qualibet persona idem observatur. Sed nec, quod in opere aquæductus relicta esse pecunia proponitur, in hunc solum casum cessare repetitionem dicendum est , nam initium constitutionis generale est : demonstrat enim, si non per errorem solutum sit fideicommissum, quod indebitum fuit, non posse repeti. Item et illa pars æque generalis est, ut, qui juris ignorantia legis Falcidiæ beneficio usi non sint (nec,) possint repetere, ut secundum hoc possit dici, etiam si pecunia, quæ per fideicommissum relicta est, quæque soluta est, non ad aliquid faciendum relicta sit, et licet consumpta non sit, sed exstet apud eum, cui soluta est, cessare repetitionem.*

Primo proponitur regula. Deinde addit exceptionem, tum de speciebus tractat, in quib. ea regula locum habet. *Facti ignorantiam non nocere, juris autem nocere, §. sed juris, inf. hac l.* Ait *Juris ignorantiam non prodesse.* Et vero regula ita accipienda est, non quasi juris ignorantia damni causa sit, sed quasi nec lucri causa sit Ergo juris ignorantia neminem lucro afficit, neminem etiam damno eximit, neminem etiam damno afficit. Contra vero facti ignorantia lucro afficit, et damno eximit damno vero non afficit. Addit quasdam exceptiones , quibus ostendit quosdam esse, quos ignorantia juris excusat. Primo enim excusat minores 25. annis: ideoque si talis pecuniam crediderit, filiofamilias ignarus Senatusconsulti Macedoniani, creditum non amittit, *l. verum §. ult. de minor.* Sic etiam si minor 25. annis solvat indebitum per errorem juris, ei non denegatur condictio, *l. 2. C. si advers. solution.*

Impuberes multo magis excusantur, quibus tutor auctor non fuit, *l. ult. h. t.* At impuberes ipso jure excusantur: minores autem causa prius cognita a Prætore, *l. 3. ad Macedon.* Excusantur etiam fœminæ et rustici certis tantum casib. et hoc ubi delictum non est, sed legum ignorantia: delictum scilicet, quod jure naturali prohibitum sit ut furtum adulterium, stuprum: nam juris naturalis ignorantia neminem excusat. Verum, si crimen tantum descendat ex jure civili, etiam fœminas et minores juris civilis ignorantia excusat *l. si adulterium cum incestu, inf. ad. l. Jul. de adult.* Ut si mulier minorve contrahat cum fratris filio, aut minor cum sororis filia, incestum jure civili committitur, non autem jure gentium, *l. ult. de rit. nupt. in d. l. si adulterium.* §. *fratres*, ubi pro *Claudiæ*, legendum *Claudio.* Ait enim eum excusari propter minorem ætatem, Claudia propter sexum excusaretur. Incestum igitur quod contrahitur jure civili, excusatur ætate et sexu. Additur in *d. l. si adulterium* §. *incestum*, id crimen excusari rusticitate manifesta; quam sequatur correctio, et pœnitentia: qui per rusticitatem tale matrimonium contrahit, invitus contraxisse videtur, si modo errore comperto statim abstinuerit: requiritur enim pœnitentia: nam si non statim corrigat factum, non videtur invitus fecisse. Aristoteles 3. *Nicomach.* ea quæ dolorem et pœnitentiam ei non adferunt, non videtur invitus fecisse. Id quidem non videtur invitus fecisse, sed tamen non volens. Invitus enim est, quem post pœnitet, non volens, qui non corrigit factum. Hæc differentia frequens in jure est. Invitus est, qui palam dissentit, id est, qui dicit, ego nolo. Non volens est, qui tacet, *l. invitum*, *de servit. urb. præd. l. 3. de reg. jur.* Accurs. in *h. l. regula*, ut ostendat, quibus casibus liceat fœminis jus ignorare adfert *l. mulier. inf. ad Turpil.* Verum mala ea utitur. Sciendum est, mulierem non jure accusare, nisi suam aut suorum injuriam persequatur, et eo casu si desistat ab accusatione, quod est tergiversari, incidit in Senatusconsultum Turpillianum, *l. pen. C. ad Turpil.* At quid si suam injuriam non persequatur, et tamen accuset et postea desistat, an incidet in Turpillianum? minime, *l. 1.* §. *accusationem, inf. ad Turpil.* ubi id refertur ex responso Papiniani in *d. l. mulier.* Ideoque ex eod. §. in *l. mulier*, est addenda negatio: *Mulier falsi crimine propriæ injuriæ desistens, etc.* legendum: *non propriæ injuriæ.* Præterea Accurs. Adfert. *l. 2.* §. *ult. de jure fisci*, ubi etiam non tractatur de errore juris, sed de errore facti proprii, seu juris sui. Verba sunt: *Ignarus juris sui*: hic non est ignarus juris civilis, sed qui in facto proprio errat, *l. 3. h. t.* Male etiam utitur *l. si cum dotem* §. *si mulier, solu. matrim.* Ibi enim etiam est error facti. Mulier pro marito inopem expromissorem dotis accepit: hoc est errare in facto non in jure. Postremo male utitur *l. 1. C. de fals. mon.* nam ea etiam est de errore facti. Species: domus, in qua est cusa falsa moneta, fisco vindicatur, etiam si non fuerit eorum, qui cuserunt monetam, scilicet si dominus illius domus fuerit in vicinia, id est in vicinia habitaverit, nec de eo quicquam inquisierit: nam ab eo domino exigimus curiositatem delatoriam extremamque, quod si omiserit, etiamsi non sit conscius facti, domum amittit. Verum hæc extrema diligentia non exigitur a vidua, hoc etiam nihil ad errorem juris. Verum superioribus conjungendi sunt milites, quos etiam juris ignorantia excusat, non tantum ut damnum non patiantur, *l. 2. C. eod.* sed etiam ut aliquid lucrentur et acquirant, ut si miles intra annum sibi delatam hæreditatem non adierit, potest prætendere juris ignorantiam, quamvis locuples sit hæreditas, et post diem admittetur: §. *si filiusfam. h. l.* In cujus species miles filiusfam. in jure errabat, quia putabat hæreditatem castrensis peculii non posse adiri injussu patris. Hæreditas castrensis est, quam testamento commilito relinquit, *l. Pannonius, supr. de acquir. hæred.* Plus igitur tribuitur militibus, quam fœminis, quas juris ignorantia certis tantum casibus excusat, milites autem semper. Item in lucris non excusat fœminas, *l. 8.* ac milites excusat. Puto etiam excusari minorem in lucris, *l. ait prætor*, §. *ult. sup. de minor.* Nec novum est hoc, quod plus tribuitur militibus: nam in militum testamentis venia datur ob ignorantiam juris, non item fœminis. Mulieres enim communi jure utuntur, milites autem jure singulari. In §. *qui ignoravit*, tractatur de ignorantia facti. Finge: emi rem a domino, quem putabam non esse dominum, eamque traditam accepi, erravi in facto. An dominium rei mihi acquiritur? placet acquiri, neque ille error facti mihi nocet. Igitur in hac specie spectatur potius quod in re est, quam quod in opinione emptoris. Nam facti ignorantia ut acquiram prodest, ut non acquiram, non nocet, *l. 2.* §. *si sub condit. et* §. *si a pupillo*, *pro emp.* Sed in §. *si a pupillo*, sic legitur: *plus esse in existimatione*, *quam in re*, sed legendum est: *plus esse in re*, *quam in existimatione, ut in l. impuberem,* §. *sed etsi*, *ad leg. Cornel. de fals.* At diversum est in ignorantia juris: ea enim ut acquiram non prodest: ideoque si emi rem, quæ potest usucapi, existimans eam non posse usucapi, eam non usucapiam. Sic igitur hoc casu potius spectatur quod est in opinione mentis meæ, quam quod in re ipsa est, *l. si fur*, §. 1. *de usurp. et usucap.* In summa, quoties quæritur, utrum potius sit spectanda opinio, quam veritas,

statuenda est differentia inter factum et jus: nam ubi veritas potior spectatur, in illis agitur de errore facti. At ubi potior est opinio, in illis agitur de errore juris. Hæres necessarius putat se esse voluntarium errore juris, repudiat, vel adit, nihil agit. Spectamus enim hic potius opinionem, quam rem ipsam. Ignorantia facti non nocet, et ideo ut non noceat, rem potius, quam ipsam ignorantiam spectamus §. *qui ignoravit.* Rursus ignorantia facti prodest; at ut prosit, tunc ipsam potius, quam rem spectamus. Huc pertinet *d. l.* 2. §. *si a pupillo et l. is qui, de acquir. hæred.* Ut ponamus in ea lege errasse in facto. Ignorantia autem juris nocet, quia lucro non afficit, nec damno eripit, et ut noceat, ipsam ignorantiam potius, quam rem spectamus. Rursus damno non afficit, et tunc ne damno afficiatur rei veritatem potius quam ipsam ignorantiam spectamus. Sequitur §. *si quis jus.* Quidam hæres solvit solidum legatum, ignarus legis Falcidiæ, quæritur, an habeat condictionem indebiti. Minime. Confirmatur rescripto D. vi Pii, et Severi et Antonini. Generaliter, qui solvit indebitum per ignorantiam juris, non habet condictionem indebiti. Objicitur: ignorantiam juris in damnis non nocere, *l.* 2. *et* 8. At si qui solvit per ignorantiam juris, solutum non repetit, ignorantia juris eum damno afficit, quia suum non potest repetere. Hoc negandum est: nam ipso jure soluti condictio non competit, licet indebitum dicatur, sed error facti locum condictioni facit; idem error juris non facit. Igitur error facti damno illum eximit: error juris non item: verum nec hic, nec ille damno afficit quemquam: et hoc est quod dicitur: in damnis errorem juris non nocere. Sed explicanda est species hujus §. Quidam testator legavit certam pecuniam. Reipublicæ Cyrensium in opus aquæductus, lex Falcidia etiam locum habet in legatis Reipubl. relictis *l.* 1. §. *ad municipium, ad leg. Falcid.* Non tamen in iis, quæ Deo relinquuntur. Finge: locus est Falcidiæ, quoniam hæreditas onerata est legatis. Hæredes eam pecuniam Reipub. integram solverunt, et exegerunt cautionem a curatore Reipubl. ne ea pecunia in alios usus impenderetur, quam in aquæductus: cautionem vulgarem (quæ solet exigi cum in dubio solida legata præstantur, quanto amplius quam per legem Falcid. acceperis reddi) non exegerunt. Quinimo postea scientes passi sunt eam pecuniam consumi in aquæductus, et operi nomen testatoris inscribi, *l.* 2. *de operib. pub.* Nunc quæritur, an hæredes possint uti condictione indebiti, quia solidum legatum solverunt? Imperatores ajunt eis non dari condictionem. Cur id? An quia ab initio scientes solverunt plenioris fidei exhibendæ gratia, quo casu constat cessare condictionem. At hoc non ponitur hic. Sed hoc tantum, postea eos scientes passos pecuniam consumi in opus aquæductus; itemque eos non exegisse vulgarem cautionem. Cur igitur non competit condictio? Imperatores respondent, quia pecunia est relicta in opus aquæductus: item quia operi jam inscriptum est nomen testatoris. Est autem iniquum, ut opus aliquod repræsentet gloriam alienæ munificentiæ, quod pecunia publica constructum sit. At constructum erit pecunia publica, si sit dati repetitio: ideoque censent Imperatores, hic hæredes pro scientibus haberi: ideoque non habere condictionem indebiti. At si liquido constaret eos solidum solvisse per errorem facti, cum se licet putarent locum non esse legi Falcid. tunc dabitur condictio. At quid si solvissent solidum per ignorantiam legis Falcidiæ? eo casu cessaret repetitio. Nam errantibus in facto subvenitur, non stultis, id est, juris ignaris. Et generaliter error juris non dat condictionem indebiti, *l. cum quis, C. de jur. et fac. ignor. l. error, C. ad leg. Falc. l.* 2. *C. si advers. solut. l. illud, sup. de min.* Ubi excipitur minor, cui licet jus ignorare: nam si per ignorantiam juris solvat, condicit. Id etiam confirmatur ex eo quod leges quædam condictionis indebiti exigunt nominatim errorem facti, *l.* 6. *l.* 7. *C. de cond. indeb. l.* 6. *C. de jur. et fac. ignor.* Igitur juris ignorantia non parit condictionem indebiti. Opponitur *l.* 5. *C. de cond. indeb.* Species hæc est. Emancipatus patri jure honorario successit, non intra tempora constituta agnoscendæ bon. poss. itaque non successit cum re. Verum putat se esse successorem patris, atque ita videtur errare in jure, qui putat se succedere posse post tempus: hoc errore ductus solvit creditoribus paternis: lex ait, esse condictionem indebiti. Dicendum est, non esse errorem juris, errat enim in facto, quia putabat tempora nondum præteriisse. Si sciebat tempora præteriisse, et tamen putabat post annum se posse succedere, errabat in jure, et ideo soluta non est repetiturus: præterea opponitur *l. eleganter,* §. *si ob transactionem, de cond. indeb.* Oratio est D. Marci quæ vetat transigi de alimentis futuris ultima voluntate relictis, sine decreto prætoris. Facta est transactio contra illam constitutionem, et solutum est ex ea transactione. An repetetur? Lex ait, repeti. An si solverit ignarus constitutionis repetet? Sic videtur. Nec mirum: nam etiam ignarus ejus constitutionis, si solverit, repetet, quia illa transactio pro infecta habetur. Dicendum, hac in re multum interesse, utrum indebitum sit solutum, an quasi ex causa transactionis: nam etiamsi transactio fuerit utilis, quod solutum est ex utili transactione non repetitur, etiamsi res nulla sit media, id est, etiamsi adversarius in lite nihil juris habuerit. At quod

solutum est quasi debitum, repetitur, si res nulla sit media, *l. in summa, de cond. indeb.* Tertio opponitur *l.* 1. § 2. *ut in poss. legat.* Species hæc est. Heres debet cavere legatariis in diem, vel sub conditione, *l. filiusf.* §. *iidem Princip. de leg.* 1. Quæritur, an hæc cautio possit remitti a testatore, ut si testator prohibeat legatarium satis accipere? Ex Const. D. Marci potest remitti, ac tum satisdare heres non cogitur, *l.* 2. *C. ut in poss. leg.* Finge: heres cui remissa erat ea cautio testamento, eam præstitit legatario. An potest eam condicere quasi indebitam? Distinguendum: aut per errorem facti ita cavit, ut quia ignorabat eam sibi remissam: et ita condicet. At si erravit in jure, ut quia credidit non potuisse remitti, lex ait, posse condicere. Sed ex eadem ipsa lege solutio petenda est: ait enim, *benigne hoc posse dici.* Hæc est sententia: ipso jure non esse condictionem, quia jus ignoravit. At benigne etiam subvenitur majori. Et vero *l. illud, de min.* ostendit, interdum majoribus subvenire, nedum minoribus. Igitur succurri ipsis, qui solverunt errore juris, etiam ex ea causa, quæ per initiationem crescit, causa cognita a prætore, et dabitur illis tum utilis condictio indebiti, id est, restitutoria. Objicitur præterea: etiam ignoranti condictionem indebiti dari, non scienti: is enim donare videtur. Ignorans ibi non accipitur pro imperito juris, sed pro rerum et factorum ignaro.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. I. Lib. XXIII. Dig. De sponsalibus.

Ad L. I.

Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.

Definitio est in *l.* 1. per mentionem explicat græcam dictionem μνηστεία. Repromissio significat nudam cautionem sine satisdatione. Et fiunt ergo sponsalia per stipulationem sine fidejussione. Potuisse autem accedere fidejussorem testatur Servius in 10. *Æneid.* Interponebantur autem mutuæ stipulationes, et ex iis agebatur in id, quod intererat, si non sequerentur nuptiæ. Et inde nata est appellatio et sponsus et sponsa, non ut Verrius Flaccus in Festo quod σπονδὰς faciant. Si non interveniebat stipulatio, non appellabatur sponsa, sed sperata, vel dicta, vel pacta.

Hodie tamen fiunt sponsalia sine stipulatione, nudo consensu, et ex eo est obligatio, maxime si intervenerint arræ, *l.* 1. *h. t.* Retinent tamen appellationem veterem, sicut emancipationes, licet nulla interveniat emancipatio, id est, nulla imaginaria venditio. Olim igitur sponsalia non poterant fieri inter absentes, hodie possunt quia nudo consensu constituuntur. Et huc pertinet *l. ult. h. t.* quæ ostendit, plerumque sponsalia constitui per interpositas personas, id est, per pararios, vel proxenetas, parentes illis dant mandatum quærendi mariti, *l. generaliter, inf. tit. prox.* Et dicuntur etiam interpretes et sequestres in *l.* 1. *C. Th. de nup.* Eadem significatione dicuntur etiam ἑρμηνευταὶ, et salarium quod eis datur ἑρμηνευτικὸν *l. ult. de proxenet. inf.* Fuit constitutio quædam Græca de modo ἑρμηνευτικοῦ quæ desideratur in *C. tit. de sponsalib. et arris sponsalitiis, et de proxeneticis:* nulla extat lex sub eo tit. quæ loquatur de proxeneticis, quia desideratur Græca constitutio de proxeneticis, cujus tamen summa extat, apud Harmen. *ib.* 4. *Epitom.* Sententia est hæc, ut illi προξενέται τῶν γάμων, interpretes nuptiarum, non petant ἑρμηνευτικὸν ob eam rem, nisi de eo nominatim convenerit, alias petunt, etiamsi nihil convenerit. Itemque ut nec conveniri possit supra vicesimam partem dotis et donationis propter nuptias: ἑρμηνευτικὸν eam quantitatem non potest excedere, ut tradit ibi Harmenop. Ergo quæ sunt interpositæ personæ, hæ dicuntur proxenetæ sive ἑρμηνευταὶ. Notandum ad eam legem ultimam, eam pertinere ad edictum *de his qui notantur infamia*: est Ulp. ex *lib.* 6. *ad edict.* Ex eo edicto notantur infamia qui eod. tempore bina sponsalia constituta habent suo nomine: nam si alieno nomine habent, non notantur, *l. quid ergo* §. 1. *de his, qui not. infam.* quæ est conjungenda cum *l. ult.* Est enim eadem inscriptio. Igitur ex eo titulo apparet per alium posse sponsalia constitui, quod et monuit Ulpian. de eo edicto tractans. Ergo inter absentes possunt sponsalia constitui. At notandum etiam absentem absenti posse in *l.* 4. Male ibi vulgo legitur *desponsari*, bene, *desponderi.* Hæ desponsiones fiunt a parentibus eorum, quorum de conjunctione agitur, *l. Titia, de verbor. oblig. inf. l. tutor, inf. tit. prox. l. qui pupillam, ad l. Jul. de adulter.* Exigitur et filiarum consensus, in *l.* 5. ut filia non nolit, id est, ut non dissentiat, non contradicat: non exigimus, ut velit. Nam hac in re taciturnitas pro consensu habetur. Uno casu tamen dissentire potest, si pater turpem sponsum deligat, *l.* 12. *hoc. t.* Cui subjicitur statim in *l.* 13. quod notandum est *filiofamilias dissentiente, etc.* Videtur significari, differentiam esse inter filium et filiamfamil. quæ uno tantum casu dissentire potest. Itaque major potestas patris in despondenda filia, quam filio: nec est alienum a ratione: non temere

dissentiet filia, temere filius, et ex quacunque causa: nam in quæstione nuptiarum etiam statuitur differentia inter filium emancipatum et filiam emancipatam: filius emancipatus etiam minor 25. annis potest conjugem ducere absque consensu patris; *l. filius, tit. prox. inf.* Filia minor non potest, *l. viduæ, C. de nup.* Nota ad *leg.* 13. eam etiam pertinere ad edictum de his, qui notantur infamia, vel ex 5. Paul ad edictum. In eo lib. tractavit de edicto, de iis qui notantur infamia. Edictum est, notari infamia eum, qui uno eodemque tempore bina sponsalia suo nomine habet. Item is, qui nomine filii habet bina constituta sponsalia, quem in potestate habet. Videtur autem bina constituisse si passus est filium ea sibi constituere, quo casu uterque infamis est, *d. l. quid ergo* §. 1. passus, id est, cum posset prohibere, nec fecit: alioqui crimen nullum patitur, quando non potest prohibere, *l. nullum de regul. juris:* quod notandum. Nam nondum ad eam legem posita est species apta ex 5. Pauli ad edictum qui notantur infam. Sensus ejus erit: nullum crimen patitur, idest, non patitur pater crimen si non prohibet bina sponsalia a filio constitui, cum prohibere non potest. Et vere desideratur negatio in illa regula Florent. *cum prohibere potest*: rectius *cum prohibere non potest.* Et merito qui Pandectas Florentinas excuderunt, *non*, addiderunt. Sic et Harmenop. legit *ὁ μὴ δυνάμενος, κωλῦσαι.* Ergo edicto qui notantur infamia comprehenditur etiam pater qui filii nomine bina sponsalia constituet; hæc autem non constitui non consentiente filio, ostendit lex 13.

Ad L. IV.

Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia.

In l. 4. quæritur an nuptiæ vel sponsalia inter absentes possint contrahi? Edictum de his qui notant. inf. indicat posse: nam edictum loquitur de eo qui suo nomine binas nuptias constitutas habet. Ergo alieno nomine posse constitui indicat, *l.* 6. *tit. prox. inf.* quæ est conjungenda cum *l.* 4. *h. t.* Est eadem inscriptio hoc modo. In l. 4. dixit, sponsalia posse constitui inter absentes: subjicit, nuptias etiam verum in *l.* 6. male legitur, *cum qui absentem accepit uxorem.* Nam ut indicat *l.* 5. *tit. prox.* absens mulier non potest uxor accipi. Nam non accipitur, quin et ducatur domum mariti, atqui absens non potest duci. At absens potest ducere per alium in domum suam uxorem potest aqua et igni accipere, ut olim fiebat, et domum ducere per procuratorem. Ergo legendum, *eum absentem qui*, vel *eum qui absens*, quod exigit etiam necessario *l.* 5.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Titulum VI. De vulgari, et pupillari substitutione, Lib. XXVIII. Digest.

Ad L. I.

Hæredes aut instituti dicuntur, aut substituti: instituti, primo gradu: substituti, secundo, vel tertio.

§. 1. *Hæredis substitutio duplex est aut simplex, veluti: Lucius Titius hæres esto: si mihi Lucius hæres non erit, tunc Sejus hæres mihi esto: si hæres non erit, sive erit, et intra pubertatem decesserit: tunc Gajus Sejus hæres mihi esto.*

Hæc tria juris verba ponenda sunt, institutio, substitutio: restitutio, ἔνςασις, ὑποκατάςασις ἀποκατάςασις. Institutio est, quæ fit verbis directis primo gradu, de qua sup. tit. prox. substitutio est institutio, quæ fit verbis directis secundo gradu vel sequentibus, hoc est quod ait *l.* 1. Ulpian. in *Frag.* plenius (*secundo vel sequentibus*) qui dicitur secundus institutionis est primus substitutionis, *l. in tabulis, inf. de statulib.* Restitutio est institutio, vel substitutio precaria, vel fideicommissaria. De qua in tit. ad SC. Trebell. Verba directa hæc sunt *hæres esto*, quæ et imperativa, et civilia dicuntur. Precaria sunt *rogo, peto, volo, mando*, quæ et precativa et inflexa, et fideicommissaria, *καὶ παρακλητικὰ* a Theophilo, nusquam obliqua dicuntur: communia quædam dicuntur in *l. jam hoc jure, inf.* quod communia sint utrique substitutioni, non quod precaria sint et directa. Sunt quædam verba precaria et directa, sed non ideo dicuntur communia: ut *jubeo*, directum est: item et precarium in *l. Aurelianus* §. *ult. de lib. leg.* sunt verba, quæ nec sunt precaria, nec directa, id est, quæ hæredes non obligant, ut *commendo*, *l. ex verbo C. de fid. libert.* Quæritur quomodo accipi oporteat gradum? an pro loco, ut Accursius: scio hæc duo verba nonnunquam confundi, proprie tamen inter ea multum interest: nam hæres instituitur primo loco, vel secundo, vel tertio, *l.* 1. *l. qui non militabat, sup. tit. prox.* At non instituitur hæres, nisi primo gradu, secundo institutus substitutus est. Omnes igitur instituti primo gradu, non tantum primo loco scribantur: secundo loco scriptus substitutus est, secundo gradu est cohæres, *l.* 55. *sup. tit. prox.* qui et adjectus dicitur,

ut dixi in *l.* 25. *sup. qui test. fac. poss.* et secundus hæres plerunque etiam substitutus. Præterea locos etiam numeramus secundum ordinem successionis. Et in summa, tot sunt gradus hæredum, quot sunt vices deferendæ hæreditatis, et successionis: institutus ergo est cui primo loco, substitutus cui secundo defertur hæreditas, vel tertio etiam substitutus instituto succedit: et cui primo defertur hæreditas substitutus dici non potest, *l.* 13. *inf. eod.* quæ ait, *quo gradu*, non *quo loco*, non ante hæredis institutionem, vel post, sed in substitutione pupillari, quæ fit liberis impuberibus, non habemus delectum ordinis: sicut vulgaris substitutionis, sic et pupillaris possumus plures gradus facere, *l.* 2. §. *ult. l. in tabulis inf. de statulib.* Itaque sic possumus filio impuberi substituere, *si intra pubertatem decesserit: Primus hæres esto, si Primus hæres non erit, Secundus hæres esto, etc.* atque ita plerunque his verbis proprie utimur. Item plerunque successio æstimatur non tam ratione gradus et successionis, quam scripturæ: ut cum pater pupillo exhæredato substituit secundum gradum. Itaque prius sibi scribit hæredem, deinde filio exhæredato substituit: duo sunt gradus hæredum, sed utraque hæreditas eodem gradu non defertur, neque alter gradus alteri succedit, et si rationem successionis spectemus non est substitutio, si scripturam, substitutio est: eadem ratione in formula Aquilii Galli nepos substitutus videtur, qui tamen semper institutus, nunquam substitutus dicitur, *l. cum in testam.* 37. *sup. tit. prox.* et passim in *l. Gallus, de lib. et post.* hoc casu videntur quidem duo gradus facti, sed ita ut ex uno tantum deferri possit hæreditas, non utroque, *d. l. cum in testamento.* Finge: *Titius hæres esto, si Titius hæres non erit, Cajus hæres esto*, Titius decessit vivo testatore. Itaque ei nunquam delata est hæreditas, *l. delata, inf. de verb. signific.* at post mortem testatoris Cajus admittitur quasi substitutus, licet ei primo deferatur hæreditas post mortem quoniam aliquo casu potuit utrique deferri hæreditas, ut si Titius supervixisset, et mox repudiasset, *l. cum ex filio* §. *ult. inf.* hic notandum est, interdum habita ratione scripturæ dici aliquem sibi ipsi substitutum, licet ei semel tantum deferatur hæreditas, ut si ita dictum sit: *Titius hæres esto, si navis ex Asia venerit*, si non venerit idem hæres esto. Si non venerit, non est Titio ex prima scriptura delata hæreditas, sed ex secunda, *l. sed si plures* §. *ult. inf.* itaque substitutum quandoque ordo successionis facit, plerunque non tam ordo successionis, quam scripturæ. Species substitutionis duæ sunt vulgaris et pupillaris: ut indicat inscriptio hujus tituli: ex successionis substantia substitutionem metiri oportet, ut traditur a Gajo in Institutionib. et in *l. precibus, C. de impub. et aliis subst.* est primus casus, est secundus. Primus est non acquisitæ hæreditatis, secundus acquisitæ et mortis simul, et hic est pupillaris, vel mortis tantum, ut cum fit exhæredato: hæ etiam dicuntur causæ substitutionum, *l. cum ex filio* §. *filio, inf.* Pater qui habet filium impuberem, potest filio in singulis causis singulos hæredes substitutos dare: causas vocat, quemadmodum *d. l. precibus, casum: nullas*, id est, *non: Atticus nullus venit*: Apud Ciceronem ad Atticum, id est, *non venit*: et tum Sosipater notat usurpari pro adverbio. Aliæ vero non sunt substitutionum causæ, ergo nec aliæ species. Sed differentiæ earum sunt. Substitutio vulgaris est ex duodecim tabulis, *l. verbis legis, inf. de verb. signific.* ait substituendi vulgari modo. Data etiam ea l. est potestas legatariis substituendi, *l. ut hæredibus, de leg.* 2. *l. Publius, l. avia, inf. de condit. et demonst.* Substituitur et tutorib. *sup. de testam. tut. l. pen. hoc modo: Sejo centum lego, si ea Sejus repudiaverit, aut ante me morietur, eadem Titio lego, et filio meo tutorem do Mævium: si Mævius ante mortem meam finitosve tutelæ annos obierit, Cajus hæres esto.* At substitutio pupillaris est introducta moribus, *l.* 2. *inf.* quæ fit jure patriæ potestatis, quod jus moribus est inductum: item vulgaris fit communi jure, pupillaris proprio jure potestatis, Ulpian. in Frag. vulgaris fit cuilibet ætati et personæ, pupillaris pupillo et usque ad quatuordecim annos. Sunt, ut Goveanus, qui putant vulgarem substitutionem dici quod sit legitima. At pupillaris est etiam legitima: nam mores sunt pro legibus, et formula frequentissima: pupillaris dicitur vulgaris, *l. in vulgari, inf. de verb. signific.* Item pupillaris finitur pubertate, vulgaris aditione. Postremo per vulgarem testator sibi hæredem facit, per illam non sibi, sed pupillo: ideoque testamentum pupilli dicitur. Iniquum quidem est ut possit quis alteri hæredem dare, in pupillo tamen hoc receptum est morib. ut possit a patre dari. Hæ sunt duæ tantum species substitutionis, si rationem successionis habeas: at si personas, aut alia accidentia spectes, multæ sunt aliæ. Si personas respicias sunt tres, vulgaris, pupillaris, et Justinianea, quæ a doctorib. exemplaris dicitur, et fit furiosis, et fit etiam in secundum casum, et est similis pupillari. Itaque non propterea sunt plures casus aut causæ: ita accipiendus est titulus *de impub. et aliis subst. t.* aliis, idest, furiosorum et extraneorum. At si scripturæ et concipiendæ substitutionis rationem habeas, varia erunt genera: nam quandoque primus gradus exprimitur: quandoque secundus: cum primus tantum, est vulgaris simplex, cum secundus tantum, est

pupillaris, cum uterque, est vulgari pupillaris, ut Theophilus appellat, et de ea in hac lege agitur. Quandoque nullus gradus exprimitur, ut Titius hæres esto, ei substituo Cajum, ut in *l. jam hoc jure, inf.* hæc substitutio vel est vulgaris, vel pupillaris, vel duplex: nec quicquam interest si mutuo substituas hoc modo: hæredes meos invicem substituo: nam et semper idem dici potest. Hodie omnis substitutio facta pupillo est duplex, *d. l. jam hoc jure*: inest enim vulgari pupillaris, et contra. Est quædam alia quam vocant compendiosam (sed nullibi sic dicitur) quæ fit compendio orationis. Sed sic dicas. In secundam casum substitutio fit, vel expressa certa ætate, vel compendio, ut *si filius hæres erit et decesserit, Cajus hæres esto*, et hæc intra pubertatem valet: ideoque si post pubertatem fiat, non valet, nisi in milite: tum enim valet jure fideicommissi: itaque non possunt dari nisi duæ causæ, aut casus substitutionum: ex accidentib. sunt infinitæ divisiones, sed substantiam spectare oportet in divisionib. Tentari vero potest duplicem substitutionem non esse quam pro duplici Jurisc. Modestinus proponit. Exprimitur quidem uterq. casus, sed hæc verba, *Tunc Cajus hæres mihi esto*, vulgari tantum substitut oni conveniunt, non pupillari, quia per pupillarem non mihi, sed pupillo testamentum facio et hæredam: sed receptum est id quod etiam Accurs. notavit, hanc substitutionem duplicem esse, perinde ac si (mihi) adjectum non esset. Quod confirmat, *l. si ita scriptum §. si filio, inf. de bon. poss. sec. tab.* ex quo ostenditur idem etiam esse dicendum in pupillari simplici, quæ etiam ita recte fit, *si hæres erit et intra pubertatem decesserit: tunc ille mihi hæres esto*: idque etiam confirmat *l. cohæredi* 41. §. *ult. inf.* Pater non potest pupillo pro parte testari, substituit enim omnib. pupilli bonis: sed ut si quis pro parte testatus fuerit nullo alio cohærede dato, hæres assem occupat, *l. si quis ita* 23. *sup. tit. prox.* similiter si substituit pater pupillo in certis rebus, substitutus omnia bona nihilominus occupat, *l. sed si plures §. ad substitutos, inf.* ita dixit, *si filius ante pubertatem decesserit, Titius in ejus parte hæres esto*, quib. verbis uti solemus substituendo vulgariter, *l. cum quis decedens, inf. d. l.* 3. at finge: pater non in primum sed in secundum ita filio substituit: hic substitutus omnia bona pupilli occupabit etiam adventitia, et hæc verba quasi menda detrahuntur conservandæ voluntatis causa. Ait *non videri cum vitio*: nam quod inest vitium detrahitur et circumscribitur.

Ad §. 2. Substituere.

§. 2. *Substituere liberis tam hæredibus institutis, quam exhæredatis possumus: et tam eum, quem hæredem nobis instituimus, quam alterum.*

Substituere possumus liberis exhæredatis in secundum casum nam cum dicimus non substituere liberis, pupillarem substitutionem intelligimus, hoc modo: *filius exhæres esto, si filius intra pubertatem moriatur, illi Cajus hæres esto*, §. *non solum, de pupil. subst. Instit. l. sed si plures §. si ex asse, h. t.* dicimus autem valere hanc substitutionem etiam si exhæredati liberi obtinuerunt in querela inofficiosi testamenti, *Nov.* 115. ex qua sola institutio infirmatur, cetera firma manent: et generaliter verum est, quoties vitiata sola institutione cetera manent, etiam substitutio pupillaris manet, nedum legata aut fideicommissa, aut libertates, *l.* 2. §. *quisquis inf.* Ad substitutum autem exhæredati, etiamsi in querela obtinuerit, pertinebunt ea quæ postea acquisierit, *d. §. non solum, de pupill. subst.* cui opponitur *l. miles ita §. exhæredato, de te t. mil.* Verum in ea specie substitutus non capit nisi ea bona quæ filius emancipatus: vel etiam extraneus consequutus est a milite: idemque si miles filio exhæredato subst tuerit; quod iniquum et absurdum videtur: itaque non potest defendi lectio ejus §. nam ut Viglius annotavit, verbum *exhæredato* reddendum est superiori §. in quo desideratur cujus species hæc est: miles filium exhæredavit, vel dum sciret eum filium suum esse, omisit quod in milite est exhæredatio, et ei filio substitutum dedit, an ab eo legari possit? minime: licet ampla legata reliquerit exhæredato; sed plenius videamus, an a substituto exhæredati legari possit: aut igitur exhæredato aliquid relictum est, aut nihil. Si nihil, ab eo legari non potest, sed neque ab ejus substituto. Et hoc verum est, etiamsi exhæredatus evincat per querelam: nam manent quidem cetera ex Novella Justiniani: sed non manent ab exhæredato relicta, quoniam a testatore injuria affectus videtur: quemcumque vero testator injuria affecit, invitus non cogitur morem gerere testatoris voluntati, *arg. l. quidam, C. de fideicommiss.* Idem dicendum est si exhæredatus aliunde hæreditatem paternam sibi acquirat, puta per successionem, per interpositam personam, *l. qui fundus §. qui filios, ad leg. Falcid. l. ult. in princ. de leg.* 3. ubi pro *substituit*, legendum est, *instituit*. Quod si aliquid relictum sit: hoc jure a filio exhæredato legari non potest: nam a legatario legari non potest, toto tit. *de singulis rebus per fideic. Instit.* ergo nec a substituto ejus legari poterit: nam quod non possum in te, non possum etiam in hæredem tuum, *d. l. miles ita, §. si miles, l. ab exhæredati, de legat.* 1. Notandum tamen est, a filio exhæredato cui aliquid legatum est, fideicommissum relinqui posse, et hæc est una

ex differentiis inter legata et fideicommissa, quam sublatam esse ostendimus: hic videnda *l. cohæredi* **41.** §. *quod si hæredem, inf.* in quibus verbis alterum §. facio, cujus sententia hæc est. Pater potest directo substituere filio pupillo quem habet in potestate in hunc casum, *si impubes moriatur:* potest etiam pater in eundem casum filio substituere verbis precariis, sive is fuerit in potestate, sive non, hoc modo: *filius hæres esto, si filius impubes decesserit, rogo, ut hæreditatem restituat Titio,* ita fideicommissario hæreditas relinquitur post mortem hæredis. Verum quid fiet in hac specie si filius impubes moriatur? legitimus ei succedit ab intestato, sed detracta Falcidia restituet hæreditatem Titio, qui ei in hunc casum verbis precariis substitutus est, *si scilicet impubes decederet.* Adjicit Julianus posse etiam patrem filio verbis precariis substituere in longius tempus: puta, *si intra trigesimum annum decesserit,* vel quandoque decesserit: nam succedit legitimus. Porro is detracta Falcidia restituet Titio. Deinde ait, iis omnibus locum esse, si testamentum prius sit jure perfectum: nam si non sit jure perfectum, ex eo nihil debetur: nec enim valet jure codicillorum. Denique ex imperfecto testamento, nec fideicommissa nisi nominatim adjecta sit clausula codicillaris, aut ea sit voluntas testatoris. Postea addit tali fideicommisso non comprehendi bona filii propria: filius rogari potest, ut bona quæ accepit a patre restituat: at rogari non potest, ut ea etiam restituat quæ postea acquirat, aut ea quæ jam propria aliunde quæsita habet. Ex eo efficit Julian. ab exhæredato tale fideicommissum relinqui non posse, si ei pater nihil reliquerit: diversum est si pater filio exhæredato aliquid reliquerit per legatum aut fideicommissum: nam tunc potest filium rogare ut intra modum ejus id restituat ex *l. ex facto,* §. *non tantum. inf. ad Trebellian.* Verum hoc casu filius non detrahit Falcidiam, aut legitimus hæres filii, quia hoc casu filius est legatarius, soli autem hæredes Falcidiam detrahunt, nunquam legatarii, *l. lex Falcidia si interveniat*, §. *ult. l. pœnales*, §. *ult. ad l. Falcid.* Et ideo ait hoc loco: *citra rationem Falcidiæ*: id est, non retenta Falcidia, fideicommissum hæreditatis ab exhæredato filio, cui quid relictum est vocat, qui rogatus est pro modo acceptorum, ut Titium hæredem faceret: ergo a filio exhæredato fideicommissum relinqui potest si quid ei relictum sit. Quæro nunc an ab hærede ejus vel substituto possit? id omnino negat Justin. in *l. cum quidam C. de legat.* ubi ponit filium exhæredatum, filio relictum legatum, et tum ait, a substituto ejus filii nec legatum, nec fideicommissum relinqui posse. Quæ sit ratio quæritur, item quo modo in concordiam adducatur ea lex *cum quidam* cum *l.* **5.** §. **1.** *inf. de legat.* **3.** cujus sententia hæc est: hoc jure ab hærede legatur, ab hærede hæredis non legatur, multo minus legatur ab hærede legatarii, quia neque a legatario: ceterum ab hærede hæredis vel legatarii recte relinquitur fideicommissum: idque benignius est: nam benignitatem in fideicommissis spectamus, non jus. Hic quæro, quare non etiam recte fideicommissum relinquitur a substituto exhæredati legatarii? Hodie ex constitutione Justiniani, quæ exæquavit legata fideicommissis, a legatario recte legatur. Item et ab hærede hæredis, vel legatarii, §. *post mortem*, *Inst. de leg.* cur ab hærede exhæredati legatarii non recte legatur? hoc sic explicandum est: multa inutilia sunt quæ fiunt nominatim, quæ si verbis tegantur, inutilia non sunt, et aliquid emolumenti habent: huic sententiæ in hac quæstione omnino locus est: nam ab hærede hæredis legatarii fideicommissum, et hodie etiam legatum relinqui potest, sed non nominatim: hæredis enim hæres incertus est, *l. sciendum*, *de verb. signif.* sed hac formula legatur, *cum mortuus fuerit hæres*, *vel legatarius*, *Titio lego centum, vel Titio C. dari peto: vel pridie quam moriatur*: hoc autem modo nominatim ab hærede hæredis non legatur: itaque hæc legata sive fideicommissa sustinentur perinde ac si essent adscripta ipsi legatario, vel hæredi, non hæredibus eorum: quod si nominatim legata vel fideicommissa relinqueres ab hærede hæredis, nihil ageres etiam hodie: nam hæres hæredis ex nostro judicio nihil feret. Itaque non potest recte ab eo legari propalam, at tacite potest. Quæro an substitutio pupillaris possit fieri liberis præteritis? sed ob præteritionem liberorum totum testamentum ipso jure nullum fit: ideoque et pupillaris substitutio evanescit, *l.* **2.** §. *sed si eos, inf.* neque dicendum est ex Nov. **115.** solam institutionem inutilem fieri: nam in ea Justinianus loquitur tantum de exhæredatione et de præteritione, quæ vicem exhæredationis obtinet, lex enim, de querela inofficiosi, quæ non nisi exhæredatis, aut iis qui præteriti pro exhæredatis habentur, datur: igitur etiam hodie si pater præterierit liberos, testamentum nullum est. Uno tantum casu substitutio facta liberis præteritis valet, si filius æquo animo ferat injuriam patris, et ejus judicium probet, nec vindicet hæreditatem: tum enim dat Prætor bonorum possessionem scriptis in primis et secundis tabulis, *l. filio præterito*, *sup. de inj. rupto.*

Ad §. **3.** *Substituere.*

§. **3.** *Substituere liberis pater non potest, nisi si hæredem sibi instituerit: nam sine hæredis institutione nihil in testamento scriptum valet.*

Pater non potest substituere in secundum casum

nisi sibi hæredem instituerit, vel ipsum filium, vel alium, nam pupillaris substitutio est pars paterni testamenti: ea ratione fit ut injusto, irrito, vel rupto paterno testamento, vel destituto extinguatur pupillaris substitutio, quin et ante Novell. Justiniani rescisso testamento, per querelam rescindebatur etiam pupillaris substitutio, non tamen rescisso testamento per bonorum possess. contra tabul. *l. ex duobus*, §. *ult. inf.* sed hanc in rem omnino videndus est §. *quisquis*, *l.* 2. *inf.* excipiendus est miles, qui potest soli filio testari, *l. in fraudem*, §. *miles*, *l. miles ita*, §. *ult. inf. de milit. test.* quin et filio poterit pro parte testari, *l. sed si plures*, §. *ad substitutum*, *inf.* si destituitur paternum testamentum, non adita hæreditate, pupillare evanescit, et hoc dicitur de extraneo scripto, sed quid dicemus si pater instituerit filium suum hæredem, et is se abstinuerit? hac in re differentia est inter extraneum et suum, nam si suus hæres abstineat se patris beneficio, manet pupillaris substitutio: qui abstinuit se, non desinit esse hæres, etsi actionibus non sit obnoxius: substitutio pupillaris nudi hæredis nomine sustinetur, *l. paterfamilias*, *ff. de bon. auct. jud. possid. l. filius inf. de acq. hæred.* Nunc sic generaliter dicamus, quibus casibus sola institutio vitiatur paterni testamenti, inter cetera et pupillare testamentum manet: ut si quis falso rumore deceptus, testamentum mutaverit, *l. ult. sup. tit. prox.* Idem est si is quem sibi hæredem scripsit pater, in fraudem omisit testamentum, et ab intestato possideat hæreditatem, hoc casu sola institutio destituitur ex edicto, *si quis omissa causa testamenti*: nam ea tunc substitutio pupillaris servatur. Idem dicemus ex Novella Justiniani, si ob causam institutionis institutio vitietur: at quibus casibus totum primum testamentum infirmatur, infirmatur et pupillare: olim cum in totum primum testamentum per querelam rescindebatur, rescindebatur etiam pupillare: verum cum ex eadem causa pro parte tantum rescindebatur, manebat etiam pupillaris substitutio. Denique non tollitur nisi in totum tollatur paternum testamentum, *l. Papinianus*, §. *sed nec impuberis*, *sup. de inoff. test.* sunt quidam casus quibus frater fratris testamentum arguit quasi inofficiosum. At frater fratris testamentum pupillare inofficiosum queri non potest, quia frater sibi id testamentum non fecit: sed si frater patris testamentum inofficiosum dixerit, et pupillare corruit, videlicet si in totum obtinuerit. Quod si pro parte, totum pupillare manet, porro frater exhæredatus agens querela adversus fratrem institutum partem tantum aufert, et pro parte tantum rescindit testamentum: ideoque si fratri facta sit substitutio, pupillaris manet: at cum duo sunt fratres, et uterque exhæredatus extraneo scripto, si unus ex fratribus adversus extraneum agat, et in totum testamentum rescindat, rescinditur et pupillaris substitutio: hodie omnimodo manet substitutio pupillaris, quia sola institutio vitiatur.

Ad L. II.

Moribus introductum est, ut quis liberis impuberibus testamentum facere possit, donec masculi ad quatuordecim annos perveniant, fœminæ ad duodecim: quod sic erit accipiendum si sint in potestate, ceterum emancipatis non possumus.

Origo pupillaris substitutionis statim explicatur: moribus introducta est, non legibus ut vulgaris: nam ex *l.* 12. tab. data est potestas hæredes instituendi et substituendi vulgari modo. Pupillaris fit moribus, quia et fit jure patriæ potestatis, quæ moribus introducta est, *l. patre furioso, sup. de his qui sunt sui vel alieni juris.* Et interdum fit liberis non mala mente, et pro imperio, neque tamen ideo minus utilis est, ut cum fit pupillo bona mente exhæredato: et ideo in *l. cum quidam*, *C. de leg.* articulus, *scilicet*, est accipiendus per ironiam. Addatur, hanc substitutionem fieri liberis impuberibus utriusque sexus, sed non nisi impuberibus: nam et finitur pubertate supremo tantum die anni decimi quarti, vel duodecimi, quamvis is dies completus non sit, quia eo die pupillus vel pupilla testamenti factionem habere incipit, *l.* 5. *sup. qui test. facere poss.* Puberes tum possunt rogari ut hæreditatem restituant: quod genus substitutionis frequentissimum est hodie, §. *ult. de pupill. substit.* et dicitur substitutio precaria, sive fideicommissum hæreditatis, et hac non continentur bona puberis, vel impuberis propria, at substitutione directa etiam propria continentur. Præterea substituimus directo his quibus nihil relictum est, puta exhæredatis, precario non substituimus nisi is quibus aliquid relictum est, *l. cohæredi* §. *quod si hæredem*, *inf.* ergo puberibus substituimus precario. Possumus vero impuberibus substituere non tantum usque ad pubertatem, sed etiam in brevius tempus, puta, si intra decimum annum decesserit, et hoc casu si pupillus post decimum annum decesserit, finitur substitutio, *l. si ita* 21. *inf.* quæ est Ulpiani ex *lib.* 41. *ad Edictum*, in quo tractavit tantum de bonorum possessione. Ideoque etiam in hac l. quæritur de bonorum possessione danda substituto, vel deneganda: item apparet esse conjungendum §. *si primus l.* 2. *inf. de bonor. possess. sec. tab.* testator ita substituit: *si filius morietur intra decimum annum, Primus hæres esto, si intra decimum quartum, post decimum, Secundus hæres esto*: hoc casu si pupillus moriatur intra de-

cimum, solus Primus admittitur, nec hi duo sunt conjuncti. Id etiam probat *l. qui plures* 38. si testator ita duos substituerit, si filius intra decimum annum morietur, Primus hæres esto, si intra decimum quartum, Secundus hæres esto. Finge filium decessisse intra annum octavum, verum est decessisse intra annum decimum et decimum quartum, et hoc casu traditum est, videri unum quemque separatim substitutum, nisi appareat de contraria mente testatoris, *l.* 43. §. *item quæro*, *inf.* Additur in hac l. pupillarem substitutionem iis tantum liberis fieri qui sint in potestate, quia fit jure patriæ potestatis. Notandum vero est, necesse esse ut sint in potestate testamenti et mortis tempore, media tempora non nocent, §. *cum filiæ*, *l. cohæredi* 41. *inf.* cur loquitur de filia non de filio? Sciendum est, magnam olim hodieque, in quibusdam causis differentiam fuisse inter filium, et ceteros liberos: filius nominatim erat exhæredandus, et ceteri inter ceteros: *de exhæredat. liber. Instit.* Item filius non potest institui sub omni conditione, sed sub potestativa tantum, quod et hodie manet, ceteri liberi etiam sub casuali, *l.* 4. *in princ. l.* 6. §. 1. *sup. tit. prox.* Præterea filius nonnisi ter mancipatus, ter manumissus exibat de potestate, ceteri liberi una mancipatione sui juris fiunt, *l. verum* 8. *de inj. rup. sup.* at in substitutione pupillari nulla est inter eos differentia: nam fit liberis æque filio ac filiæ. Item fit liberis cujuscunque gradus, et sicut filius dicitur esse in potestate, ita et reliqui. Eo tantum respexit auctor, quasi diceret nullam omnino esse inter filium, filiam, vel nepotes differentiam: irrita valet initio: sed irrita fit emancipatione, vel alia solutione patriæ potestatis, *l. pater*, *inf. de cap. et post. revers.* Ergo substitutio pupillaris fit iis qui sunt in potestate, et ex his colligunt nostri matrem non posse libere facere pupillarem substitutionem, quod verum est: et in hanc rem adducitur *l. si manet.* 33. *inf. hoc tit.* in qua tamen videntur contrarium statuere hæc verba, *pupillaribus tabulis*, id est substitutione pupillari, *l. pupillares*, *inf. quemad. test. ap.* Quid ergo an mater potest facere pupillares tabulas filio? tota res erit perspicua, si ita statuamus: mater non potest diserte, et nominatim substitutum scribere, filius hæres esto, si hæres erit, et intra pubertatem decesserit, Titius hæres esto: nam sic fit pro imperio: nullum autem habet mater in liberos: et hic notandum est, substitutionem pupillarem fieri vel in casum acquisitæ hæreditatis vel mortis et institutionis, vel mortis tantum, et hoc fit exhæredatis: neutrum in casum recte substituit mater. Potest tamen mater tacite quodammodo substitutionis pupillaris casum inducere, quæ tamen substitutio effectum pupillaris non habet, ut *filius hæres esto*, *cum erit pubes*, *si hæres non erit*, *Titius hæres esto.* Primum valet hæc institutio, *cum pubes erit*: nam hæreditas non recte quidem datur ex die nominatim, *l.* 34. *hæreditas*, *sup. t. proxim.* at si tempus non sit definitum, ut in specie hujus l. non enim dicit, Titius hæres esto post quartum decimum annum; sed cum pubes erit, recte hæreditas confertur in tempus: itaque omnimodo valet hæc institutio: verum in hac substitutione tacite continetur hic casus, *si intra pubertatem decesserit*, qui est casus pupillaris substitutionis: et ea ratione hæc substitutio videtur quodammodo pupillaris. Verum nec formula est pupillaris, item hæc substitutio non habebit effectum pupillaris: nam sic substitutus erit hæres matris non pupilli, et capit tantum bona matris, non pupilli: nam et succedet legitimus. Denique hæc substitutio effectu, et figura verborum est vulgaris, in speciem tantum est pupillaris.

Ad §. 1. *Posthumis.*

§. 1. ***Posthumis plane possumus, nepotibus etiam possumus: et deinceps si qui non recisuri sunt in patris potestatem, sed si eos patres præcedant, ita demum substitui eis potest, si hæredes instituti sint, vel exhæredati: ita enim post legem Vellejam succedendo non rumpunt testamentum: nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit.***

His posthumis substituit pater qui nati futuri erant in potestate: hic posthumi habentur pro natis, quod non semper contingit: nam nato confertur, posthumo non item, *l. ult. C. de collat.* nato defertur hæreditas, et bonorum possessio, posthumo nulla ex parte defertur, *tit. de ventre in poss. mitt.* Posthumus alienus non potest institui qui natus institueretur: substitutio pupillaris non tantum fit liberis primi gradus, sed nepotibus, et ceteris si qui recasuri non sunt in patriam potestatem. Ergo inutiliter substituitur iis qui sunt recasuri: nam substitutio est testamentum pupilli, quod nullum esse potest filiorumfamil. *l. nepotes, de iis qui sunt sui vel alieni juris.* Necesse igitur est nepos cui substituitur, aut teneat locum filii tempore facti testamenti aut post testamentum ex lege Velleja succedendo locum filii tenere incipiat, *l. cohæredi cum filia*, *inf.* alioqui recidit in filii potestatem, quæ res obstat substitutioni: quod si teneat locum filii, necesse est etiam ut instituatur, vel exhæredetur: alioqui nullum erit testamentum ab initio. Si vero nepos tempore facti testamenti locum filii non teneat, quia eum filius præcedat, et postea filius vivo testatore moriatur, succedit nepos in locum sui hæredis ex lege Velleja: nam jure antiquo sui hæredes nascuntur, non

fiunt, *l. Gallus* §. *sequentis*, *et* §. *videndum*. Is igitur nepos in locum sui succedens necesse est ut sit institutus, vel exhæredatus. Hoc similiter non fit in adoptione, vel adrogatione, quamvis utroque casu suus hæres adnascatur. Adoptione testamentum non rumpitur si adoptatus in eo sit institutus. Rumpebatur vero, si in eo esset præteritus, vel exhæredatus: ea enim institutio extranei valuit ab initio, exhæredatio non valuit, *l. filio* §. *ult. sup. de liber. et post. l. non putavit* §. *si quis, de bon. poss. cont. tab.* aliud servandum est in successione: nam successione non rumpitur testamentum, si is qui succedit, sit institutus, vel exhæredatus in eo testamento: succedendo in locum filii qui suus esse desierit vivo testatore non rumpitur testamentum.

Ad §. 2. *Sed si.*

§. 2. *Sed si extraneum quis impuberem hæredem scripserit, poterit ei substituere, si modo eum in locum nepotis adoptaverit, vel adrogaverit, filio præcedente.*

Species hæc est: quidam habens filium, hunc exhæredavit, extraneum instituit: deinde eum adoptavit, vel adrogavit in locum nepotis quasi ex filio natum: hac adoptione testamentum non rumpitur, quia hic nepos avo adoptivo, ut suus non succedit, cum eum filius præcedat: at post adoptionem avus ei fecit substitutionem pupillarem: potest enim facere, *l. si quis cum* §. *si suo, inf. h. t.* an hæc substitutio pupillaris valeat? Dicimus valere, sed duo exigimus. Primum ut adoptio institutionem præcesserit: nam is cui substituatur exigimus ut fuerit in potestate testamenti et mortis tempore: item ut vivo testatore suus hæres esse desierit qui eum præcedebat, alioqui in ejus filii potestatem recidit, *l. si quis nepotem, sup. de adopt.* si desinat esse suus hic nepos locum occupabit, nec successionem rumpet: hæc est species hujus versiculi, *nepotis*, quasi ex filio scilicet, *adoptaverit vel adrogaverit*, ante substitutionem *filio præcedente adoptionis*, vel etiam substitutionis tempore non etiam mortis. Bene autem ait, *si hæredem scipserit*, non autem *si exhæredaverit*: nam si extraneum exhæredaverit, tum adoptaverit, et postea ei substituerit, testamentum nullum est: illa enim exhæredatio ab initio inutilis fuit. Jurisconsultus in hac parte, quæ dixit supra de nepote naturali eadem dicit de nepote adoptivo: sed inter eos hæc differentia est, quod in prima specie satis sit si nepos fuerit in testamento, vel institutus, vel exhæredatus: sed in posteriori necesse est, ut ante successionem fuerit institutus, nec sufficit exhæredatio. Denique substitutio etiam pupillaris quæ facta est, rumpitur.

Ad §. 3.

§. 3. *Quisquis autem impuberi tastamentum facit, sibi quoque debet facere: ceterum soli filio non poterit, nisi forte miles sit. Adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet ut, nisi adita quoque patris hæreditas sit, pupillare testamentum evanescat. Plane si omissa causa principalis testamenti, ab intestato possideatur hæreditas: dicendum est, et pupillo substitutum servandum.*

Hunc §. supra exposuimus, loquitur vero de substitutione facta filio exhæredato extraneo instituto, quod indicat verbum aditionis: nam filii nunquam dicuntur adire: hæc observatio aliquod momentum habet ad intelligendum §. *prius.*

Ad §. 4. *Interdum.*

§. 4. *Interdum etiam pupillaris testamenti causa compellendum hæredem institutum adire hæreditatem, ut ex secundis tabulis fideicommissum convalescat: ut puta si jam pupillus decessit. Ceterum, si adhuc vivat, improbum esse Julianus existimat, eum, qui sollicitus est de vivi hæreditate.*

Loquitur de substitutione facta pupillo exhæredato: destituto paterno testamento infirmatur pupillare. Id proprie destitui dicitur ex quo hæres scriptus noluit hæreditatem adire. Nunc species sic ponenda est. Titius hæres scriptus est, filius impubes exhæredatus, eique idem Titius substitutus. Deinde testator Titium rogavit in secundis tabulis ut restitueret hæreditatem pupilli Gajo: si hic substitutus exhæredato institutus etiam non esset, inutile esset fideicommissum: sed quod idem est institutus, utile est, *l. in ratione* §. *ult. inf. ad l. Falc. l. plane si filium in pr. inf. de leg.* 1. At finge nunc: Titius repudiavit hæreditatem, vel omisit ex paterno, hic destituit primum testamentum, ergo infirmatum est pupillare, ergo intercidit fideicommissum: verum fideicommissarius potest hunc hæredem cogere, ut adeat, licet jam repudiaverit vel omiserit et sibi eam restituat: hoc casu ipso quidem jure evanuit substitutio et fideicommissum. Sed cum per Prætorem cogatur adire, convalescit substitutio fideicommiss. libert. atque ita eidem jure substitutionis competunt actiones. Et hoc ita procedit si pupillus jam decesserit, si existat conditio fideicommissi: sed si pupillus vivat non potest compellere eum ut adeat, quod est improbum agere de hæreditate, viventis pupilli: hoc traditur in *l. apud Julianum* §. *idem Julian. inf. ad Trebell.* Locus vero Juliani extat in *l. ita tamen* §. *a patre, eod.* his simile est quod traditur in *l. is cui* §. *si ab impubere, ut in poss. legat.* Compellendum a Prætore postulante fideicommissario hæreditatem paternam quam

omisit vel repudiavit : fideicommissarius hæreditatis : nam ob particulare nemo cogitur adire, *l. si quis omiss. inf. si quis om. l. nam quod* §. *ult. ad Treb.* ex quo apparet hic agi de substitutione facta pupillo exhæredato, quod indicat *l. nam quod* §. *si quis inf. ad Treb.* Additur, hoc etiam casu similiter convalescere substitutionem pupillarem. Minor extraneus scriptus est in primis tabulis, filius exhæredatus, eique alius substitutus : primus repudiat, ergo secundæ tabulæ nullæ, sed hic qui repudiavit, beneficio ætatis restitutus est, ut adiret: hac aditione convalescent tabulæ pupillares, ideoque substituto dabuntur utiles actiones si pupillus decesserit intra annum pubertatis. Ait decernat, hoc est proprium actionis utilis, ut detur ex decreto, et causa cognita : id confirmat *l. pen. de acq. hæred. l. si post const. de const. pec.* ait *Ergo*: legendum, *Ego.* His est applicanda *l. qui plures* 38. §. *ult.* quo confirmantur quæ diximus de primo casu §. *interdum.* Quidam extraneum scripsit, filium exhæredavit: exhæredato filio eundem in secundum casum substituit, rogavitque, ut pupillarem hæreditatem restitueret : extraneus repudiavit hæreditatem: ipso jure non valet substitutio : sed si jussu Prætoris hæreditatem adierit, omnia convalescunt. Ait, *a Patre*, videlicet exhæredati filii. Ait, *ex fideicommissario*, sic *legare ex filio* in *l. 2. de leg. 3.* adjecit qui tamen ante repudiaverat. Interpretes male fingunt filium fuisse institutum, et ei factam fuisse fideicommissariam substitutionem, id est, eum fuisse rogatum hæreditatem restituere : sed si fuit institutus, sola filii institutione sustinetur substitutio : nam solo hæredis nomine substinetur, *l. paterfamil. inf. de bon. aut. jud. poss. l. si filius qui patri, inf. h. t. l. filius, de acq. hæredit.* Deinde filio factam esse fideicommissariam substitutionem falsum est : nam hic tractatur de secundis tabulis, quibus verbis nunquam significatur precaria substitutio, sed pupillaris sola : dicta vero lex 38. scripta est lib. singul. Pauli *de secundis tabulis.*

Ad §. 6. *Prius autem.*

§. 6. ***Prius autem sibi quis debet hæredem scribere, deinde filio substituere : et non convertere ordinem scripturæ, et hoc Julianus putat, prius sibi debere, deinde filio hæredem scribere. Ceterum, si ante filio, deinde sibi testamentum faciat, non valere. Quæ sententia rescripto Imperatoris nostri ad Virium Luppum Britanniæ præsidem comprobata est, et merito : constat enim unum esse testamentum, licet duæ sint hæreditates : usque adeo ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat, et posthumum suum filium impuberi possit quis substituere.***

Facta substitutione pupillari duo videntur testamenta, patris, et filii : ideoque duplex testamentum dicitur, *l. in duplicibus, ad leg. Falc. l. 1. si cui plus quam per leg. Falc.* verius tamen est utrumque pro uno haberi, idque juris auctores tandem admisere : sed tamen est duarum causarum et duarum hæreditatum, *l. paterfam. de bon. auct. jud. poss. l. 2.* §. *illud, de hæred. vend.* §. *igitur, de pupill. subst.* Ideoque hæredibus scriptis primis tabulis et secundis separatim datur bonorum possessio, *l. si ita scriptum, de bon. poss. sec. tab.* Quia vero unum est testamentum, contribuuntur legata, quæ relicta sunt in primis et secundis tabulis, et una Falcidia detrahitur, *l. in ratione* §. *quod vulgo, inf. ad leg. Falcid.* Eademque ratione septem testes sufficiunt seu signa septem testium : et satis est patris testamentum esse signatum, *l. patris* 20. *inf.* ex jure prætorio sunt signa testium, et eorum numerus : in qua *resignatæ*, id est, non *signatæ.* Sequitur, *si pater. etc.* pater potest sibi per scripturam facere testamentum, filio per nuncupationem, vel contra: quo casu videntur signa exigi in pupillaribus tabulis, *l. si ita* §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* et iis casibus etiam utrumque testamentum pro uno habetur, quod inter juris auctores constare traditur *hoc* §. ex ea sententia illud etiam efficitur, ut quos pater sibi potest necessarios facere, eosdem filio impuberi possit : et hæc est vulgaris sententia jurisconsultorum : et ea ratione fit, ut non servus tantum, sed etiam frater fratri sit necessarius hæres : et non tantum frater jam natus, sed posthumus, quamvis sit alienus fratri : posthumum alienum ipso jure non possumus instituere, ut fratrem, qui est in utero matris : potest tamen pater posthumum suum qui tantum est alienus fratri, ei impuberi necessarium facere, *l. sed si plures, inf.* Necessarius quamvis is patri quidem sit suus fratri alienus, potest etiam posthumus utrique alienus substitui filio, jure prætorio scilicet ; nam jure Prætorio posthumus alienus institui potest, *l. substitui* 17. *inf.* ubi loquitur de quolibet posthumo, Itemque de jure Prætorio, et is admittitur ex substitutione, etiam si nascatur post mortem impuberis : at si fuerit posthumus suus patri, admittitur ad substitutionem fratris jure civili, *hoc* §. Et quia unum est testamentum, ex eo etiam efficitur, ut in eo ordo scripturæ servetur, qui alias non spectatur nisi unum sit testamentum : et hac ratione traditur, prius esse scribendam institutionem quam substitutionem pupillarem : nam et ante institutionem, non potest legatum, ut libertas, relinqui, sed hoc Justinianus sustulit, §. *ante hæredis, In-*

stitut. de leg. Tutor tamen, itemque fideicommissum olim poterat relinqui ante hæredes: nam in fideicommissis non observatur subtilitas juris, §. *ad certum, qui test. tut. dat. poss.* Poterat etiam exhæredatio ante scribi, sed ex rescripto, *l.* 28. *sup. tit. prox.* item vulgaris substitutio *l.* 1. *sup. tit. prox.* at ut hic §. ait, pupillaris substitutio ante hæredem scribi non potest: ait, *ceterum si*, pugnantia dicit, Ulp. idque e vestigio: sciendum vero est, substitutionem pupillarem fieri aut instituto, aut exhæredato: quæ fit filio institutio, vere est institutio habita ratione successionis: nam hic substitutus est secundus hæres: nam secundo eadem defertur hæreditas quæ et instituto, et vere est secundus hæres. Substitutio autem quæ fit exhæredato, non est substitutio ratione successionis: nam non est secundus hæres, sed primus pupilli, neque enim succedit instituto: nam alia atque alia est hæreditas. Præterea fieri non potest ut institutus et substitutus simul succedant: at cum quis substitutus est filio exhæredato fieri potest ut eodem tempore hæredes existant, et is quem sibi pater substituit, et quem filio exhæredato. Ergo hæc substitutio quæ fit exhæredato, institutio potius est, quam substitutio, primus gradus, quam secundus: nec substitutio recte dicitur, nisi ex ordine scripturæ. Quamobrem in ea omnimodo servatur ordo scripturæ: et ideo scribitur post hæredis institutionem. De hac autem substitutione loquitur prima pars hujus §. ut Accursius ponit in fine. Et Alexander fortiter defendit: nam pendet hoc ex superioribus, ubi de exhæredato dictum est.

Ad §. 7. *Sed si quis.*

§. 7. Sed si quis ita *fuerit testatus*, si filius meus intra quartum decimum annum decesserit, Sejus hæres esto: *deinde*, filius hæres esto: *valet substitutio, licet conversa scriptura filii testamentum fecerit.*

Hic casus d versus est, quasi diceret: sed si substituat instituto in secundum casum: unde sic concludamus. Cum constat de ordine successionis, ordinem scripturæ negligimus: at cum nullus est ordo successionis, necessario observamus ordinem scripturæ, quod fit in substitutione pupillari facta exhæredato. Simile est quod dicimus, recedere nos a verbis testatoris, si de contraria mente constet: at verba sequimur cum de contraria mente non constat. Præterea substitutio quæ fit exhæredato, odiosa est, *l. cum quidam C. de leg.* Ideoque in ea servatur rigor juris, in aliis scripturis ordo scripturæ non spectatur et rigor relaxatur.

Ad §. 8. *Sed et si ita.*

§. 8. *Sed et si ita scripserit*: Si filius mihi hæres non erit, Sejus hæres esto: filius hæres esto: *secundo quidem gradu Sejus scriptus est hæres, et si filius hæres non extiterit, proculdubio Sejus ei hæres erit: sed etsi extiterit filius hæres, et in pubertate defunctus est, Sejus admittendus recte videtur, ut non ordo scripturæ, sed ordo successionis spectetur.*

Illud repetendum est: in vulgari substitutione facta impuberi inest tacite pupillaris, et in hac illa vicissim, *l.* 4. *h. t.* Omnis igitur substitutio quæ fit impuberi est duplex, in vulgari autem inest pupillaris, etiamsi non sit servatus ordo scripturæ. Constat enim de successione et de ordine naturæ. Ideoque scripturam non spectamus. Ergo quoties instituto impuberi substituitur quoquomodo, ordo successionis, non scripturæ spectatur. At cum substituitur exhæredato, necessario servandus est ordo scripturæ.

Ad §. 9. *Quod igitur.*

§. 9. *Quod igitur dictum est, singulis liberorum substituere licere, ideo adjectum est, ut declaretur non esse a filii testamento incipiendum impuberis.*

Quod dictum est, sic accipiendum est, ut in *l. quod dictum est, de pact.* quod vulgo dici solet, sed quæ hæc est sententia? an ea quæ ponitur in *l. vel singulis inf.*? minime: quoniam ea est sententia, singulis vel novissimo morienti substituere licere: at legis vera sententia alia est, nempe, non tantum institutis, sed etiam exhæredatis licere substituere. Nam hæc est vulgaris sententia, ideoque adjectum est, ut declaretur necessario id fieri post institutionem hæredis, alioquin intelligi non possit substitutio. Nam successionis ratio ibi nulla subest, nec incipiendum est a substitutione quæ fit exhæredato. Itaque manifesto proponitur differentia inter substitutionem quæ fit instituto, et eam quæ fit exhæredato pupillo.

Ad L. III.

Cum filio impuberi pater ita substituerit. Quisquis mihi hæres erit, idem filio impuberi hæres esto: *placuit, ad hanc substitutionem scriptos tantummodo ad hæreditatem admitti: itaque dominus, cui per servum hæreditatis portio quæsita*

sit, *ex substitutione impuberi hæres effici non poterit*, *si servus ab ejus exierit potestate*.

Hæc lex est etiam de substitutione pupillari. Is qui pupillo substituitur, substituitur vel nominatim, vel generaliter, §. *substituitur*, *de pupill. substitut.* nominatim, *si intra pubertatem decesserit*, *Gajus hæres esto.* Generaliter ita: *quisquis mihi hæres erit*, *filio meo hæres esto.* Et de hac forma hic tractaturi sumus. Ea vocantur hi tantum qui scripti sunt testamento primo: itaque ad hanc substitutionem non admittitur dominus, qui per servum hæres extitit: non directo, et principaliter servus quidem admittitur, si de ejus potestate exierit, sed vel sibi, vel novo domino acquirit. Item non admittitur pater qui per filium hæres extitit. Ergo ii tantum admittuntur qui directo et principaliter testatori hæredes extiterunt, non per interpositam personam, aut per successionem, aut per consequentias, hæreditatis paternæ scilicet, *l. qui hæredi*, *inf. de condit. et demonstr.* ubi ideo servo datur, quia dare facti est, *l. in facto*, *eod.* ait, *sed cum*, id est, sed quoniam, ut in *l. Titio centum* §. *ult. eod. jussus est*, in proposita specie scilicet: et eo etiam casu servo dandum. Itaque in ea specie hæredem etiam pro scripto accipimus, ut in hac substitutione generali: hac de re videnda est *l.* 8. hic. Initio ostenditur, hanc substitutionem: *Quisquis mihi hæres erit*, esse conditionalem, perinde ac si dictum esset, *si quis mihi hæres erit*: itaque ex hac ii tantum vocantur qui scripti sunt. Omnis substitutio aut fit pure, aut sub conditione, Paul. *sentent. lib.* 3. pura est, *si hæres non erit*, *si intra pubertatem decesserit*, in quibus et si conditiones insunt, tamen sunt puræ: conditionalis est, *si filius intra pubertatem decesserit*, *si navis ex Asia venerit*, *filio meo impuberi hæres esto*: hoc modo: *si ille mihi hæres erit*, id est, si adierit. Item et cum generaliter substituitur, ut supra dixi, ostenditur in hac lege, ex ea substitutione eos tantum vocari, qui ex testamento veniunt ad hæreditatem patris: ergo nec hæres hæredis vocatur quod ex testamento non venit, *l. sciendum*, *de verb. signif.* vulgo dici solet hæredem hæredis esse hæredem testatoris, *l. ult. C. de hæred. instit.* Sed hæc regula multa vitia patitur in *d. l. sciendum*: nam et in hac substitutione continetur hæres proximus, non hæres hæredis, qui incertus est: ex hoc loco colligitur, hanc substitutionem non transmitti ad hæredem, idque generaliter verum est in omni substitutione: nam et si quis nominatim fuerit substitutus impuberi, et pendente substitutione decesserit, nihil transmitti ad hæredem: nam jus substitutionis hæret personæ. Verum sic dicamus: si is qui est substitutus, non sit etiam institutus certe nulla ratione transmittit. Quod si institutus sit, et suo cohæredi substitutus, hoc casu si deficiat portio, cohæredis, eam capiet substitutus non tam successionis jure quam accrescendi. Et ideo invitus eam accipiet ex substitutione, nemo capit invitus: at invito accrescit, *l. si quis hæres*, *de acq. hær. l. si ego*, *sup. de inj. rup. l. testament. C. de impub. et al. sub.* At si mortuus sit prius quam vacaret portio cohæredis, an aliquid ad hæredem transmittitur? dicimus jure substitutionis nihil transmitti, *l. si ex pluribus*, *de suis et leg. et l. toties*, *de acquir. hær.* jure tantum accrescendi transmittitur, *l. qui patri*, *eod.* ubi fingendum est, filium impuberem fuisse ex parte institutum, extraneum cohæredem filio impuberi substitutum; si cohæredis portio deficiat, accrescit hæredi impuberi. Hoc manifestius intelligitur si ponas tres hæredes institutos. Primo substitutus est Secundus. Primus nondum delata hæreditate decessit; hoc casu locus est substitutioni, et Secundus Tertium excludit, qui si admitteretur jure accrescendi Tertium non excluderet, sed in partem tantum veniret. Multum interest an veniat jure accrescendi, an jure substitutionis: si duo tantum sint instituti, nihil refert quomodo admittantur, sed tamen non admittuntur, nisi accrescendi jure. Ex hac igitur formula institutionis ii tantum vocantur qui directo et principaliter instituti sunt. Nunc quæritur si plures sint hæredes instituti primo gradu, quemadmodum hæreditatem inter se divident, in hoc §. traditur, dividi pro portionibus hæreditariis, in quibus testamento patris sunt instituti: hinc existit quæstio. Testator ita dixit, institutis duobus hæredibus: *Primus et secundus hæredes sunto*, *filium exhæredo*, et subjicit, *quisquis mihi hæres erit*: et præterea, *Titius filio meo decedenti intra pubertatem hæres esto*, quomodo dividenda sit pupilli defuncti portio inter illos et Titium. Et traditur, duos semisses fieri, unum dare hæredibus institutis, alterum Titio, quæ est sententia *l. si pater*, *inf. h. t.* cum qua pugnat, imo eam corrigit *l. ult. C. de impub. et aliis substit.* quæ est una ex 50. decisionibus. Dico eam legem emendari. Proponit enim eandem speciem Justinianus, ait *quæri apud Ulpian.* at ista lex *si pater*, non est Ulpiani, sed Labeonis, sed excerpta est ex eodem libro Ulpiani, ut opinor; nam et Haloander has tres leges conjungit: et Justinianus concludit, unumquemque in trientem vocari, credo moveri Justinianum quod verbum quisquis idem sit atque si dixisset *ille*, *et ille*, *et Titius filio hæredes sunto*, ut in *l. hoc articulo*, *sup. de hæred. instit.* quo modo si loquutus esset testator, fierent viriles partes: idem dicemus in hac specie, *quisquis hæres erit*: *et præterea Titius et Gajus hæredes sunto*, ex sententia Labeonis Titius et

Gajus in unum semissem coguntur: at ex sententia Justiniani quatuor quadrantes fiunt. De eodem substitutionis genere tractatur initio *l. sed si plures*, et traditur, hanc quoque substitutionem ad hæredem non transmitti: nam fingit Ulpianus testatorem filium instituisse sibi plures hæredes, et eosdem filio impuberi substituisse: deinde quosdam ex hæredibus institutis adita hæreditate paterna decessisse, tum impuberem: ait solos hæredes patris superstites admitti, nec enim hæc substitutio transmittitur: id est hæredes defuncti ex eorum persona nihil habebunt.

Circa id genus substitutionis notandum est, hæredes institutos vocari ad substitutionem non tantum pro parte ex qua instituti sunt, sed etiam ex parte quæ accrevit: nam si portio hæreditaria aucta fuerit jure accrescendi, pro rata ejus partis ad substitutionem admittuntur, *l. 5. h. t.* quæ loquitur de substitutione vulgari. Ceterum hac in re nulla est inter vulgarem et pupillarem differentia: *Primus, Secundus, Tertius hæredes sunto: si Primus hæres non erit, quisquis mihi hæres erit, pupillo hæres esto*: si Primus decedat vel omittat, ejus pars accrescit ceteris, pro rata augentur portiones hæreditariæ jure accrescendi. *Per legem*, id explicandum est ex inscriptione, per legem Juliam et Papiam, jus accrescendi servatur certis personis, quod postea abolitum fuit: nam quod accrescebat, fiscus vindicabat: jus caduci sublatum est, jus accrescendi antiquum est: sed eisdem legibus jus antiquum certis personis servabatur, puta liberis et parentibus, Ulpian. *tit. de his qui antiquum hab. in cad. l. Celsus*, alias, *pater meus* §. *ult. de leg.* 2. id est, accrescendi jure. Addendum est, hac substitutione vocari non tantum scriptos primo gradu, sed et secundo, substitutione vulgari: nam substituti vulgari modo sunt plane hæredes testatoris, in *l. ex duobus*, §. *filium, inf.* Postremo vocantur qui hæredes extiterunt patri, licet hæredes esse postea aliquo casu desierint, *l. in substitutione, inf. h. t.*

Ad L. IV.

Jam hoc jure utimur ex Divi Marci, et Veri constitutione, ut cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligatur: sive filius hæres non exstiterit, sive exstiterit, et impub. decesserit.

§. 1. *Quod jus ad tertium quoque genus substitut. tractum esse videtur, nam si pater duos filios impuberes hæredes instituat; eosque invicem substituat: in utrumque casum reciprocam substitut. factam videri Divus Pius constituit.*

§. 2. *Sed si alter pubes, alter impubes hoc communi verbo*: Eosque invicem substituo: *sibi fuerint substituti, in vulgarem tantummodo casum factam videri substitutionem, Severus et Antoninus constituit, incongruens enim videbatur, ut in altero duplex esset substitutio, in altero sola vulgaris. Hoc itaque casu singulis separatim pater substituere debebit: ut si pubes hæres non extiterit, impubes ei substituatur, si autem impubes hæres exstiterit, et intra pubertatem decesserit, pubes frater in portionem cohæredis substituatur, quo casu in utrumque eventum substitutus videbitur, ne, si vulgari modo impuberi quoque substituat, voluntatis quæstionem relinquat, utrum de una vulgari tantummodo substitutione in utriusque persona sensisse intelligatur: ita enim in altero utraque substitutio intelligitur, si voluntas parentis non refragetur, vel certe evitandæ quæstionis gratia specialiter in utrumque casum impuberi substituat fratrem*: sive hæres non erit, sive erit, et intra pubertatis annos decesserit.

Duo sunt tantum substitutionum casus, species et eventus, *si hæres non erit*, et hæc est vulgaris: *si hæres erit et intra pubertatem decesserit*, et hæc est pupillaris. Per vulgarem succeditur testatori, per pupillarem pupillo, verum ex utriusque permistione fit ea quæ dicitur duplex a nostris auctoribus *l. 1. §. 1. sup.* et a Theophilo vulgari pupillaris, et licet dixerit, *mihi hæres esto*, non ideo minus duplex est substitutio; hoc enim verbum mihi, quasi ex medio tollitur, *l. si ita scriptum*, §. *qui filio, inf. de bon. poss. sec. tab.* Et ideo non male Cicero 2. *de inventione*, expressit hanc formulam, *si filius ante morietur quam in suam tutelam venerit, tu mihi hæres esto*. Itaque in proposito exemplo substitutionis duplicis non ideo minus est duplex, quod dixerit, *mihi hæres esto*. Ergo duplex est substitutio quæ fit utroque casu expresso: addendum est, eam quoque esse duplicem quæ fit altero tantum casu expresso, modo ea fiat impuberi, *l. 2. sup. h. t. l. quamvis, C. de impub. et al. subst.* Ambigebatur quidem ea de re inter peritissimos in causa Curiana, de qua apud Marcum Tullium multis in locis, et Quintilianum et alios auctores: sed pronunciaverunt centumviri in substitutione pupillari inesse vulgarem: tandem id obtinuit, et constitutione divorum fratrum confirmatum est. Addit Modest. id etiam trahi ad tertium genus substitutionis: nam hæc pro duplici habetur. Si igitur personas spectes, multa sunt genera, sed spectanda est tantum ratio successionis, ut supra diximus ad *l. 1.* Præterea si inspicias rationem scripturæ, varia etiam reperies substitutionum genera: nam vel primo gradu fit, vel secundo, vel utroque, vel neutro: hanc vero

quæ fit neutro casu expresso vocat tertium genus substitutionis, figura verborum inspecta: hæc fit cum plures instituuntur, et mutuo substituuntur, et mutua dicitur *l. cum proponebatur, de legat.* 2. Verum hæc quoque substitutio si fiat duobus impuberibus pro duplici habetur: diversum est si fiat duobus puberibus quia vulgaris tantum erit. Idem dicemus si unus sit pubes, alter impubes, et si sint invicem substituti: hæc substitutio pro vulgari habebitur: valet tantum hæc substitutio in eum casum, quo utrique substitui potest, id enim dicemus in vulgari expressa, tu habes filium impuberem, et uxorem, utrumque instituis, et addis, si filius meus impubes vel uxor heredes non erunt, Gajus hæres esto, *l. quamvis, C. de imp. et al. subst. l.* 1. *eod. l. in test. C. de testam. milit.* Et hoc est quod sequitur, *Severus et Antoninus constituerunt*, ait, *hoc communi verbo*, non quod sit directum et precarium, sed quod conveniant hæc verba et vulgari et pupillari substitutioni. Nota, *verbum*, accipi pro axiomate, pro sententia, *eosque invicem sub tituto.* Sic verbum Donatus interpretatur, sententiam in Andr. Act. 2. Scien. 5. quid igitur facere debet testator si velit puberem impuberi in utrumque casum substituere: impuberem puberi in vulgari, hoc Modestinus nunc docet in hac l. quæ sumpta est ex lib. περὶ εὑρημάτων, id est, consultorum, quæ Phavorino sunt βουλεύματα. Et ideo in *l. servus* 59. *sol. matrim.* ait, *consulendum esse*, et in *l.* 45. *inf. ad Trebell.* et in *l. si tutor* 9. *de sup. tut. optimum factum est.* Ergo in hoc libro Modest. exposuit tantum consilia sua, ut in hac specie: consulit vero ita ut separatim puberi impuberem substituat in primum casum, deinde puberem impuberi in secundum. Nam tunc in hoc secundo casu inerit primus: verum si et puberi et impuberi in primum casum substituerit, vix inducetur in secundum casum: hoc posteriori casu videtur refragari voluntas testatoris, quia videtur eos pares fecisse: illud notandum est plerumque matrem ejus cui est facta substitutio, efficere, ne tacita pupillaris effectum habeat. Sic vero constituamus: qui venit ex vulgari expressa, vel tacita matri præfertur, quia nulla fit injuria matri. Quæritur enim non de successione filii, sed patris testatoris ejus mariti: qui venit ex pupillari expressa, matri etiam, cui est substitutus præfertur, quæ ex SC. Tertull. vindicat hæreditatem: quin et mater non potest agere de inofficioso: neque enim testamentum fecit filius, sed pater, *l. Papin.* §. *sed nec impuberis, de inoff. testam.* Et ideo omnimodo præfertur matri is qui est pupillo nominatim, et specialiter in secundum casum substitutus, nec hoc casu matri debetur legitima, idque definitur in *cap. si pater, de testament. lib.* 6. et Senatus Parisiensis comprobavit. Ultima positio hæc est. Qui venit ex tacita pupillari, quæ vulgari inest, aliis quidem legitimis præfertur, matri non item: hocque ei datum est ex constitutionibus ad solatium liberorum amissorum *l. prec b. C. eod. l. ult. C. de instit. et substit.* in qua mater adjecta est coheres filio, in *l. precib.* non item: hæc diversitas factorum nullam juris diversitatem efficit: in ea specie est vulgaris tantum expressa, cui inest pupillaris tacita ex qua mortuo filio non admittitur substitutus, sed præfertur mater: huc pertinet *l. Lucius* 45. *inf.* Hæc ut rata ponenda sunt: nulli non posse fieri substitutionem vulgarem, item substitutionem reciprocam, quæ fit nullo casu expresso, semper continere vulgarem pupillarem non semper: nam si substitutio reciproca impuberibus personis fiat, non continet pupillarem. Impares personæ sunt si in unius persona utraque substitutio locum habere possit, in aliis una pares sunt si in utroque duplex substitutio locum habere possit, ut si uterque sit impubes in potestate: in specie autem ejus *l.* 45. impares personæ institutæ sunt, et invicem substitutæ: nam unus est in potestate qui est justus filius, alter non item, quia naturalis: naturalis autem hoc jure potuit omnino institui ante Christianorum Imperatorum leges: invicem autem substituti sunt his verbis, *vosque invicem substituo*: hæc substitutio reciproca vulgaris tantum est, non duplex. Igitur si unus ex filiis hæres non existat, alter admittitur ex substitutione vulgari: at si unus hæres extiterit, et porro impubes decesserit, mater ex SC. venit. Igitur is qui venit ex tacita matri non præfertur. Hoc vero nego: nam hic nulla fuit tacita pupillaris: ideo substitutus non venit, quia nullum jus habet, nec tacitum quidem: matre autem deficiente admittentur alii legitimi. Eademque omnino proponitur in *l.* 2 *C. de impub. et al. subst.* Ex his ergo constat nihil hanc speciem facere, ut ostendatur in vulgari tacite contineri pupillarem, cum nulla hic sit, nec in *l. Lucius.* Summa est: facta substitutione imparibus, tantum vulgarem esse, non pupillarem. Sequitur in ea l. *aliter si ejusdem, etc.* quæ verba absunt a Florent. et Haloander ait esse supposititia, et ex margine in contextum adscripta: moveor hoc argumento, quod ex eo videatur diversus casus exprimi a superiore, quod non est: nam uterque quidem est minor quatuordecim annis, sed alter erat in potestate, alter non erat. Debuit vero scribere, *aliter si ambo* (a) *legitimi liberi instituti substitutique fuissent*: quasi diceret aliter si pares fuissent personæ: tum enim substitutus admitteretur ex pupil-

(a) *Vide Merillium varian. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 38.

lari substitutione, nec mater præferretur: nam hoc non admittitur contra verba: hæc enim, *vosque invicem substituo*, sunt communia: at qui venit ex tacita pupillari contra verba venit: hæc enim si *mihi hæres non erit* communia non sunt: leges vero quæ matrem substituto præferunt loquuntur tantum de tacita pupillari. Altera positio sit hæc qui venit ex substitutione pupillari quæ continetur in substitutione reciproca facta communi verbo, matri non præfertur: verba substitutionis utrique casui congruunt, et hoc indicat *l. in testamen. C. de testam. milit.* Differentia est maxima inter paganum, et militem. Paganus non potest substituere in secundum casum puberi vel extraneo, nec jure fideicommissi substitutio sustinetur, *l. verbis, inf. h. t.* miles tamen ex privilegio militiæ potest, et ea substitutio valebit ut fideicommissum, *l.* 5. *et l. miles, inf. de testament. milit. l. Centurio, h. t.* Item substitutio reciproca facta a pagano paribus personis omnimodo duplex est, *l.* 4. *sup.* At si miles mutuo substituat impares personas nullo casu expresso, non videtur voluisse substituere puberi in secundum casum nisi aliud probetur. Nam hæc est extraordinaria substitutionis ratio: hoc autem probato voluisse, repellitur mater *d. l. in testamento.*

Qui venit ex tacita pupillari quæ inest vulgari non præfertur matri qui ex pupillari quæ continetur reciproca facta communi verbo, præfertur. Igitur vera hæc est annotatio si scribas in *d. l. Lucius, si ambo legitimi liberi invicemque substituti fuissent.* Ceterum auctoritas horum librorum, et Haloandri, et ratio juris facit, ut dicamus esse interpretis.

Ad L. VI.

Si is, qui ex bonis testatoris solidum capere non possit, substitutus sit ab eo impuberi filio ejus: solidum ex ea causa capiet, quasi a pupillo capiat sed hoc ita interpretari Julianus noster videtur, ut ex bonis, quæ testatoris fuerant amplius capere non possit: quod si pupillo aliquid præterea acquisitum esset, aut si exhæredato esset substitutus, non impediri eum capere, quasi a pupillo capiat.

Lex sexta loquitur de iis qui solidum capere non possunt ex legibus Juliis: nam ad eas pertinet, ut inscriptio ostendit. Ex legibus Juliis sæpe fit, ut qui ex unius testamento capere non potest, ex alterius possit, ut conjuges: nam non habent solidi capacitatem, sed tantum decimæ cujusdam partis, *tit. C. de infir. pœn. cœlib. et dec. subl.* Et dicitur a Thalelæo lex Papia decimaria. Finge uxorem substitutam a patre filio impuberi: an ex substitutione pupillari solidum capiet? initio ostenditur, eam habiturum solidum, quoniam id accipit a pupillo, non a marito: sed bona adventitia pupilli capiet in solidum. Opponitur *l. quod conditionis, inf. de mortis causa donat.* Finge: uxor ex meo testamento solidum capere non potest ob legem Juliam et Papiam decimas tamen capere potest: *Titio ita lego fundum, si uxori centum dederit:* hoc casu Titius legatum non habet nisi centum dederit, *l. Mævius, de cond. et dem.* Impleta autem conditione Titius fundum accipit legati nomine: mulier vero percipit centum conditionis implendæ causa, unde quasi mortis causa mulier capit centum, scilicet per alterius mortis occasionem: atque ea quæ ita dantur, non sunt ex bonis mariti: an ergo ea solida uxor capiet, an vero juxta modum lege præscriptum: et ait *d. l. quod conditionis*, eam accipere pro modo a legibus concesso tantum. Cur ergo ajunt potius a pupillo integra bona eam consequi, cum hæc quæ mariti sunt, non capiat nisi intra legitimum modum? sed missio Accursio notandum est omnino diversas esse has species: in hac aliud atque aliud est patrimonium, licet receptum sit unum esse testamentum, neque, ut substitutus veniat ab bona impuberis aliquid ex suis bonis erogat pater: at quæ dantur conditionis implendæ causa, succedunt in locum bonorum defuncti: nam ipse de suis bonis aliquid detraxit, ut uxori daret centum: ideoque non mirum si ea dicamus subjici legibus decimariis.

Ad L. VII.

Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum ætatis frustra fieri convenit: sed qui non admittitur ut substitutus, ut adjectus hæres quandoque non erit: ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim, quod ei testamento pater dedit.

Verba civilia Pap. vocat quæ vulgo directa et imperativa, *l. quoniam, C. de testam.* ut *hæres esto*, quibus verbis leges scribi solent, *uti quisque legassit suæ rei, ita jus esto.* Et ideo quod verbis directis relinquitur in testamento, legis modo relinqui dicitur, Ulpian. in *Frag. tit. de legatis.* Eadem ratione verba directa appellantur civilia ab eodem, *tit. de fideicomm.* Ejusdem generis sunt hæc, *dato, facito,* etc. quibus etiam verbis leges scribi solent. Horatius secundo Sermonum, *Transnanto Tyberim;* ubi Porphyrio uti ait verbis directis, propterea quod ad Jurisconsultum scribit: his adversa sunt quæ precaria dicuntur et inflexa, παρακλητικὰ nusquam obliqua: hoc cognito illud addendum est, hic duos esse substitutionis casus, causas eventus. Primus est non acquisitæ hæreditatis, secundus acquisitæ, et mortis. In primum casum cuilibet substituere possumus, in secundum casum

non nisi impuberibus, si sint in potestate ex constitutione Justiniani, *l. humanitatis, C. de impub. et aliis subst.* furiosis etiam, qui sunt in nostra potestate puberibus in secundum casum substituere non possumus, ut nec extraneis etiam impuberibus, ne hæredem demus puberi, aut extraneo, quod non possumus, precario tamen his recte substituimus ita: *rogo, ut hæreditatem restituas Gajo, vel si intra certum tempus decesseris, vel si sine liberis decesseris*, §. *ult. de pupill. subst. Instit.* multum autem interest, an quis substituatur alteri directo in secundum casum, an precario: si precario, ea tantum quæ a testatore pervenerunt substitutus capit. Imo et de eis detrahitur Falcidia, *l. cohæredi* §. *cum filiæ*, *inf.* Nunc quæritur, quid si quis puberi directo substituerit in secundum casum ita, *si illa hæres erit, et quandoque decesserit, tum Gajus hæres esto*, an pro precaria accipitur, et quidem omnino substitutio nullo jure sustinetur, verba enim fideicommissi deficiunt, *leg.* 14. *inf.* et hic aperte ostenditur: verum dubitari potest, an admittatur quasi cohæres: nam plerumque quæritur, an qui non admittitur ut substitutus, saltem ut cohæres admittatur, ut in *l. Lucius sup. tit. prox.* Ergo si quis sit substitutus puberi verbis directis, an saltem ut cohæres admittetur? minime, frustra enim facta est substitutio. Et hoc, ne fiat contra voluntatem testatoris, qui filio nullum cohæredem adjecit, quamdiu hæres futurus sit, *dict. l. Lucius.* Cohæredes autem possim adjecti dicuntur, *l. qui non militabat* §. *ult. sup. tit. prox. et l.* 25. *sup. de testament. Quandoque non erit*, id est, nullo tempore, nullo casu: qui substituitur puberi: nec ut substitutus, nec ut fideicommissarius, nec ut cohæres admittitur. Et hæc quidem obtinent in pagano. In milite non item, *l. Centurio, inf.* quæ omnino huic l. conjungenda est, ut inscriptiones docent, et utraque pertinet ad eandem quæstionem: in hac ponitur regula, in illa exceptio: in milite ita jus est, ut si substituat verbis directis filio puberi, valeat substitutio quasi precaria fideicommissi jure, et hoc confirmat *l. precibus*, *C. de impub.* quam tamen huic opponunt interpretes. Mater obtulit preces Imperatori, quibus declarabat substitutum datum filio impuberi: porro filium impuberem decessisse: quærebat mater an substitutus, an vero ipsa ex Senatusconsulto Tertylliano admittendi essent: lex ait, videndum esse in quem casum sit substitutus; quod quidem ipsa non expresserat; nam si in primum casum substitutus datus fuerit filio, et hic filius hæres extiterit, finita erit vulgaris: sed si postea decesserit impubes, mater admittetur. At videtur admittendus substitutus ex tacita pupillari: verum ei præfertur mater hoc colore quod substitutus veniat contra verba: neque enim hæc verba admittunt secundum casum: hoc autem datur luctui et dolori matris, *l. ultim. C. de substitut.* Quod si filio impuberi datus sit substitutus in secundum casum, aut substitutus est, expressa certa ætate hoc modo: *si filius hæres erit, et intra* 25. *annum morietur, Gajus hæres esto*, ut in *l. Centurio, inf.* aut compendio, non expressa certa ætate hoc modo, *filius hæres esto, si filius hæres erit et decesserit, Gajus hæres esto.* Verum ostendit *l. precibus* nihil hæc interesse. Ergo substitutus admittetur exclusa matre, si hoc casu intra tempus pubertatis decesserit filius, atque omnia impuberis bona capiet, nec mater poterit quæri de inofficioso, *l. Papinianus* §. *cum impuberibus, sup. de inoffic. testam.* At si decesserit post pubertatem (in specie *l. precibus* testator miles fuit) lex ait, hoc casu matrem ei succedere ab intestato, et omnimodo retinere bona pupilli, quæ non habuit a patre, juxta *l. cohæredis* §. *quod si hæredem*, *hoc tit.* At quæ a patre habuit, ea mater ex causa fideicommissi præstat substituto, ea vero substitutus non vindicat, sed petit: nam jus fideicommissi non consistit in vindicatione, sed in petitione. Paulus libro 4. *Sentent. tit. de fideicommissis*, §. *ult. l. mulier*, §. *non est ad Trebellian.* Idem proponitur prorsus in *l. Centurio*, id est, miles *directo* verbis civilibus ex privilegio militum, est anthiteton ejus quod dixit *jure communi patris*, quæ ad filium a patre pervenerit, non etiam propria filii. Hæc ergo substitutio post pubertatem exitum habet precariæ substitutionis: nam substituto dantur paterna, non adventitia bona: quod sequitur, videtur egredi naturam fideicommissi, *cum fructibus inventis in hæreditate*, at in fideicommissaria hæreditatis restitutione non veniunt fructus, *l. in fideicommiss. ad Trebell.* Equidem non veniunt fructus quæsiti post aditam hæreditatem: hi enim non rebus, sed hæreditati accepti feruntur, sed ante acquisitam percepti veniunt, *l. ita tamen*, §. 1. *ad Trebell.* quoniam hæreditati accedunt: qui vero post aditionem hæreditatis fructus percipiuntur, non restituuntur. Ergo et in hac specie inventi fructus veniunt, quia hæreditatis sunt, et substituto restituuntur. Sic non pugnat lex *precibus* cum hac. Summa est: substitutio verbis directis facta a pagano post pubertatem inanis est, quoniam ea nec testatoris, nec filii bona continentur: at substitutio a milite facta etiam post pubertatem valet ut precaria, et fructus veniunt: absit communis error qui talis est, ut substitutio directis verbis facta post pubertatem valeat jure fideicommissi, si fiat a pagano, si a milite jure recto. Quod omnino pugnat cum *l. Centurio*, et *l. precibus.* Arx ejus opinionis est lex *Scævola*, *inf. ad Treb.* in codicillis directo hæres scribi non potest, *l. quod per*

manus, inf. de jure codicill. pater filio quem in testamento ex asse heredem scripserat, in codicillis substituit verbis civilibus in secundum casum, neque excessit pubertatem: hæc substitutio inutilis est, quia in codicillis heres scribi non potuit: verum benigna interpretatione *l. Scævola* dicit, matrem succedere ab intestato, et eam ex fideicommisso obligari substituto, detracta scilicet Falcidia, quoniam testator fuit paganus quæ quidem cessat in testamento militis. Ergo in specie *l. Scævola*, substitutio facta a pagano valet ut precaria, quæ directa non valet: sed diversa est species ejus leg. *Scævola*, diversaque ratio: substitutio in ea specie ideo non valet recto jure, quia facta non est quo loco oportet, id est, in codicillis: hic vero non valet, quia non est facta cui oportet: prius genus substitutionis inutilis (factæ scilicet in codicillis de qua in *l. Scævola*) dico facile trahi ad fideicommissum: nam cum testator in codicillis directo quid scribit, quod non recte potest, creditur id precario accipere: non sic fiet in posteriori genere, quia in testamentis directo scripta pro directis accipimus, non pro precariis, nisi adjecta sit ea clausula quæ codicillaris dicitur, *l. cohæredi* §. *cum filiæ, hoc t.* At ut dixi, codicillorum verba directa facilius pro precariis accipiemus, *l. fideicommissa* §. 1. *de legat.* 3.

Ad L. X

Sed si plures sint ita substituti, quisquis mihi ex suprascriptis heres erit: *deinde quidam ex illis, postea quam hæredes extiterunt patri obierunt: soli superstites ex substitutione hæredes existent pro rata partium, ex quibus instituti sint, nec quicquam valebit ex persona defunctorum.*

§. 1. *Quos possum hæredes mihi facere necessarios possum et filio ut servum meum, et fratrem suum quamvis in rebus humanis nondum sit: posthumus igitur erit fratri hæres necessarius.*

§. 2. *Filio impuberi hærede ex asse instituto substitutus quis est, extitit patri filius hæres, an possit substitutus separare hæreditates, ut filii habeat, patris non habeat? non potest, sed aut utriusque debet hæreditatem habere, aut neutrius, juncta enim hæreditas cæpit esse.*

§. 3. *Idemque est, si pater me hæredem scripserit ex parte et filium ex parte et ego patris hæreditatem repudiavero: nam neque filii hæreditatem habere possum*

§. 4. *Si ex asse hæres institutus, filio exhæredato, substitutus repudiaverit patris hæreditatem, cum non haberet substitutum: non poterit filii adire, nec enim valet filii testamentum, nisi patris fuerit adita hæreditas: nec enim sufficit ad secundarum tabularum vim, sic esse factum testamentum, ut ex eo adiri hæreditas possit.*

Quæstio est hæc, an substitutus pupillo possit separare bona paterna a pupilli bonis, ut hæc habeat, illa non habeat. De hac quæstione hoc loco tres ponuntur casus: primus est: is qui non erat institutus, substitutus est pupillo instituto, pupillus autem patri hæres extitit, nec se abstinuit hæreditate paterna, et postea impubes decessit: hoc casu bona patris non possunt separari, quia conjuncta esse cœperunt in persona pupilli, utriusque igitur onera subibit, utramque igitur hæreditatem substitutus amplectetur, aut neutram; extitit, nec abstinuit se: existere est successorem apparere, ἀναφαίνεσθαι, idemque secundo casu cohæres cohæredi pupillo substitutus est, hic substitutus paternam hæreditatem repudiavit, non poterit postea pervenire ad substitutionem pupillarem. Itaque non potest induci separatio ea ratione quam supra attulimus, quia in persona pupilli una hæreditas esse cœpit. Accursius opponit *l. si filius qui patri, inf.* sed longe diversæ sunt species: in hac cohæres cohæredi substitutus est, in illa substitutus est exhæredato. Casus ejus legis est tertius casus, et proponitur in §. *si ex asse*. Ceterum quod ait ille §. verum est nisi substitutum vulgarem institutus habuerit, qui paternum testamentum sustineat. Et huic parti recte opponitur *d. l. si filius*, sed vera solutio est, hunc §. loqui de extraneo instituto herede ex asse: nam loquitur de repudiatione, lex *si filius* loquitur in fratre ex asse instituto, et substituto fratri impuberi exhæredato, atque adeo hærede extraneo instituto ex asse repudiante evanescit substitutio pupillaris. A fratre abstinente se manet, quia is frater licet abstineat se heres tamen manet: non est sine herede, qui suum heredem habet licet abstinentem se. Itaque nudo nomine heredis substitutio pupillaris sustinetur, *l. pater familias, de bon. act. jud. poss. l. 2.* §. *sed etsi, de fid. libert. l. et si ex modica* §. *si filius de bon. libert.* qui abstinet se, nomen hæredis retinet, rem spernit, qui vero repudiat, ne nomine quidem heres manet, itaque constituenda est differentia inter suum, et extraneum, verum ut hoc clarius sit, sic distinguendum est, aut is qui substitutus est, institutus est aut non, et si institutus est vel ex asse institutus est vel ex parte institutus. Rursus is cui fit substitutio, vel est institutus, vel exhæredatus, hæc in quatuor speciebus spectantur: prima est, non institutus instituto pupillo substitutus est, hoc casu nulla est differentia inter fratrem et extraneum, nam aut pupillus abstinet se, aut non si se non abstinet, substitutus qualis qualis sit non poterit separare bona paterna a pupillaribus, §. *filio*; si pupillus

abstinuerit se, frustra quæritur de separatione, nam bona paterna non sunt immista bonis pupilli, verum hoc casu liberum est substituto vel admittere pupillarem substitutionem, vel non, si agnoscat, patris oneribus non subjacet, *l. Julianus*, *inf. de acquir. hæred.* ubi Julianus reprehenditur, id vero pupilli utilitas exigit. Secunda species est, non institutus substitutus exhæredato: hic patet nihil distare fratrem ab extraneo, nam hoc casu liberum est substituto hæreditatem pupilli vel agnoscere, vel omittere: omittere jure civili potest repudiando, si sit extraneus, si frater jure prætorio abstinendo se, si agnoscat, non est cur obligetur oneribus paternis, quia nihil habet communionis cum bonis paternis: frustra etiam quæritur de separatione bonorum nisi uno casu, si exhæredatus obtinuerit querela inofficiosi testamenti, eo enim casu bona conjunguntur, nec separari possunt. Tertia species est, institutus cohæredi substitutus est, hoc casu, si institutus amplectatur, non potest substitutionem omittere, vel repudiare, neque quicquam hac in re distat frater ab extraneo, atque ita definitum est in *l. quidam, C. de jure deliber*, quo pertinet lex *qui patri*, *de acquir. hæredit.* Si institutus non amplectatur institutionem, non poterit etiam substitutionem amplecti, quod ostendit versus, *idemque est si pater.* Quarta inspectio est et postrema, institutus exhæredato substitutus est, aut vero institutus est ex parte, aut ex asse: si ex parte, nihil distat extraneus a fratre, nam hoc casu potest paternam hæreditatem spernere, et pupillarem amplecti, sic accipienda est lex *quæsitum*, *inf. de acquir hæred.* nam tunc non destituitur paternum testamentum, substinetur enim a cohæredibus. Et ideo potest pervenire ad substitutionem pupillarem. Item e contrario poterit paternam hæreditatem amplecti et pupillarem spernere, quia hæreditas pupilli exhæredati nihil habet commune cum paterna. Quod si institutus ex asse sit substitutus exhæredato, hoc solo casu facienda est differentia inter extraneum et fratrem, ut supra tradidimus, nam si extraneus repudiavit, non valet substitutio, si frater abstinuit se, manet, quia nudo nomine hæredis sustinetur hæreditas et pupillare testamentum, hic enim habebit rem fratris, non patris, hæc est vis suitatis et necessitatis, quæ hæret fratri: quod et hic proponitur in *l. si filius*: est eadem species legis *filius*, *de acquir. hæred.* Patri in *d. l. si filius* ex asse, alioqui separatio quæ hic permittitur non permitteretur; hæres extitit ipso jure, non per immistionem: nam qui miscet se non potest abstinere, nisi per restitutionem Prætoris qui dat abstinendi beneficium: nam jure civili utriusque est necessarius hæres: si rescindatur pupillaris substitutio, fratri hæres existet ab intestato. Igitur nudo nomine hæredis pupillaris substitutio substinetur. Itaque regula juris est, habita ratione non pupillaris, sed paternæ hæreditatis legata primarum et secundarum tabularum contribui et confundi, et a substituto præstari salva Falcidia, *l. in ratione*, §. *quod vulgo*, *l. dupliciter*, *inf. ad leg. Falcid.* verum in hac specie præstabuntur tantum legata relicta a substitutione habita ratione hæreditatis pupilli: nam abstinuit se paterna, quia jure potest et fraternam hæreditatem amplecti.

Ad §. 5. *Ad substitutos*, *et* §. 6. *In adrogato.*

§. 5. *Ad substitutos pupillares pertinent et si quæ postea pupillis obvenerint, neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et exhæredato substituere quis possit, nisi mihi proponas militem esse, qui substituit hæredem hac mente, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quæ a se ad institutum pervenerunt.*

§. 6 *In adrogato quoque impubere dicimus ad substitutum ejus ab adrogatore datum non debere pertinere ea, quæ haberet, si adrogatus non esset: sed ea sola, quæ ipse ei dedit adrogator: nisi forte distinguimus: ut quartam quidem, quam omnimodo ex rescripto. Divi Pii debuit ei relinquere, substitutus habere non possit: superfluum habeat. Scævola tamen libro decimo quæstionum putat, vel hoc adrogatori permittendum: quæ sententia habet rationem: ego etiam amplius puto, et si quid beneficio adrogatoris acquisiit, et hæc substitutum posse habere: ut puta adrogatoris amicus vel cognatus ei aliquid reliquit.*

Ad substitutum pupillarem non tantum pertinent bona quæ ad pupillum perveaerunt a patre, sed etiam cetera: vulgari modo pater suis bonis substituit, pupillari bonis pupilli, quo fit ut etiam exhæredato recte substituat: deinde hujus regulæ ponit exceptiones duas, una est in milite quid dat substitutum pupillo: miles potest pro parte sibi, pro parte filio testamentum facere, id est, filio substitutum dare in suis bonis non adventitiis. Quin etiam potest filio impuberi testamentum facere, etiamsi sibi non faciat: nam voluntas quælibet militis est pro lege, *l. in fraudem*, §. *pen. de testam. mil.* Altera exceptio est in adrogatore, qui ei quem adrogavit substituit in secundum casum: nam tum substitutus ea tantum capit, quæ ab adrogatore pervenerint, §. *in adrogato*, hic cui adjungitur interpretatio in *l. causa cognita* 40. *inf.* olim impubes adrogari non potuit, neque enim adrogari poterat nisi vesticeps, id est pubes, ut Gell. auctor est *lib.* 5. *cap.* 19. hodie impuberes adrogantur

ex const. D. Anton. Pii, ut Ulp. scribit in *Frag. tit. de adopt.* quod alibi non reperitur scriptum, licet sæpe mentio fiat quartæ Antonianæ: adrogatione autem impubes se, et sua omnia transfert in potestatem adrogatoris: ideoque ea adrogatione tutela finitur: item substitutio pupillaris, siquidem ei pater naturalis fecerit, *l. nec ei*, §. 1. *de adopt.* Itaque adrogatione irritum fit testamentum pupillare: verum in adrogatione hac quædam observanda sunt. Primum adrogandus est impubes causa cognita: videndum enim est an id expediat pupillo, de eaque re Prætorem decernere oportet, an honesta et utilis adrogato futura sit adrogatio, §. *cum autem*, *de adopt.* Præterea ex eadem constitutione D. Pii adrogator debet cavere si forte is qui adrogatur impubes decesserit, se bona ejus restituturum iis ad quos pervenissent, si adrogatus non esset. Item se ea restituturum substitutis a patre naturali, *d.* §. *cum autem.* Ex hac autem cautione datur utilis actio legitimis hæredibus: itaque substitutis ei datis a patre naturali directa non dabitur, quod eis non satisdetur, sed personæ publicæ, tabulario, vel servo publico: nam per liberam personam nobis actio non acquiritur, *l. 4. inf. rem pup. sal. fore.* Ea autem actio datur licet cautio omissa sit: neque novum id est, aut infrequens: sic actio ex scriptura de dote datur licet stipulatio omissa sit: id vero fit potestate juris: sic et in hac specie *d. l. his verbis, sup. de adopt.* actio semper est utilis sive cautum sit, sive non: in *d. l.* 40. decesserat impubes: nam id fieri necesse est, et ideo bona quæ ad adrogatorem transtulit, is debet restituere legitimis vel substitutis: *auctoritate principali*, inquit, id est, ex const. D. Pii *succurendum erit substituto*, actione scilicet civili data, etiam si nihil cautum sit. Ex his intelligimus bona quæ impubes adrogatus transfert in familiam adrogatoris, aut quæ acquirit, esse obnoxia cautioni et restitutioni: inde vero fit ut si adrogator substituat adrogato in secundum casum, ea bona substitutione non contineantur, quæ a patre naturali accepit, quæ per cautionem ipsa obnoxia restitutioni facta sunt, sed ea tantum quæ adrogator dederit: ea autem quæ dat adrogator, aut ex judicio dat et ex mera liberalitate, aut ex necessitate, ut quarta debitæ portionis intestato hanc adrogato necessario relinquere debet, si decedens eum exhæredaverit, et ita plus datur quam filiis naturalibus quibus nihil debetur, si juste sint exhæredati: quæ omnia manant ex constitutione D. Pii.

Debetur etiam quarta si vivus eum impuberem adhuc emancipaverit, est ea quasi in ære alieno impuberi adrogato, quia omnino debetur, *l. Papinia*, §. *si quis impubes*, *sup. de inoffic. testam.* *l.* 2. § 1. *sup. fam. ercisc. l. ult. si quis in fraud. pat. l.* 1. §. *si impubere, de coll. bonor.* In quo §. Jurisconsultus ait, ejus actionem in hæredem transferri, quoniam personalis actio est: hæc ratio non omnino est generalis, quia non est petitio hæreditatis; quæ non transfertur in hæredem, nisi adierit, et quia dum petit hæres hanc quartam, agit non ut hæres in bona, sed in personam, *l.* 6. §. *ult. de inoffic. testam.* quod exposuimus ad Paul. *lib.* 1. *Sentent. tit. de judicato*, §. *ult.* Quæro nunc, an ad substitutum perveniat? quod non videtur prima fronte: nam ab invito datur: sed tamen receptum est, eam quoque ad eum pertinere, quemadmodum ea quæ a liberalitate profecta sunt: et est ratio quia ex bonis adrogatoris proficiscitur. Item non æs alienum, sed dicitur deberi quasi æs alienum, quia ab invito extorqueri potest: ultimo ad substitutum ea pertinent quæ impubes accipit ipsius adrogatoris contemplatione, quia in patris bonis ea esse videntur: qui enim filio patris contemplatione dat, ipsi patri, non filio dedisse videtur, ut forte amicus quidam adrogatoris in arrogatoris honorem ei aliquid legavit, *l. profectitia, de jure dot.* Seneca *lib.* 5. *de benef. ut tanquam Jurisconsultus respondeam, mens spectanda est dantis beneficium: beneficium ei dedit, cui datum voluit: si in patris honorem fecit, pater accepit beneficium.*

Ad §. 7. *Nemo.*

§. 7. *Nemo institutus, et sibi substitutus sine causæ mutatione quicquam proficit, sed hoc in uno gradu: ceterum si duo sint gradus, potest dici valere substitutionem: ut Julianus libro trigesimo Digestorum putat: si quidem sic sit substitutus sibi, cum haberet cohæredem Titium*, si Stichus hæres non erit, liber et hæres esto: *non valere substitutionem: quod si ita*, si Titius hæres non erit, tunc Stichus liber et hæres in ejus partem esto: *duos gradus esse: atque ideo repudiante Titio, Stichum liberum et hæredem fore,*

Quæritur, an quis sibi ipsi substitui possit. Tres tantum sunt loci qui ad hanc quæstionem pertinent, *l.* 1. §. *si proponatur, si quis omiss. causa testam.* *l. ult.* §. *Titius, inf. h. t.* Et hic §. *d. l.* 1. primum explicandus est. Plerumque in testamento hæredes scribuntur ii, qui ab intestato hæredes futuri sunt, quo fit sæpe, ut omittant causam testamenti in fraudem legatariorum, quorum calliditati prætor occurrit: nam legatariis etiam perinde dat actionem ac si adita esset hæreditas: et quovis jure possideant, sive pro hærede, sive pro possessore, tamen ex testamento conveniri decreto Prætoris possint: et hoc est quod significant hæc verba, *vel alio modo*, in tit. *si quis omissa ca. testam.*

vel alio modo: pro possessore ab intestato possidetur hæreditas, ut pro hærede, vel pro bonorum possessore possidet prædo qui fingit se possidere ex causa ab intestato successionis: qui his titulis possidet, id est, pro hærede, pro bonorum possessore, pro possessore eo edicto, tenetur ceteri non item, *d. l.* 1. §. *non quævis*, *l. ult. si quis omissa ca. test.* Item is non tenetur cui testator specialiter hoc permisit, *l. quia autem*, §. *plane si nominatim*, *eod.* Nunc ejus §. species hæc est: *Titius hæres esto: si Titius hæres non erit: idem hæres esto.* Hic duæ institutiones puræ videntur, quarum posterior videtur supervacua, nec substitutio dici potest, nisi ratione scripturæ: neque enim duo sunt gradus: effectum autem substitutionis non habet nisi per eam prioris scripturæ causa mutetur, ut si testator ab institutione legata reliquerit, a substitutione non item, vel admodum parva: tum levior est causa substitutionis, si constat testatorem noluisse legata ab instituto relicta a substituto repetere. Quæritur hoc casu si Titius omiserit institutionem, an incidat in edictum, an teneatur præstare lagata ab institutione relicta? Lex ait, non incidere, quia ei testator dedit arbitrium eligendi: et hæc substitutio valet, quia ad aliquid utilis est. Aliud vero dicendum est, si ego institutus sum, et filius qui est in potestate mea substitutus sit: nam si ego institutus omisero, et servum, vel filium jussero adire, incido in edictum: nam pro eadem persona pater et filius habentur: filius enim vel servus patri, vel domino substituitur in casum, si contingat ut non possit adire, non etiam ut patri vel domino arbitrium eligendi relinquatur in *l. cui servus*, *l. Julianus*, *si quis omissa caus. testam. l.* 2. *C. eod.* quæ ad hoc edictum omnino pertinet, ubi Imperator utitur hac distinctione: aut ex testamento obtineri potest hæreditas, vel bonorum possessio, aut non. Si scriptus hæres eam omiserit, atque ab intestato adierit, ea res nihil legatariis nocet, aut fideicommissariis, aut libertatibus, quia tenetur hoc edicto. Si vero non potest obtinere hæreditatem ex testamento, quia forte testamentum irritum factum sit, hæres scriptus qui venit ab intestato, excusatur, et relicta in eo nullo jure petuntur. Hæc est sententia *d. l.* 2. Sed quod in secundo distinctionis membro dicitur *judicium defuncti non usurpabitur* difficile est: initio dicit, si ex testamento potest obtineri hæreditas. Ergo sequitur diversus casus. Et si non potest obtineri hæreditas ex testamento, *non usurpabitur*, videtur legendum, *non insuperhabetur*, ut et vetustorum quorumdam Codicum vestigia habent: quo fit, ut nec id Accursius animadverterit. *Insuperhabere*, est omittere, negligere, aspernari, *l. sunt personæ*, *de relig. et sumpt. funer.* quod bene notandum. Sic etiam in *l. hæredes*, *de his, quæ ut indign.* ubi ex Pand. Florentinis ponenda est virgula, et distinguendum post illa verba, *insuperhabuit*, Apul. *lib.* 4. *de asin. aur.* ait, *lacrymis insuperhabitis*, id est, omissis. Et Gell. *huius*, inquit, *rei cognitionem non insuperhabui.* Hæc sunt quæ pertinent ad *d.* §. *proponebatur.*

Sequitur nunc secundus locus, qui est in *l. ult.* §. *Titius, h. t.* in quo de eadem quæstione agitur. In præcedenti casu ostendi, utilem esse substitutionem sui ipsius: sed hic dicitur inutilem esse talem substitutionem, scilicet si sint eadem onera. Ille autem §. *proponebatur*, intelligendus est, si sint diversa onera ut in casu *l.* 27. *de hæred. inst.* Nam ea secunda institutio nihil proficit, cum nihil novi habeat. Idem dicendum est, si quis instituatur pure, et sibi substituatur sub conditione: vel enim defecit conditio, vel exstitit, et utroque casu supervacua est substitutio: nam si deficit conditio, nulla est utilitas, quia est hæres ex prima institutione: idem est, si extitit, quia tunc non plus habet. Si vero institutus quis sit sub conditione, et substitutus pure, secus est. Idem enim si conditio prioris institutionis deficiat, obtinebit hæreditatem, ex posteriori scilicet substitutione: denique sic statuendum est: cum unus est gradus, non prodest substitutio, nisi diversæ sint causæ. Igitur hoc est, quod dicitur, *sine causæ mutatione*, et hoc præcipue proponitur in *d.* §. *Titius.* Cujus quæstio hæc est: Finge ita dixit testator: *Titius hæres esto, Stichum Mævio do lego.* adjicit, *Stichus hæres esto.* Idque sine libertate adjecit, postea dixit: *si Stichus hæres non erit, tunc Stichus liber hæresque esto.* Quæritur, an ea institutio valeat? Dicendum est, duabus rationibus accidere posse, ut hic Stichus hæreditatem non acquirat legatario. Prima est, si Titius non adierit hæreditatem: nam Titio repudiante, inutile est legatum, quod a Titio relictum est: tunc vero Stichus ex substitutione hæreditatem sibi acquiret. Atque hoc casu sunt duo gradus hæredum nec Stichus proprie admittitur ad substitutionem. Perinde enim erat, ac si dixisset *Titius hæres esto. Stichus hæres, esto, et si Titius hæres non erit, Stichus in Titii partem hæres esto.* Alia ratio, quæ legatum inutile facit est, videlicet si adierit Titius: quoniam hoc casu prævalebit libertatis datio, eaque legatum exstinguit, ita ut non possit legatario a Sticho acquiri hæreditas: sed Stichus admittetur ad hæreditatem et libertatem quasi ex institutione, non ex substitutione. Ergo summa hæc est: in hac specie utroque casu ex posterioribus verbis Stichum admitti. Sed uno casu sunt duo gradus, altero unus tantum. Hæc est

sententia §. *Titius.* Sed quod sequitur in §. nostro. *Siquidem*, idem plane traditur in hoc §. *Titius*, quem tamen huic opponit Accursius, qui fere semper ubi hostes non sunt, sibi triumphi causam quærit. Nam ait lex non valet substitutio id est, non succedit quasi ex substitutione, sed quasi ex institutione. Quasi dicat: substitutionis nulla est species, nulla forma: quare unus potius §. ex altero est explicandus.

Ad L. XI.

Si is, qui hæres institutus est, filio substitutus fit, nihil oberit ei in substitutione, si tunc capere possit, cum filius decessit: contra quoque potest pœnas in testamento pupilli pati, licet in patris passus non sit.

Finge: quidam institutus est et filio impuberi substitutus: fieri potest hoc casu, ut ex paternis tabulis hæreditatem capere non possit, ex pupillari possit, si videlicet capax postea factus sit, eo nempe tempore quo existit pupillaris substitutio. Idem e diverso dicendum est, ut qui pœnas non est passus in testamento paterno non possit capere ex test. pupilli. Hæ pœnæ de his accipiendæ sunt qui orbi sunt aut cœlibes: qui ll. Juliis solidum capere non poterant. Sic Tertullianus in lib. de Monogamia: *Aliud est*, inquit, *si et apud Christum legibus Juliis agi credunt, et existimant cœlibes et orbos ex testamento Dei solidum non posse capere.* Sic Ambrosius in Lucam, *cap.* 4. quod hic vocat *pœnam*, appellat *mulctam*: unde tit. *C. de infirm. pœnis cœlibat.* et est quoque tit. ea de re *in Fragment. Ulpiani.*

L. 12. exposita est in *l.* 10. *ex asse*, *sup. h. t.*
L. 13. exposita *sup.* in *l.* 1. *h. t.*
L. 14. exposita *sup.* in *l.* 1. *h. t. et l.* 7.
L. 15. exposita *sup.* in *l.* 7. *h. t.*

Ad L. XVI.

Si quis eum, quem testamento suo legavit, rursus a substituto filii liberum esse jusserit, liber erit quasi legato adempto: nam et in legato in his testamentis novissima scriptura erit spectanda, sicut in eodem testamento, vel testamento et codicillis confirmatis observaretur.

§. 1. *Si suo testamento perfecto alia rursus hora pater testamentum fecerit, adhibitis legitimis testibus, nihilominus id valebit. Et tamen patris testamentum ratum manebit. Nam etsi sibi et filio pater testamentum fecisset, deinde sibi tantum, utrumque superius rumpitur. Sed si secundum testamentum ita fecerit pater, ut sibi hæredem instituat, si vivo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum: quia secundum non valet, in quo filius præteritus est.*

Initium hujus *l.* conjungendum est cum *l. si mihi et tibi*. §. *ult. i f. de legatis* 1. quæ ex eodem est libro: ubi ostenditur, in legatis quoque ultimam semper scripturam in eodem testamento spectari, nisi in libertatibus, in quibus non novissima, sed levissima spectatur, *l. sub diversis, de condit. et demonstrat.* ideo servo legato, deinde manumisso, liber fit, quasi adempto legato, *l. si peculium*, §. 1. *de manumiss. testam.* In hac autem lege ostenditur, non tantum in eodem testamento novissimam scripturam spectari, sed etiam in codicillis testamento confirmatis, ut scilicet, quod testamento datum est, si in codicillis adimatur, ipso jure ademptum esse censeatur, videlicet si codicilli testamento sint confirmati: alias enim non ipso jure adimitur legatum, sed doli mali exceptione, quod ostenditur in *l.* 3. §. *cum Titio, et seq. de adimend. legat.* ubi legendum est, *non solum autem fideicommissa sed etiam legata.* Verba enim sunt transposita. Additur novissimam scripturam, quantum ad legata attinet, spectari in duplicib. testamentis. Duplicia autem testamenta sunt, quæ pater sibi et filio facit, *l. in duplicibus*, *ad leg. Falcid. l.* 1. §. 1. *si cui plus quam per l. Falcid.* Itaque per libertatem ademptum censetur legatum scriptum in primo testamento: *his testamentis*, id est, in duplicibus, id fit jure communi non favore libertatis, non ipso jure libertas prævalet, ut in specie *l. ult.* §. *Titius*, *hoc tit.* ubi adjicitur, *liber esto.* In qua specie ita demum contigit libertas tota servo, si non potest venire ad legatarium ex mente defuncti: tamen ex favore libertatis, non ipso jure inutile est legatum, et prævalet libertas. Non absimile exemplum est in *l. invitus* §. *ult. de fideicommiss. libert.* Finge testator ita dicit: *Stichum Mævio lego, quem rogo, ut eum manumittat: si non manumiserit, liber esto*: hoc casu Stichus statim liber erit, nec quæritur legatario, *l. si quis ita sit legatus, de manumiss. testam.* Est et alius casus, in quo libertas prævalet legato: finge, testator servum liberum esse jussit: deinde legavit eum Titio. Olim quidem adimi non poterat libertas, ut constat ex *l.* 3. §. *ult. de his quæ in testam.* Hodie valet ademptio libertatis, *l. si peculium* §. 1. *de manumiss. testam. l. si servus. de fideicommiss. libert. l. si idem de legat.* 2 Prævalet igitur legatum in hoc casu, si modo certum est, testatorem adimere voluisse libertatem. Alias in obscuro prævalet prior scriptura, favore tamen libertatis, non jure. Sunt et alii casus, in quibus novissima scriptura non spectatur, ut in *l. si mihi* §. *ult. de leg.* 1. nisi testatur declaraverit se prioris pœnituisse, cum testator non possit sibi præscribe-

re jus, a quo recedere non possit, *l. si quis*, *in principio*, *de legat.* 3. Item in clausula leg. *talis scriptura*, *de leg.* 1. *l. cum vulgari*, *de dote præleg.* Ostenditur postremo in §. *ult. hujus legis*, patrem non compelli, uno contextu sibi et filio impuberi testamentum facere: sed poterit hodie sibi, cras filio facere; quin et aliis testibus adhibitis in pupillari, quam in suo. Neque hoc casu prius id est, paternum testamentum rumpetur per pupillare. Secus est, si testator sibi et pupillo fecit testamentum, deinde sibi aliud faciat: rumpetur enim et prius et pupillare, cum pupillare sit pars primi testamenti, ut dicitur in §. *liberis autem*, *de pupill. substitut.* Verum, finge; testamentum aliud pater fecit, in quo extraneum sub hac conditione instituit, si filius ante se moriatur: tamen posterius testamentum est nullum, et prius manebit: etsi enim in conditione positus sit filius: tamen, quia præteritus est, nullum est posterius testamentum. Hincque aperte constat, filios in conditione positos, non esse in dispositione, quod et aperte ostendimus in *l. Gallus* §. *idem credendum*, *et* §. *in omnibus*, *de lib. et posthum.* Summa; rupto primo testamento, rumpitur et pupillare: prius testamentum rumpitur posteriore jure perfecto: non jure perfecto, non rumpitur, ut in specie quæ sequitur hoc §. ubi filius est præteritus.

L. 17. exposita est *sup. l.* 2. §. *prius autem*, *h. t.*

L. 18. exposita in *l.* 7. §. *si servum*, *sup. h. t.*

L. 19. exposita in *l.* 38. *sup. tit. prox.*

L. 20. exposita in *l.* 2. §. *prius*, *sup. h. t.*

L. 21. exposita est in *l.* 2. *in princ. sup. h. t.*

Ad L. XXII.

Is, qui contra tabulas testamenti patris bonorum possessionem petierit, si fratri impuberi substitutus sit, repellitur a substitutione.

Sciendum est, bonorum possessionem contra tabulas dari liberis præteritis emancipatis: suis præteritis, non est necessaria: nam ipso jure veniunt ab intestato ad hæreditatem, cum præteritio suorum nullum ipso jure faciat testamentum: emancipatorum vero præteritio ipso jure non facit nullum testamentum, sed per bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. *de legat. præstand.* Atque ea ratione fit, ut emancipatus, qui petit contra tabulas, repellatur ab omni judicio patris, ut a legato, fideicommisso, donatione causa mortis, et substitutione pupillari, ut in hac specie; filius emancipatus præteritus substitutus fratri pupillo non admittitur ad substitutionem, si agat contra tabulas: quoniam defuncti judicium impugnat, *l.* 2. *in princ. inf. de his quæ ut indig. l. filium* §. *non solum*, *de legat. præstand. l. in servitutem* §. *si quis bonorum*, *de bon. libert.* Et generaliter hoc verum est, ut is, qui impugnat patris judicium, ex quo illud deficit, nihil ex eo consequi possit. Judicium defuncti impugnat primo hæres ex asse scriptus, qui repudiat. Ideoque hic etiam repellitur a substitutione pupillari, a mortis causa donatione, item aliis rebus, quæ in illum collatæ sunt. Secundo, etiam is impugnat, qui coactus a fideicommissario adit hæreditatem: quia non adit suo periculo, sed fideicommissarii: quia omne periculum in se suscipit: quare arcetur omni commodo, nec utitur quarta Trebellianica. Tertio, impugnat defuncti judicium, qui inofficiosum testamentum dicit. Quarto et postremo, qui petit bonorum possessionem contra tabulas. Hi omnes etiam repelluntur a substitutione pupillari, et hoc proponitur in hac nostra lege. Opponit huic sententiæ Acc. leg. *ex duobus* §. *ult.* et leg. *et si contra*, *inf. h. t.* ubi dicitur, eum qui agit contra tabulas non repelli a substitutione pupillari. Respondeo: si is, qui substitutus est, petat contra tabulas, substitutio inutilis redditur; sed si alius, quam substitutus petat contra tabulas, pupillare testamentum conservatur, et ex eo substitutus admittitur. Ergo per bonorum possessionem contra tabulas non rescinditur testamentum pupillare. Sed notandum, non idem servari jure civili: quo destituto paterno testamento evanescit etiam pupillare, *l.* 2. §. *quisquis*, *eodem.* Item paterno testamento rupto, et pupillare rumpitur; sic et injusto facto, §. *liberis*, *de pupill. substit.* Item irrito eo facto, et per querelam inofficiosi testamenti, quæ datur exhæredatis, rescisso. *l. Papinianus*, §. *sed nec impuberis*, *de inoffic. testam.* Quod tamen postmodum a Justiniano sublatum est: nam ex Nov. 115. institutio tantum vitiatur, reliqua omnia manent. Ratio differentiæ est, cur videlicet querela inofficiosi et alii modi rumpant et paternum et pupillare testamentum secundum jus civile; petitio tamen bonorum possessionis contra tabulas non rumpat jure prætorio: quod jus prætorium benignius sit, quam jus civile: si ergo manet pupillaris substitutio, manent etiam legata a substitutione pupillari relicta etiam extraneis. At hoc casu legata relicta ab instituto non debentur scilicet si est rescissum testamentum per bonorum possessionem contra tabulas, exceptis certis personis, ut liberis et parentibus, *tot. tit. de legat. præstand.* et uxori, nurui, pronurui dotis causa. Unde nec prætor petita bonorum possessione contra tabulas testamentum in totum rescindit. Institutionem quidem et ex ea relicta legata extraneis rescindit, sed substitutionem et legata ex ea relicta omnibus conservat, *d. tit. de legat. præstand.* Nunc ut intelligatur *l. et si contra h. t.* Finge: duo sunt fratres, unus suus et pupillus,

alter emancipatus, et is vel pubes, vel impubes, nihil refert. Emancipatus præteritus est, pupillus institutus, eique datus substitutus in secundum casum. Item finge ab institutione et substitutione relicta esse legata: in hac specie emancipatus præteritus petit bonorum possessionem contra tabulas: institutus etiam admittetur ad contra tabulas bonorum possessionem cum fratre præterito, qui ei ad hoc fenestram aperit: nam institutus nunquam admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas, nisi præterito edictum committente. Et hoc notandum, edictum committere præteritum, qui ex edicto petit bonorum possessionem contra tabulas. Committitur vero instituto, qui propter fratrem ad id beneficium admittitur. Item edictum committit, qui principaliter petit contra tabulas bonorum possessionem, *l. si post mortem* §. *ult. de bon. poss. cont. tab.* quia bonorum possessione contra tabulas in totum rescinditur testamentum patris: ergo institutio fratris etiam rescinditur. Igitur æquum est, eum et venire contra tabulas ad æquam partem *l. non putavit* §. *ult. de bonor. possess. contra tab.* Ergo in hac specie uterque veniet ad bonorum possessionem contra tabulas, et ejus possessionis jure hæreditatem inter se divident æqualiter. Nunc quærendum, quid fiat de legatis, cum et ab institutione et a substitutione sint relicta? Legata ab institutione relicta ipse pupillus institutis tantum certis personis quibusdam præstabit: idemque in ejus substitutione dicendum est, si pupillus nondum præstitis legatis decesserit: quia substitutus pupillaris legata a pupillo instituto, non debet tanquam a se relicta, sed tanquam æs alienum impuberis, *l. in ratione* §. *quod vulgo*, *ad leg. Falcid. l. servo alieno* §. *si quis a primo*, *de leg.* 1. Impubes nonnisi certis personis debet: ergo nec substitutus nisi certis personis. Legata vero a substitutione relicta præstabit omnibus, salva tamen Falcidia. At notandum maxime, legata ea, quæ ab institutione relicta non præstantur, ut extraneis relicta, augere legata a substitutione relicta, atque ita proficere legatariis secundarum tabularum: quia locupletior hæreditas transit ad substitutum, quod etiam fit in specie *l. ex asse*, *ad leg. Falcid. l. et si contra*, *h. t.* Adde, alia etiam ratione in hac specie legata augeri in utrisque tabulis relicta, eadem scilicet, qua minuuntur. Quod ut intelligatur, sciendum est, interdum substitutum plus ferre commisso edicto ex bonorum possessione contra tabulas, quam ex institutione, interdum minus. Plus fert, ut si ex uncia institutus sit hæres, vel ex sextante, aliis cohæredibus datis, ejus vero frater præteritus. Hoc casu rescisso testamento per bonorum possessionem contra tab. uterque semissem feret: ita institutus plus habebit commisso edicto. Minus feret, ut si institutus ex asse vel dodrante fuit: nam accepta bonorum possessione contra tabulas, minuitur ipsius pars, cum semissem tantum habeat, *l. non putavit* §. *pen. et ult. de bonor. possession. contra tabul. l. filium* §. *quod si impubes*, *de legat. præstand. l. filium* §. *videamus*, *de bon. poss. contra tabul.* Ergo in hac specie interdum plus, interdum minus fert institutus. In hoc casu relicta legata ab institutione, et substitutione præstantur non pro modo institutionis, sed pro modo ejus, quod frater impubes accepit per bonorum possessionem contra tabulas. Itaque si plus habuerit, augentur legata: si minus, minuentur, scilicet ea, quæ debentur exceptis personis. Hoc ostenditur in *l. ab exhæredatis* §. 1. *de legat.* 1. *l. filium* §. *sin vero a substituto, et seq. de legat. præstand.* Videtur obstare lex *ult. de legat.* 3. qui locus mendosissimus est, ut ostendimus latius lib. 3. nostrarum Observat. cap. 9.

Ad L. XXIII. Qui plures.

Qui plures hæredes instituit, ita scripsit. Eosque omnes invicem substituo: *post aditam a quibusdam ex his hæreditatem, uno eorum defuncto, si conditio substitutionis extitit: alio hærede partem suam repudiante: ad superstites tota portio pertinebit: quoniam invicem in omnem causam singuli substitui videbuntur. Ubi enim quis hæredes instituit, et ita scripsit, eosque invicem substituto, hi substituti videbuntur, qui hæredes extiterunt.*

In specie hujus legis plures extranei instituti, et sibi invicem substituti sunt: hæc substitutio vulgaris est: nunc finge: unus eorum decessit adita hæreditatis suæ portione, et ideo in hæredem suum eam transmisit: alter repudiavit partem suam, vel decessit non adita hæreditate: quæritur an hæres ejus, qui adita hæreditate decessit, aliquid ferat ex portione ejus, qui partem suam repudiavit quasi substitutus? Lex ait, eum nihil laturum; et totam portionem ad superstites cohæredes pertinere, qui hæredes extiterunt ex testamento testatoris: et hi vocantur *in omnem causam*, ut ait lex, id est, non pro parte sua tantum, sed etiam pro parte ejus, qui ante decessit, cujus portio eis accrevit. Nam substitutionis vulgaris spes non transmittitur ad hæredes, ut dicitur in *l. cum proponatur*, *de leg.* 2. Ait, *hæredes extiterunt*, directo scilicet, non per successionem. Idem proponitur in *l. Lucius* §. *ult. eod.* Notandum est, in hac specie omnes hæredes institutos, omnibus substitutos esse mutuo: tunc vero uno repudiante, ceteri omnes ex substitutione admittentur. Interdum tamen omnibus omnes mutuo substituti non intelliguntur, licet testator dicat, eosque invicem substituo. Hujus rei exem-

plum est in *l. cohæredi* §. *qui discretas, h. t.* ubi plures sunt conjuncti et instituti, omnes tamen statim ad partem repudiatam non admittuntur. Species hæc est. Finge: testator ita dixit; *primus et secundus hæredes sunto ex semisse, tertius et quartus ex altero semisse*: adjicit testator, *hos omnes hæredes invicem substituo*: hoc casu non omnes omnibus statim substituti intelliguntur: nam repudiante primo solus secundus admittetur, ceteri non. At secundo etiam repudiante, reliqui admittentur ex hac substitutione. Item alia species est, in qua non omnes omnibus substituti invicem dicuntur, ut in §. *qui patrem d. leg. cohæredi*: ut si testator patrem et filium hæredes instituit, et eos nominatim vel seperatim invicem substituit: deinde testator assem complet aliis hæredibus institutis, dicendo, *secundus, tertius, quartus, quintus hæredes sunto, eos omnes invicem substituo.* Nunc finge: unus ex posterioribus repudiavit, vel mortuus est: quæritur an hoc casu in ejus portionem pater et filius jure substitutionis mutuæ admittantur? Et dicitur: minime. Nam testator seperatim fecit substitutionem mutuam inter patrem et filium: igitur posteriores tantum ex substitutione succedunt, quia et eorum substitutio separata est.

Ad L. XXIV. Si plures.

Si plures sint instituti ex diversis partibus, et omnes invicem substituti: plerumque credendum, et ex iisdem partibus substitutos, ex quibus instituti sint: ut si forte unus ex uncia, secundus ex octo, tertius ex quadrante sit institutus: repudiante tertio in novem partes dividatur quadrans, feratque octo partes, qui ex besse institutus fuerat, unam partem, qui ex uncia scriptus est, nisi forte alia mens fuerit testatoris, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum.

In hac lege etiam tractatur de substitutione mutua, quæ fit vulgari modo: finge: plures sunt instituti ex disparibus partibus, et invicem substituti non adscriptis partibus: quæritur, si unius instituti portio vacaverit, quantum sint laturi ex substitutione singuli? Et definitur in hac l. successuros eos pro rata partis hæreditariæ. Et ita quoque constituit *l.* 1. *C. de impub. et aliis substit.* quæ est constitutio D. Pii, *l.* 1. *C. de pet. hæredit. l.* 1. *C. quom. et quand. judex*: in quibus *ll.* emendanda est inscriptio, et legendum, *Titius Ælius*, et ita emendandum ostendit §. *etsi ex disparibus, de vulg. subst.* cujus §. speciem Theophilus non est adsecutus: facit huc plane lex *cohæredi* §. 1. *h. t.* ubi idem ostenditur quod in l. nostra. Tale exemplum hujus rei proponitur: tres sunt instituti, unus ex uncia, secundus ex besse, tertius ex quadrante, et hi sibi invicem sine partibus substituti sunt. Tertius repudiavit suam partem: Jurisconsultus ait, dividendum esse quadrantem pro hæreditariis portionibus inter alios duos, et ita dividendum videlicet in novem duellas, ex quibus dabuntur hæredi scripto ex besse octo, una reliqua scripto ex uncia. Et hoc semper debet observari; nisi refragetur voluntas defuncti: unde dicitur in l. nostra *plerunque*. Si enim sit evidens diversa voluntas, quæ ex multis colligitur, ut est in *l. licet, de legat.* 1. Notandum est, quæ de portionibus hæreditariis diximus servari in mutua substitutione, servari substitutione pupillari ita facta: *quisquis mihi hæres erit, etc. l. qui liberis* §. *ult. sup.* Idem servatur et in substitutione precaria, *l. quoties*, *l. Lucius*, §. *Mœvia*, *ad Trebell.* Semper autem excipienda est voluntas defuncti. Et in precaria substitutione nominatim tradit Jureconsultus in *l. nonnunquam, inf. ad Trebell.* varie judicari ex voluntate testatoris. Duob. autem modis repugnat aperte voluntas testatoris. Primum signum est, si testator rogaverit hæredem, ut reliquis restitueret, expressis nominibus propriis, non hæreditariis, ut Titio, Mævio, Cajo, et Sempronio; hoc casu videtur eos exæquasse in accipiendo fideicommisso, quod debet restitui, *l. verum* §. *ult. de reb. dub. d. l. nonnunquam, et d. l. quoties.* Aliud signum est: si testator plures hæredes instituerit, et eorum unum rogaverit hæreditatem restituere, si centum daret, eosque pari pecuniæ gravamine onerarit: nam tunc æquas ferent partes. Sed quod ad primum attinet, hæc distinctio negligenda non est: nam servatur etiam in aliis juris articulis, scilicet in iis, quæ hæredib. dantur complendæ conditionis causa, ut si dicat: *Stichus liber esto, si decem hæredibus dederit*: dividentur illa decem pro portionibus hæreditariis. Sed si non adjecerit hæredibus, verum per propria nomina eis reliquerit, viriles habebunt *l. ita liber.* §. *ult. de statuliber.* Nota eandem distinctionem servari in legatis, quæ ab hæredibus relinquuntur: nam si sub appellatione hæredum legaverit, pro hæreditariis portionibus: si uni sub nominibus propriis, pro virilibus portionibus legata præstantur, *l. turpia* §. *ult. l. si hæredes, de legat.* 1. Creditur obstare huic parti lex *sive a certis, de duobus reis*, cujus species hæc est: Testator nominatim legavit a certis hæredibus. Lex ait, dari legatum pro portionibus hæreditariis. Si ab omnibus nominatim legavit nominibus propriis non expressis, viriles partes fiant: si a certis legatum sit nominibus propriis expressis, tunc hæreditariæ partes servantur, quia in hoc eos nominasse videtur testator, non ut eos pares faceret, sed ut ceteros exoneraret. Nota, hæreditarias portiones servari, si ab omnibus legaverit excepto uno: item

si sub appellatione hæredis ab omnibus hæredibus legaverit. In stipulatione quoque servi communis eadem distinctio servatur. Nam si duobus dominis dare promittit, vel mihi dare promittit, ea stipulatio acquiritur pro parte dominica, *l. si communis servus, de stipulat. serv.* Cui male objicitur *l. proinde, in prin. eod. t.* nam ibi *nominatim* non significat per singulorum nomina, sed sub commemoratione omnium, ut *omnibus dominis ne promittis.*

Ad L. XXV.

Si pater impuberes filios invicem substituerit, et ei qui novissimus mortuus fuerit, Titium: respondendum est, solos fratres bonor. poss. accepturos, et quodammodo duos gradus hujus institutionis factos: ut primo fratres invicem substituerentur. Si illi non essent, tunc Titius vocaretur.

Hujus legis species hæc est: pater habens tres, aut quatuor filios impuberes, illos hæredes instituit, et invicem substituit, et ita est substitutio reciproca: deinde ei qui ex filiis novissimus moreretur, substituit Titium: mortuo uno, quæritur quis ex substitutione ei succedat? Lex ait, solos fratres successuros et accepturos bonorum possessionem secundum tabulas: nec Titius succedet: quia duo facti sunt gradus substitutionis, et primo gradu sunt substituti fratres, secundo Titius: et hoc fit ut primo reciprocá substitutio inter fratres observetur, si illi non essent, tum demum Titius admittatur: atque hæc substitutio est vulgari pupillaris: quoniam impuberi fit. Ait *institutionis*, legendum, *substitutionis*, ut indicat lex *Titia §. Seja, de legat. 2.* in qua eadem pene species est. Sed quid fiet, si pater fratribus substitutionem reciprocam non fecerit, sed supremo substituerit Titium? Hoc casu videtur pater inter fratres jus legitimarum hæreditatum conservare: ut ostendit lex *vel singulis, hoc t.* Accursius huic legi objicit leg. *Titia Sejo, §. Seja, de leg. 2.* Ex quo §. colligit, substitutione facta ultimo morienti, non ita fieri, ut jus legitimarum hæreditatum inter fratres conservetur, sed ut invicem substituti dicantur. Species hæc est: quidam duobus libertis suis fundum legavit conjunctim, eosque rogavit, ne eum fundum venderent, et eos invicem non substituit: deinde ei, qui novissimus ex his duobus moreretur substituit precario, videlicet rogavit eum, ut primo et secundo partem restitueret: uno mortuo, quæritur an ejus pars ad alterum pertineat, ita ut collibertus tunc totum fundum laturus sit. Ait Jureconsultus, in eo fideicommisso duos substitutionum gradus factos: unum, ut qui prior ex his duobus libertis moreretur restitueret alteri suam partem, atque ita inter eos libertos substitutionem mutuam factam videri, étsi expressim facta non sit. Alterum, ut si alter moreretur, restitueretur fundus ille fideicommissario. Sed longe diversa hæc est species a specie §. nostri. Hic enim de fratribus inter quos est jus legitimæ successionis: in illo §. de libertis loquitur, in quibus nulla est legitima successio: ideoque ex voluntate testatoris invicem substituti intelliguntur: cum eorum fideicommissum sit, ne fundum vendant. Præterea hic loquitur de substitutione directa, in qua judicanda nunquam conjecturas admittimus: illic de precaria, in qua judicanda admittimus conjecturas, *l. cum proponebatur, de legat. 2.*

Ad L. XXVI.

Si pater filium puberem hæredem scripserit, et ei substituerit, si quis post mortem natus erit, deinde vivo fratre posthumus natus fuerit, testamentum vivo rumpetur: post mortem autem fratris vivo patre natus, solus hæres patri suo exsistet.

Hujus legis species est. Finge: pater filium puberem hæredem instituit, et ei substituit eum, qui post mortem filii instituti sibi nasceretur, scilicet fratrem nondum natum, his verbis: *filius hæres esto, si filius me vivo morietur, tunc qui mihi postea nascetur hæres esto.* Finge: posthumus natus est vivo fratre instituto, itemque vivo adhuc patre: hoc casu testamentum rumpitur agnatione posthumi, cum sit præteritus a primo gradu, item a secundo: quia deficit conditio substitutionis, quia videlicet non est natus post mortem fratris: ideoque totum testamentum rumpitur. Aliud erit, si post mortem fratris nascatur: nam tunc solus erit patri hæres: non ut substitutus, sed ut institutus. Si successionem species, succedit ut substitutus, quia ei primum post mortem fratris defertur hæreditas. Et hæc est hujus l. species. Ait, *testamentum rumpitur*: legendum, *testamentum vivo rumpitur,* vivo scilicet patre, ut et in *l. Gallus, §. si ejus, de lib. et posthum.* Improprie tamen videtur vivo testatore rumpi testamentum: nam effectu non rumpitur, nisi testatore mortuo, *d. l. Gallus §. seq.* Nam testamenta non sortiuntur effectum nisi morte testatoris, *l. qui duos, de manumiss. test.* ubi dies non cedit vivo testatore.

Ad L. XXVII.

Si Titius cohæredi suo substitutus fuerit, deinde ei Sempronius, verius puto in utramque partem Sempronium substitutum esse.

Hæc lex pertinet ad vulgarem substitutionem: ut si quis duos ita instituat, *Primus et Secundus*

hæredes sunto, si Primus hæres non erit, Secundus hæres esto: Item, *si Secundus hæres non erit, Tertius hæres esto*: Secundum substituit cohæredi. Secundo alium quendam extraneum. Primo et Secundo repudiante, Tertius in utramque partem admittitur. Et hoc est, quod dicitur, substitutum substituto videri substitutum instituto, §. *sed si instituto, de vulg. substitut.* ubi etiam hoc sine distinctione constitutum esse ait Justinianus: nam non distinguitur, utrum antequam cohæredi substitueretur Secundus, an postea, ei substituerit Tertium, id est, non spectamus ordinem scripturæ. Adde non spectari etiam ordinem successionis, scilicet, utrum Secundus primum repudiaverit, an postea, vel contra, ut ostenditur in *l. cohæredi, in princ. h. t.* Idem servatur in substitutione precaria in hoc exemplo. Finge: duos filios hæredes pater instituit, eosque invicem per fideicommissum substituit deinde adjecit, *si uterque sine liberis decesserit, rogo ut hæreditas perveniat ad Tertium, quod si Tertius decedat, ei est substitutus Quartus.* Nunc finge: Tertius prior decessit, et ita ad eum nihil pervenit, quare Quarto nihil reliquit. Sed si deinde decesserint filii sine liberis, an Quartus succedet, an vero proximi cognati ab intestato? Et argumento leg. 41. dicendum est, Quartum succedere: non ut mortis ordo spectetur. Atque ita Gratianopoli judicatum esse testatur Joannes Paponius, libro tertio placitorum. Verum obstat *l. 47. inf. h. t.* Finge: pater habet filium et filiam impuberes: filium instituit, filiam exhæredavit: filio, si impubes decedat, substituit filiam: in eundem casum filiæ substituit uxorem et sororem: hoc casu, si filius prius impubes decesserit, filio ei succedit ex substitutione pupillari. Verum si postea filia quoque moriatur impubes, ei succedunt uxor et soror; et in ejus filiæ hæreditate invenient hæreditatem filii, atque ita ad eas duæ hæreditates pervenient. At finge, filiam priorem decessisse impuberem: hoc casu uxor et soror ei succedent ex substitutione pupillari. Sed si deinde filius impubes moriatur, tunc non uxor et soror, sed proximus cognatus filio succedet. Ait, *antequam nuberet*, id est, nubilis esset ætatis: quæ ætas pubertatis est. Verum dicendum, omnino aliud servari in substitutione pupillari, aliud in vulgari et precaria: in his de una tantum hæreditate agitur: ideoque ea non scinditur per legitimum hæredem, sed eam totam unus substitutus vindicare potest: in pupillari vero substitutione duplex est testamentum, filiæ et filii, et duæ hæreditates: itaque nihil vetat unam hæreditatem ex testamento vindicari: alteram ab intestato deferri.

Ad L. XXVIII.

Lex Cornelia, quæ testamento eorum, qui in hostium potestate decesserunt, confirmat, non solum ad hæreditatem ipsorum, qui testamenta fecerunt pertinet, sed ad omnes hæreditates, quæ ad quemque ex eorum testamento pertinere potuissent, si in hostium potestatem non pervenissent. Quapropter cum pater in hostium potestate decessit, filio impubere relicto in civitate, et is intra tempus pubertatis decesserit, hæreditas ad substitutum pertinet perinde ac si pater in hostium potestatem non pervenisset. Sed si pater in civitate decessit, filius impubes apud hostes: si quidem mortuo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non commode dicitur hæreditatem ejus, ex ea lege ad substitutos pertinere: si vero vivo patre filius in hostium potestatem pervenerit, non existimo legi Corneliæ locum esse, quia non efficitur per eam, ut is qui nulla bona in civitate reliquit, hæredes habeat. Quare etiamsi pubes filius vivo patre captus fuerit, deinde mortuo in civitate patre in hostium potestate decesserit, patris hæreditas ex lege duodecim tabularum, non filii ex lege Cornelia, ad agnatum proximum pertinet.

De lege Cornelia dictum est in *l. 12. sup. qui testam. fac. poss.* Hoc in summa ponendum; lege 12. tabul. confirmari testamenta civium Romanorum, qui Romæ decesserunt: lege Cornelia captivorum testamenta: et successiones ab intestato confirmantur, *l. 1. §. 1. l. pen. de suis et legit. l. bona, in princ. de captiv. et postlim. revers.* Lege Cornelia conjungitur tempus captivitatis et mortis: fingit mortuum tempore quo captus est eum qui decessit apud hostes, *l. in omnibus, de captiv. et postlim. revers. l. Gallus §. videndum de lib. et posthum.* Quæritur nunc an lege Cornelia etiam pupillare testamentum confirmetur? Ac si dicamus, irrito facto testamento paterno, etiam irritum fieri pupillare. Irritum autem fit testamentum paternum captivitate. Ergo etiam pupillare. Et hoc proponitur initio h. l. Ergo lex Cornelia confirmat etiam testamentum pupillare. Nunc ut h. l. circumstantiæ omnes rectius intelligantur, ita est distinguendam circa hanc speciem: aut pater captus est solus ab hostib. aut filius solus, aut uterque. Sciendum vero est, substitutionem pupillarem irritam fieri, si pupillus vivo patre ex ejus potestate exierit, et patre moriente sui juris sit: quoniam necesse est; ut is cui substituitur pupillariter, sit in potestate morientis patris, *l. cohæredi §. cum filiæ, hoc t.* Item necesse est, ut filius patri supervixerit: nam si filius vivo patre moriatur, evane-

scit pupillaris substitutio: quia illius substitutionis tunc nullus est effectus. Nunc ad distinctionem illam redeamus. Primus casus: si pater captus est ab hostibus aut ibi decessit filio vivo, aut mortuo: si vivo filio, deinde filius impubes moriatur, substitutus admittitur: et confirmatur pupillare testamentum lege Cornelia, *l. pater in princ. de capt. et postlim.* ubi pater filium instituit, vel etiam exhæredavit, eique substituit in secundum casum, posteaque pater captus est ab hostibus, atque ibi decessit, post cujus mortem etiam filius impubes decessit. Quidam dicebant, ejus hæreditatem non pertinere ad substitutum, sed ad legitimum: hi non spectabant fictionem legis Corneliæ, sed veritatem ipsam: quia sui juris vivo patre intelligitur: vel hic filius moriente patre non erat in potestate ejus. At sustinetur substitutio fictione legis Corneliæ, quæ fingit tempore captivitatis illum mortuum: ideoque substitutio hoc casu necessario tenet, *d. l. pater*. Et hoc est quod sequitur in l. nostra. *Quapropter cum pater*. Quare si pater decessit apud hostes, mortuo jam filio: hoc quoque casu lege Cornelia confirmatur substitutio pupillaris: quia fingitur pater prius mortuus: videtur enim decessisse eo momento, quo captus est: si veritatem spectes, nulla est substitutio. Eadem ratione fit, ut licet non sit facta substitutio pupillaris, habeat tamen legitimum hæredem proximum agnatum ab intestato, quia videtur patri hæres extitisse, *l. pen. de suis et legit. l. proponebatur §. ult. de castrensi pecul. l. bona §. quod si filius, de capt. et postlim. revers.* ubi pro *etsi vivo patre*, legendum, *nec si vivo patre*, ut sit sensus: si filius quædam acquisivit, sibi acquisivit, nec si vivo patre decesserit ad hæredem patris pertinebunt, sed ad hæredem filii. Ergo sicut in hac specie filius habet legitimum hæredem ab intestato ex lege Cornelia, ita etiam ex testamento, si pater ei testamentum fecit. Nec obstat lex *quod si filius, de capt. et postlim. revers.* Ubi finge, pater captus est ab hostibus: deinde mortuus filius impubes, *nihil est*, inquit, *quod de secundis tabulis tractari, possit*, id est, valeant, nec ne: nulla est dubitatio, quoniam si pater revertatur, non valent pupillares tabulæ; quia filius intelligitur vivo patre mortuus. Sed si pater non sit reversus ab hostibus, tunc necessario tenebit substitutio pupillaris, *l. pater, in pr. d. tit.* quoniam pater prius videtur mortuus, et filius sui juris effectus. Ait *d.* lex, *quod si filius hostium potitus*, id est, in hostium potestatem venit, et sic in *l. facere test. de test. milit.* κατ' ὑπαλλαγὴν et apud Plautum. Secundo casu, si filius est captus ab hostibus, eodem modo distingue: aut captus est mortuo patre, aut vivo patre; si mortuo patre captus est, ibique decessit, confirmatur pupillaris substitutio lege Cornelia, ut confirmat lex *pater §. ult. de captiv.* Cujus sententia est: finge: pater fecerat substitutionem pupillarem: mortuo patre filius captus est ab hostibus, apud quos decessit: quæritur an substitutus succedat? Videtur quod non: quia lex Cornelia eam personam demonstrat, quæ habet testamenti factionem. Ergo non videtur lege Cornelia ad pupillares tabulas pertinere. Sed in hac specie, si mortuo patre filius captus est ab hostibus, hic filius habebit legitimum hæredem ab intestato, quamvis non habuerit testamenti factionem: nam in causa intestati, non spectamus, an habuerit testamenti factionem, necne, *dict. l. bona, in princip.* Sic et in causa substitutionis id non spectamus. Ergo si non habuerit filius testamenti factionem: tamen substitutus ei succedet ex lege Cornelia, ubi vulgo *quoniam* male legitur, pro *quamquam*, et hoc quoque indicat lex nostra, cum ait, *sed si pater, etc.* Itaque non erit alienum dicere prætorem debere subsequi voluntatem patris, et dare substituto utilem petitionem hæreditatis, et hæc indicat lex nostra. Sed quid si vivo patre captus sit ab hostibus, ibique decessit vivo vel mortuo patre impubes? Hoc solo casu substitutio pupillaris non confirmatur lege Cornelia, neque vero legitimum, neque substitutum habuit: et hoc est quod sequitur; *Quare etiamsi pubes*, ubi legendum, *impubes*, sic in *l. qui habebat, inf.* Quid si uterque captus sit ab hostibus, ut si eodem bello pater et filius, eodemque tempore ab hostibus capti sint, ibique decesserint, testamentum quidem patris lege Cornelia confirmatur, sed an etiam pupilli? non quærimus uter prior decesserit apud hostes: utroque enim casu ad hanc substitutionem pupillarem lex Cornelia non pertinet: nam hoc etiam casu is filius nulla unquam bona in civitate habuit. Itaque nec hæredem ullum habere potest, nisi si non decesserit filius apud hostes, sed redierit, et in civitate decedat, tum filius patri hæres existat, *l. ult. C. ex quibus caus. major*, *l. captum, C. de capt. et postlim. l. quod si filius, D. eod.* Si igitur filius in civitate decesserit, substitutus haud dubie succedet, ut ostenditur in fi. d. legis *quod si filius.* Et hoc eodem pene modo proponitur in *l. seq. si pater*, *quoniam etsi ambo in civitate decessissent, veniret substit.* male aptatur hæc ratio ad duos casus in lege propositos: ergo neque exceptionis est. Nam quod utroque decedente in civitate veniat substitutus, non sequitur, ut uno decedente veniat. Sed notandum hoc factum esse errore librariorum: et legendum est, *quanquam*, pro *quoniam*, ut et in *l. pater de capti. et postlim. revers. l. si hominem, de usucap. l. in sua §. sed id, de cond. ind. l. Marcellus, de cond. et demonstr.*

AL L. XXX.

Quidam testamento Proculum ex parte quarta, et Quietum ex parte dimidia et quarta hæredem instituit: deinde Quieto Florum, Proculo Sosiam hæredes substituit: deinde si neque Florus, neque Sosia hæredes essent, tertio gradu ex parte dimidia et quarta coloniam Leptitanorum, *et ex quarta complures hæredes substituit in plures quam tres uncias. Quietus hæreditatem adiit. Proculus et Sosia vivo testatore decesserunt. Quæritur, quadrans Proculo datus ad Quietum, an ad substitutos tertio gradu pertineat? Respondi, eam videri voluntatem patrisfamilias fuisse, ut tertio gradu scriptos hæredes ita demum substituerit, si tota hæreditas vacasset. Idque apparet evidenter ex eo, quod plures quam duodecim uncias inter eos distribuisset. Et idcirco partem quartam hæreditatis, de qua quæritur, ad Quietum pertinere.*

Circa hanc legem quæri vulgo solet, an substitutus præferatur cohæredi et conjuncto. Et constat vulgo iis præferri substitutum, jus enim substitutionis potius est jure accrescendi, *l. 2. si duo, de bonor. possess. secund. tabul.* At si substitutus repudiet, quoquove modo excludatur, pars hæredis ad cohæredem pertinet, si cohæres pro sua parte admittetur: quod si cohæres ex sua persona admitti non possit, cohæredis vacans pars accrescere non potest. Et hæc est species *l. pen. de inj. rup.* in ea specie submovetur alter cohæres, quia in totum rumpitur testamentum agnatione posthumi. At ut diximus, omnimodo substitutus præfertur conjuncto. Huc pertinere creditur lex *ult. in princip. hujus tit.* ubi agitur de servo communi hærede instituto. Qui duorum servus est communis, duorum vicem obtinet, itaque si hæres sit institutus, vel adibit uno tempore unius dominorum jussu, vel separatis temporibus, separatim utriusque temporibus singulorum jussu. Finge: servus unius jussu adiit hæreditatem, hac ratione dimidiam partem domino tantum acquirit: quod si deliberante altero dominorum liber factus sit, dimidiam partem hæreditatis sibi acquirit, et substitutum excludit, sed si liber factus non sit, et dominus partem suam repudiet, substitutus servo hoc casu admittitur, *l. servus duorum, cum quatuor sequentibus, de acquir. hæred.* Substitutus ergo conjuncto et cohæredi præfertur. Hoc quidam sic amplificant, ut putent præferri, sive expressa sit substitutio, sive tacita, plane ineleganter, nam in directa substitutione nullas admittimus conjecturas, quamvis in precaria admittantur, sed directam substitutionem necesse est, aut scribi aut diserte nuncupari, *l. Titia*, §. *Seja, de leg. 2.*

Verum hæc regula, qua dicimus, substitutum præferri, vera est, nisi de contraria mente testatoris constet. Ergo, si de alia testatoris mente appareat, cohæres substitutum vincet, quod sit proponitur in specie *l.* nostræ. Finge: quidam testator tres fecit gradus hæredum: Primo ita dixit: *Proculus hæres esto ex quadrante, Quietus ex dodrante*, et ita totum assem distribuit.

Secundo gradu ita: *Si Proculus hæres non erit, Sosia hæres esto. Si Quietus hæres non erit, Florus esto*: in hac quoque specie non excessit assem. Deinde tertium gradum adscripsit ita: *Si neque Sosia, neque Florus hæredes erunt tunc ex dodrante hæres esto Colonia Leptitanorum, ex quadrante Sejus.* Finge. Quietus adiit hæreditatem ex dodrante. Proculus et Sosia vivo testatore decesserunt: ille casus est in causa caduci *ll.* Juliis. Sed veteri jure non transit ad filium, *l. cum ex filio §. ult. hujus tit.* Sed ille quadrans ad quem pertinebit? Ad substitutum tertio gradu, scilicet Sejum: cohæres non succedet. Ergo hoc casu substitutus conjuncto præfertur. Aliter dicendum, si tertio gradu ita scripserit, et diviserit hæreditatem in plures uncias, quam antea in primo et secundo gradu; videlicet, *si neque Florus, neque Sosia hæredes erunt, tunc colonia hæres esto ex dodrante, Primus ex sextante, Secundus ex triente, Tertius ex uncia.* Et ita in hoc tertio gradu in plures quam in duodecim uncias suam hæreditatem divisisset. Videretur namque cogitasse testator de tota hæreditate conferenda in tertium gradum: scilicet, si tota hæreditas vacaret, nunquam novam hæreditatis divisionem fecit: igitur substituti non præferuntur vacante quadrante, sed tum demum, ubi tota hæreditas vacaverit: quare hoc casu cohæres substituto præfertur, et quadrantem obtinebit.

Ad L. XXXI.

In substitutione filio ita facta, Quisquis mihi ex suprascriptis hæres erit, idem filio hæres esto, *quæritur quisquis hæres quandoque fuerit, intelligatur: an quisquis hæres tum erit, cum filius moriatur. Placuit prudentibus, si quandoque hæres fuisset. Quamvis enim vivo pupillo hæres esse desiisset, forte ex causa de inofficioso, quæ pro parte mota est: futurum tamen eum hæredem ex substitutione creditum est.*

§. 1. *Non simili modo in hac specie dicendum est, si quis cum filios duos haberet, Gajum puberem, Lucium impuberem, ita filio substituisset: si Lucius filius meus impubes decesserit, neque mihi Gajus filius hæres erit, tunc Sejus hæres esto; nam*

ita prudentes hoc interpretati sunt, ut ad impuberis mortem conditio substitutionis esset referenda.

In hac l. agitur de substitutionis pupillaris verbis quæ v dentur ambigua. Amb gua sunt quæ duo plurave s gnificant; ut quæ explicantur in *l. qui duos, d. l. 3. qui ducenta, de reb. dub.* quæ leges sumptæ sunt ex lib. *singul. de ambiguitatibus*, ut et h c nostra. Quæritur ergo, si testator eosdem filio impuberi, quos sibi scripsit, verum si et sibi hæredes extitissent, quid juris sit: nam h c verba dupl cem sensum recipiunt, *quisquis mihi hæres erit.* Possunt enim eum comprehendere qui h res fuerit, neque tum mortis impuberis tempore hæres sit, vel, qui et ab initio hæres fuerit, et tunc sit: at fieri potest, ut hæres esse desinat rescisso testamento per querelam inofficiosi: tum enim paterfam. fit intestatus. Ait, *ex causa de inofficioso quæ pro parte, etc.* nam si in totum obtentum sit, substitutio pupillaris nulla est, quæ manet pro parte rescissa, *l. Pap. §. sed nec impub. de inoff. test.* quæ differentia a Justiniano in *Novell.* 115. sublata est: hodie enim et tabul. pupillares, et codicilli non corruunt mota in universum querela. Idem vero non fit in hac specie: Finge, testatorem duos filios habere, puberem et impuberem, et ita dixisse: *si filius meus intra pubertatem decesserit, neque hæres mihi extiterit, Titius hæres esto,* filius hæres fuit, sed mortis fratris tempore non est amplius hæres. Titio substituto locus erit non fratri. Illud ex hoc loco notandum est, eum, qui hæres extitit, desinere esse hæredem, si mota fuerit pro ejus parte querela inofficiosi testamenti, vulgo dicitur, *qui hæres extitit, non desinit esse hæres.* Verum suo facto, et tum per prætorem hæres esse non desinit, ut puta per restitutionem in integrum: nam prætor ut hæredem facere non potest, ita nec hæredis nomen expungere potest: per legem tantum, vel Senatusc. vel constitutionem fieri potest, ut qui hæres extitit, hæres esse desinat: nam legis, et Senatus est hæredem facere, *§. quos autem, Inst. de bonor. possess.* Itaque et expungere hæredis nomen possunt. Sic per quærelam inofficiosi rescisso testamento, quia juris civilis est querela, id est ex lege Glicia intestatus fit, et qui adit, amittit nomen hæredis: si et l. Julia quis desinit esse hæres, *§. per contrarium, de hæred. quæ ab intest. defer.* et capitis diminutione maxima, quæ contingit per legem, *l. ex facto §. ult inf.* Cujus species ut intelligatur, sciendum est jure civili quasdam esse personas quæ ab alienis testamentis nihil aut solidum capere non possunt, ut cœlibes mulieres stupro vel adulterio cognitæ, plerumque tamen in fraudem legum solent hæredes tacitam fidem testatori interponere de præstando legato: hoc vocamus tacitam fidem, tacitum fideicommissum, id est, quod non palam, sed tacito relictum est incapaci, exacto ab hærede chirographo, vel exacta cautione, *l. in tacitis, de legat.* 1. *l. in fraudem, de jure fisci.* Exemplum est apud Ciceronem *lib. de divinat.* et apud Quintilianum: est vero tacitæ hujus fidei in hæredem pœna hæc, ut eam partem hæreditatis amittat in qua tacitam fidem interposuit, et in ea Falc. non utatur, sed Falcid. fisco addicatur, *l. beneficio, inf. ad legem Falc.* Præterea pro rata ejus partis omne commodum ei aufertur, ut fructus, et aliæ accessiones, *l. cum quidam §. in tacito, de usur. sup.* Præterea pro rata ejus partis is hæres caducum non vindicat, si sit ex liberis et parentibus, quibus caduca legibus Juliis conservantur, Ulp. in *Frag. tit.* 25. Item, pro rata ejus partis non utitur jure accrescendi, ut puta si hæres scriptus pro parte totam eam restituere tacite et in fraudem legum rogatus sit: nam et tota pars ei adimitur, et repudiante cohærede nihil ei accrescit, quia nihil videtur habere, sed si non in tota parte sua fidem interposuerit, sed in ejus partis parte quadam, eatenus imminuetur jus accrescendi: huc pertinet, *l. si totam, inf. de acqu. hæred.* ubi vulgo ita legitur, *si totam hæredit. aut partem;* Florent. *si totam an partem,* quod alias ostendimus sic accipi oportere, *si totam partem eam:* sunt nonnulli archaismi in Pand. Flor. *an* pro *eam:* sic *sam*, pro *suam* et apud Festum. Alioqui certe si partem partis restituturum se promiserit, pro altera parte utitur jure accrescendi. Addendum est eum etiam ex subscriptione admitti ita facta, *quisquis mihi hæres erit, idem impuberi, etc.* Ex hac enim substitutione vocantur primo gradu hæredes scripti pro partibus hæreditariis. Hic igitur succedet, nec tantum pro ea parte succedet quam retinet, ut pro ea quam fiscus abstulit, sed pro ea parte ex qua scriptus est. Itaque hoc casu plus feret ex substitutione pupillari, quam ex institutione, utitur Jurisconsultus hac ratione in *l. ex facto §. Julius, Quoniam sic hæres extitit, et hæres manet.* Quinimo, etiamsi hæres esse desierit, admittetur ex substitutione pupillari: nam hæc verba sic accipiuntur, *quisquis mihi quandocunque hæres erit.* Hic vero ab initio hæres fuit. Ait, *non capienti partem*, quam cepit, quam retinuit adempta altera a fisco *ad substitutionem*, id est, ad hæreditatem pupillarem.

Ad L. XXXII.

Qui complures hæredes ex disparibus partibus instituerat et in his Attium, si Attius non adierit, ceteros ex iisdem partibus, quibus instituerat, hæredes ei substituerat: deinde si Attius non adiisset, Titium cohæredem eis, qui substituti

sunt, adjecit : quæsitum est, quam partem is, et quam ceteri habituri essent? Respondi, Titium virilem, ceteros hæreditarias, veluti si res fuissent Titium partem quartam Attianæ partis habiturum, reliquarum partium hæreditarias partes, ex quibus instituti erant reliquos habituros esse. Quod si non solum Titium, sed etiam alios adiecisset hæredes, hos quidem viriles partes habituros. Veluti si tres puta cohæredes fuissent substituti, extranei duo adjecti : hos quintas partes Attianæ partis, reliquos autem cohæredes hæreditarias partes habituros esse dixit.

Species hujus legis hæc est : testator quatuor hæredes scripsit : *Primus*, *Secundus*, *Tertius*, *Quartus hæredes sunto* : deinde adjecit: *si primus hæres non erit, et ceteri cohæredes et Titius partis ejus hæredes sunto* : sic vulgariter substituit soli Primo : quæritur, quomodo inter substitutos dividenda sit Primi repudiantis portio? Ait Jureconsultus dividendam esse pro numero substitutorum. Ex his igitur quatuor partibus unam habebit quartam Titius : reliquæ tres partes dabuntur cohæredibus, quas inter se divident pro hæreditariis portionibus. Sic igitur Titio debetur virilis, id est, quarta integra, cohæredibus dantur hæreditariæ. Adjecit, eandem rationem esse servandam, si tribus hæredibus substitutis adjecti sint duo extranei : nam tunc in quinque partes dividetur pars primi. Duo extranei ferent quintas partes, id est, unusquisque feret virilem : reliqua ferent cohæredes pro portionibus hæreditariis. Ait *ex iisdem partibus* quod etiamsi non adjectum sit, semper intelligendum est ex *l. qui pecuniam, de statuliber.* Finge : servus liber esse jussus est, si hæredibus et Titio decem dederit : ex iis decem Titius feret virilem : hæredes portiones hæreditarias. Una tamen dubitatio hic existit : cur eadem ratio non servetur in hac substitutione : *quisquis mihi hæres erit, et Titius filio impuberi hæres esto.* Nam filio impubere defuncto, Titius non habebit virilem, et patris hæredes hæreditarias. Sed ex Labeonis sententia duos semisses facturos dicimus, ut Titius semissem, et hæredes patris alterum semissem ferant, ex *l. si pater filio, sup.* Ex sententia autem Justiniani omnes viriles habebunt, *l. ult. C. de impub. et aliis substitut.* Quæritur, cur ibi non eadem ratio servetur? Dicam, magnum esse discrimen inter hæc duo genera substitutionum. Primum, substitutio hujus legis est vulgaris : illa, *quisquis mihi hæres erit*, etc. est pupillaris. Item hæc est pura, illa est conditionalis, ex *l. qui liberis, sup. eod.* Ex hac substitutione hæredes existunt, etiam non scripti in institutione. At ex illa, qui scripti sunt hæredes, non existunt, nec ex institutione hæredes fuerunt. Igitur illius conditionis, *quisquis mihi hæres erit*, hæc sententia est : ut si unus mihi tantum hæres extet, is sit hæres filio meo una cum Titio. Itaque qui continentur hac oratione, videntur exæquari Titio : ita ut vel tantum ferat Titius quantum omnes, ut est sententia Labeonis, vel quantum singuli, quæ est sententia Justiniani. At non sic videtur hæres Titio exæquari in hac substitutione vulgari pure facta, in qua nulla talis exæquationis causa fieri potest. Et ideo dispar est ratio, ut videlicet Titius vocetur in virilem, hæredes in hæreditarias.

Lex 33. exposita in *l.* 2. *sup. h. t.*

§. 1. expositus in *l. Gallus*, *sup. de liber. et posthum.*

Ad L. XXXIV.

Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, hæredem substituit si simul morerentur, utrique hæredem esse respondit : quia supremus non is demum, qui post aliquem, sed etiam is, ante quem nemo sit, intelligitur.

§. 1. *Filium impuberem, et Titium hæredes instituit : Titio Mævium substituit: filio quisquis sibi hæres esset, ex supra criptis substituit, Titius omisit hæreditatem, Mævius adiit : mortuo deinde filio putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hæreditatem, qui patris quoque hæreditatem adierit.*

§. 2. *Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit : substitutio tamen pupillaris valet : et legata omnia præstanda sunt, quæ a substitutione data sunt.*

Initio hujus legis tractatur de substitutione pupillari, quæ fit supremo morienti filio, quando scilicet sunt duo vel plures filii impuberes. Hæc substitutio etiam vulgaris dicitur, quod usitatior sit, et vulgo fit inter impuberes, *l. vulgari* 162. *de verb. sign.* Et fit ideo, ut inter hæredes servetur jus legitimæ successionis, *l. vel singulis* 37. *h. t.* In hoc autem casu sic distinguendum est : aut ordine decesserunt, aut simul. Si ordine, ei qui prior decessit, frater ab intestato succedit, deinde posteriori mortuo succedit substitutus ex testamento pupillari, et in ejus hæreditate etiam invenit hæreditatem prioris, *l. qui duos, de reb. dub.* totam hæreditatem paternam non habet directo a patre. Si vero simul decesserint, videlicet ruina, naufragio, vel simili casu oppressi, hoc casu substitutus utrique succedet, tanquam utrique substitutus ex testamento pupillari, *d. l. qui duos*, et *l. qui ex lib. de bon. poss. secund. tab.* quoniam uterque supremus decessisse videtur : supremus dicitur quem nemo præcedit : ita fit, ut ultimus primus dici possit, sicut proximus in 12. tabul. is dicitur, qui solus est.

Item in edicto prætoris, supremæ tabulæ et unicæ dicuntur, *l. in vulgari. l. illa verba*, *inf. de verb. signif.* Obstare videtur *l. eum qui* 34. *inf. ad Trebell.* Cujus species hæc est: pater duos filios scripsit hæredes, deinde eum, qui supremus moreretur, rogavit, *uti partem suam restitueret Titio*: illi simul perierunt in navi, nec apparet quis prior perierit: lex ait, fideicommissum intercidere, et matrem utrique succedere ex Senatusconsulto Tertulliano, cum incertus sit ordo morientium. Respondeo: non est in hac re constituenda differentia inter substitutionem directam et fideicommissariam; sed certa est ratio, quam notavit in gloss. Accursius hic. In hac lege substitutus totum omnino erat habiturus per supremum morientem. At in *l. eum qui*, partem tantum per fideicommissum erat habiturus: nam si ordine decessissent filii, totum habuisset substitutus. Verum hoc totum in substitutione pupillari ita facta, priore loco moriente fratre, pertinet ad fratrem superstitem, a quo hoc pervenit ad substitutum: atque ea est mens testatoris in ea substitutione, *l. si et singulis*, *inf.* Quare etsi non appareat, uter prius sit mortuus, non minus hæreditas utriusque pervenit ad substitutum. Idem omnino dicemus in substitutione precaria, si scilicet testator supremum rogaverit, totam hæreditatem restituere: hoc casu videtur tacite per fideicommissum eos invicem substituisse *l. Titio §. Seja de legat.* 2. quoniam a duobus institutis voluit totam hæreditatem ad substitutum pervenire. Secus tamen est, si is, qui supremus moreretur, non totam hæreditatem, sed partem tantum restituere rogatus sit. Et hæc est sententia *l. eum qui*, *ad Treb.* Quare cum supremi pars restituenda sit, nec constat de supremo moriente, intercidit fideicommissum. Huc pertinet etiam *l. qui duos*, *h. t.* Sciendum est, nihil interesse utrum qui habet duos filios, substituat supremo morienti: an vero dicat hoc modo: *si uterque decesserit intra pubertatem.* Nam substitutus totam semper habebit hæreditatem, sive uterque simul decedat, sive ex ordine. Id quoque ostendit *l. pen. C. de impub. et aliis substitut.* *d. l. qui duos*, in qua ait, *duæ hæreditates*, scilicet, ex testamento pupillari. Sed quæstio est, quid statuendum sit de legatis relictis a substituto: Finge: duo impuberes filii sunt instituti: iis Titius pupillariter est substitutus: a Titio ex parte Primi decem legavit, ex parte Secundi viginti. Quæritur hæcne omnia legata præstare debeat, et quæ sit ratio legis Falcidiæ? Distinguendum: aut ordine defuncti sunt, aut simul. Si simul, substitutus præstabit omnia legata ab utroque relicta, retenta quarta legis Falcidiæ, et si petantur ab eo legata ex parte Secundi, quæ forte exhauriunt hæreditatem, hoc imputabit in partem Primi. Nam primam partem capit jure directo, *l. pater filiam*, *§. ult. ad leg. Falcid.* Sed si ex ordine decesserint, substitutio ejus, qui prior decesserit, irrita est: nam ei succedet frater ab intestato: ergo ejus tantum rata est substitutio, qui posterior decedit. Ex eo sequitur, legata relicta ex parte Primi non deberi: nam Primo non succedit ex substitutione: sed ea sola, quæ relicta sunt ex parte Secundi. Eam partem primam non imputat in Falcidiam: quoniam eam partem accepit Secundus jure intestati, non jure testamenti. Igitur non spectabitur ea pars Primi, sed tantum pars Secundi. Ejus tantum partis legata substitutus præstabit, et ex ea sola detrahet Falcidiam. Habebit ergo sescunciam et semis: sive dimidiam quadrantis, *d. l. pater filium*, *§. ult.*

§. 1. est expositus in *l.* 3. *sup. h. t.*

§. *ult.* est expositus in *l.* 22. *sup. h. t.*

L. 35. exposita est in *l.* 22. *sup. h. t.*

Ad L. XXXVI.

Potest quis in testamento plures gradus hæredum facere, *puta*, si ille hæres non erit, ille hæres esto, *et deinceps plures, ut novissimo loco in subsidium*, *vel servum necessarium hæredem instituat.*

§. 1. *Et vel plures in unius locum possunt substitui vel unus in plurium*, *vel singulis singuli*, *vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.*

Potest testator sibi plures gradus hæredum facere per substitutionem, et novissimo loco substituere servum necessarium hæredem: hic erit hæres subsidiarius: nam ceteris repudiantibus hic necessarius hæres erit. Idem dicendum in substitutione pupillari. Ergo ut sibi quis, ita et filio impuberi potest plures gradus hæredum facere. Quæritur, an et hoc possit fieri verbis precariis? Videtur posse. Quod si testator dicat, se precario substituere in infinitum; quanquam Doctorum sententia, quæ obtinuit, sit, substitutionem precariam factam in infinitum, valere tantum ad quartum usque gradum, moti *Novella Justiniani* 159. quæ tamen in eo loco de prohibitione alienationis, non substitutione precaria loquitur: non nego hoc carere ratione: nam amentis est, velle in infinitum substituere. Ait hoc loco *potest quis in testamento.* Ex his verbis nostri colligunt recte, in codicillis testamento confirmatis, directo substitui non posse. Verum ex benigna interpretatione substitutiones directæ in codicillis factæ pro precariis sumuntur, *l. Scævola, inf. ad Trebel.* de qua in *l. centurio, sup.* Deinde in hac lege traditur; fieri varie substitutionem vulgarem: nam vel unus plu-

ribus, vel plures uni vel singulis singuli substitui possunt, aut omnes omnibus: quæ substitutio dicitur reciproca, et vulgaris est, licet mutua sit.

L. 37. exposita in *l.* 2. §. *ult. et l.* 23. *et l.* 34. *sup. h. t.*

L. 38. exposita est in *l.* 2. *sup. hoc tit.*

§. *ult.* expositus in *l.* 2. §. *interdum, sup. h. t.*

Ad L. XXXIX.

Cum ex filio quis duos nepotes impuberes habebat sed alterum eorum in potestate, alterum, non, et vellet utrumque ex æquis partibus hæredem habere, et si quis ex his impubes decessisset, ad alterum partem ejus transferre, ex consilio Labeonis, Ofilii, Cascellii, Trebatii, eum quem in potestate habebat, solum hæredem fecit, et ab eo alteri dimidiam partem hæreditatis, cum in suam tutelam venisset, legavit. Quod si is qui in potestate sua esset, impubes decessisset: alterum hæredem ei substituit.

§. 1. *Filio impuberi in singulas causas alium, et alium hæredem substituere possumus, veluti ut alius, si sibi nullus filius fuerit, et impubes mortuus fuerit, hæres sit.*

Valde elegans est hæc lex et pertinet ad substitutionem pupillarem, quæ ei tantum fieri potest, quem habemus in nostra potestate: itaque mater diserte, et palam filio pupillariter substituere non potest. cum eum in potestate non habeat: si tamen mater velit filio decedente intra pubertatam, bona ad alium pervenire, ratio est: qua sine fraude id assequi possit: videlicet instituet filium, cum pubes erit: deinde substituet ei vulgari modo: *si filius meus hæres non erit, Cajus hæres esto.* Et hoc habebit quodammodo exitum pupillaris substitutionis. Hæc etiam suadet *l. si mater, sup. h. t.* Simili modo potest etiam pater vel avus filio substituere, quem non habet in potestate: quare hæc lex cum *l. si mater* est conjungenda: nam pater et avus non possunt palam ei, quem non habent in potestate, substituere, ut ostenditur in hac lege. Finge: quidam habet duos nepotes ex filio mortuo: quorum primus est in ejus potestate, secundus non: vult avus eos instituere ex æquis partibus, et si quis eorum decesserit impubes, vult ejus hæreditatem ad alium solidam, id est, sine diminutione pertinere. Ei quidem, quem in potestate habet, substituere alium potest, ei vero, qui non est in potestate, alium pupillariter substituere non potest. Ut vero voluntati ejus satisfiat, suadet Jurecousultus, ut eum instituat, quem habet in potestate, et ab eo, cum alius pubes erit, leget dimidiam partem hæreditatis. Hoc legatum est conditionale: sic enim accipitur, *si pubes effectus fuerit*, *l. si Titio, quando dies leg. ced.* cui solet opponi *l. pen. C. eod. tit.* In quibus distingue: aut ita dicit: *lego cum pubes erit*, et est legatum conditionale, ideoque non transmittitur ad hæredem si decedat ante pubertatem. Aut ita dicit, *lego illi centum, quæ accipere poterit cum pubes erit.* Hoc legatum non est conditionale: sed in diem. Et ideo hoc legatum transmittitur, et si nondum pubes decesserit, dummodo post testatorem moriatur, *d. l. pen. C.* Præterea hoc genus legati vocatur partitio in *l. nomen*, §. *portionis, de verbor. signif.* ubi melius Florent. *partitionis.* Ejus §. sententia hæc est: cum testator dicit: *hæres meus cum legitimo partitor*, videtur dimidium hæreditatis legasse, hicque legatarius partiarius est: et pro ea parte, quæ legata est onere hæreditaria subit, *l. cum filius* §. 1. *l. si quis servum*, §. *ult. de legat.* 2. Et in eam rem olim interponebatur stipulatio, quæ vocabatur partis, ut constat ex §. *sed quia de fideicommiss. hæred.* quia et hic partiarius lucris participabat, ut constat ex Cicer. *lib.* 2. *de ll.* Ergo suadent auctores, ut leget dimidiam partem hæreditatis ab eo, qui in potestate est: et ei hunc partiarium substituat, legetque sub hac conditione, *cum pubes erit*: nam hoc modo fiet, ut pars illa, si moriatur partiarius intra pubertatem, apud hæredem scriptum remaneat: non autem transmittat ad hæredem suum partiarius[9], nempe ad matrem: nam hi fratres cognati tantum sunt, non consanguinei et agnati, quia consanguinitas et agnatio emancipatione tollitur, soli autem consanguinei matri præferuntur, §. *præferuntur, ad Senatusc. Tertull.* quæ ita impeditur hoc consilio, quod ponit Jurisconsultus hic, cum alias mater præferri debuisset. Eodem pene modo mater filio potest substituere, scilicet *cum in suam tutelam pervenerit*, id est, cum pubes factus erit, *l. quot es*, §. 1. *de administr. tut.* Existit tamen adhuc dubitatio circa speciem hujus legis, et ponendum necessario, eum cui dimidia pars est legata, esse exhæredatum, quoniam si non fuisset exhæredatus, petere potuisset bonorum possessionem contra tabulas, quasi præteritus; licet ei legatum sit relictum, vel fideicommissum totius hæreditatis vel servus ejus institutus, vel institutus, ipse substitutus. Nec enim semper partiarius legatarius habetur pro hærede, *l. mulier*, §. *ult. ad Trebell.* Quod si non est exhæredatus, petit contra tabulas bonorum possessionem, quam si petierit ante mortem, omnia ad matrem transmittet: sed si non petierit, id sequimur quod dicitur in hoc §. et legatum *partitionis* apud fratrem manebit, nec quidquam ad matrem transfert. Sed ponamus exhæredatum fuisse, et ei hac conditione, *si pubes factus esset*, legatum illius dimidiæ partis relictum esse: quæro an ei detur querela, cum ea institutio non adferat emolumentum. Datur institutis querela, si

institutio sit aut inutilis, aut incommoda, *l. Papinianus, de inoffic. testam.* Huic prima specie non videtur dari querela, quoniam quarta, imo plus quarta relictum est: nam sescunciam tantum habere debuisset: nam quarta quæ illis debetur non est quarta omnium bonorum, sed quarta legitimæ partis, id est, ejus quod habituri essent ab intestato, *inst. de inoff. test.* At videtur admittendus hac ratione, quoniam quarta relinquenda est sine conditione, sine dilatione, sine onere atque ex constitut. Justiniani in *l. quoniam, C. de inoff. testam.* Et ideo dubitant quidam, an pater substituere in hac specie impuberi filio possit precario: directo potest quidem, *l. ex tribus, C. eod. tit.* precario vero non potest ex *d. l. quoniam*, cum illa quarta sine omni onere relinquenda sit nisi in specie *l. si pater, d. tit.* scilicet, cum qui sunt instituti, invicem fideicommisso gravati sunt. Et ita statutum Lutetiæ docet Joannes Paponius *tit. de subst.* Sed in nostra specie ei relicta est quarta sub conditione, ubi sententia Accursii placet in *d. l. quoniam*, dicentis nepotem statim suo jure quartam partem percepturum, ac si conditio apposita non fuisset, ut vero reliquum ferat, debet expectare pubertatem.

Ad §. 2. *Quidam.*

§. 2. *Quidam quatuor hæredes fecerat, et omnibus hæredibus præter unum substituerat: unus Ille, cui non erat quisquam substitutus, et ex ceteris alter vivo patrefam. decesserat. Partem cui nemo erat substitutus, ad substitutum quoque pertinere, Ofilius, Cascellius responderunt, quorum sententia vera est.*

Proponitur hæc species: Testator quatuor hæredes instituit. Primo vulgariter substituit Titium, Secundo Mævium, Tertio Cajum. Quarto nullum. Nunc finge: Tertius et Quartus decesserunt vivo testatore; atque ita eorum portiones vacant, et post eos testator decedit. Hoc casu Tertii partem habebit Cajus substitutus; Quarti vero pars, pars cui nullus substitutus erat, aliis hæredibus accrescet: et hoc fit jure antiquo, quod spectatur in hoc §. nam alias legibus Juliis caducariis vindicaretur a Fisco: jus antiquum hic spectamus: itaque et hic Ofilius, et Cascellius citantur, quorum tempore jus novum nondum locum habebat: quod totum hodie a Justin. sublatum est, restituto veteri jure, id est, accrescendi: hæc igitur pars Quarti Primo et Secundo accrescet. Verum quæritur in hoc §. an etiam accrescat Cajo substituto Tertii? Et ait Jurecconsultus: omnibus pro rata accrescere: ergo jus accrescendi ad substitutum transmittitur. Circa hanc speciem notandum, hunc substitutum, si spectetur successionis ratio, institutum potius videri, quam substitutum, quoniam ei primo post mortem testatoris defertur hæreditas: cum tamen ordinem spectes, substitutus dicitur: quia al quo casu et sibi et Tertio poterit deferri hæreditas, videlicet si supervixisset Tertius, et repudiasset. Hic igitur admittitur ut institutus ad partem Tertii, utiturque jure accrescendi. Verum ait Jurisconsultus in hoc §. *vivo patrefamilias.* Quæro, quid juris sit, si vacassent hæ partes post mortem testatoris, ut si uterque post mortem testatoris non adita hæreditate decessisset, vel repudiasset: an etiam hoc casu partes vacuæ accrescerent omnibus? Et idem plane dicendum puto: et dico, quod hic in § *nostro*, his verbis, *vivo testatore*, difficilior casus proponitur. Sic etiam eadem verba sumuntur in *l. si Titio, de usufr.* Ubi Titio legata est proprietas fundi, Mævio ususfructus: finito usufructu consolidatio fit, id est, plena proprietas. Pone, Mævium vivo testatore decessisse, et ita extinctum usumfructum: quæritur, ad quem is pertineat? Videtur illum hæredi servandum: tamen lex dicit, usumfructum proprietario accedere, ubi et verba illa, *vivo testatore*, difficiliorem casum proponunt. Idem plane hic est: si partes vacarint post mortem testatoris ut constat ex *l. 3. §. hæc autem, quib. mod. ususfruct. amitt.* quæ lex, etsi loquitur de usufructu, multo magis ad proprietatem pertinere dicendum est. Quandocunque ergo jus accrescendi quoquo modo aut tempore cedat, accrescit substituto.

L. 40. exposita est in *l.* 10 *sup. h. t.*

L. 41. exposita in *l.* 27. *sup. h. t.*

§. 1. expositus *in l.* 24.

§. *Cum filiæ*, expositus in *l.* 2. *et l.* 7.

§. 5. expositus in *l.* 1. §. *ult. et l.* 2.

§. *Qui discretas*, espositus in *l.* 25.

§. *Qui Fratrem*, expositus in *l.* 23.

Ad §. 6. *Cohæres L. XLI.*

§. 6. *Cohæres impuberi filio datus, eidemque substitutus legata secundis tabulis relicta perinde præstabit, ac si pure partem, et sub conditione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto, nam ille Falcidiæ rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis hæres institutus: tametsi maxime cohæres filio datus quadrantem integrum obtineret: nam et cum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio: Sempronius quandoque Titio concurrit.*

Hic §. pertinet ad materiam contributionis, ponunturque in eo duæ species. Prior est: filius impubes et Cajus hæredes instituti sunt, filio impuberi Cajus cohæres substitutus est pupillariter: a Cajo

testator legavit, tam institutione, quam in substitutione, a pupillo nihil reliquit. Quæritur, quomodo ratio Falcidiæ servanda sit. Dicitur, quod si Cajus vult deducere Falcidiam, debet confundere institutionem et substitutionem, et his duobus detrahendam Falcidiam. Idemque si quis ex parte pure, et ex parte sub conditione esset institutus, etiam confunduntur legata illa: ergo solida præstabit, si vel ex primis, vel ex secundis tabulis Falcidiam sibi servare possit. Ita hic substitutus comparatur instituto: idque fit, si quis sit institutus et substitutus: quod etiam proponitur in *l. in ratione*, §. *quod vulgo ad leg. Falcid.* Et hæc est prior species *hujus* §. Secunda species: in priore specie utriusque partis habetur ratio, et confunduntur tabulæ, non idem fit in altera specie, in qua partium separatim habetur ratio: et separatim deducitur ratio Falcidiæ, Finge: filius impubes, et Primus sunt instituti hæredes: filio impuberi Secundus substitutus est in secundum casum; a pupillo instituto, et Secundo substituto relicta sunt legata: quæritur de his legatis et de ponenda ratione legis Falcidiæ: in hac specie non idem est cohæres et substitutus. Hoc casu licet cohæres habeat quadrantem illæsum: tamen substitutus in partem pupilli, potest uti Falcidia, et legata a pupillo et a substituto relicta confunduntur, quia hic substitutus instituto comparatur. Si esset institutus ex *l. in singulis*, *ad leg. Falcid.* detraheret separatim Falcidiam, etiamsi cohæres alium quadrantem haberet. Ergo et hic substitutus detrahet, cum eodem jure utatur: nam videtur hic substitutus cohæres cohæredis pupilli, etiamsi in diversis tabulis sit scriptus: quæ posterior species pertinet etiam ad contributionem ideoque separatim inducit Falcidiam: licet sit scriptus in secundis tabulis. Nec mirum hoc est: nam et collegatarii in *l. plane*, §. *si conjunctim*, *de leg.* 1. dicuntur etiamsi uni eadem res sit legata in primis tabulis, alteri in secundis, et sunt re conjuncti.

Ad §. 7. *Cum pater.*

§. 7. *Cum pater impuberi filiæ, quæ novissima diem suum obiisset, tabulas secundas fecisset, et impubes filia superstite sorore pubere vita decessisset, irritam esse factam substitutionem placuit: in persona quidem prioris, quia non novissima decessit, in alterius vero, quia puberem ætatem complevit.*

Tractatur de substitutione pupillari, quæ fit ultimo morienti: quando pater vult jus legitimarum successionum conservare, *l. vel singulis sup.* Hæc formula erat usitatior: ergo vulgaris dicitur, *l. in vulgari, de verb. sign.* quæ lex de vulgari substitutione accipienda est. Finge: pater habet duos filios impuberes, substituit ultimo morienti pupillariter: unus ex eis primus decessit: in ejus persona locum non habet substitutio: quia non decessit novissimus, si deinde alter effectus sit pubes, in eo quoque non potest consistere substitutio pupillaris, quia pubes decessit. In hac ergo specie omnino irrita fit pupillaris substitutio.

§. *ult.* est expositus in *l.* 1. *sup. h. t.*

L. 42. exposita est in *l.* 34. *sup. h. t.*

Ad L. XLIII.

Ex facto quæritur: qui filium habebat mutum puberem, impetravit a Principe, ut muto ei substituere liceret, et substituit Titium. Mutus duxit uxorem post mortem patris et nascitur ei filius. Quæro, an rumpatur testamentum? Respondi, beneficia quidem principalia ipsi principes solent interpretari. Verum voluntatem Principis inspicientibus potest dici, eatenus id eum tribuere voluisse, quatenus filius in eadem valetudine perseverat. Et, ut quemadmodum jure civili pubertate finitur pupillare testamentum, ita princeps imitatus sit jus in eo, qui propter infirmitatem non potest testari: nam et si furioso filio substituisset, diceremus, desinere valere testamentum, cum resipuisset, quia jam posset sibi testamentum facere. Etenim iniquum incipit fieri beneficium principis, si adhuc id valere dicamus; auferet enim testamenti factionem homini sanæ mentis. Igitur etiam adgnatione sui hæredis dicendum est rumpi substitutionem, quia nihil interest, alium hæredem institueret ipse filius postea, an jure habere cœpit suum hæredem. Nec enim autem patrem aut principem de hoc casu cogitasse, verisimile est, ut eum, qui postea nasceretur, exhæredaret. Nec interest, quemadmodum beneficium principale intercedat circa testamenti factionem, utrum in personam unius, an complurium.

§. 1. *Item quæro, si ita facta proponatur substitutio,* filius meus, si intra annos decem decesserit Titius hæres esto, si intra quatuordecim, Mævius: *filiusque octo annorum decesserit, utrum Titius solus ex substitutione ei hæres erit, an et Mævius: quia certum est et intra decem, et intra quatuordecim annos filium decessisse. Respondi omne quidem spatium, quod est inter pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio. Sed finis hujus pubertas est. Magis autem est in utroque eorum tempus suum separatim servari, nisi contraria voluntas testatoris aperte ostendatur.*

§. 2. *Lucius Titius, cum haberet filios in potestate, uxorem hæredem scripsit, et ei substituit filios. Quæsitum est, an institutio uxoris nullius momenti sit eo quod ab eo gradu filii*

non essent exhæredati? Respondi, eum gradum, a quo filii præteriti sunt, nullius momenti esse: et ideo, cum iidem substituti proponantur, ex testamento eos hæredes extitisse videri: scilicet, quia non totum testamentum infirmant filii, sed tantum eum gradum, qui ab initio non valuit, sicut responsum est, si a primo sit filius præteritus, a secundo exhæredatus. Nihil autem interest, qua ratione secundi hæredis institutio valeat, utrum quia ab eo filius exhæredatus est, an quia ipse filius substitutus est.

§. 3. *Julius Longinus pater eos, quos sibi hæredes instituerat, filio ita substituit,* quisquis sibi hæres esset: *unus ex hæredibus institutis, qui tacitam fidem accommodaverat, ut non capienti partem ex eo, quod acceperat, daret; ad substitutionem impuberis admissus, utrum pro ea parte, pro qua scriptus fuit, veniat: an vero pro ea, quam cepit, ita ut augeatur ejus pars in substitutione? Respondi: qui in fraudem legum fidem accommodat, adeunda hæres efficitur, nec desinit esse hæres, licet res, quæ ita relictæ sunt, auferantur. Unde ex secundis tabulis in tantum hæres esse potest, in quantum scriptus esset, satis enim punitus est in eo, in quo fecit contra leges. Quinimo etsi desineret hæres esse, idem dicerem. Quemadmodum intelligendum est in eo, qui cum scriptus esset hæres, postquam adisset hæreditatem, in servitutem redactus est, et postea libertate donatus. Cui permissum est ad substitutionem venire, quæ ei in testamento fuerat relicta: licet enim hæreditatem ex institutione amisit, tamen ex substitutione istam portionem, quantum amisit percepturum.*

Duo sunt substitutionum casus, hæc lex ad secundum casum pertinet, quo pupillo per substitutionem pater facit testamentum. Quæritur, an pater filio furioso possit testamentum facere per substitutionem? Olim quidem non poterat nisi ex Principis rescripto: et ideo hæc substitutio non erat ordinaria civilis. Hodie tamen hæc substitutio ordinaria est sine rescripto principis ex *l. humanitatis*, *C. de impub. et aliis subst.* Sic nec mutus olim poterat sibi testamentum facere ex *l. 7. de testam.* nec pater ei faciebat sine rescripto principis. Hodie etiam mutus ita natus vel factus, si imperitus literarum sit, non potest testamentum facere, ut nec surdus, *l. discretis*, *C. qui testam. facere poss.* Quæritur, an pater iis hodie possit testamentum facere? quod nominatim non est expressum legibus, quia *d. l. humanitatis*, loquitur tantum de furioso. Sed tamen posse, omnes sentiunt, ex sententia ejus Constitutionis. Hæc vero substitutio fieri dicitur ad exemplum pupillaris: quia fit in eundem casum, acquisitæ nimirum hæreditatis et mortis. Præterea quemadmodum substitutio, quæ fit pupillo, finitur pubertate, sic hæc finitur curatione morbi. Ad hæc, occasione substitutionis pupillaris non agit pupillus aut tutor querela, si legitima ei sit relicta, *l. 26. C. de inoff. test.* Sic nec furiosus aut curator ejus substitutionis occasione movebit querelam, ut nec mutus, *d. l. humanitatis*. Sunt tamen quædam differentiæ inter substitutionem, quæ fit pupillo, et quæ fit furioso. Primum, mulier non potest substituere pupillariter, potest tamen exemplariter ex Constitutione Justiniani *d. l. humanitatis*, quia hæc non fit potestatis jure, sed humanitatis. Secundo, pupillo potest quis extraneum substituere, at furioso parens statim extraneum non potest substituere: nam furioso debet pater substituere nepotes ex eo si quos habet vel aliis deficientibus, fratres: si neque sint liberi, neque fratres, substituet quemlibet, at pupillo statim quemlibet substituet. Postremo, substitutio furiosi rumpitur, si liberi furioso nascantur. Nam ex *l. patre furioso, de his qui sunt sui, vel alien. jure* furiosus nuptias contractas retinet: in pupillo secus est, hic enim nuptias non potest contrahere. In hac autem lege ostenditur, substitutionem in secundum casum factam furioso aut muto, rumpi agnatione liberorum, aut resipiscentia. Species hæc est, pater rescripto Principis muto filio substituit, mutus deinde uxorem duxit, et liberos suscepit, muto nati sunt postea liberi. Antequam respondeat Jureconsultus, ait, *solitos principes beneficia sua interpretari*, ut proponitur in *l. Neratius, inf. de reg. jur.* Verisimile tamen est, hanc fuisse mentem principis, ut hæc substitutio finiretur curatione valetudinis. Ergo et susceptis liberis finiri videtur substitutio, idem dicendum est, si furioso substituere permiserit jure civili, id est moribus *l. 2. sup.* sic donatio inter virum et uxorem prohibetur moribus, id est, jure civili in *l. conveniri*, *inf. de pactis dotalib. et in l. 1. inf. de donat. inter virum et uxor.*

§. 1. expositus in *l. 2 sup. in princ.*

§. *Lucius* expositus in *leg. 3. §. ultim. sup. de liber. et posthum.*

§. *ult.* expositus *sup. l. 31. hoc tit.*

Ad L. XLIV.

Ex pupillari testamento superius principale, neque ex parte, neque in totum confirmari posse, Marcianus scripsit.

Hæc lex omnium hujus tituli difficillima est. Multa in hac lege dubitationem faciunt: primum, quod frustra dubitetur, an pupillare testamentum confirmet paternum, cum constet testamenta solis legibus confirmari, ut l. duodecim tabul. *l. obvenire, de verbor. signific.* l. ut Velleja, *l. si hæreditas, §. qui filium, sup. de testam. tut.* et l.

Cornelia, quæ confirmat eorum testamenta, apud hostes decesserunt, *l. lege Cornel. qui testam. fac. poss.* Nam confirmare est etiam impedire testamenti ruptionem. Id quidem sæpe quæritur, an testamentum testamento infirmetur, quoniam solet prius posteriore tolli, sed non, an testamentum testamento confirmetur, quod quæritur hoc loco; et quidem quæritur de toto testamento paterno, an id pupillare confirmet: hujus rei speciem vix ullam aliam tradi posse arbitror. Quæritur quidem quandoque de legatis inutiliter datis, an confirmentur substitutione: verum etiam repetitione facta in substitutione pupillari, si substitutus pupillo in primum casum succedat, *l. legata inutiliter de leg.* 1. Et respondetur, legata confirmari ob repetitionem, ut si ab instituto viæ pars, a substituto tota via legetur, *l. legata inutiliter*, *de adimend. leg.* In cujus specie finge: Dominus est institutus: servo ejus legatum est pure inutiliter: sub conditione enim utiliter legatur §. *an servo*, *Instit. de legat.* deinde ademptum est legatum servo sub conditione: hoc casu legatum videtur datum subcontraria conditione: an possis dicere, hac ademptione legatum inutile confirmari: minime, sed confirmatur tacita repetitione. Verum hoc loco nihil de legatis, sed de toto testamento quæritur, an confirmetur per testamentum pupillare: cujus rei difficile est speciem ponere, et si possis, frustra de eo dubitatur: cum substitutio pupillaris accessio sit, et sequela paterni testamenti, et parte totum non confirmetur, quis unquam dubitavit an ex accessione principalia confirmentur? Sed me movet verbum, *superius*, per quod non intelligendum est id, quod est prius ordine scripturæ, si eodem contextu, tempore et testibus fiat: sed superius testamentum dicitur, quod factum est alio tempore, aliisque testibus adhibitis, *l. si quis eum*, §. 1. *sup.* potest autem pater separatum sibi testamentum facere testibus septem adhibitis, et alio tempore pupillo facere; aliis adhibitis, nec ideo superius rumpitur. Hoc nunquam quæritur, an inferiori superius confirmetur, sed an infirmetur: ita et hoc traditur *d. l. si quis eum*; substitutionem pupillarem non infirmare testamentum paternum: idem puto fuisse traditum hoc loco. Quare pro *confirmari*, plane legendum censeo *infirmari*.

L. 45. exposita est in *l.* 4. *sup. h. t.*

§. *ult.* expositus in *l.* 23. *sup.*

Ad L. XLVI.

Paterfamilias primis tabulis posthumo hærede instituto, secundis sibi vel filio, si intra pubertatem decessisset, Gajum Sejum fratrem suum substituit; deinde Titium Gajo Sejo, et postea sic dixit: Quod si Gajus Sejus frater meus, primo loco substitutus, hæres mihi esset, tunc Titio fideicommissum relinquo. *Quæro, cum filius patri hæres extiterit, eoque inter pubertatem mortuo, frater testatoris ex substitutione hæres sit, an fideicommissum debeatur, cum ita relictum sit, si Gajus Sejus frater suus sibi hæres extitisset? Respondi: fratrem defuncti qui in utrumque casum institutus vel substitutus est, filio impubere defuncto, ea, quæ testator reliquit præstare debere. Nec adversari hæc verba:* Quod si Gajus Sejus mihi hæres erit: tunc dari volo: *cum verum sit, eum et testatori hæredem extitisse.*

Sententia hujus legis est: substitutionem pupillarem valere, etsi testator dixerit, *tunc mihi hæres esto*: nam, qui substitutus est pupillo, non est hæres testatoris, sed pupilli. Verum hic articulus *mihi*, pro non adjecto habetur *l.* 1. *l. cohæredi*, §. *ult. sup. l. si ita scriptum, de bonor. possess. secund. tabul.* Species hæc est: pater posthumum hæredem instituit, substituit sibi et filio fratrem: et ita est substitutio vulgaris et pupillaris: porro fratri substituit Titium, tum adjecit: *quod si frater mihi hæres erit, tum Titio centum dato fideicommissi nomine.* Finge: frater ob natum posthumum testatori hæres non extitit, scilicet ex substitutione pupillari. Quæritur, an Titio debeat fideicommissum præstare? Et respondeo, quod non: cum testatori non succedat. Tamen Jureconsultus dicit deberi: quia hæres hæredis est hæres testatoris, *l. si quis filium*, §. *ult. de acquir. hæred. l.* 3. *de petit. hæred.* non quidem directo, sed per successionem ex substitutione pupillari. Ait, *institutus vel*, hæc duo verba delenda sunt in Pandect. Florentin. hæres igitur hæredis, est hæres testatoris.

De l. 47. dictum in *l.* 27. *sup. h. t.*

L. 48. expositum ejus principium in *l.* 1. *et l.* 30. §. 1. expositus in *l.* 10. §. *ult. sup. hoc tit. et l.* 16.

Ad §. ult. Si pupillus L. XLVIII.

Si pupillus substitutum sibi servum alienaverit, eumque emptor libertum hæredemque instituerit: nunquid iste in substitutione habeat substitutum universum? Et si quidem pupillus ad pubertatem pervenerit, necessarius ex testamento emptoris hæres extitit. Sin vero intra pubertatem decesserit, ex substitutione quidem liber et hæres fit, et necessarius patri pupilli: emptori autem voluntarius hæres extitit.

Eadem ratione in hoc §. substitutus pupillo dicitur hæres esse patri pupilli: id enim verum est, si eam regulam juris spectes, qua dicitur hære-

dem hæredis esse hæredem testatoris. Ejus §. species hæc est: Finge: impuberi substitutus est servus cum libertate, in hoc ut ille necessarius hæres filio existeret, pupillus hæres extitit, et eum servum sibi substitutum alienavit: emptor servum eum cum libertate hæredem instituit: quæritur ex cujus testamento libertatem obtineat, et cui futurus sit necessarius hæres? Respondetur, sicut traditur et in *l. pater filio, de hæred. instit.* hunc servum esse statuliberum, et ejus libertatem pendere ex conditione substitutionis, *l. 2. §. ult. l. in tabulis, de statulib.* Statuta libertas non perimitur venditione servi. Ergo universus hujus servi status positus est in substitutione pupillari. Ideoque, si hic pupillus, qui servum vendidit, pubes factus sit, atque ita substitutio secunda finita sit, tunc erit servus necessarius emptori. At si filius impubes decedat, tunc is servus erit liber et hæres necessarius ex substitutione pupillari. Ideoque emptori tantum voluntarius erit hæres: quia ex ejus tantum testamento fit hæres necessarius, ex cujus testamento liber factus est.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. VII. De conditionibus institutionum.

In titulo de conditionibus et demonstrationibus infra tractatur de conditionibus quæ legatis, vel fideicommissis, vel libertatibus adhibentur: in hoc autem de his quæ hæredum institutionibus apponuntur, atque statim in l. 1. hoc quæritur, an impossibili conditione interposita vitietur hæredis institutio. Impossibilis conditionis unum genus est, quod sic definitur in §. *si impossibilis, de inutilib. stipul.* et Paulo *l. 3. Sentent.* Alia genera comminisci, insani est. Placet autem impossibili conditione interposita institutionem hæredis non vitiari, conditionem tolli, et institutionem pro pura haberi. Ceterum conditio impossibilis vel in faciendo, vel in non faciendo consistit: si in non faciendo consistat, secundum omnium sententiam receptum est, hanc institutionem pro pura accipiendam esse, *l. servum, §. 1. sup. de hæred. instit.* Verum si conditio impossibilis consistat in faciendo, et sub ea hæres instituatur, res fuit controversa: verum obtinuit tum hanc conditionem pro non scripta haberi, *l. 3. inf. de condit. et demonstr.* et hoc verum est sive adjectæ sint institutionibus, sive legatis: Ait, *obtinuit*, post multas controversias, §. *impossibilis, de hæred. instit.* Id etiam demonstratur in *l. 4. §. ult. l. mulier, inf. h. t.* in qua Labeo usus est verbo ἀδύνατος; quo verbo et Julianus usus est in *l. ab omnibus, §. 1. inf. de leg. 1.* in *l. 6.* dicitur condictionem evanescere, id est, pro nulla haberi. Est autem ea conditio impossibilis tantum ratione temporis, non injuncti oneris, idque Rogerius annotavit. Duæ sunt partes hujus conditionis, monumentum fieri, et monumentum in triduo fieri: pars hæc tantum circumscribitur quæ impossibilis, prior non item: angustiæ tantum temporis circumscribuntur, cetera non tolluntur: hujus rei fortissimum argumentum est in *l. Celsus, §. idem ait, sup. de recep. arbit.* necesse est igitur in ea specie *l. 6.* ut hæres monumentum faciat. Nunc redeamus ad leg. 1. in qua ea sententia proponitur: ait, *vel alio mendo*, sic recte Florent. mendum est, si quis institutioni adjiciat conditionem impossibilem *l. hæreditas, sup. de hæred. instit.* Mendum etiam est, si quis hæredem scribat ex re certa, *l. si quis ita, de hæred. instit.* hæc omnia menda nos circumscribimus; hæc menda testatori excidisse dicimus, quod superest conservamus, hæc igitur menda nihil ei nocent: non sic fit in stipulationibus, et ceteris contractibus: nam contractus factus sub impossibili conditione, nullus est. Quæritur, cum duo sint qui contrahant, cur non possumus æque probabiliter hæc pro mendis interpretari? imo ut ait *l. non solum, inf. de obl. et act.* sic interpretamur quasi noluerit contractum valere: in ultimis voluntatibus conditio impossibilis mendum est, in contractibus mendum non est. ἁμάρτημα Græcis proprie mendum quod fiat διὰ τὴν ἀμαρτίαν, id est, per errorem, non dedita opera. Ea const. ἐγκλήματα appellari scribit quæ consulto fiunt. Sed huic legi primum objicitur §. *ult. de leg. et l. un. C. de his quæ pœnæ nom. relinq.* Constituit Justinianus ea quæ pœnæ nomine relinquuntur valere, exceptis his quæ sunt impossibilia, vel illicita, vel probrosa. Impossibilia sunt quæ sunt contra rerum naturam, illicita contra leges, probrosa contra bonos mores. Dicendum est, hæc tantum procedere in legatis pœnæ causæ relictis, legata sub impossibili conditione relicta debentur detracto mendo. Excipiuntur cetera scripta in testamento pœnæ causa: pœnæ causa, veluti ut aliquid faciat, vel non faciat: non vero, ut directo pertineat legatum ad legatariu n: ut, *si hæres meus filium suum in matrimonium collocaverit*, vel, *non collocaverit, tum decem millia Titio dato*: hoc fit puniendi hæredis causa, si faciat vel non faciat, non ut aliquid directo pertineat ad eum cui legatur. Pœnæ vero causa omnia possunt relinqui, ut libertates etiam. Hæc vero non valebant ex constitutione Justiniani: excepit impossibilia, illicita, et probrosa, ut si ita dixerit, *si hæres meus digito cœlum non tetigerit, decem dato*, vel si contra

bonos mores ita dixerit, *si hæres sororem suam uxorem non duxerit, Titio centum dato*; legatum ita relictum: lego Titio centum, si digito cœlum tetigerit, valet: hoc mirum videri non debet: nam et ante Justin, omnia legata pœnæ causa inutilia erant: notandum est in *l.* 1. *de his quæ pœnæ causa relinq.* scriptum esse, *illicite vel probrose*, eaque dicit non valere. Juriscons. non ita scripsit, sed ea verba Triboniani sunt ex constitutione Justiniani; idque ostendit Ulp. in *Fragm. tit. de leg.* Secundo opponitur *l. cum hæres*, §. 1. *inf. de statul.* Dominus servo libertatem dedit, et adscripsit conditionem pene impossibilem, ut *si hæredi millies dederit*: sic enim scribendum est, id est, centena millia: Græci eo loco in βασιλ. interpretantur ἑκατὸν μυριάδας, hæc conditio pene est impossibilis, facitque ne videatur data libertas: cui jungenda est *lex ult. inf. de man. test.* quia videtur testator scripsisse impediendæ libertatis causa. Ea tamen conditio est pene impossibilis, ut Juriscons. ait. Dicendum est, aliud esse difficilem conditionem, aliud impossibilem: difficili rerum natura non obstat, impossibili obstat, difficilem non statim respuit animus, impossibilem respuit: difficilis non circumscribitur, impossibilis circumscribitur. Tertio objicitur lex *si Titius*, *inf. h. t.* duos hæredes scripsit hoc modo: *si Primus hæres erit, Secundus hæres esto: si Secundus hæres erit: Primus hæres esto*: invicem hi se impediunt: hæc enim scriptura se ipsam jugulat, ut ita dixerim: dicimus igitur, hanc institutionem esse nullam, cum conditio existere non possit. Ergo conditio impossibilis non circumscribitur, ceteris manentibus: conditio impossibilis, ut ante dixi ex Labeone non appellatur impossibilis, sed ἀδύνατος, hoc loco utamur his verbis, et dicamus hanc conditionem non esse ἀδύνατον, sed ἄπορον, sive ἀσύστατον non est impossibilis, sed perplexa: et quæ consistendi locum non habeat ullum: hæc conditio non circumscribitur, ut impossibilis: exemplum ἀπόρου est in *l. qui quadringenta, inf. ad leg. Falcid. l. si nemo, de testament. tut.* Postremo opponitur *l. filius*, §. 1. *inf. hoc t.* filius qui est in potestate non potest institui sub conditione, nisi ea quæ est in ejus potestate: alioqui inutile est testamentum, quod pro præterito habetur, *l. jam dubitari, sup. de hæredibus instit.* Præterea notandum est, impossibilibus conditionibus comparari illicitas et probrosas: nam sicut in testamentis conditio impossibilis, pro non scripta habetur, sic et illicita et probrosa, ut, *hæres esto si sororem duxerit*: hic perinde hæres est, ac si pure scriptus esset: unum est tantum genus impossibilis conditionis, ut supra ostendi, difficilis, et ἄπορος non est impossibilis. Item nec illicita nec probrosa: in his tamen illicita similis est impossibili, *l.* 14. *inf. h. t.* Nunc finge: filius est hæres institutus sub conditione illicita, vel probrosa, hæc est species *l.* 15. *inf.* ut puta, si homicidium fecerit, an valet institutio filii? Minime. Itaque spectatur illa conditio, nec insuperhabetur: ait autem ideo non valere, quod ea conditio non sit in ejus potestate: nam non videmur ea facere posse quæ leges aut mores fieri vetant. Itaque hic filius omissa institutione ab intestato rem vindicabit: hoc pugnat cum *l.* 14. Item cum *l.* 1. Et omnino in hac quæstione necesse est, ut separemus extraneum a filio qui est in potestate: nam si extraneus instituatur sub conditione impossibili, vel illicita, dicimus institutionem valere, quia vitium conditionis submovetur; sed si filius sit institutus sub conditione impossibili, illicita, vel probrosa, dicemus, arrepta prima ratione quæ occurrit, institutionem non valere, quia conditio non est potestativa. Cum quæritur quid quodque sit, quærendum est proximum genus, non remotum: sic cum quæritur, an quid valeat, quærenda est proxima ratio: extraneus potest institui sub qualibet conditione, filius non potest. Ergo sic concludas: institutio extranei facta sub impossibili conditione valet. Ita accipienda est *l.* 1. Institutio filii facta sub impossibili conditione non valet, quia non est potestativa, et hoc ait *l. filius* 15. *h. t.*

Ad L. II.

Si testamento comprehensum sit, ille servus, si meus erit, *aut*: qui meus erit cum moriar, hæres esto: *quatenus accipiatur* meus, *quæritur: et si quidem alienavit in eo usumfructum, nihilominus ipsius est: si vero partem in eo alienavit: an deficiat conditio institutionis, quæritur: et verius est, non defecisse conditionem: nisi evidentissimis probationibus testatorem voluisse apparuerit; pro hac conditione hæc verba inseruisse: si totus servus in dominio ejus remanserit, tunc enim parte alienata, conditio deficit.*

§. 1. Sed si duo servi ita sunt *hæredes instituti*: Primus et Secundus, si mei erunt cum moriar, liberi et hæredes sunto, *et alter ex his sit alienatus*: *Celsus recte putat sic accipiendum atque si singulos separatim sub eadem conditione hæredes instituisset.*

In hac l. tractatur de institutione servi facta sub hac conditione: *qui meus erit*, *vel si meus erit.* Et in ea verbum *meum* uti accipiendum sit ostenditur. Verum illud prius sciendum, multum interesse an testator dixerit: *qui meus est*, an *qui meus erit*: hæc conditio est, illud demonstratio. Demonstratio in præsens tempus confertur, conditio in fu-

turum. Conditio ut existat omnino exigimus. Demonstratio ut existat non exigimus: nam falsa demonstratio non nocet, *l. falsa*, *inf. de condit. et demonst.* Itaque si testator dixerit, *Stichus qui meus est* Stichus hæres erit, etiamsi testator eum totum vendiderit, et pleno jure in emptorem transtulerit. At si testator ita dicat: Stichus qui meus erit, hæc etiam verba Labeo accipiebat pro demonstratione, *l.* 4. §. 1. *inf. de leg.* 1. *l. nuper* §. *ult. de leg.* 3. Trebatius cujus sententia obtinuit pro conditione: conditionem igitur fecisse videtur testator, non demonstrationem. Ideoque si testator eum servum totum vendiderit, institutio non consistit, nec ea hæreditas ad emptorem pervenire potest, *l. talem* §. 1. *sup. de hæred. inst.* Quidam volunt docere ex *l. scribit* §. *ult. inf. de aur. et arg. leg.* hæc quoque verba, *aut meus erit*, esse accipienda pro demonstratione, non pro conditione: sed ea lex mendosissima est: nam legendum in eo loco, *diminutionem in se habent legati et augmentum:* non demonstrationem in se habent legati et augmentum: ita uxori testator legavit: *aurum quod ejus causa paratum est*: hæc verba pro demonstratione accipiuntur: ideoque videtur certum corpus legasse quod extabat testamenti tempore. Itaque id legatum diminutionem et augmentum non recipit. Quod si dixerit, *quod uxoris causa paratum est*: hæc verba pro conditione accipiuntur, non pro demonstratione, et habent diminutionem et augmentum; itaque plus vel minus debebitur: ergo et in hac specie, si testator ita dixerit, *qui meus erit*, hæc verba conditionem accipiunt: itaque si venditus sit servus, non consistit institutio *d. l. talem* §. 1. Ergo quod dicitur in *l.* 6. *inf. de leg.* 1. *magis*, sic accipiendum, ut usurpaverit Jurisconsultus θετικῶς non συγκριτικῶς. At videamus quid juris sit in specie proposita, si is qui Stichum ita hæredem instituit, usumfructum vendiderit, an deficiat conditio? et respondetur, conditionem non defecisse: nam recte meum dicitur id cujus ususfructus alienus est, *l. recte dicimus*, *inf. de verbor. significat.* Ideoque institutio consistit: sed videndum est quemadmodum fuerit institutus, an cum libertate, an sine libertate: si in libertate institutus sit, institutio consistit, sed effectum non habet hoc jure antequam ususfructus extinguatur, *l. quoties* §. *ult. sup. de hæred. institut.* et interim hic servus est sine domino: verum ex constitutione Justiniani hæc institutio statim effectum habet, *l.* 1. *C. comm. de manumiss.* Si sine libertate, vel est inutilis substitutio, vel etiam utilis est, si modo appareat eum substitutum contemplatione fructuarii: quo casu adit hæreditatem jussu fructuarii, cum alienus ex regula juris, non nisi jussu domini adeat, *l. aditio* §. *ult. de acquir. hæred.* Nunc videamus quid dicendum sit, si testator Stichum quem instituit sub ea conditione *si meus erit*, vendiderit pro parte, an deficit conditio? JC. ait hoc loco conditionem defecisse non videri, nisi voluntas testatoris refragetur, *l. Julianus* §. *servus*, *de leg.* 3. utrumque verum est: quod commune est, meum esse; quod commune est meum non esse: nam mei verbum est ambiguum, *l. pupillus* §. *ult. inf. de verb. signif. meum* interdum ad partem refertur, interdum de parte intelligitur: valebit igitur hæc institutio. Et valebit sive cum libertate institutus fuerit, sive absque libertate. Sed si cum libertate institutus sit, liber fit, et hæres partis pretio alteri domino persoluto ex constitutione Justiniani. Si sine libertate institutus sit, acquiret alteri domino, §. *ult. de donat. Instit.* hoc est quod proponitur initio *l.* 2. *nisi evidentissimis*, *etc.* Totum facit voluntas defuncti: nam semper quid voluerit spectandum est. Quid si proprietatem alienavit retento usufructu: et constat deficere conditionem: nam ususfructus non est pars dominii, sed servitus. Nunc fingamus testatorem sub eadem conditione duos substituisse: *primus et secundus si mei erunt, hæredes sunto*, unus ex eis a testatore venditus est, totus alter venditus non est, in prioris persona institutio non consistit: sed an in alterius consistit? non videtur, quod uterque conjunctim institutus est: at in unius persona conditio defecit: sed JC. respondet, perinde ac si separasset conditionem, *l. falsa* §. *ult. de condit. et demonst.* qua de re diximus in *l. hoc articulo*, *sup. de hæred. instit.*

Ad L. III.

Si ita hæres institutus sim, si decem dedero, et accipere nolit cui dare jussus sum, pro impleta conditio habetur.

In hac l. tractatur de institutione facta sub hac conditione, *si* 10. *dederit legitimo hæredi*: hæres institutus sub hac conditione, ea decem obtulit legitimo hæredi: in eis accipiendis moram trahit hæres: lex ait, conditionem impletam videri, neque aliud exigi quam oblationem, neque hæredi legitimo est pœnitentiæ locus, *l.* 3. §. *Stichus*, *inf de statulib. l. ult. C. de condit. insert.* Ac generaliter hac in re sic statuendum est: conditionem impletam videri, cum per eum, cujus interest conditionem non impleri fit quominus impleatur, *l. in jure civili*, *inf. de divers. reg. jur.* Pertinet hoc et ad conditiones, cum per promissorem fit, quo minus stipulator conditionem impleat, ut si stipulatus sit, si ipse in Capitolium ascenderit. Debitoris interest conditionem non impleri, si tum per

eum stat, nihilominus tenetur. Idem proponitur eiisdem verbis quamquam ab alio auctore in *l. jure civili, inf. de condition. et demonst.* quod ob id maxime dico, quia in P. Flor. in ea l. desideratur negatio, quæ addenda est ex *d. l. in jure*, quod et quæ sequuntur exempla exigunt. Et hoc est, quod dicitur in l. 3. Quærit Acc. an sit legatarius is, cui hæres decem dare jussus est, an fideicommissarius: et an quasi ex legati, vel fideicommissi jure possit ea decem petere? *lex si quis sub conditione, inf. si quis omissa causa testam.* aperte ostendit, hunc non esse fideicommissarium: sed interpretibus nostris hac in l. negotium facit *l. fideicommissa*, §. *cum esset, inf. de leg.* 3. Quidam est rogatus hæreditatem aut partem Titio restituere acceptis decem: in hac specie est duplex fideicommissum: nam vel Titius petet partem hæreditatis jure fideicommissi, oblatis decem, vel cohæres oblata parte jure fideicommissi decem petet a Titio: memini me alias ostendisse in titulo *de transaction.* multum interesse utrum quis rogatus sit acceptis decem Titio restituere, an ita, *si Titius decem dederit*: nam et in quæstione l. Falcidiæ cum ita dictum est, acceptis decem a Titio, hæres ea decem imputat in Falcidiam, quod videantur quasi hæreditatis capi, id est, pro pretio. At si ita dixerit, *si Titius decem dederit*, dicuntur mortis causa capi ea decem, et ideo non imputantur in Falcidiam, *l. si dignum, l. in quartam* §. *ult. l. qui fundum, inf. ad l. Falcid.*

Ad L. IV.

Si qui ita sint instituti: Si socii una bonorum meorum permanserint usque ad annos sedecim, hæredes sunto: *inutilem esse institutionem secundum verborum significationem Marcellus ait. Julianus autem, quoniam et ante aditam hæreditatem iniri societas potest, quasi rei futuræ valere institutionem. Quod est verum.*

Hic proponitur conditio ἀσύςατος, id est difficilis: hæc multum differt ab ea quæ dicitur ἀδύνατος; hæc enim pro mendo accipitur, illa non, *l. si Titius, inf. h. t.* cum eam non sit necesse intervenire, *l.* 3. *pro soc.* Putat tamen Julianus hic valere institutionem, quasi rei futuræ.

Ad §. 1. *Idem Julianus.*

§. 1. *Idem Julianus scribit, eum, qui ita hæres institutus est, si servum hæreditarium non alienaverit, caventem cohæredi implere conditionem. Ceterum, si solus hæres scriptus sit, sub impossibili conditione hæredem institutum videri. Quæ sententia vera est.*

Hæc pertinet ad *cautionem Mutianam*, de qua est disputatio difficilis. In primis sciendum est, legata et fideicommissa, item hæreditatem in ultimum vitæ tempus conferri posse, scilicet cum morietur, *l. hæres, in pr. de condit. et demonstrat. l. extraneum, C. de hæred. institut.* et morientem legatum ad hæredem, quasi pure relictum transmittere: eo enim moriente dies legati cedit. Item sciendum, in ultimum vitæ tempus etiam collatum videri, quod relinquitur sub conditione non faciendi aliquid, *ut si in Capitolium non ascenderit*: nam hæc nisi fine vitæ impleri non potest. Notandum etiam, multum distare ea, quæ relinquuntur sub conditione non faciendi aliquid, ab iis quæ communiter in mortis casum conferuntur. Primum, ususfructus *cum morietur*, inutiliter relinquitur, sic etiam libertas. Utiliter tamen utrumque relinquitur sub conditione non faciendi aliquid, *l. libertas, l. ult. inf. de manumiss. testam. l. Titio* 51. *sup. de usufr. l. hæres* 78. §. *ult. de condition. et demonstrat.* Secundo, si quid sit nominatim relictum in ultimum vitæ tempus, scilicet *cum morietur*, necesse est exspectare mortem; moriens vero ita relictum transmittit. Secus si quid sit relictum sub conditione non faciendi, quoniam non exspectatur mors ejus, cui ea conditio proposita est, sed remedio cautionis Mutianæ illi repræsentatur: ut *si Capitolium non ascenderit, lego decem*; decem statim capientur. Hæc cautio excogitata est a Quinto Mutio Scævola, ut ait Justinian. *Novel.* 22. quæ recepta est prudentum sententia, *l. Titio fundus* 23. *de condition. et demonstrat.* et etiam probata fuit constitutione D. Pii, *l. Mutianæ* 7. *eod.* Verum hac cautione præstita, videtur statim impleri conditio, quæ in non faciendo consistit. Notandum autem eum, qui ita cavet, non tantum de re cavere, sed etiam de accessionibus, id est, deficiente conditione, et id quod acceperit et hoc amplius fructus restituturum, *l. cum filius* §. *qui Mutianam, inf. de legat.* 2. *l. hæres* 78. §. *qui post, de cond. et demonstrat.* His etiam et illud addendum, huic cautioni locum esse in legatis, fideicommissis, institutionibus, mortis causa donationibus, non etiam in libertatibus: nam in his legatum non ita intelligitur, si abstineat usque ad mortem; sed si quam primum potuerit in Capitolium ascendere, non ascenderit: fit enim tum liber: id introductum favore libertatis, *l. libertas* 17. §. 1. *de manumiss. test.* ex qua lege explicatur *l.* 29. *inf. de condit. et demonstrat.* in qua legendum est, *non ascenderit*. Notandum præterea, hanc cautionem tantum locum habere in iis, quæ in non faciendo concipiuntur

expresse vel tacite. Tacite, *si vidua permanserit.* Intelligitur enim, *si non nubat.* Expresse, *si Capitolium non ascenderit.* Justinianus *Nov.* 22. dicit, eam conditionem consistere in omnibus, quæ pendent ex factorum vel rerum prohibitionibus; quæ sententia est explicanda. In ea tractatur de conditione, *si iterum non nupserit*, qua conditione injungitur viduitas. Verum de jure hujus conditionis quæritur. Ad eam pertinebat lex Julia Miscella, et lex Papia. Lege autem Julia hæc conditio remittebatur intra annum viro vel mulieri: verum necesse erat jurare, se liberorum procreandorum causa nubere. Gellius *lib.* 4. *cap.* 3. hoc dicit de Spurio quodam Carbillio. Post annum hæc conditio non remittebatur, sed legatum poterat capere quis, præstita cautione Mutiana: de hac fit mentio in *l. sed si hoc* §. *ult. l. cum ita*, *l. hoc modo* 64. *l. hæres* §. *ult. l. mulieri* 73. *l. cum tale* 71. §. *si arbitratu*, *de condition. et demonstr.* Postremum *l. hoc modo*, dicit, *sobolis procreandæ causa fuisse hanc legem latam.* Hæc obtinebant lege Julia, quæ sublata fuit constitutione Justiniani, *l.* 2. *et* 3. *de indic. viduit. toll.* Ex ea constitutione illa conditio viduitatis omnino remittitur, sine jurejurando. Remittitur etiam cautio Mutiana hodie: nam in hac remissione est regula: *Ubi remittitur conditio, quæ in non faciendo consistit, remittitur etiam cautio Mutiana*, *l. Titio centum* §. 1. *de condition. et demonstrat. et l.* 9. *h. tit.* Justinianus postea mutavit sententiam in *Nov.* 22. scilicet illam conditionem non esse remittendam, sed ut legatum capiatur, præstita cautione Mutiana; quæ constitutio omnino videnda est. Sed obiter eo loco cum disputat de conditione viduitatis, dicit etiam, cautionem Mutianam locum habere in omnibus conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, scilicet modo ejusmodi sint, ut non possint adimpleri, nisi morte ejus, cui sunt adscriptæ: *l. servo* §. 1. *ad Trebellian. l. Titio fundus* 73. *de condit. et demonstrat.* At si potest expleri vivo eo, cui adscripta est, tunc cessat cautio Mutiana: ut lego Titiæ, si Cajo non nupserit, explebitur conditio morte Caji. In hoc genere non est locus Mutianæ cautioni, sed exspectatur eventus conditionis: horum sunt quatuor exempla. Primum in *l. cum tale* 72. §. *Titius.* Secundum in *l. Avia* 77. §. *Titio.* Tertium in *l. pater* 101. §. *socrus.* Quartum in *l. hoc genus* 199. *de condit. et demonstrat.* et hoc generaliter verum est. Excipiuntur duo casus positi initio *l. cum tale, de condit. et demonstrat.* Primus est: legatum est matri, *si a liberis non discesserit*: tunc enim cautioni est locus, etiamsi contingere potest, ut liberi priores decedant. Ratio est, quia votum matris est, ut prior moriatur. Secundus est, patronus liberto legavit certam pecuniam, *si a liberis ejus non discessisset*, dicit textus: *permisit cautionem interponi*, et ratio ibi additur. Est autem hæc improprie cautio Mutiana, ideo dicitur quasi Mutiana, ad exemplum Mutianæ. Alias semper exceptis his duobus casibus in iis conditionibus, quæ expleri possunt vivo eo, cautio Mutiana non interponitur. Hoc valde pugnat cum §. *nostro*, cum etiam hæc conditio possit vivo hærede expleri, veluti si ipse servus vivo hærede moreretur. Contra in *l. Mutianæ, et l. cum sub hac conditione, de condition. et demonstrat.* Ubi ostenditur cautionem interponi in hac conditione, *si servum non manumiserit*, et similibus, et tamen hæc conditio potest adimpleri vivo legatario. Respondeo: quidam dicunt, durum esse exspectare mortem servi, quod non procedit, quia in *l. pater* §. *socrus*, *de condition. et demonstrat.* exspectatur mors liberi hominis, cur non etiam exspectari possit servi mors? Imperatores censuerunt periculosum esse liberi hominis mortem exspectare, *d. l. cum tale.* Aliorum tamen mortem exspectare non est civile. Verum dicendum in illis quatuor locis supradictis ideo non exspectari mortem, quia legatum est relictum post mortem tertii, ut *d. l. cum tale* §. *Titius*, ubi Titius fideicommissum restituere rogatus est, si fideicommissarius cautionem non peteret. Sciendum est legati vel fideicommissi in diem: vel sub conditione relicti nomine cautionem præstari debere fideicommissario, *l. filiusfamil.* §. *iidem principes*, *de legat.* 1. De ea titulus, *ut legat. vel fideicommiss. nomine caveatur.* Hæc cautio potest remitti a testatore, et admittitur quocunque indicio voluntatis defuncti. Atque ita est in constitutionibus Divi Marci, *l.* 2. *C. ut in possess. legat.* cujus posterioribus verbis utitur *l. avia* §. *pater*, *de condit. et demonstr.* Hodie hæc verba non accipiuntur pro conditione, sed faciunt ut cautio illa remittatur, *l. licet*, *inf. ut legat. nom. caus. d. l. avia* §. *pater.* Sed quæritur de jure, quod obtinuit ante illam constitutionem, scilicet si non potuisset remitti cautio? Id etiam tractat Jurisconsultus in *d. l. cum tale.* Sciendum ante eam constitutionem, hæc verba conditionem fecisse, poterat enim peti cautio. Quæritur in §. *Titius*, an sit præstanda cautio Mutiana? Dicitur, quod non, sed exspectandam mortem heredis, quoniam nominatim post mortem heredis reliquit. Eadem est ratio leg. *quod genus*, *de condit. et demonstrat.* Lego Cajo decem, *si Titio non nupserit*, an habet locum cautio Mutiana, minime: Ratio est, quia legatum hoc videtur relictum post mortem Titii, unde tantum morte Titii expletur conditio, quæ est exspectanda. In ea lege additur, mulierem etiam non posse illud legatum consequi, si alii nupserit. Ita dicitur ibi: *Sed et alii nubendo nihilominus legatum consequetur*, ubi *nihilominus*

accipiendum est pro *nullo modo*. Ita etiam in *l. qui fundum* §. *servus*, *inf. pro empt. l. properandum* §. *ult. C. de judic.* Eadem est ratio *l. avia* §. *Titio*, *de condition. et demonstrat.* Ubi legato relicto, *si illa mulier non nupserit*, manifestum est, hoc casu spectari mortem mulieris illius, et ita in mortem collatum legatum videtur, ideoque exspectatur mors illius mulieris. Eadem ratio est *l. pater* §. *socrus*, ubi extraneus vel socrus legavit mulieri, *si cum marito suo in matrimonio perseveraret*. Hujus conditionis nullus est alius sensus, quam si scilicet usque ad mortem mariti, vel divortium culpa mariti factum, perseveraverit. Mors itaque mariti exspectanda est. Igitur in his quatuor locis ideo cessat cautio Mutiana, quia aperte in tempus mortis tertii collatum est legatum. At in specie *hujus* §. ut et in *l. Mutianæ*, *l. cum sub conditione*, *de condition. et demonstrat. si scilicet Stichum non alienaverit*, *vel non manumiserit*, non liquido apparet eum cogitasse de morte Stichi. Et in hac specie, si non præstatur cautio Mutiana, mortuo Sticho legatum non præstabitur, quia adhuc mors legatarii expectanda est, argumento *l. uxori usumfructum, de usufr. leg. l.* 4. §. *ult. inf. de condit. et demonstrat. Nov.* 22. In qua dicit Justinianus, cautionem præstari in hac conditione, *si iterum uxorem non duxerit*. Hæc tamen conditio, vivo eo, potest expleri, si scilicet sacerdotium ei obvenerit, et tamen ea res non impedit cautionem Mutianam, quia hic casus non spectatur, neque eum testatorem spectasse apparet; et in omnibus ita Mutio videtur. Ita etiam in præcedenti casu dicendum, testatorem non spectasse mortem Stichi. Verum nota *ex Nov.* 22. cautionem Mutianam impleri sacerdotio suscepto. Joannes Paponius *lib.* 22. *placitorum* recitat decretum esse, hanc conditionem, *si sine liberis decesserit*, impleri, si sacerdotium ei obvenit. Ita etiam procedit in hac specie: filia est substituta filio si sine liberis decesserit, ille autem fit sacerdos: et filia moritur liberis relictis ante filium, deinde filio mortuo, liberi filiæ succedunt hac ratione, cum sublata sit præsumptio liberorum.

Ad §. 1.

Sequitur in hoc §. si sit hæres institutus ex parte sub hac conditione, *si servum non alienarit*. At quid si solus ex asse esset institutus sub hac conditione? Dicit Jurisconsultus: hæc conditio est impossibilis, quia non est cui caveat, igitur pro non scripta habetur hæc conditio. Contra *Nov.* 22. ait, cautionem Mutianam præstari legitimis hæredibus ab iis qui ex asse sunt instituti: cui igitur et in hac specie non cavet legitimis hæreditatibus? Confirmat hoc lex *servo invito* §. 1. *ad Trebellian.* ubi ostenditur, caveri iis, quorum interest. Idem confirmat *l. is, cui sub conditione*, *de condit. et demonstrat.* Ubi cavendum iis, ad quos legatum vel hæreditas jure civili pertinere potest. In Digestis id nusquam nominatim traditur, cautionem præstari legitimis hæredibus, sed hoc allegatis locis significatur, legatarios cavere hæredibus vel substitutis. Sed in *Nov.* 22. scribitur, caveri debere legitimis, quasi hoc sit introductum a Justiniano. Adjeceruntque ibi scriptores in Pandectis non reperiri hoc. Idem respondetur *l. mulier inf. h. t.* quæ loquitur de dote adventitia, scilicet promissa ab ipsa muliere. Porro notandum, dotem profectitiam, mortua muliere, redire ad patrem. Dos vero adventitia penes virum manet. Ulpianus in *Fragm. tit. de dotib.* In hac specie *l. mulier*, mortua muliere maritus dotem consequitur, non quod ita pactus sit, sed suo jure. Nunc species esto: mulier promisit dotem viro, nec numeravit: moriens virum hæredem instituit ex parte, si dotem non peteret, nec exigeret: hæc conditio duobus modis impletur. Primum, si hic maritus cohæredi acceptam dotem ferat: secundo, si præstiterit cohæredi cautionem Mutianam. Sed objicies non videtur hic locus esse cautioni Mutianæ, cum possit hæc conditio vivo marito impleri: hoc negandum est. Nam licet moriatur cohæres, tamen peti potest a cohæredis hærede. Rursus dices: potest tamen impleri vivo marito, si maritus dotem acceptam ferat. Respondeo, quod quis potest alia ratione statim consequi, potest etiam cautione Mutiana, quia hoc remedium cautionis cum alio potest concurrere. Sed quod non potest alia ratione statim consequi, potest tamen cautione Mutiana præstita, si est talis conditio, quæ non potest nisi morte adimpleri: sed si maritus esset scriptus ex asse, hæc conditio impossibilis esset, quia non esset, cui caveret: igitur pro non adscripta haberetur, *d. l. mulier*, *l. Mutianæ*, in qua legendum est, *vel caveret*.

Ad L. V.

Si hæredi plures conditiones conjunctim datæ sint, omnibus parendum est, quia unius loco habentur, si disjunctim sint, cui libet.

Conditio proprie non dicitur dari, sed adscribi, *l.* 3. §. *conditio*, *de adimend. leg.* Dicitur tamen sæpe dari, ut etiam in *l. plurimum, de acquir. hæred.* Sententia hujus legis hæc est: multum interesse, an conditiones conjunctim adscribantur, an disjunctim. Primo enim casu si sint in potestate hæredis, omnibus parere necesse habet, vel si in eventum collatæ sint, omnium

eventus exspectandus : sed si disjunctim sint adscriptæ, si sint in eventum collatæ, tunc ultra prior exsistet, id efficiet ut sequens non exspectetur. §. *pen. de hæred. instit.* Nota tamen idem esse, si hæres scribatur ex eadem parte separatim sub diversis conditionibus, *ut hæres esto ex semisse, si navis ex Asia venerit. Idem hæres esto ex eodem semisse, si Titius illud fecerit:* tunc enim una conditione adimpleta, fit ex illo semisse hæres, *l. si te solum* §. *ult. de hæred. instit. l. si plures, inf. eod.* quam vide. Notandum est hoc, aliud servari in legatis : nam si idem legatum eidem sub diversis conditionibus relictum sit, novissima conditio spectatur, scilicet, quæ posterius est scripta, *l. quod traditum, inf. de condit. et demonstr.* Ratio differentiæ est, quia legatum tacite adimi potest, et quod sub prioribus conditionibus datum est legatum, videtur tacite per posteriores sublatum, hæreditas autem nunquam tacite adimitur.

L. VI. exposuimus sup. in l. 2.

Ad L. VII.

Si quis sub conditione hæredes instituisset, si invicem cavissent, se legata eo testamento relicta reddituros, placet remitti eis conditionem : quia ad fraudem legum respicerent, quæ vetarent, quosdam legata capere, quanquam et si cautum esset, in ipsa actione exceptione tuendus esset promissor.

Cum relicta sunt capacibus, et incapacibus simul legata : relicta incapacibus pro non scriptis habentur, *l. 3. inf. de his quæ pro non script. hab.* Si tamen testator non ignoraverit pro non scriptis habita legata iri, vult tamen hæredes obligare his legatis, apponat institutioni hanc conditionem, *hi hæredes sint, si caverint omnia legata se præstituros*, et sic facit, ut illi incapaces habeant legata ex cautione, licet non ex testamento, sed videtur hic testator nihil agere ; nam licet hæredes caveant, non proficit legatariis, quoniam alteri inutiliter stipulamur, *l. quo tutela, in fin. de reg. jur.* Respondeo : et sane ita verba hujus cautionis non sunt accipienda, unde *invicem* hic non significat mutuo, sed pro sua quisque parte, sicut in *l. filius, §. ult. de liber. et posthum.* Sic etiam Plinius eo articulo usus est. Itaque expone : si pro sua quisque parte caverit. Hanc conditionem adscribendo obligat hæredes ad præstanda legata. Sed Jurisconsultus dicit, eam remitti, et pro pura haberi institutionem, cum sit illicita. Contra est *l. Ballista, ad Trebellian.* Respondeo, ibi non fieri in fraudem legum : licet autem sic caverit hoc loco, inanis est actio ex stipulatu : nam repellitur exceptione doli mali : fit enim hæc stipulatio in fraudem legum. Simile habetur in *l. Sejus, et Agerius, inf. ad l. Falcid.* Ante Justinianum testator non poterat prohibere Falcidiam : verum ex *Nov. 1.* potest, scilicet nominatim id faciens, cum dicat *prohibendo.* At finge : testator dixit, *hæredes sunto, si caverint se contentos fore, nec petituros Falcidiam*, hæc conditio remittitur cum fuerit facta in fraudem legis.

Ad L. VIII.

Quæ sub conditione jurisjurandi relinquuntur, a prætore reprobantur. Providit enim ne is, qui sub jurisjurandi conditione quid accepit, ut omittendo conditionem, perderet hæreditatem legatumve : aut cogeretur, turpiter accipiendi conditionem jurare. Voluit ergo eum, cui sub jurisjurandi conditione quid relictum est, ita capere, ut capiunt hi, quibus nulla talis jurisjurandi conditio inseritur. Et recte: cum enim faciles sint nonnulli hominum ad jurandum, contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis, usque ad superstitionem ne vel hi, vel illi, aut consequerentur, aut perderent quod relictum est, prætor consultissime intervenit : etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis conditione astringit, sub conditione faciendi relinquere : ita enim homines aut facientes admitterentur, aut non facientes deficerentur conditione.

§. 1. *Hoc edictum etiam ad legatum pertinet, non tantum ad hæredum institutionem.*

§. 2. *In fideicommissis quoque oportebit eos, qui de fideicommisso cognoscunt, subsequi prætoris edictum : ea propter, quia vice legatorum funguntur.*

§. 3. *Et in mortis causa donationibus dicendum est, edicto locum esse, si forte quis caverit, nisi jurasset se aliquid facturum, restituturum, quod accepit. Oportebit itaque remitti cautionem.*

§. 4. *Si quis sub jurisjurandi conditione, et præterea, sub alia sit institutus, huic videndum est, an remittatur conditio. Et magis est, ut remitti jurisjurandi conditio debeat, licet alii conditioni parendum habeat.*

§. 5. *Sed si sub jurisjurandi conditione sit institutus, aut si 10. millia dederit, hoc est, alternata conditione, ut aut pareat conditioni, aut juret aliud quid, videndum, nunquid remitti ei conditio non debeat, quia potest alteri conditioni parendo, esse securus. Sed est verius, remittendam conditionem: ne alia ratione conditio alia eum urgeat ad jusjurandum.*

§. 6. *Quotiens hæres jurare jubetur, daturum se aliquid vel facturum, quod non improbum est, actiones hæreditarias non alias habebit, quam si*

dederit, vel fecerit id, quod erat jussus jurare.

§. 7. *Mortuo autem, vel manumisso Sticho vivo testatore, qui ita hæres institutus est, si jurasset se Stichum manumissurum, non videbitur defectus conditione hæres, quamvis verum sit compellendum eum manumittere, si viveret. Idem est, et si ita hæres institutus esset quis:* Titius hæres esto, ita ut Stichum manumittat: *aut* Titio *centum ita lego, ut Stichum manumitteret. Nam mortuo Sticho, nemo dicet summovendum eum: non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit. Implenda est enim voluntas, si potest.*

§. 8. *De hoc jurejurando remittendo non est necesse adire prætorem. Semel enim in perpetuum a prætore remissum est, nec per singulos remittendum: et idcirco, ex quo dies legati cesserit, remissum videtur, etiam ignorante scripto hærede. Ideoque in hærede legatarii recte probatur, ut post diem legati cedentem, si decesserit legatarius, debeat hæres ejus actione de legato uti, quasi pure legato relicto ei, cui hæres extiterat.*

Hic explicatur edictum prætoris de remittenda hæredibus conditione sub juramento apposita. Hujus exemplum est: *Ille hæres sit, si juraverit se* 10. *daturum*: conditio est ut juret: hæc conditio remittitur, et institutio habetur pro pura: verum priusquam utatur actionibus, debet facere quod facturum se jurare jussus est: *Nemo enim invitus cogitur jurare, l. hæc scriptura, de condit. et demonstr.* Ejus legis initium est reprobatum. Imo enim non una, sed duplex est conditio. At lex ait, unam esse: quæ sequuntur in ea *l.* id explicant: altera enim conditio remittitur. Quod si dixerit. *hæres esto, si juraveris te plagium facturum*, utraque remittitur, cum etiam id sit improbum: quid si sub conditione juramento promissum est? Quid autem si volens jurat quidem, sed nihil agit? Ex jurejurando enim non nascitur obligatio, nisi ex jurejurando liberti, *l. ut jurisj. de oper. libert. l. et per jurisjurand. de acceptilat.* Unde si jurat non sequitur legatum, sed compellitur dare et facere. At *l. non dubitamus, de condition. et demonstrat.* dicit, conditionem jurisjurandi plerunque remitti: Cur ait *plerunque*? quoniam in libertatibus conditio non remittitur, idque favore libertatis. Exemplum: testator manumisit, *si juraverit se Titio* 10. *daturum*: servus non tenetur 10. dare Titio, quia non est positum in conditione, sed levius citiusque perveniet ad libertatem jurando, *l. si quis ita, de statulib. l. servum, de manumiss. testam. l.* 12. *eod. titul.* quæ lex est conjungenda cum hac lege. Hic proponitur edictum; in *l.* 12. exceptio ponitur edicti. Item non remittitur conditio contrahentibus *l. si quis eum, de jurejur. l. si cum patruo, C. comm. utr. jud.* Movetur male Accurs. *l. pactum de pact.* Quia quæ testamento remittuntur, putat etiam posse remitti pacto Hæc cautio remittitur in testamento. Igitur in pacto quoque et contractu. Ad majorem respondeo: sæpe quod lex admittit in testamentis, non admittit propterea in contractibus, ut est Mutiana cautio. Contra est *l. municip. de cond. et demonst. et l. Antistius, de acq. hær.* Illæ leges conditionem non reprobant: in *l. municip.* dicitur legatum est Municipibus si jurassent: hæc conditio videtur impossibilis, cum Municipium corpus sit incertum: lex ait, esse possibilem, nam administrator ejus potest jurare, ideoque conditio est explenda. In *l. Antistius* ponit hæredem esse institutum ita, *si juraverit, hæres esto*: ille juravit, dicitur quod jurando se pro hærede gesserit. Rejicienda sunt quæ illic notantur, et notandum in iis locis agi de conditione nudi simplicisque jurisjurandi, ut si simpliciter juraverit, sed si dixerit, *si juraverit se* 10. *daturum*, decem dando, petet legatum, priori casu non habet quod reponat pro jurejurando, ideoque omnino necesse habet jurare, neque novum est, ut quis simpliciter juret, scilicet cum etiam testatur numina, ut ille apud Poetam, *Vos æterni etc.* Cur autem edicto prætoris remittatur conditio jurisjurandi eleganter habetur in *h. l.* quia sunt quidam, qui contemnunt divina numina, ac pejerant. Quidam sunt ita superstitiosi, ut lucri causa nolint jurare, ideo dicit si quis juraverit, non ideo magis consequetur legatum, nisi etiam dederit 10. Superstitio appellatur subtilis reverentia in *l. ult. C. de fide instrument. Qui de fideicommisso cognoscunt, etc.* id est, prætores fideicommissarii.

Ad §. 7. *Quotiens.*

Licet jusjurandum remittatur, tamen dandum et præstandum, quod sub jurejurando jubetur. Quid autem si quis jussus fuerit servum manumittere, qui vivo testatore est mortuus? dicitur, non deficere conditionem: contra *l. inde Neratius* §. *idem Julianus, ad l. Aquil.* Solutio Accursii prima est vera, scilicet si post mortem testatoris decederet. In §. *ul.* additur, ut remittatur hæc conditio non esse necesse adire prætorem: nam ipso jure remittitur hodie, quod olim non erat. Cic. 2. in *Verrem.*

L. 9. explicata est in *l.* 4. §. *ult. sup. eod.*

Ad L. X.

Institutio talis, si codicillis Sejum hæredem scripsero, hæres esto, *non est inutilis, in quovis hæ-*

rede instituto, præter filium, est enim cond'tionalis institutio. Nec videtur hæreditas codici'lis data, quod interdictum est. Verum conditionalis est hæc institutio, quæ testamento data esset. Proinde et si ita scripserit : Cujus nomen codicill's scripsero, ille mihi hæres esto, *pari ratione dicendum erit, institutionem valere, nullo jure impediente.*

§. 1. *Si quem ita institutum ponamus*, ille, si eum codicillis hæredem scripsi, hæres esto, *valet istitutio etiam in filio, qui in potestate est. Cum nulla sit conditio, quæ in præteritum confertur, vel quæ in præsens, veluti* si rex Parthorum vivit: *si navis in portu stat.*

Certum est filium in potestate patris a patre hæredem institui non posse sub conditione in eventum collata. Videtur enim filius præteritus, *l. hæres suus, de hæred. instit.* Item hæreditas codicillis nec dari, nec adimi potest, *l. quod per manus, de jure codicill.* H s positis finge : quidam testamento sub conditione sic aliquem instituit, *Si Titium codicillis hæredem scripsero, hæres esto.* Quæritur an valeat institutio, et an debeatur codicillis data hæreditas? Dicitur quod non, sed testamento. Dicas igitur, hanc esse conditionalem institutionem. Sic etiam dicitur in *l. potest, sup. de hæredib. instit.* Nota hic : *institutio data*, qua loquendi figura utitur etiam in *l. ex facto* §. *ult. de vulgar. et pupil. subst.* Ubi dicitur *relicta.* Idem juris esse asserit, *si nomen codicillis scribatur*. Adde idem esse si scripserit, *ex qua parte Titium codicillis hæredem scripsero, hæres esto, l.* 36. *sup. de hæredib. instit.* quam conjunge cum hac *l.* et hoc casu licet non sit pars adscripta, valet institutio. At filius, qui est in potestate, inutiliter instituitur sic : *si eum codicillis scripsero*, quæ est prima differentia sui et extranei hæred s, quam sequuntur aliæ tres.

Ad L. XI.

Si quis testamento hoc modo scripserit : Filius meus, si Titium adoptaverit, hæres esto : si non adoptaverit, exhæres esto, *et filio parato adoptare, Titius nolit, se adrogandum dare : erit filius hæres quasi expleta conditione.*

Filius potest institui sub conditione potestativa, at non sub casuali, vel mixta, nisi in ejus defectum exhæredetur. Mixta conditio est hujusmodi, *si Titium adoptaverit* : pendet enim ex voluntate tum filii, tum Titii. At in specie hujus legis utile est testamentum, quoniam pater adjecit, *si non adoptaverit, exhæres esto.* Lex eutem ait, hanc conditionem pro impleta haberi, si per Titium stet, quo minus adimpleatur. Accursius male objicit *l. uxorem* §. *hæres, de legat.* 3. quia nihil obstat. Species ejus est : hæres vel legatarius rogatus est, *ut Titium adoptaret* : non pon't sub conditione esse adjectum, *si Titium adoptaverit.* Verum hoc nihil refert : adjecit, *si aliter fecerit, exhæres esto, vel perdat legatum :* hæres vel legatarius Titium non adoptat. Dic tur quod Titius ex causa fideicommissi non possit petere ut adoptetur. In quo nota, neminem posse cogi, ut quem adoptet, §. *sed si quis nepotes, de adopt.* In utriusque specie, nisi adoptaverit volente Titio, exhæres fiet : igitur non pugnat.

Ad L. XII.

Verba hæc, Publius Mævius si volet hæres esto, *in necessario conditionem faciunt : ut si nolit, hæres non existat : nam in voluntaria hæredis persona frustra adduntur, cum etsi non fuerint addita, invitus non efficitur hæres.*

Dictum est sup. in *l.* 10. de una differentia inter suum et extraneum. Hic alia ponitur, scilicet, si extraneus sit institutus, *si volet :* hæc verba habent figuram conditionis, vim tamen conditionis non habent. Nam quæ tacite insunt, si exprimantur, conditionem non faciunt. In suo et necessario hæc verba conditionem faciunt, *l. Cornelius, de hæred. instit.* Nam alias suus hæres, etiam ignorans transmitteret hæreditatem ad posteros, quoniam ipso jure est hæres : sed his verbis additis, *si volet*, non aliter transmittit, quam si volet Tertia differentia est si suus hæres sit institutus sub conditione potestativa, eam implendo statim fit hæres ipso jure : hoc autem non fit propter conditionis eventum : nam si qua alia condictio adjecta fuisset, non fieret hæres sine omni auxilio, sed hoc fit ejus voluntate propria, neque abstinendi facultatem habet, *l.* 5. *de condit. et demonstrat. l. jam dubitari, de hæred. instit.* Id autem fit ea ratione, jure sui, vel jure potestatis. Quid facit condit o? eo rem deducit, ut institutio pro pura habeatur : nam si pure esset inst.tutus, statim hæres exsisteret, id est, appareret, *l. ult.* §. *sin autem parentis, C. de curator. fur.* Secus est in extraneo, hic in parendo conditioni potestativæ non fit hæres : nam debet repudiare vel adire, et parendo tantum efficitur ut institutio habeatur pro pura, *l. si pupillus, hoc t. l.* 5. *de condict. caus. dat.* In *d. l. si pupillus*, frustra exigitur tutoris auctoritas in adimplenda conditione. Idem ait esse in legatario, ut et in *l.* 15. *inf.* ubi etiam legatum non acquiritur adimpletione conditionis. Nota : legatum acquirit legatarius sola agni-

tione, non a morte testatoris, non ab adimpleta conditione, *l. cum vero §. ult. de fideicomm. libert.* Fateor tamen legatum retrotrahi, *l. servum filius §. 1. l. si tibi homo §. cum servus, de legat.* 1. Eadem ratione filius qui est in potestate, potest implere conditionem sine jussu patris, ut et servus, etiam sine jussu adire non possunt, quoniam eo facto nemo fraudatur, *l. 5. de condit. et demonstrat.* Et ideo abundare negationem dicendum est in *l.* 25. ut constat ex *d. l. 5. et d. l. si pupillus.*

Ad L. XIII.

Ei qui ita hæreditatem vel legatum accepit, si decem dederit, *neque hæreditas, neque legatum aliter acquiri potest, quam si post impletam conditionem id egerit scriptus hæres vel legatarius, per quod hæreditas aut legatum acquiri solet.*

Huic legi Accursius opponit leg. *Antistius, de acq. hæred.* Ita institutus est hæres *si juraverit*: juravit, hoc juramento videtur se pro hærede gessisse. Igitur implendo conditionem hæres fit: verum, ut supra dixi, ex animi mei sententia hanc hæreditatem habeo, *l. 2. C. de jurejur. propt. calumn. ex animi sui scientia*, legendum, *sententia.* Sic libr. 2. *de Orat. ex animi tui sententia uxorem habes*, id est, jura te uxore non carere. Sic *lib. 3. de offic.*

Ad L. XIV.

Conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quæ legis vicem obtinent, scriptæ, vel quæ contra bonos mores, vel derisoriæ sunt, aut hujusmodi quas Prætores improbaverunt, pro non scriptis habentur. Et perinde ac si conditio hæreditati, sive legato adjecta non esset, capitur hæreditas, legatumve.

Quarta differentia sumitur ex hac lege: hæres extraneus institui potest sub conditione illicita, ridicula, et probrosa, quorum exempla sunt apud Paulum, *lib. 3. Sentent. tit.* 4. Derisoriæ conditiones similes sunt, inter quas et impossibiles numerari possunt, ut si mare ebiberit, *l. Mævius, de cond. et demonstr.* hæc autem conditio, *si* 10. *in mare projecerit*, ridicula non est, sed præstanda est. Hæc quoque conditio, *si reliquias meas in mare projecerit*, est implenda, quoniam derisoria non est: sed si hæres reliquias non abjecerit, sed memoria humanæ conditionis sepelierit, nihilominus hæres erit, quia inepta est conditio, *l. pen. hoc t.* At in filio suo plane secus est, ut proponitur in *l.* 15. quæ supra exposita est in *l.* 1. *hoc tit. L.* 16. explicata est in *l. 1. et 4. sup. hoc tit. l.* 17. in *l. 5. sup. eod.* exposita est.

Ad L. XVIII.

Cum servus pure liber et hæres scriptus sub conditione sit: et si hæres non extiterit, legatum acceperit: in legato repetitam videri conditionem Divus Pius rescripsit.

§. 1. *Hac ratione et Papin. scribit, cum avia nepotem sub conditione emancipationis pro parte hæredem instituit, et postea codicillis scriptis hoc amplius ei legavit, quam quod hæredem eum instituit: repetitam videri conditionem emancipationis etiam in legato nullam, ut in hæreditate substitutionem fecisset.*

Quæ traduntur in hac lege, sunt ex sententia Papiniani. Est autem ea sententia in *l. avia, de condit. et demonstr.* Finge: servus est scriptus liber pure: hæres scriptus cum conditione: si conditio defecerit, ei legatum est relictum: ait Jurisconsultus, in legato videri repetitam conditionem, quod stare non potest: nam si eadem sit conditio institutionis et legati, simul cum institutione legatum amittet. Præterea institutus est sub conditione, plane sub contraria conditione legatum relictum dicendum est: quare pro *conditionem*, legendum est, *libertatem*, ut ostendit *l. Divus Pius, de manumiss. testam.* Quod et his tribus speciebus ostenditur. Prima: servus institutus est sub conditione ex parte, libertatem a se accipiet, non a cohærede, *l. Trebatius de hæred. instit.* Si deficiat conditio, legatum habebit et libertatem. Secunda: servus liber esse jussus est: post institutus sub conditione, si deficiat conditio, relicta sunt 100. non repetita libertate, libertatem tamen repetitam habebit, *d. l. Divus Pius.* Idem quoque dicendum est in specie legis nostræ, quæ tertia est. Ac quemadmodum in hac nostra specie libertas censetur repetita, sic etiam in sequenti specie conditio. Finge: Avia ita dixit, *fili mi, hæres esto, si te pater emancipaverit: quod si hæres non fueris, Titius esto.* Deinde codicillis ita scripsit: *eo amplius, quo te hæredem institui, lego* 100. nec in legato repetita conditio est: verum eadem conditio legato repetita censetur.

Ad L. XIX.

Si ita scriptum fuerit, Titius hæres esto: si Titius hæres erit, Mævius hæres esto. *Si Titius suspectam adierit hæreditatem, potest Mævius suo arbitrio adire, et quartam retinere.*

Sciendum est hæredes rogatos restituere hære-

ditatem si sponte adeant, retinere quartam, si non sponte, nihil retinent, *l. qui poterat, ad Trebell.* Finge nunc: textator dixit, *primus hæres esto, si primus erit, secundus esto.* Deinde rogati sunt hæredes de restituenda hæreditate. Primus coactus adiit. Quæritur an secundus adire possit? Et ait lex posse, et si sponte adierit, secundus quartam retinebit. *L.* 20 *princ.* exposuimus in *l. 4.* §. 1. *sup. eod.*

Ad §. 1. *Si quis hæreditarium, L. XX.*

§. 1. *Si quis hæreditarium servum jussus est manumittere et hæres esse, quamvis si manumiserit nihil agat: tamen hæres erit. Verum est enim eum manumisisse. Sed post aditionem libertas servo data secundum voluntatem testatoris convalescit.*

In libris nostris semper hæreditarius servus dicitur jacente hæreditate: nam adita hæreditate non hæreditarius, sed hæredis dicitur, quod constat ex specie hujus §. Finge: *Titius hæres esto, si servum hæreditarium manumiserit:* hæc conditio videtur impossibilis, quoniam, cum non sit dominus servi, jure servum manumittere non potest. Verum si libertatem dederit, etsi nihil agat, tamen conditionem impleverat, et adita hæreditate libertas convalescet ex voluntate defuncti, *l. si servo, qui et a quibus manum.* Sic etiam servum hæreditarium accipere oportet in *l. 4.* §. *ult. sup. eod.* Species ejus §. est: ex asse hæres institutus est si servum hæreditarium non alienaverit. Hæc conditio impossibilis est, quoniam ejusmodi conditiones, quæ sunt in non faciendo, implentur cautione Mutiana. At non est cui caveat, quoniam ex asse scriptus est. Videndum sub qua conditione sit scriptus. Si sub hac: *hæres esto si uxorem non duxeris, si in Capitolium non ascenderis:* hoc casu debet cavere quoniam et ante aditionem, et post uxorem ducere potest. At si dixerit, hæres esto, *si 10. quæ deleo non petieris*, hoc casu non cavebit, quoniam non est cui caveat, aut a quo petere possit, cum sit hæres, quod etiam ostenditur in hac *l. mulier.* Eademque plane ratio est in hac conditione: *si servum hæreditarium non alienaverit;* nec enim est cui cavere possit, quoniam id res non patitur, cavetur autem legitimo hæredi, quoties res patitur.

Ad §. 2. *Si quis te ejusd. L.*

§. 2. *Si quis te hæredem ita instituit, si se hæredem instituisses, aut quid sibi legasses, nihil interest, quo gradu is a te hæres institutus, vel quid ei legatum sit: dummodo aliquo gradu, id te fecisse probes.*

Captatoria institutio, hæc est: *Hæres esto si me hæredem feceris.* Hæ institutiones reprobantur, sed si dixeris, *hæres esto si hæredem scripsisti,* hæc institutio non reprobatur, nec hamata est.

Ad L. XXI. et XXII.

L. XXI. *Servus alienus ita hæres institui potest:* Cum liber erit. *Proprius autem ita institui non potest.*

L. XXII. *Quia ratio suadet, eum, qui libertatem dare potest, ipsum debere aut præsenti, die aut sub conditione dare libertatem: nec habere facultatem in casum a quolibet obvenientis libertatis hæredem instituere.*

Servum alienum utiliter instituo, *cum liber eris, hæres esto.* Sed proprium eo modo inutiliter instituo, quoniam, ea, quæ in nostra potestate sunt, non debemus εἰς τύχην ἀνάγειν, ut ait Theophilus in §. *servus autem, qui test. tut. dar. poss.*

Ad L. XXIII.

Uter ex fratribus meis consobrinam nostram duxerit uxorem, ex dodrante: qui non duxerit, ex quadrante hæres esto: aut si nubit alteri, aut non vult nubere. Consobrinam qui ex his duxit uxorem, habebit dodrantem, erit alterius quadrans si neuter eam duxerit uxorem non quia ipsi ducere noluerunt, sed quia illa nubere noluerit, ambo in partes æquales admittuntur. Plerumque enim hæc conditio, si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit, *ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det, aut faciat.*

Species: uter ex fratribus meis consobrinam uxorem duxerit, ex dodrante, qui non duxerit, ex quadrante hæres esto. Olim hæc institutio erat licita, ideo ei erat parendum, hodie illicita est, ideo habetur pro non scripta ex Constitutione Theododosii, ut constat ex *Paulo Monacho in Theodos.* Divus Ambrosius *lib.* 18. *Epist. et l.* 1. *C. Theod. de nupt.* Quare non erit observanda, sed ex æquo divident hæreditatem. Sed aut illa consobrina alteri nubit, aut nulli: si alteri nubit, unus habebit quadrantem, alter dodrantem: si neutri nubat, æquales partes fient, quod etiam traditur in *l.* 2. §. *qui ita, de bonor. poss. secund. tab. L.* 24. exposui in *l. prox. L.* 25. *et* 26. in *l.* 12. *sup. eod.*

Ad L. XXVII.

Hæredi, quem testamento pure instituit, codicillis scripsit conditionem. Quæro an ei parere

necesse habeat? Modestinus respondit: hæreditas codicillis neque dari, neque adimi potest. Porro in defectu conditionis de ademptione hæreditatis cogitasse intelligitur.

Testamento scriptus est hæres pure, codicillis adjuncta conditio. Ei conditioni parendum non est, et pro non scripta habetur, quoniam conditionem adjicere, et sub conditione hæreditatem adimere codicillis non licet, quare conditioni parendum non est, §. *penul. de codicill. L. ult.* est exposita in *l. si ita scriptum, sup. de liber. et posthum.* et in tit. *de hæred. instit.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. VIII. De jure deliberandi.

Ad L. I. II. III. e IV.

L. I. *Si servus fuerit hæres institutus: utique non ipsi præstituimus tempus ad deliberandum, sed ei, cujus servus est, quia pro nullo isti habentur apud Prætorem. Itemque si plurium servus sit, utique omnibus dominis præstituemus.*

§. 1. *Ait Prætor, si tempus ad deliberandum petet, dabo.*

§. 2. *Cum dicit tempus, nec adjicit diem, sine dubio ostendit esse in jus dicentis potestate, quem diem præstituat.*

L. II. *Itaque pauciores centum dierum non sunt dandi.*

L. III. *Nec non illud sciendum, nonnunquam semel, nonnunquam sæpius diem ad deliberandum datam esse, dum Prætori suadetur, tempus quod primum aditus præstituerat, non suffecisse.*

L. IV. *Sed hoc impetrari non debet, nisi ex magna causa.*

Jus deliberandi sive tempus ad deliberandum datur hæredibus, sed non omnibus: nam necessariis hæredibus nullo jure datur. Jure civili tempus ad deliberandum suis non datur, jure prætorio datur, *l. 8. inf. h. t.* Extraneis vero utroque jure datur, §. *extraneis de hæred. qualit. et differ.* Tempus autem ad deliberandum datur aut a testatore, quod vocatur *cretio*, cujus hæc formula est apud Ulpianum in *Fragmentis tit. qui hæredes institui possunt*, §. *cretio: Titius hæres esto, cernitoque in diebus 100. proximis, quibus scieris, poterisque: nisi ita creveris, exhæres esto.* *Cretio* a cernendo dicta est. Unde nostri in *l. pupill. de acquir. hæredi.* utuntur verbo *decernere* et *scire*. Idem est cernere Varroni *lib. 5. de lingua lat.* Et apud Plautum: *quia ego te amavi et mihi amicam esse crevi. Crevi*, ait Varro, *id est constitui.* Imperatores vocant *cretionem dicere*, *l. 5. C. Theodos. de bon. matern.* Cretio quoque testibus præsentibus fieri poterat. Quin et filiusfamilias cum hæreditatem per cretionem interpositam acquirebat, eam patri acquirebat, patre scilicet jubente filium cernere, *l. 4. C. Theodos. de bon. matern.* Erat duplex cretio, vulgaris et continua. Continua cretio erat, cui non addebantur hæc verba: *quibus scieris poterisque*: et in hac cretione computabantur etiam dies, quibus aut nescierat, aut cernere non poterat. Vulgaris est, cui ea verba addita sunt. Hoc in verbo erratum est in *can. jus. Quiritum 1. q. 1.* ut constat ex libro Isidori, unde sumptum est, ubi pro *curationibus*, legendum est, *cretionibus*. Sic male hoc verbum exsulat libro quinto Valerii Maximi, *cap. de ingratis.* Ubi pro *solum se sortitum*, legendum: *solam se crevisse*, ut indicant veteres libri. Ergo jus deliberandi datur hæredi scripto cum cretione, vel ex cretione. Solet autem Prætor dare tempus ad deliberandum, quod proponitur hac *l. 1.* in qua nullum certum tempus præstituit Prætor, sed præstiturum se pollicetur. Verum ex *l. quandiu institutus, de acq. hæred.* si intra tempus præstitutum non adierit, denegantur illi hæreditariæ actiones. Non poterat autem Prætor minus centum diebus dare, *lege si Titio*, §. *quædam, quando dies legat. ced. leg. 5.* §. *et si hæres, de minor.* Plures vero potest. Et hic *dies centesimus* vocatur *dies aditionis*, *l. Pannonius: de acquir. hæred.* Eodem modo etiam liberis et parentibus dat Prætor centum dies, et hoc est, quod ait in *l. 2.* Præterea in *leg. 1.* proponitur, servo alieno non dari tempus ad deliberandum, sed ejus domino, quoniam nec jure civili, nec prætorio servorum habetur ratio. Hodie cretio sublata est, et jus deliberandi ex constitut. Justiniani est supervacaneum, non tamen sublatum, cum id datum sit, ne se quis temere alieno oneraret incertus de hæreditatis viribus: hodie potest quis sine metu quamlibet hæreditatem adire: quod hæredes consequuntur, si inventarium hæreditatis faciant, quo facto non tenentur ultra vires hæreditarias. Præterea facto inventario actiones, quas hæres scriptus habebat cum defuncto, aditione non confunduntur, sed quod sibi testator debebat, habebit. Denum si inventarium fecerit, detrahet Falcidiam, sed si deliberare velit, non repelletur. Verum hoc casu jus deliberandi valde transformatum est: nam hodie semel tantum datur tempus ad deliberandum olim justa de causa sæpius, *l. 3. et 4. h. t.* Præterea hodie tempus datur aut a Principe, et est annus; aut a magistratu, et sunt

novem menses, *l. ult.* §. *sed quia*, *C. de jur. deliber.* Et eo modo in solidum hæres omnibus creditoribus cogitur respondere: unde ea hæreditas locuples dicebatur, quæ hæredem habebat, et hoc verum est, sive is inventarium fecerit, sive non: verum is qui ex deliberatione hæres est, si fecerit inventarium, habet Falcidiam: sin minus, non habet, *d. l. ult.* §. *ult.* Itaque valde est diminuta lex Falcidia: primo, quia illa contra voluntatem testatoris locum non habet. Secundo, quia is, qui non fecit inventarium, uti ea non potest. Hoc de l. 2. 3. 4.

Ad L. V.

Aristo scribit, non solum creditoribus, sed et hæredi instituto Prætorem subvenire debere. Hisque copiam instrumentorum inspiciendorum facere, ut perinde instruere se possint, expediat, nec ne agnoscere hæreditatem.

Credo hujus legis inscriptionem vitiatam: nam lib. 70. ad edictum Ulpianus tractat de interdictis: quare putarem legendum 60. in quo de jure deliberandi tractavit, ut constat ex *l.* 1. *et* 3. *sup.* In hac autem lege permittitur creditoribus missis in possessionem bonorum debitoris, rationes debitoris inspicere, earumque ἀναγραφὴν facere, et quasi inventarium, ut dicitur in *l. cum plures*, *de reb. auctor. judic. possid.* ut notent, quot quibusque de rebus sint negotia. Idem conceditur hæredi deliberanti, ut constat ex hac l. et *l. Aristo, et seq. de acquir. hæred.* In qua proponitur, non videri eum, qui instrumenta inspicit, eam ob rem se pro hærede gerere: nam hoc fit, ut se instruant hæredes. Ait *perinde*, id est, *proinde*, ut notavit Fla. Sosipater. Verum qua via juris id assequetur hæres, scilicet ut sibi instrumenta exhibeantur? An interdicto de tabulis exhibendis, an edicto, quemadmodum testamenta inspiciantur? Id quidem Accursius tentavit, sed male: nam in illis duobus edictis tantum de testamentis, aut iis, quæ ad testamenta pertinent, tractatur, ut sunt tabulæ pupillares aut codicilli. Et hæc duo remedia tantum hæredibus, aut legatariis dantur, *l.* 2. *quemad. testam. ap. l.* 3. *de tab. exhib.* Differunt autem hæc duo inter se, quod interdictum *de tabulis exhibendis* est ordinarium, quo utimur in eum, qui negat se habere tabulas, *l.* 3. §. *condemnatio*, *de tabul. exhibend.* Edictum autem *quemadmodum testamenta inspiciantur*, est extraordinarium. Quare hoc auxilium, de quo agitur in hoc titulo, non est eorum interdictorum, sed est auxilium aliud quoddam extraordinarium.

Ad §. 1. *Si major.*

§. 1. *Si major sit hæreditas, et deliberat hæres, et res sunt in hæreditate, quæ ex tractu temporis deteriores fiunt: adito Prætore potest is, qui deliberat, sine præjudicio eas justis pretiis vendere. Qui possit etiam ea quæ nimium sumptuosa sint, veluti jumenta, aut venalitia, item ea quæ mora deteriora fiant vendere. Quique præterea curaturus sit ut æs alienum, quod sub pœna, vel sub pretiosis pignoribus debeatur, solvatur.*

Interpretes male ea, quæ proponuntur in hoc §. et *l. prox.* separant ab iis, quæ sunt in *l.* 7. Quæstio est an is, qui deliberat de adeunda hæreditate, habeat jus diminuendi? Et vetat Prætor quicquam deminui, nisi causa cognita, et nisi ex magna causa, arbitratu boni viri: cujus multa exempla proponuntur in hoc §. *et l. prox. h. t.* ut sunt vinum, triticum, fruges, vestes attritæ, et ea quæ nimis sumptuosa sunt: ut sunt equi, et mancipia venalia, quæ hoc loco venalitia vocantur, ut et ii, qui ea emunt ut carius vendant, venalitii dicuntur, *l. mandatum* 57. *ff. mand. l. mercis* 2. *de verb. signif. l.* 1. *C. de nundin.* Ait *sine præjudicio*, id est, nec propterea se pro hærede gessisse videtur. Ait, *ea quæ mora deteriora fiunt*: hæc verba circumscribenda sunt, *l. non solum, de petit. hæred.* Item namque est, quæ tempore deteriora futura sunt, cum iis, quæ mora. Additur etiam in *l.* 6. hæredem qui deliberat posse jussu Prætoris impensas necessarias facere, ut sunt cibaria: debet autem hoc facere ex frugibus, nummis, aut nominibus. *Quod si*, inquit, *nulli sunt debitores, provocent ad judicem.* Judicem provocare dicitur, qui sponte judicem admisit, ut sponsione, a quo recedere non licet. Plinius in prœmio lib. suorum: *quisque judicem summum constituit quem vult, unde provocatio appellatur.* Denique venire jubetur leviora, *l. lex quæ*, §. 1. *C. de administ. tut.*

Ad L. VII.

Ait Prætor: si pupilli pupillæ nomine postulabitur tempus ad deliberandum, an expediat, eum hæreditatem retinere: et hoc datum sit, si justa causa esse videbitur, bona interea diminui, nisi si causa cognita boni viri arbitratu, vetabo.

§. 1. *Merito Prætor impedit interim diminutionem, quandiu nomine pupilli petitur tempus ad deliberandum.*

§. 2. *Quid sit autem, diminui vetabo, videamus. His verbis Prætor non tantum alienationem impedit, verum etiam actiones exerceri non patitur. Est enim absurdum ei, cui alienatio interdicitur,*

permitti actiones exercere. Et ita Labeo scripsit.

§. 3. *In causæ autem cognitione hoc vertetur, an justa causa sit, ut diminuere Prætor permittat. Ergo et funeris causa diminui permittet. Item eorum quæ sine piaculo non possunt præteriri, vescendi gratia æque diminui permittet. Sed et ubi urget, ex aliis quoque causis permittere eum oportet, ut ædificia sarciantur, ne agri inculti sint: si qua pecunia subpœna debetur, ut restituatur, ne pignora distrahantur. Ex aliis quoque justis causis Prætor aditus diminutionem permittet: neque enim sine permissu ejus debet diminutio fieri*

Proponit in hoc edicto Prætor difficiliorem casum in eadem specie: neque enim pupillo diminuendi potestas est sine jussu Prætoris, *l. si sciens, de contrah. emp.* Quin nec sine arbitratu boni viri funeris impensa et impensa hæreditaria fiet. Ait, *vesciendi gratia*, ut puta, pascendæ familiæ gratia.

Ad L. VIII.

Si quis suus hæres posteaquam se abstinuerit, tunc petat tempus ad deliberandum, videamus, an impetrare debeat; magisque est, ut ex causa debeat impetrare, cum nondum bona venierint.

Suis hæredibus tempus ad deliberandum jure prætorio dari certum est, quod sine aditione Prætoris facere non potest: posset petere tempus ad deliberandum de immixtione, et hoc eis suo jure datur, *l. ult. C. de repud. hæred.* nec necesse habent restitui. Et hoc verum est, si omnia sint integra, si nihil sit distractum ex hæreditate. Nam si non sint integra, non poterit se miscere petita restitutione in integrum. *L.* 9. exposui in *l. 7.*

Ad L. X.

Si plures gradus sint hæredum institutorum: per singulos observaturum se ait Prætor id quod præfiniendo tempore deliberationis edicit, videlicet ut a primo quoque ad sequentem translata hæreditate, quamprimum inveniat successorem, qui possit defuncti creditoribus respondere.

In 10. lege poponitur, Prætorem in dando tempore deliberandi gradum, ordinem observaturum, ut primo loco det institutis, tum substitutis, et sic deinceps.

Ad §. ult. Qui filium.

§. ult. *Qui filium libertinum habebat hæredem eum instituerat: deinde ita scripserat:* si mihi filius nullus erit, qui in suam tutelam veniat, tum Dama servus liber esto. *Is filius pupillus libertinus erat, quærebatur, si Dama liber esset. Trebatius negat, quia filii appellatione libertinus quoque contineretur. Labeo contra, quia eo loco verum filium accipi oportet. Trebatii sententiam probo: si tamen testatorem de hoc filio locutum esse apparet.*

Hæc lex nihil ad hunc titulum pertinet, ut alias annotavi. Species hæc est: Testator habebat filium libertinum, quem ita hæredem scripserat: *Filius hæres esto, si hæres non erit tunc Dama hæres liberque esto.* Quæritur, an cum hunc solum filium libertinum habet, filii appellatione etiam veniat, an vero Dama sit futurus liber et hæres? Filius autem libertinus is est, qui susceptus in servitute est, et postea cum patre una manumissus. De hoc Papinianus, quærit, contineatur ne filii appellatione in *l. ex facto*, §. *si quis rogatus fuerit ad Trebell.* Tradit autem Papinianus, hunc filii appellatione venire *si pro an*, ut et in *l.* 3. §. *ait prætor, de collat. bon.* Non est ferendum, quod quidam volunt libertinum filium dici, quem dominus ex serva susceperat, et post manumiserat. Is enim mihi est filius idemque libertus, quod tamen hoc loco Accursius tentat. Nec quoque probanda est Alciati hac de re sententia, dicentis libertinum eum dici, qui susceptus est ex cive Romano, et libertina: nam is est Latinus, teste Ulpiano in *Fragmentis.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Titulum I. De legatis I. Lib. XXX.

Ad L. I. et CXVI.

L. I. *Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.*

L. CXVI. *Legatum est delibatio hæreditatis, qua testator ex eo quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit.*

§. 1. *Hæredi a semetipso legatum dari non potest, a te cohærede potest. Itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia hæres institutus est, et duobus, extraneis: ad hæredem, cui legatus est, sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest: a cohærede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte. Extranei autem, et ab ipso hærede, cui legatum est, semissem, et ab alio hærede trientem vindicabunt.*

§. 2. *Alienus servus hæres institutus legari ipse a se nec totus nec pro parte potest.*

§. 3. *Servo hæreditario recte legatur, licet ea adita non sit quia hæreditas personæ defuncti, qui eam reliquit, vice fungitur.*

§. 4. *Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Itaque sive ipse fundo hæredis servitutem debuit, sive ei fundus hæredis: licet confusione dominii servitus exstincta sit, pristinum jus restituendum est. Et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum, exceptio doli mali opponetur. Si vero fundo legato servitus non restituetur, actio ex testamento superest.*

Legatum in *l.* 116. *inf. h. t.* sic definitur a Florentino: *legatum est delibatio hæreditatis qua testator ex eo, quod universum hæredis foret, alicui quid collatum velit.* Hæc definitio est secundum jus novum, id est, legem Falcidiam. Nam secundum duodecim tabul. legatis non tantum delibari, sed et exhauriri, et onerari hæreditas potest. *Exhaurire hæreditatem,* id est, assem absumere, exinanire, vacuefacere, exantlare. Onerare est legare ultra dodrantem. At lege Falcidia non potest plus legari, quam ut quadrans hæredi supersit, *l. si filia* 20. §. *Papinianus, famil. ercisc.* Igitur secundum legem Falcidiam legatum non est onus aut exhaustio hæreditatis, sed delibatio ad finem, et modum dodrantis. Hoc ut clarius intelligatur, subjicitur, *qua testator ex eo, quod universum, etc.* Ea subjectio significat, hæreditatis solius delibationem esse legatum, et in hoc a fideicommisso differt. Nam fideicommissum, et ab hærede potest relinqui, et a legatario: non tantum hæreditatem onerare testator potest, sed etiam legatum. Ab hærede relinquitur ad modum legis Falcidiæ, a legatario absque ullo legis modo. Nam legatarius non habet beneficium legis Falcidiæ: verum a legatario legari non potest, in *tit. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* Fideicommissum igitur etiam legati delibatio vel absumptio est: legatum legati ne delibatio quidem est; fideicommissum ab hærede hæredis, vel hærede legatarii relinqui potest, vel a patre vel domino hæredis, vel legatarii, legatum non item, *l.* 4. *et* 5. *de leg.* 2. Igitur legata a solis hæredibus relinquuntur, qui hæredes sunt ex sua persona principaliter, fideicommissa relinquuntur etiam a non hæredibus. At quæret quis: si fideicommissum relinquatur ab hærede, an ei fideicommisso illa definitio convenire possit? *Delibatio hæreditatis, etc.* Minime vero: nam *delibatio* verbum est directum, quo significatur, per legatum ipso jure hæreditatem minui, *l. a Titio* 64. *de furt.* et ideo Græci lib. 45. Basil. delibationem vertunt μείωσιν per fideicommissum, non item. Legatum in vindicatione consistit: fideicommissum in persecutione, et restitutione hæredis. Legatum pendet ex ipso, et quidem solo testamento, fideicommissum ex fide hæredis, non ex eo ipso testamento. Ex legati causa dominium transfertur recta via: fideicommissi dominium non transfertur, sed tantum possessio, *l. qui usumfructum, sup. si ususfruct. petat.* Eodem modo est accipienda alia definitio in *l.* 36. *de legat.* 2. *Legatum est donatio testamento relicta.* Donatio quoque jus directum significat. Fideicommissum non est donatio directa: nam non relinquitur ita: *do lego, vel dato,* sed sic, *rogo ut des.* Denique legatum relinquitur verbis directis, fideicommissum precariis. Ideoque in *l. ult. C. de fals. caus. adj. leg.* sic legitur, *legati seu precariis verbis.* Verba legati sunt directa, fideicommissi precaria. Ideo legatum Græce scriptum non valet: nam verba Græca directa non sunt. Verba directa sunt Latinæ voces, quibus leges populi Romani scriptæ sunt, *ut damnas esto, capito, habeto, sumito, danto, faciunto.* Ideoque recte Porphyrio in illud Horatii, *Transnanto Tyberim, vide,* ait, *ut directis verbis utatur.* Fideicommissum autem Græce valet scriptum, *l. fideicommissa, l.* 11. *inf. lib.* 5. Fideicommissum quocunque verbo relinquitur. Præterea legata non possunt relinqui nisi testamento, fideicommissum etiam ab intestato, §. *præterea, de fideic. hær.* Igitur hæc definitio: *donatio testamento relicta,* non potest accommodari fideicommisso: non enim in testamento tantum relinquitur. Videamus nunc an ea conveniat donationi causa mortis. Legatum est donatio. Legatum mortis causa capitur, *l. mortis causa, de donat. mort. caus.* Ergo legatum est donatio causa mortis testamento relicta. Donatio autem causa mortis extra testamentum, non est legatum. Rursus: legatis modum imposuit lex Falcidia: donationi inter vivos modum imposuit lex Cincia, *l.* 4. *C. Theod. de donat.* De eo etiam loquitur Justinianus in *Nov.* 162. cujus primum caput est de donationibus, ubi male legitur *Sentiæ, pro Cinciæ.* Dubitabatur de donatione causa mortis, utrum modum accipiat ex l. Falcidia, an ex lege Cincia, idque ante Constitutionem Severi. Sed Severus legem Falcidiam traxit etiam ad donationem causa mortis, *l.* 2. *C. donat. caus. mort.* Post Severum prudentes generaliter censuerunt, donationis causa mortis, et legatorum eundem esse effectum in omnibus et per omnia, *l.* 1. §. 1. *inf. si quid. in fraud. patron. l. Marcellus* §. *ult. l. etsi debitor, l. illud, de donat. causa mort.* Idem postea confirmavit Justinianus in *l. ult. C. de donat. causa mortis,* ex qua Constit. in *d. l. Marcellus,* Tribonianus adjecit: *hoc et constitutum est,* a Justiniano scilicet: nam ante eum id nullus constituerat. Verum hoc ita

procedit, si is qui donavit causa mortis, testatus decesserit: nam ab intestato donationes causa mortis non sunt instar legatorum, qu'a nulla sunt legata, quibus possint exæquari, *l. si filius* 20. *inf. de legat. præst.* Ideoque in *l. tam is, de donat. caus. mort.* dicitur, *tam is qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest.* Græci lib. 47. Basilicon *tit.* 3. hanc differentiam addunt. Nam si is, qui donat testamentum facit, donata comparantur legatis, si non, non comparantur. Adjecit etiam Justinianus verbum *fere*, *Instit. de donat.* Cujus particulæ adjectæ ratio est, quod qui donat causa mortis, potest sibi hanc legem dicere, ut ne donationem revocet; quamvis regulariter donatio causa mortis pœnitentia revocetur *Nov.* 87. *l. si alienum* 13. *de donat. causa mort.* in eo qui legat secus est: nec enim qui legat, potest sibi hanc legem dicere, *l. si quis, in princ. de legat.* 3. Verum sciendum multas alias, et propemodum innumeras esse differentias inter legata, et fideicommissa. Latini Juniani fideicommissum capere possunt, legatum non item Ulpian. in *Fragm. tit.* 26. Item fideicommissum ante hæredis institutionem relinqui potest, legatum non, §. *ante hæredis, de legatis.* Idem lex Falcidia pertinet ad legata, ad fideicommissa non item. Lex Furia quæ obtinuit ante leg. Falcidiam, pertinebat et ad legata, et ad ceteras omnes mortis causa capiones. Ulp. *tit.* 1. Lex Falcidia initio pertinebat ad sola legata. Postremo cum ita relinquitur fideicommissum, *cum morietur hæres*, videtur relictum post mortem hæredis *l.* 1. §. *si ab ipso patre, de collat. bonor. l.* 11. §. *si filio, lib.* 3. *inf.* In legatis aliud est: multum enim interest, an relicta sint, *cum morietur hæres*, an *post mortem hæredis*: nam hoc modo inutiliter relinquitur, illo utiliter. In summa, tot sunt legatorum et fideicommissorum differentiæ, quot testamentorum et codicillorum. At ut testamentis solent apponi clausulæ codicillorum, scilicet, ut *si non obtineat quasi testamentum, obtineat saltem quasi codicillus*: sic in legatis clausula fideicommissorum apponitur: nam quod legabant, testabantur, se idem per fideicommissum relinquere, *l. Publius, inf. de condit. et demonstr. Quisquis mihi hæres erit, do, lego, fideicommitto, etc. l. non ad ea, eod.* Legavit eandem rem pure, et sub conditione, est in arbitrio legatarii electio, an pure, an sub conditione legatum sumere velit. Legatum etiam legatio appellatur in *l. pen.* §. *matri, de adim. legat.* Græci πρεσβεῖον, *Nov.* 87. interdum legati nomen generaliter accipitur, ut comprehendat fideicommissum, et donationem causa mortis, *l.* 87. *lib.* 3. quæ pertinet ad leg. Juliam et Papiam. Sic sæpe legatum pro fideicommisso legitur, at fideicommissum nusquam pro legato accipitur. In 12. Tab. legati appellatione non continetur fideicommissum, nec in lege Falcidia, sed legati nomine tutelæ, libertates, institutiones continentur, *l. verbis, de verb. sign.* non tamen fideicommissa, quia nondum in usu erat jus fideicommissorum, quæ sunt ex Constitut. August. *Inst. de fideicommiss. hæredit.* Postremo sciendum est, quod etsi sint multæ differentiæ inter legata, et fideicommissa; tamen in multis locis ea Jurisconsulti æquant, ut in *l. quæ sub conditione* §. *in fideicommissis, de condit. instit.* Item in edicto *quod legatorum*: nam subintelligitur, *vel fideicommissorum, l.* 1. *C. quod legat. et l.* 1. *h. t.* quæ pertinet etiam ad edictum *quod legatorum.* Hæ superiores differentiæ sublatæ sunt paulatim omnes legibus, et Constitutionibus. Primum ex *Nov. Theodos. de testam.* legatum Græce relinqui potest. Secundo ex Senatusconsulto Pegasiano Falcidia pertinet ad fideicommissa etiam particularia testamento relicta, §. *ex singulis, Instit. de fideicomm. hæredit. l.* 1. §. *Marcellus, in fi. Si cui plus quam per leg. Falcid. licet, l. is cui, ad leg. Falcid.* Constitutione autem D. Pii lex Falcidia pertinet ad fideicommissa ab intestato relicta, *l. filiusfamilias* 18. *inf. ad leg. Falcid.* Præterea ex Constit. Justin. legatum potest relinqui ante hæredis institutionem, *l. ambiguitatis, C. de testam.* Eodem auctore Latinorum sublata est conditio. Igitur omnes libertini hodie legatorum, et fideicommissorum capaces sunt: legatum potest relinqui ab hærede hæredis, *l. scrupulosam, C. de contr. stipulat.* fideicommissum potest vindicari sicut legatum, *l.* 1. *C. comm. de legat.* Tandem Justin. *legata per omnia omnino æquavit fideicommissi*. Ita scilicet, ut si qua in re meliori jure essent fideicommissa, idem jus hodie etiam in legatis obtineret: ut potuit fideicommissum a legatario relinqui, poterit et hodie legatum. Potuit fideicommissum relinqui a patre, vel domino hæredis, vel legatarii: poterit et legatum. In fideicommissis, non quid testator dixisset, sed quid sensisset quærebatur, idem in legatis hodie non habita ratione verborum, directa sint, an precaria, *l.* 2. *C. comm. de legat.* Et contra, qua in re meliori jure erant legata, in ea idem jus in fideicommissis obtineret, ut legata petebantur jure ordinario: sic hodie etiam fideicommissa. Denique legata dominium transferebant recta via: sic et fideicommissa. In summa legatum fideicommissi jure censetur, et contra. Nec inter ea, quæ testamento relinquuntur, potest hodie constitui ulla differentia ex verbis precariis aut directis: sed ex sola voluntate defuncti. Ideo factum est, ut sic Justin. mutaverit definitionem legati, hoc modo: *legatum est donatio a defuncto relicta.* Hæc definitio etiam fideicommissis convenit: nam hodie donatio est, et a defuncto

relinquitur. Vetus definitio erat, *donatio testamento relicta*, hodie autem non tantum testamento, sed et codicillis, et ab intestato relinquitur. Quidam codices habent *ab hærede præstanda*: quidam ea delenda censent, et recte. Sed non bene probant: quia inquiunt, plerumque a vivo testatore legatum repræsentatur: nam is, qui repræsentat rem, quam legavit, non videtur legatum præstare, sed donare inter vivos, *l. hujusmodi* 84. §. *si Titio*, *h. t.* Legavit testamento Primum, aut Secundum, non utrumque, deinde præstitit Primum, nihilominus Secundus petetur ex testamento post mortem testatoris. Quod non fieret si videretur ut legatum repræsentasse: videtur enim donasse inter vivos. Sic igitur probabimus hæc verba delenda esse, quia non tantum præstatur ab hærede, sed etiam a legatario, et ab hærede hæredis, et a patre, vel domino hæredis vel legatarii. Denique illa verba convenirent veteri definitioni non huic. Quod autem Justin. sibi tribuit de exæquatione legatorum *l.* 2. *C. comm. de leg.* id refertur ab Ulp. in *hac l.* 1. ergo non auctor est hujus sententiæ Justin. Sunt plerique qui in manuscripto lib. qui est in sacro sacello hujus urbis Bitur. notarunt huic legi præponi nomen Justin. non Ulp. quia in illo libro est Imperator. Eodem vero argumento *l.* 1. *de verb. oblig.* *l.* 1. *de imp. in reb. dot. l.* 1. *de excus. tut.* falso tribuuntur Ulp. vel Modestino: nam in eo lib. illis locis apponitur hæc vox Imperator, quam tamen nemo non dixerit veterum Jurisconsultorum esse. Sed hic error, et alios multos libros occupavit. Et fuit tempus quo solebant librarii libris addere, hoc nomen Impp. Eodem etiam argumento in *l.* 2. *h. t.* erit Imperator: nam in illa est idem. Retinenda est vetus inscriptio, vel eo maxime quod indicat hanc legem posse referri ad interdictum quod legatorum, ut docet *l.* 1. *quod legat.* Illud interdictum datur in legatarium qui vacantem possessionem rei legatæ, quasi suo jure occupavit, ut scilicet per hoc interdictum possessio reducatur ad hæredem, et postea legatarius hæredem conveniat legati nomine. Illud interdictum non datur adversus legatarium, qui ab hærede rem legatam per vim extorsit: is enim tenetur interdicto unde vi, et legatum amittit, *l. extat*, *sup. quod met. caus.* Datur autem hæredi cujus interest, non potest ejus interesse, nisi Falcidiam prætendat, *l.* 1. *C. quod legat.* Hæres autem Falcidiam adsequitur duobus modis, per retentionem rei legatæ, id est, non præstando rem legatam, antequam deducat Falcidiam, vel per vindicationem, quando legatarius possidet rem legatam, quia Falcidia videtur semper remansisse in hæreditate. Sed multo melius est uti retententione, quam vindicatione. Ut igitur hæres hoc commodo utatur, id est, ut Falcidiæ habendæ causa retentione sibi consulat, per hoc interdictum possessionem petit et recepta ea, sibi per retentionem consulit. Hic est finis hujus interdicti. Scripserat autem Ulp. ad lib. 67. ad edictum, illud edictum dari non tantum legatorum, sed fideicommissorum etiam nomine, et hac in re exæquata sunt omnia legata fideicommissis: verum quia Constitut. Justin. non hac tantum in re, sed in omnibus exæquata sunt, ideo Tribon. ad ulp. adjecit hæc verba, *per omnia.* At cur etiam interdictum quod legatorum, non pertinet ad donationes causa mortis, datur hæredi Falcidiam prætendenti, et Falcidiæ etiam donationes causa mortis subjiciuntur, ut dictum est, et tamen negatur pertinere ad eas donationes, *l.* 1. §. *si quid, quod legat.* Ratio est hæc: ex legatis, et fideicommissis Falcidia potest servari per retentionem: non ita potest servari ex rebus donatis mortis causa: nam legata et fideicommissa a testatore corporaliter in legatarium non transferuntur, sed adscribuntur tantum: at donata a donatore corporaliter transferuntur: igitur hæres non potest per rerum jam donatarum a defuncto retentionem Falcidiam servare, ideo non potest ejus retentionis causa interdictum quod legatorum intendere: verum vindicabit Falcidiam a donatario, quoniam videtur mansisse in hæreditate, *l. pen. C. ad l. Falcid.* Nunc videamus quot sint genera legatorum, et quæ actiones singulorum nomine competant: quatuor sunt genera legatorum: *per vindicationem, damnationem, sinendi modum, per præceptionem.* Legatum per vindicationem ita est: *do, lego*, vel, *sumito, capito, habeto.* Hujus nomine competit actio in rem, Theoph. *in tit. de legat. Per damnationem*, ita: *hæres meus dare damnas est*, *hæredes damnas sunto*, *l.* 122. *h. lib. l. civitatib.* §. 1. *l. nomen* 54. §. 1. *lib.* 5. Item sic, *hæres meus, dato facito*, vel, *hæredem meum dare jubeo.* Alias *jubeo* significat *opto, cupio, desidero*, et tunc est verbum precarium. *l. Aurelius* §. *ult. de lib. legat.* Alias est directum verbum, *l.* 2. *C. comm. de legat.* ait, *quale est jubeo forte*: nam et precarium est. Sic et am *impero*, duplicem sensum habet. Alias est legis verbum, *l. quoniam*, *C. de testam.* Alias est precarium, Paul. 4. *Sent. tit.* 1. (sic etiam *l.* 2. *C. comm. de legat.* ἐνορκῶ non ἐνόρκῳ) sed ad rem Legatum per damnationem non petebatur in rem, sed in personam actione, fiebat etiam ejus nomine in rem missio. Hæc autem fiebat *Nov.* 39. ἐξ ἀπορίας, id est, hærede non existente solvendo: ea missio erat actus legitimus. In legato per vindicationem non fiebat ea in rem missio, ut Græci notant, quia ipso jure legatario rei legatæ vindicatio com-

petebat, nec opus erat illa in rem missione. Sed illi Græci non intelligentes quid sit missio interpretantur παραχώρησιν τοῦ ποιεῖν τι ἢ μὴ ποιεῖν. δίδοται τω λυγαταρίῳ ῥεμισίων, ὅπερ ἑρμηνεύεται παραχώρησις τοῦ ποιεῖν ἢ μὴ ποιεῖν. In hanc rem notetur *l. si postulante inf. ad Trebellian.* ubi *bonis se immiscere*, est in rem mitti. Nam ait, *si fideicommissarius nolit, etc.* Fideicommissarius vel accepit fideicommissum ab hærede, vel in rem mittetur, *legatum sinendi modo* ita relinquitur: *hæres meus damnas esto sinere, vel sinito illum, illam rem sumere.* Ex hoc legato dabatur actio in personam, et in rem missio. Quartum est, per præceptionem: hoc genere legatur uni ex hæredibus (non legatur hoc modo nisi hæredibus ex parte: nam qui ex asse hæres est, tale legatum habere non potest) hoc modo: *illam rem præcipito*: id vocatur prælegatum et præcipuum. Hoc petitur actione familiæ erciscundæ: nam præcipiuntur prius legata, reliquum dividitur, quæ actio mixta est, tam in rem, quam in personam. Poterat etiam hæredibus aliis modis legari, *l. 1. §. si quid ex mortis, quod legator.* Sed per præceptionem solis hæredibus legabatur. Hæc sunt genera legatorum, et eorum actiones. Hodie ex Constit. Justin. permixta sunt hæc, nam hodie pro omnibus legatis datur actio in rem, quasi sint vindicationis legata, vel in personam, quasi sint damnationis, et legatarii est electio. Competit etiam hypothecaria, *l. 1. C. commun. de leg.* Solemnes illæ in rem missiones sublatæ sunt: illis enim nihil opus est ubi in rem agitur. Non dubium tamen est, quin prælegata etiam hodie veniant in actionem familiæ erciscundæ. Igitur Justinianus primus ex omnibus legatis dedit diversas actiones, vel in rem, vel in personam. Verum opp. *l. cum filius 76. §. variis lib. 2.* Nam ibi ostenditur, varias actiones dari legatorum nomine. Igitur Justin. auctor non est: ait *in eo §. eis actionibus simul legatum non posse peti*, id est non posse peti partim actione in rem, partim in personam. Petendum est vel totum in rem, vel totum in personam: legatarius eliget unam solam actionem. Respondeo, ille §. accipi debet de legato vindicationis. Ait enim: *legatum datum.* Id autem proprie datum dicitur, quod relinquitur his verbis, *do lego*, id est, per vindicationem. Nam legatum per vindicationem peti etiam poterat actione in personam, *l. si servus 108. §. cum homo, hoc tit.* Species hæc est: Homo est legatus generaliter: electio est, inquit, legatarii. Hoc vero tantum obtinebat in legato vindicationis, ideo eliget eam actionem quam velit, id est, in rem, vel in personam. Idem ostendit *l. hujusmodi, §. ult. et l. seq. h. lib.* Igitur, quod in eis locis dicitur, pertinet ad legatum vindicationis tantum. Justinianus autem ad omnia legata traxit. Ante Justin. sublata erant verba τυπικά, ut vocat Theoph. legatorum, id est, formalia: nam singulorum erant certæ solemnesque formulæ quas testatores observabant: hæc sublata sunt *l. in legatis 22. C. de leg.* Sublatæ etiam fuerunt quædam differentiæ. Primo, res aliena per damnationem poterat legari: per vindicationem non item: id ostendit *l. Stichus, de manum. testam.* Ex SC. Neroniano etiam res aliena utiliter legabatur per vindicationem, Ulpian. *in Fragm. tit. 24.* Sublatæ etiam fuerunt paulatim omnes aliæ differentiæ. Re conjuncti sunt, quibus eadem res disjunctim per vindicationem legata est, non si per damnationem. Rursus: re et verbis conjuncti sunt, quibus eadem res conjunctim per vindicationem legata est, *l. si duobus, hoc tit.* Hanc differentiam sustulit Justinian. voluit enim ut eodem jure esset legatum damnationis, quo vindicationis, *l. 1. §. ubi autem. C. de caduc. tol.* Ex inficiatione legati per damnationem, in duplum est actio. Hanc differentiam sustulit Justin. voluitque ut eodem jure esset legatum damnationis, quo et cetera. Itaque sustulit illam in duplum actionem, exceptis legatis, quæ religionis causa piis locis relinquuntur, §. *ult. Instit. de obl. quæ quasi ex contract. nasc.* ubi ait, *se hæc constituisse*: at ubinam. Vulgo dicunt esse *l. 2. C. commun. de legat.* in qua exæquat legata fideicommissis. Sed hoc nihil ad hanc rem, ibi nihil de actione in duplum dicitur. Ego didici esse Constit. quandam Græcam, quæ desideratur *in tit. de Episc. et cler.* fuitque *l. 45.* Nam in illo desiderantur 10. vel. 12. Constitut. didici hoc ex lib. Græco cujus est titulus de diversis intervallis usque ad annos centum. In titulo de anno scribit, si intra annum non solvatur quod relictum est piis causis, duplatur, ut scriptum est *lib. 1. C. constit. 45.* Omnes aliæ differentiæ etiam sublatæ sunt. Namque Justin. ait, *omnia legata esse exæqua a fideicommissis*, §. *nostra. de legat.* Et sane, si omnium legatorum non est una eademque natura, non poterunt probe fideicommissa legatis adæquari. Igitur existimandum est, eam esse mentem Justin. ut exæquentur etiam omnia legata. Fructus futuri poterant legari per damnationem, non per vindicationem, Cajus in *Instit.* Hodie poterunt et per vindicat. §. *ea quoque, de legat.* Per vindicationem legato generaliter relicto, vel sub disjunctione, electio erat legatarii, per damnationem hæredis. Hæ differentiæ sunt sublatæ, nisi quatenus sustinentur voluntate defuncti: nam voluntas testatoris totum facit, et ea sola differentiam inducere potest.

Ad L. II.

Sciendum est, eos demum fideicommissum posse relinquere : qui testandi jus habent.

Quæritur, quis fideicommissum relinquere possit? Exigitur, ut is jure testamentum facere possit, *l. conficiuntur*, §. *codicillum, tit. prox. l.* 21. *lib.* 3. Nutu fideicommissum relinqui potest : dummodo is, qui annuit, loqui possit : nam mutus non potest, quoniam nec testamentum facit. Idem in legatis jus est, ut scilicet is leget, qui jure testamentum facit. Sed in hoc differentia est, quod is, qui testamentum non fecit, potest fideicommissum relinquere, modo si facere potuerit. Verum ante Justinian. legatum non poterat relinqui, nisi testamento: hodie idem jus est: nam et ab intestato legata relinqui possunt. Aliud est in donatione causa mortis. Legatum et fideicommissum is demum relinquere potest, qui potest testamentum facere : at mortis causa donat is, qui testamentum facere non potest, *l. tam is* §. 1. *de mort. cau. donat.* Filiusfam. testamentum facere non potest, nec volente patre, donare mortis causa potest, permittente patre. Ratio differentiæ: fideicommissum relinquitur vel testamento, vel codicillis : at proditum est, fideicommissum etiam relinqui in epistola, nutu, sine scriptura, *l. in epistola, C. de fideicomm.* Verum hæc omnia obtinent vicem codicillorum : nam codicilli fiunt vel ex scripto, vel sine scripto : hodie etiam legatum testamento relinquitur vel codicillis. Si testamento, res aperta est, nam nihil agitur, nisi is qui testamentum fecit, factionem testamenti habuerit. At si codicillis sine testamento legetur, adhuc exigimus, ut qui codicillos fecit, testamenti factionem habuerit. Ratio sumitur ex origine codicillorum. Origo proponitur in *tit. Instit. de codicill.* Si repetatur ea origo, invenietur jus codicillorum datum fuisse solis testatoribus, ut scilicet quæ minus essent testamento comprehensa, codicillis supplerentur. Postea vero obtinuit, ut fierent etiam codicilli ab intestato : verum non alia ratione, quam quod is, qui codicillos facit ab intestato, videtur et testamentum fecisse, et legitimum hæredem scripsisse, *l.* 3. *sup. tit. proximo.* At donationes causa mortis extra codicillos fiunt, et nullo facto testamento comparantur contractibus potius, quam legatis vel fideicommissis, *l. si filius, de leg. præst.* Ideoque ab eo donatore non exigimus testamenti factionem (testam. factio dupliciter accipitur, id est, pro jure testandi, et pro jure capiendi.) Hac de re tractans Ulpianus lib. 1. fideicommissorum ex quo desumpta est *l.* 1. *de leg.* 3. *quæ cum hac l.* 2. conjungenda est, docuit primo qui possit fideicommissum relinquere : deinde a quo, tum cui relinqui possit ostenditur. De primo est *l. sciendum* 2. *hoc tit.* Is qui errat in suo statu non potest fideicommissum relinquere : ut is, cui dubium est, hostes sint, an latrones, a quibus captus est. Nam captus ab hostibus servus fit, a latronibus non item. Dicitur is, qui dubitat errare in facto, hæc dubitatio accipitur pro errore, *l. ult. C. de cond. indeb.* Dubitans pro errante habetur. Idem dicendum si quis erret in jure ut si captus a lotronib. putet se esse servum. Item, si legatus, id est, is qui apud exteros legatione fungitur, putet se esse captivum *d. l.* 1. Vulgo legitur *relegatus*, id male : nam dicendum esset, si relegatus putet nihil se differre a deportato : melius legitur *legatus.* Ita ut comparetur legatus ei qui captus est a latronibus, ut in *l. qui a latronibus, ff. qui test. fac. poss.* Nam uterque liber manet : qui in errore juris est, non potest relinquere fideicommissum, quia nec testari. Male excipit Accur. militem et veteranum : nam si miles dubitet, captus sit ab hostibus, an a latronib. non poterit testari, quia si sint hostes, forte non jure testabitur. Igitur dum in dubio est animus, melius est inhiberi testamenti factionem. Certo judicio testari oportet, et certum de suo statu hominem, sub incerto statu testari non licet. Verum aliud dicendum, si filius dubitet pater am. sit an filiusfam. nam hæc dubitatio nihil morabitur militem, cum utroque casu constet eum posse testari jure singulari. Sed de eo genere dubitationis nihil morabitur militem, cum utroque casu constet eum posse testari jure singulari. Sed de eo genere dubitationis nihil in ea *l.* 1. tractatur. Eadem ratione male excipit Accurs. aditionem hæreditatis. Is qui dubitat paterfam. sit, an filiusfam. hæreditatem sibi delatam potest adire, *l. qui in aliena* §. *sed etsi putat, de acq. hæred.* quia utroque casu est capax hæreditatis. At qui dubitat liber sit an servus, vel filiusfam. an pater, non potest testari utroque casu : nam servus non testatur. Ergo nec sub incerto, aut in omnem eventum. Servus fideicommissum relinquere non potest, quia nec testari. Id olim non obtinuit in servo publico pop. Rom. nam hi parte dimidia testandi jus habent in bonis, quæ suo labore parassent : hodie etiam ex *Nov. Leonis* 38. servus Principis testamentum facere potest, et hic quidem et am ex asse. Igitur et poterit fideicommissum relinquere. Additur in *d. l.* 1. filiumf. non posse fideicommissum relinquere, nisi sit miles aut veteranus, *l.* 114. *lib.* 1. Postremo is etiam non potest fideicommissum relinquere, cui aqua et igni interdictum est, vel deportatus, quia est ἄπολις, id est, nullius certæ civitatis civis : soli cives testamentum faciunt. Hinc sumpta occasione Ulp. in *l.* 2. declarat quis sit deportatus. Deportatus videtur is, cui Princeps insulam assignavit, vel is, de quo scripsit, ut deportaretur. Is vero, quem Præses deportandum annotavit in suis

tabul s, non est deportatus, antequam id Princeps approbavit. Ideoque post illam annotationem jure fide commissum relinquit ante comprobationem principis. Igitur præses jus deportandi non habet, quia opus est comprobatione Principis: ubi est opus confirmatione tutoris, ibi is, qui tutorem dedit, non habuit jus tutorem dandi. Præses jus gladii habet, *l. illicitas, de Offic. præs.* qui gladii jus habet, jus deportandi ideo non habet: nam hæc jura non competunt jure magistratus, sed necesse est nominatim dari, *l. inter pœn. de interd. et releg.* Denique in his quæ sunt meri imperii, non licet argumentari a majori vel minori. Additur in l. jus deportandi competere præfectis prætorio: *eum deportatum videri, quem præfectus prætorio, etc.* Item præfectis urbi. At præfectus urbi insulam non assignabat quia nullam sub se habebat. Nam ejus imperium erat intra centesimum lapidem, ubi nulla erat insula: verum princeps insulam damnato assignabat ubi præfectus urbi aliquem deportandum pronunciaverat. *l. 1. §. relegandi, sup. de off. præs. urbi.* Et sic fiebat deportatus statim a sententia præfecti urbis etiamsi insula nondum assignata esset. Jus deportandi is habet etiam, *qui vice præfecti ex mandatis Principis cognoscit.* Quis is est? An qui mandatam jurisdictionem habet? Minime: nam qui vice præfecti cognoscebat, propriam jurisdictionem habebat. Indicat hoc Cassiodorus in formula vicarii urbis. Romæ. Præterea cognoscebat is ex mandato principis, non præfecti. Item is, de quo ibi agitur, non est is qui suffectus est in locum mortui præfecti: nam hic præfectus est, non vice præfecti. Item non est, is de quo agitur in tit. *C. de offic. ejus qui vic. jud. obtin.* Nam in eo tit. agitur de eo qui est vice præsidis: verum is est, qui in Codice sæpe appellatur vicarius, de quo *tit. de offic. vicarii.* Is erat vicarius præfecti prætorio, is mittebatur non in unam provinciam, sed in tractum per multas provincias. *l. 1. C. de proxim. sacr. scrin.* Notandum in eo loco non legendum, *præfecti, sed qui pro præfectis.* Et sic Marcellinus *lib.* 14. Martinum quemdam vocat *regentem* Britanniæ provinciam pro præfectis. Postremo in *l.* 1. ostenditur, deportatus si codicillos fecerit, et fideicommissum reliquerit, ac postea, si restituitur beneficio Principis. et eis codicillis relictis decesserit, quos fecerat peregrinus codicilli valent, quoniam convalescunt codicilli quasi ex tacita voluntate. Idem est prorsus, si filiusfamilias codicillos fecerit, et mancipatus eos non mutaverit, quia tacite probat. Item si servus fecerit, et manumissus non mutaverit. Igitur nuda voluntate convalescunt codicilli, quod non obtinet in testamentis: nam testamenta nuda voluntate convalescunt. In illis rigorem juris sequitur, *l.* 1. §. *exigit de bon. possess. secund. tab.*

Ad L. III.

Hæc verba testatoris: quisquis mihi ex suprascriptis hæres erit, *aut*, si hæres erit Sejus, *vel*, si hæreditatem adierit, *subjectum legatum vel fideicommissum non faciunt conditionale.*

Hæc lex conjungenda cum lege 8. *de vulg. et pupill. substit.* et inde constituenda est differentia inter substitutionem pupillarem et legatum: nam substitutio pupillaris est conditionalis, si primo et secundo hæredibus institutis ita fiat: *si primus hæres erit, idem filio impuberi hæres esto*: vel etiam, *quisquis mihi hæres erit, idem filio impuberi hæres esto.* Hæc substitutio pupillaris est conditionalis, quoniam licet secundus hæreditatem adierit, nondum tamen adierit primus mortuo impubere, primus non poterit admitti ad substitutionem pupillarem, qui tamen admitteretur, si illa conditio non fuisset apposita: nam illa conditio substitutioni non semper tacite inest. Imo vero, ut valeat substitutio pupillaris, satis est, si unus ex hæredibus adierit hæreditatem paternam, nec exigimus, ut etiam adierit hæreditatem cohæres, qui substitutus est impuberi, nisi illa conditio fuerit adscripta. Aliud est in legato: nam legatum non est conditionale, si primo et secundo hæredibus institutis ita legetur: *si primus hæres erit, dato, aut quisquis mihi hæres erit, Titio dato centum.* Ideo autem non est conditionale legatum: quia etiam ea conditione non adjecta, ita se res habet, nec potest peti legatum nisi ab eo qui adierit. Igitur hæc conditio semper inest legato, et expressa nihil mutat, *l. hæredis §. pen. inf. quando dies leg. ced.* Et vero ita judicandum ex conjectura voluntatis defuncti: nam defunctus qui exprimit hanc conditionem, *si hæres erit, dato*, videtur potius demonstrare tempus, quo legatum peti possit, quam conditionem legato injicere. Itaque si legatarius decesserit ante aditam hæreditatem, tale legatum transferet ad hæredem suum, quod ita non fieret, si esset conditionale. At generaliter ita statuendum; legatum certum, id est, quod certum est debitum iri, hærede adeunte transfertur ad hæredem. Hoc legatum est hujusmodi: igitur transfertur ad hæredem, *l. si dies §. ult. quand. dies leg. ced.* et statim subjicitur sententia Pomponii, in *l. si Titio §. quidam, eod.* E contrario legatum, quod certum non est debitum iri, hærede adeunte, propter suspensionem conditionis extrinsecus assumptæ, id est, extra testamentum, id est, quod sit ei apposita conditio, quæ non inest tacite, ut si navis ex Asia venerit, hæc conditio non inest tacite, et moriatur legatarius antequam navis venerit, non transmittit ad hæredem. Denique certi legati dies cedit

statim, etiam ante aditionem, incerti dies cedit existente demum conditione. *Diem cedere*, id est, in hoc legatum esse ut transmitti possit. Cessio est transmissio in heredes, Theophil. in §. *si peculium de lega*. Nunc a sententia hujus legis excipienda est contraria voluntas defuncti; ut testator ita legavit, *si hæres erit, dato.* His verbis non tantum voluit demonstrare tempus petendi legati, sed omnino voluit facere conditionem his verbis, et hoc sensit, ut decedente legatario ante aditam hæreditatem, legatum non transiret in hæredem ejus; tunc procul dubio hæc verba pro conditione accipimus, *l. in conditionibus* §. 1. *inf. de cond. et demonstr.* Sed hæredi incumbet onus probandæ contrariæ voluntatis, quoniam præsumptio est pro legatario. Sic etiam in *l. si ita fuerit* §. *ult. de manumiss. testam.* testator dixit, *libera esto cum filiis*; hæc verba non faciunt conditionem: ideoque etsi filios non habeat, libera fiet, nisi probetur aliam sententiam fuisse testatoris. Et vulgo dicitur, *voluntatem defuncti regere conditiones.* Notandum, aliud esse dicendum, si duob. institutis, Primo et Secundo, ita legetur, vel etiam uno tantum: *si Primus hæres erit, dato decem*: non dixit, *si Primus hæres erit, idem Primus dato.* Hoc casu legatum est vere conditionale, quoniam certum non est debitum iri Secundo adeunte, quoniam fortasse Primus simul non adiverit; huic legato inest tacite conditio, *Si Secundus adierit.* At illa, quæ est expressa, si Primus adierit, non inest tacite; itaque mera est conditio. Eadem ratione; si duobus institutis legetur ab utroque sub eadem conditione; *si Primus hæres erit, hæredes mei danto Titio centum*: quid fiet? Hoc casu pro parte Primi legatum non est conditionale, pro parte Secundi est, *l. si Titio* §. *ult. quando dies leg. ced.* Nunc legi nostræ opponitur *l. si ita legatum* 65. §. 1. *h. t.* In lege nostra proponitur hac conditione expressa, *si hæres erit*, quæ inest tacite, non magis legatum fieri conditionale, quam si non fuisset expressa. Conditio quæ tacite inest, si exprimatur, legatum non facit conditionale. At in lege contraria proponitur expressa talis conditio, *si volet Titius, Titio lego*: quæ conditio inest tacite. Verum hac conditione expressa, *si volet*, quamvis tacite insit, fit conditionale. Respondeo: non omne, quod dicitur inesse, eodem modo semper inesse: nam vel inest simpliciter, vel inest secundum aliquid. Legato hoc inest simpliciter, si hæres adierit, quoniam absque eo non consistit legatum: itaque frustra id exprimitur. Sic homini inest simpliciter ut animal sit: itaque qui legat hominem, frustra exprimit animal: at secundum aliquid hoc inest legato, *si volet*, quoniam accidere poterit ut repudiet legatum. Verum sine voluntate legatarii ipso jure consistit legatum, imo et ignoranti acquiritur, *l. si a furioso, de obl. et act. l. cum pater* §. *surdo, lib. 2 l. si partem quemad. servit amit. l. nil usfam. qui test. fac. poss.* Ideoque frustra hoc non exprimitur, *si volet*, quoniam sic fit, ut legatum non acquiratur ignoranti, ut legatum tale non consistat antequam legatarius constituerit, se velle, quod tamen illo non expresso, ita se non habet, *l. si ita expressum, de condit. et demonstr.* Lex utitur hac ratione, quia conditio illa, *si volet*, personæ injuncta videtur, quia scilicet illa conditio non inest naturæ rei, sed personæ, et fieri potest, ut repudiet re ipsa igitur non inest. Eadem ratione in suo hærede qui etiam est necessarius, hæc verba, *si volet*, conditionem faciunt, *ut filius meus, si volet, hæres esto* conditionalis est institutio et utilis, quoniam est potestativa, quia in suo hoc non inest simpliciter: nam hic invitus et ignorans hæres fit, sed fieri potest, ut abstineat se beneficio prætoris. Verum in extraneo hæc verba, *si volet*, non faciunt conditionem: nam hoc inest simpliciter institutioni extranei; invito enim ei non acquiritur hæreditas. Extraneo ignoranti acquiritur quidem legatum: at hæreditas non item, ne ignorans æri alieno obligetur. Legatum autem semper lucrosum est. Itaque institutioni extranei hoc simpliciter inest, *si volet*, *l.* 12. *sup. de condit. instit. l. Cornelius sup. de hæred. institut.* Hæc verba, *inesse, contineri*, gignunt multas controversias, quæ ita distinguenda sunt.

Ad L. IV.

Si quis in fundi vocabulo erravit, et Cornelianum pro Semproniano nominavit: debebitur Sempronianus. Sed si in corpore erravit, non debebitur. Quod si quis cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit vestem non deberi. Quemadmodum si quis putet, auri appellatione electrum, vel orichalcum contineri: vel, quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.

Est de testatore qui errat in nomine rei legatæ, aut re ipsa: ideo conjungenda est *l. quoties de hær. inst.* Ego tria tantum errorum genera tractabo. Primo, error, sive mendum est, si testator, dum vult fundum Sempronianum legare, dicat Cornelianum: nam hic error legato nihil nocet, dummodo constet testatorem sensisse de Semproniano, *l. 7. C. de leg.* Hic error est in solo vocabulo, non in corpore. Secundo, error est, et gravior, si testator dum putat fundum Sempronianum esse eum, qui dictus sit Cornelianus a majorib. Cor-

nelianum leget. Hic est error in nomine, quia nominatur Cornelianus pro Semproniano: error est etiam in corpore, quia alium fundum pro alio accipit: hic error legato nocet: neuter enim fundus debetur. Tertio, error est, si testator, dum vult vestem legare, supellectilem dicat, aut dum vult argentum legare, vestem dicat, aut aurum dicat pro orichalco. Hic error est in nomine solo, et tamen nocet legato. Quæritur igitur cur hic error, qui est in nomine solo, noceat legato, cum tamen primus ille error, qui etiam est in solo nomine non noceat? Jurisconsultus hanc dat rationem: *quia rerum vocabula immutabilia sunt*, *hominum mutabilia*: quæ ratio explicanda est. Notiones rerum eædem sunt apud omnes, ut notio fundi, hominis. At nomina sive vocabula, quæ sunt rerum notæ, non sunt eadem apud omnes, sicut et literæ, quæ sunt nominum notæ, non eædem apud omnes. Hoc ideo fit, quia notiones sunt a natura; at nomina et literæ sunt ab institutis hominum. Horat: *Verba*, inquit, *quibus voces sensusque notarent*, *etc.* Nominum duo sunt genera: quædam substantiam rei significant, ut homo, fundus, vestis: quædam differentiam, ut Titius, Cornelianus. Quæ substantiam significant, sunt publica et communia: illa quæ differentiam, sunt privata. Ut homo significat substantiam hominis, id est publice receptum: verum ut hic homo appelletur Titius, est privatum et arbitrii uniuscujusque. Rursus, quæ substantiam significant, non possunt mutari arbitrio cujusque, quia sunt publice recepta, ut vestem pro tuo arbitrio non recte dixeris fundum: consuetudo quidem ea potest mutare, hisque nominibus publicis utimur sicut nummis: nummi possunt publice mutari, at privatus non potest, *l.* 2. *de supell. leg.* Verum quæ differentiam significant, possunt mutari arbitrio cujusque, ut servum, quem soleo appellare Stichum, deinceps vocabo Pamphilum, aut fundum Cornelianum, dicam Sempronianum: quamobrem si fundum Cornelianum forte legando, Sempronianum dixerim: vel etiam, si quem Stichum dicere soleo, legando dixero Pamphilum, nihil nocet hoc legato: hæc enim vocabula sunt mutabilia. At secus, si hominem legando, arborem nominavero, vel etiam si vestem legando, fundum vel supellectilem nominavero: hoc est recedere a publice recepto vocabulo, et tale legatum est inutile. *Rerum vocabula sunt immutabilia*, id est quæ rerum substantiam significant, et quæ communi usu recepta sunt, arbitrio nostro non mutantur, sed quæ differentiam significant, possunt mutari, quia non sunt communis usus, sed singulorum hominum. Opponuntur quædam: primo, *l.* 3. *et* 7. *de supell. leg. l. librorum* §. *quod tamen, lib.* 3. *inf.* Supellex est domesticum patrisfamil. instrumentum: non est instrumentum domus, sed patrisfamil. id est, res mobiles, veluti, mensa, scamna, candelabra, lecti, capsæ, vasa aquaria. In supellectili autem non est vestis: nam est alterius generis et est separatus de eo *tit. de arg. auro, et veste leg.* In supellectili non est penus, nec instrumenta domus, vel agri: hæc enim sunt alterius generis. At dubitatur, an candelabra argentea sint in supellectili, item an mensæ inargentatæ vel his similia? Et olim quidem hæc non erant in supellectili lignea, vel fictili, vitrea, vel ænea, ea fuit ejus seculi frugalitas *l.* 3. *de supel. leg.* Omnia, quæ erant argentea deputabant in argento, non in supellectili. Ceterum crescente luxu, cœperunt uti supellectili aurea, argentea, et sic tandem obtinuit, candelabra argentea, vel mensas argenteas vel aureas supellectili contineri, *l.* 3. *l.* 9. §. 1. *de supell. leg.* Hodie igitur candelabra argentea sunt in supellectili, nam spectatur species et usus, non materia. Itaque argento legato, non debentur candelabra argentea: legata supellectili debentur. Hinc quæritur, quid si testator putabat, argenti appellatione contineri candelabrum argenteum, et legavit argentum, an videtur legasse candelabrum argenteum, an debetur? Testator commutavit vocabula: nam quod in argenti numero non est, pro argento habuit: placet deberi, quoniam error et imperitia defuncti jus facit, facit ut in argento sit, quod alioquin non est: sed hoc ideo fit, quia de eo ambigitur, ut diximus, utrum candelabrum sit in argento, an in supellectili: ideo hic error toleratur. Sic etiam ambigitur, an vasa escaria, potoria, argentea vel aurea, sint in argento vel auro, an vero in supellectili. Placet, magis esse in argento, nisi aliud suadeat error defuncti, id est, nisi solitus est defunctus ea supellectili, non argento deputare. Hac etiam in re propter dubitationem error sustinetur, *d. l.* 3. *et* 8. *eod.* Sic etiam dubitatur, *chartis legatis*, an debeantur libri, quoniam sunt, qui usu loquendi libros suos chartas appellant: sed verius est libros non contineri: nisi ad id nos cogat imperitia defuncti, qui solitus fuerit libros suos chartas appellare. Huic etiam errori facile indulgetur, *d. l. librorum* §. *quod tamen.* At quid si non ambigatur de vocabulo, ut constat, vestem non appellari supellectilem, an hoc casu error defuncti jus faciet, id est, an legata suppellectili videbitur vestem legasse, quod ipse defunctus ita putet? vel an legata veste, supellex debebitur? Tubero existimabat in hac etiam specie, errorem defuncti jus facere, et ideo legata supellectili vestem deberi, secundum opinionem defuncti. Utebatur hac ratione, quæ est *in l.* 7. §. 2. *de supell. leg.* Verba inquit, sunt voluntatis notæ, τῶν ἐν τῇ ψυχῇ παθημάτων σύμβολα. Et ideo mens prior est et

potentior: vox ministerium est mentis: ideoque qui aliud dicit, quam quod vult, ut qui suppellectilem dicit, cum vult vestem dicere, hic non dicit, quod significat vox, quia id non vult, sed dicit potius id quod vult, quamvis id vox nullo modo significet: nam mens prior est, vox sequela: menti vox subservire debet, non mens voci. Verum reliqui omnes ab eo dissentiunt optima ratione. Nam nomina, quæ communi usu recepta sunt, sunt immaterialia, et oportet ea exaudire ex communi usu, non ex opinione singulorum, ideoque non videtur dixisse quis quod voluit, nisi publico nomine usus sit; fateor, inquit, mentem esse priorem et potiorem voce, sed tamen nemo intelligere debet, dixisse quicquam sine verbis: alioquin et mutui loqui intelligerentur, itemque animalia: nam sonum quendam emittunt cuncti, φωνοῦσι καὶ ἄναρθρον φωνήν. Itaque sic definiamus, eum qui dum vult vestem legare, legat supellectilem nihil egisse, quia non est suo nomine usus, et recessit a publice receptis vocabulis, *l. qui vestem, de supell. leg.* In l. 7. inter ea, de quibus non ambigitur, numeratur *argentum escarium*, ex quo sequeretur, supellectili legata non deberi argentum escarium, etiamsi id maxime senserit testator, quia de eo vocabulo non ambigitur: igitur non potuit eo abuti et errare. Verum id corrigendum est ex l. 8. et ita suppletur ab Accursio recte, alioquin videbitur vox *escarium* abundare. Sed verius est, ambigi de argento escario in supellectili sit, an in argento, de veste non ambigitur: nam nulla ratione sub supellectili continetur.

Ad §. 1. *Si quid hæres.*

§. 1. *Si quis hæredes instituerit, et ita legaverit.* Quisquis mihi Gallicanarum rerum hæres erit, damnas esto dare, *ab omnibus hæredibus videri legatum, quoniam ad omnes res Gallicanæ pertinent.*

Sciendum legatum vel relinqui ab uno ab hæredibus, quod fit nominatim, vel ab omnibus hæredibus his verbis: *hæredes mei danto*: vel etiam, *hæres meus dato*, nullius nomine expresso, vel: *quisquis mihi hæres erit, dato, l. 44. lib. 2. l. si pluribus 8. l.b. 3.* Idem est, si ita legavi: *quisquis mihi Gallicanarum rerum hæres erit, dato*, licet uni tantum ex hæredibus obveniant res Gallicanæ, quoniam ipso jure res Gallicanæ ad omnes pertinent, quia ipso jure omnes sunt hæredes rerum Gallicanarum. Item si unus sit hæres scriptus ex rebus Gallicanis: nam hoc casu legatum debetur ab omnibus: constat uno hærede scripto ex rebus Gallicanis (quod non fit jure, nam nemo hæres jure scribitur ex certis rebus) ipso jure ad omnes pertinere: verum prælegati jure is cui adscriptæ sunt res Gallicanæ, eas accipit in solidum, *l. ex facto de hæredib. instit.* Onus igitur illius legati omnes sequitur, quia ipso jure omnium sunt res Gallicanæ.

Ad L. V. et VI.

L. V. *Servi electione legata, semel duntaxat optare possumus.*

§. 1. *Labeo ait, cum certa res aut persona legatur ita*: Qui meus erit cum moriar, hæres dato: *et communis sit, totum deberi. Trebatium vero respondisse, partem deberi, Cassius scripsit. Quod et verius est.*

§. 2. *Cum fundus communis legatus sit, non adjecta portione, sed* meum *nominaverit, portionem deberi constat.*

L. VI. Stichum, qui meus erit, cum moriar hæres meus dato, *magis conditionem legato injecisse, quam demonstrare voluisse, patremfamil. apparet, eo quod, si demonstrandi causa hæc oratio poneretur, ita concepta esset*, Stichus, qui meus est, *non*, qui meus erit. *Sed conditio talis accipi debet, quatenus meus erit: ut si totum alienaverit, legatum exstinguatur, si partem, pro ea parte debeatur, quæ testatoris mortis tempore fuerit.*

Simul explicabitur lex 10. et tit. *de opt. vel elect. leg.* Optio vel electio datur per vindicationem, ut hominem optato, eligito. Ulpianus in *Fragm. de legat.* Optio est, si dixerit, optato. Electio, si dixerit, eligito. At utrumque nomen idem potest. Fidejussio est, si dixerit, fidejubeo: fidepromissio, si fidepromitto: at utrumque idem potest. Quia vero optio datur per vindicationem, ideo legatarii non hæredis electio est, et legatario datur vindicatio, *l. 3. §. item si optare, ad exhibend. l. his consequenter, famil. ercisc.* ad §. *optionis, de legat.* quidam notant legata optionis αἱρετικὰ appellari, falso. Sunt enim quæ Latini conditionalia vocant: αἵρεσις est conditio: legata optionis dicuntur τῆς ἐπιλογῆς: legatum optionis ante Justinian. fuit conditionale, puta, si optaret, eligeret: namque ad hæredem non transferebatur alter, quam si legatarius optasset, si ante optionem decessisset, nihil transferebat. Eadem ratione optione relicta servo alieno, nisi dominus ante manumissionem ejus servi elegisset hominem, post manumissionem servo optanti legatum acquirebatur, quod utique non fieret, si esset purum; sed quia conditionale est, hoc fit *l. si domino* 99. *hoc tit.* quam explicat Accursius recte in *l. si Eros, de opt. leg.* Hodie autem legatum optionis est purum ex constitutione Justiniani, et ideo jus eligendi transfertur ad hæredem legatarii, *d. §. optionis.* Eadem ratione post

manumissionem servi, cui data est optio, domino est jus optandi, non manumissio. Hoc tamen Justinianus expresse non attigit, sed ex ejus constitutione necessario consequitur. Nunc ex duobus locis tentari potest, olim etiam, id est, ante Justin. legatum optionis non fuisse conditionale. Primo ex *l. si Pamphilo*, *de opt. leg.* indicat diem legati cedere ante optionem, igitur purum est: nam electio ipsa conditio est hujus legati. Ostendit etiam post manumissionem servi domino competere optionem, nec manumisso dari, nisi domino repudiante. Igitur videtur etiam ante Justinianum non fuisse conditionale. Respondetur: in ea *l. si Pamphil.* Jurisconsultum loqui de legato generaliter relicto per vindicationem, ut hominem lego, non loqui de optione legata. Sunt diversa, hominem lego, et hominem optato: fateor quidem legatum genereliter relictum comparari sæpe legato optionis, in *l.* 3. *qui et a quibus*, *l.* 2. *l.* 9. §. 1. *de opt. leg.* Verum quamvis interdum comparentur, tamen magna est differentia: nam homine generaliter legato optio relinquitur tacite. Ulpian. in *Fragm. de legat.* At hoc modo optio datur expressim, et discrete. Porro aliud est aliquid verbis exprimi, aliud tacite contineri, *l. si ita legatum* §. 1. *h. lib.* Item legatum generaliter relictum est purum: legatum optionis est conditionale, scilicet ante Justinianum legatum generaliter relictum transfertur ad hæredes, etiam si legatarius nondum elegerit, *l. nec semel*, §. *pen. quando dies legat. ced.* Idem in legato vindicationis quolibet, ut transferatur ad hæredem, etiam legatario moriente, antequam legatum agnoverit. Paul. 3. *Sent. de leg.* At legatum optionis non transfertur ad hæredem, si legatarius ante electionem moriatur. Is, cui homo generaliter legatus est, non potest optimum eligere ex constitut. Severi, *l. legato*, *h. tit.* Is, cui optio data est, potest optimum eligere. Laxior est optio expressa quam tacita, *l. si quis affirmavit* §. 1. *sup. de dolo.* Nec obstat *l. ult.* §. *si quis*, *C. commun. de legat.* Nam in ea lege is, quem ait lex, non posse eligere optimum, non habet optionem ex testamento: alioquin eligeret etiam optimum, sed optionem habet ex ea lege et constitutione. Alter locus, ex quo potest colligi, legatum optionis olim non fuisse conditionale, est in *l. illud*, *inf. de opt. leg.* Lex ait, legatum transferri ad hæredem, si moriatur post mortem testatoris, id est, diem legati cedentem. Ostendit etiam, diem legati cedere ante electionem. Igitur purum est, nec Justinianus auctor est. Respondeo, statuendam esse differentiam inter formulas legatorum. Nam in *l. illud* non fuit optio legata, sed ita relictum est, *illam aut illam rem*, *utrum voles*, *sumito.* Hic non est optio, sed legatum sub disjunctione. Inter hæc duo est magna differentia: nam optio datur generaliter, *d. l. his consequenter*, datur ex universa familia, *l. si cum optio*, *de opt. leg.* Optio vestis, datur ex universa synthesi. At legatum relictum sub disjunctione, specialiter relinquitur. Et quod adjicitur: *Utrum elegeris*, non est conditio, sed disjunctionis interpretatio, ut appareat sub disjunctione legari: legati sub disjunctione dies cedit a morte testatoris, *l. si ususfr. quando dies leg. ced.* At optionis legatum cedit, postquam optavit legatarius: nam ea est conditio hujus legati, si optaverit. Quando potest optare? Non potest ante aditam hæreditatem *l. optione*, *de opt. leg. l.* 10. *h. t.* Igitur hæc conditio optionis est ex genere eorum, quæ impleri debent post aditam hæreditatem, *l. quæsitum* §. 1. *hoc tit.* Et in summa: Conditiones aut implentur vivo testatore, *ut si navis ex Asia venerit*: aut post mortem ante aditam hæreditatem, ut si Capitolium ascenderit, *l.* 2. *de cond. et demonstr.* quædam non nisi post aditam, *ut si hæredi* 10. *dederit.* Ejusmodi etiam est optionis conditio. Ratio est hæc, quia legatarius, cui optio data est, optare debet, *l.* 2. 3. 4. *de opt. leg.* Et quia optio hæc fit solenniter, fit enim hærede præsente et testibus præsentibus, fit exhibita universa familia et ex eis eligit unum, vel exhibita omni veste, si vestis optio data est, vel exhibitis omnibus rebus hæreditariis ejus generis. Fit etiam interdum Prætore diem decernente quo optetur, *l.* 6. *l. si optio*, *de opt. leg.* Denique optio fit solemniter. Ideoque exspectatur aditio hæreditatis, exspectatur hæres, quia fit hærede interveniente, alioqui posset hæredi injuriæ fieri, si fieret eo absente. Præterea aliam quamlibet conditionem potest filiusfamil. vel servus implere sine jussu patris, *l.* 5. *de cond. et demonstr.* At conditionem optionis non potest implere sine jussu patris. *l.* 10. *hoc titul.* Ratio est, quia posset fraudari pater; quid enim si eligeret deteriorem? Præterea optio æque solemnis est, ac aditio hæreditatis. Aditio non fit sine jussu patris, nec optio: semel adeundum est, *l. si solus* §. *ult. de acquir. hæred.* Semel est agnoscenda bonorum possessio, *l. sed cum patrono*, *de bon. possess.* Semel est optandum, *l.* 5. *hoc tit.* Servi electione data, semel optare possumus, jus omne legati consumitur una optione, *l. apud Aufidium de opt. leg.* qui semel elegit, non potest mutare factum: qui semel elegit, ei necesse non est ejusdem rei electionem repetere, *l.* 8. §. *minus, de opt. leg.* Præterea aditio hæreditatis non fit in diem, vel sub conditione, sic etiam optio, *l. actus*, *de reg. jur.* Hæc omnia conveniunt actibus legitimis, quæ de optione diximus: nam actus legitimi fiunt semel duntaxat, nec iterantur, et fiunt pure. Denique optio servi est actus legitimus. Sic etiam tutoris

optio, et quælibet optio erat actus legitimus. Livius *lib.* 29. Ea dabatur mulieri: erant enim in perpetua tutela olim, sed dabatur illis plerumque optio tutoris testamento viri vel lege. Sic etiam optio filii vel adoptio actus legitimus est. Dicimus igitur, eum, cui generale legatum relictum est, non optio posse plusquam semel eligere: argumento est, *l. eum qui certaium §. ult. de verbor. obligat.* Quidam promisit, *illud aut illud*, electio ejus est tacite, scilicet promissoris: lex ait, eum posse mutare voluntatem in eo, quod præstaturus est, quia alia est ratio taciti, alia expressi. Sic igitur, si optio data sit, semel tantum optabit. Sequitur de hoc legato, *Stichum, qui meus erit cum moriar, dato.* Quæritur utrum sit legatum purum, an conditionale? L. 6. indicat esse conditionale legatum, si dixerit ita, *qui meus est*, demonstratio est. Si dixit *qui meus erit*, conditio erit. Magna est differentia inter conditionem et demonstrationem. Conditionem impleri oportet demonstrationem veram esse necesse non est, ut legatum debeatur. Falsa demonstratio non vitiat legatum, si modo de corpore constet. Conditio, quæ non impletur, extinguit legatum. Demonstratio plerumque confertur in tempus præsens vel præteritum, conditio in futurum. Demonstratio rem præsentem ostendit, conditio futuram, *l. nominatim, de condition. et demonstrat.* Igitur *Stichum, qui meus est*, demonstratio est, *qui meus erit cum moriar*, conditio est. Cum in l. 6. dicitur, *magis videtur conditionem injecisse etc.* negat omnino esse demonstrationem. Sic etiam idem auctor in *l. quidam, inf. hoc tit.* in hac specie legati, *nummos, quos in numerato habeo, dato, et nummos, quos in creditis habeo.* Ait Jurisconsultus, demonstrare potius voluisse videtur, quam conditionem injecisse: ibi illis verbis negat esse conditionem. Magis dupliciter accipitur, elective et comparative, Diogenes in vita Pyrrhonis, magis accipitur comparative, ut cum dicimus, mel magis dulce esse, quam uvam: non negamus hic uvam esse dulcem. Sic in *l. ubere, de jurisd.* magis est imperii, quam jurisdictionis. Sic in *l. 5. de bonor. possess.* magis est juris, quam corporis, non prorsus ideo negatur esse corporis. Alias accipitur positive sive elective, ut virtus magis prodest, quam obest: hic negamus obesse. Sic in *§. is quoque, quib. modis re contr. oblig.* magis distrahit, quam contrahit, negatur contrahere. Sic in *l. 1. comm. divid. l. 10. in prin. inf. de auro et arg. leg. et d. l. quidam et hac l.* 6. elective accipitur. Hæc igitur verba: *qui meus erit*, faciunt legatum conditionale, nec interest, utrum dixerit, *Stichum qui meus erit*, an vero, *Stichum, si meus erit.* In hoc exemplo proponitur exemplum legati per damnationem, ut *Stichum dato.* Cur ita? quoniam ipso jure per vindicationem non potest legari res, nisi quæ mortis tempore testatoris fuerit: imo si legetur corpus, ut fundus, scyphus exigimus, ut utroque tempore fuerit testatoris, id est, testamenti et mortis, Ulpian. in *Fragm. tit. de legat.* Ideoque in *l. ult. de opt. leg.* optione legata per fideicommissum, lex ait, legatarium posse eligere ex iis tantum, quæ mortis tempore testatoris fuerunt, etiamsi ejus non fuerint. Recteque ait, *per fideicommissum.* Nam si per legatum detur optio, exigimus ut utroque tempore res, quæ optatur testatoris fuerit: at per damnationem legatum valet, etiamsi res aliena fuerit, dummodo non sit apposita hæc conditio, *qui meus erit cum moriar.* Nam apposita ea, si alienus fuerit mortis tempore, nihil debebitur, ne æstimatio quidem: quod si fuerit pro parte alienus, pro parte defuncti, debebitur. videlicet, nisi defunctus hoc sensit, ut scilicet debeatur, si ejus in solidum fuerit, *l. Juliano* 68. *§. pen. inf. lib. 3. l. 2. sup. de condit. instit.* At in dubio debetur pro parte. Hoc in l. 6. dicitur. Eadem ratione, si quis legavit fundum, quem habet communem cum alio sic: *fundum meum dato* pro parte tantum sua legatum consistit, non etiam pro parte socii. Nam quia dixit *Meum*, de sua tantum parte intelligitur, *l. dominus* 22. *de pecul. leg. et hac l. 5. §. ult.* Igitur, *meum est*, quod pro parte meum est, *meum est*, quod etiam alterius est, *l. illud de ritu nupt. l. si quis suos servos, inf. lib.* 3. At finge: fundum communem ita legavi, *fundum meum dato*, deinde redemi partem socii, atque ita totus fundus meus factus est. Quæritur an totus debeatur legatario? Minime ex *l. si ita, de auro et arg. leg.* Nam hæc verba: *fundum meum*, præsens testamenti tempus significant: atqui eo tempore pro parte tantum erat meum, igitur pars tantum debebitur. Annotandum etiam Accursium in l. 6. male illum articulum *magis*, accipere comparative. Nam ex eo efficitur, hæc verba, *qui meus erit*, et demonstrationem et conditionem facere, quod est absurdum: nam fieri non potest, ut idem sit conditio et demonstratio, quia pugnant inter se, quæ illis tribuuntur. Accursius tamen movetur *l. 34. §. ult. inf. de aur. et arg. leg.* Species est: multum interesse utrum ita legetur: *aurum quod uxoris causa paratum est*, an vero, *quod paratum erit.* Nam si dixit: *quod paratum est*: hæc verba præsentis temporis significationem habent. Ideoque si tempore testamenti quinque libræ fuerint paratæ, quinque libræ debebuntur, quia totidem erant tempore testamenti, licet totidem non fuerint mortis tempore: nam hoc legatum diminutionem non recipit, nisi testator id diminuerit adimendi animo, ut si forte ultro vendiderit unam libram, non debebuntur nisi 4. quæ restant. At diversum, *Quod*

paratum erit. Nam hæc verba futurum tempus significant. Ideoque non spectatur quantum testamenti, sed quantum mortis tempore uxoris causa paratum sit. Ideoque si testamenti tempore fuerint 5. libræ paratæ, mortis 4. non debebuntur nisi 4. Vel si testamenti tempore fuerint 5. mortis 10. debebuntur 10. Igitur hoc legatum post testamentum et minui et augeri potest ante mortem testatoris, quod non fit in superiori legato. Verum locus est depravatus in *d. l.* 34. §. *ult.* Nam ait, *hoc legatum habet in se demonstrationem et argumentum.* Hoc vero falsum est : nam non est demonstratio , sed conditio : quid vero est *argumentum* in eo loco? quidam notant , alias legi, *argmentum* , quod rectissimum est , ideoque pro *demonstratione* reponendum est *diminutionem.* Igitur id legatum recipit diminutionem et augmentum. At cum dicis , *quod meum est* , neutrum recipit : sic in *l.* 22. §. *item non, de petit. hæred. l. interdum, de oper. libert.* operarum obligatio recipit diminutionem et augmentum : sic apud Marcellinum lib. 16. ait ibi *spumans fluvius cruore barbarico insueta stupebat argumenta,* legendum, *augmenta* quia creverat ex cruore. Sic apud Cassiodorum in formula Consulatus *lib.* 6. *Galliarum in argumentum publicæ gloriæ manumittuntur servi,* legendum *in augmentum.* Postremo opponitur adversus ea , quæ diximus , auctoritas Labeonis , qui existimabat , hæc verba esse accipienda pro demonstratione, non pro conditione : ideoque putabat totum servum deberi, etiamsi alienus fuisset mortis tempore in solidum, vel pro parte, quia falsa demonstratio non perimit legatum. Hæc verba demonstrationem faciunt. Hoc proponitur in *l.* 5. *et l. nuper* §. *ult. lib.* 3. Sed obtinuit contraria sententia. *Certa persona* . Notandum personam accipi pro servo. Opp. etiam *l. pen. in prin. lib.* 3. Species : quidam legavit uxori viatoria lateralia (sunt sacculi linei vel coriacei folles , qui feruntur a latere, dicuntur viatoria , quod viatores ea secum deferant, *l. ult. de auro et arg. leg. l.* 4. *de supell. leg.*) et quicquid in eis conditum erit. Deinde profectus est in urbem secum ferens lateralia illa, in quibus condiderat chirographa quædam, et pecunias quasdam : ea lateralia post testamentum secum detulit in urbem , in urbe chirographa reddidit debitoribus, pecuniam solvit, sicque evacuavit lateralia. Reversus deinde in patriam , alias pecunias condidit , et alia chirographa. Quæritur an ea debeantur, quæ mortis tempore condita fuerant: Jurisconsultus respondet non deberi , quæ mortis tempore continerentur : hoc vero falsum videtur. Placet conjectura eruditissimorum virorum, deesse in illa lege , *nisi*. Itaque legendum : *non deberi* , *nisi quæ mortis tempore continerentur* , quæ ante inerant, non debentur : nam hoc legatum diminutionem recipit. Verbum *erit,* non refertur ad præsens tempus, nisi patrocinante voluntate, *l. verbum erit, de verb. significat. l. in conditionibus, de condit. et demonstrat.* At in ea specie ejus voluntatis nullum extat argumentum. Igitur sunt ad suum tempus referenda, et debebuntur, quæ fuerunt condita mortis tempore.

Ad L. VII.

Legatum servo delatum dominus potest repudiare.

Repudiatio legati servo relicti a domino facta servo nocet : et ideo si fortassis servus manumissus legatum agnoscat, post repudiationem domini, nihil agit : repudiatio tam servo , quam domino nocet. Acc. adfert *l. si Pamphilus de opt. legat.* Sed loquitur ea lex de optione servo data tacite : id genus legati si repudiaverit dominus, non ideo servo postea manumisso non licebit optare : itaque in illo genere repudiatio servo non nocet. Itaque proprie ea lex ad hanc sententiam non pertinet , sed exceptio potius est. Contra hanc l. opp. *l. legatum, de adimend. leg.* Legatum est relictum servo alieno , an potest adimi ejus domino ? Minime : Legatum ei adimi debet, cui datum est, igitur servo adimendum est, non ejus domino. Igitur, inquiunt , non potest repudiare nisi cui datum est , sicque dominus non repudiabit. Respond. non recte argumentamur ab ademptione ad repudiationem. Legatum adimit testator, legatum repudiat legatarius. Præterea adimit testator soli legatario , quoniam legatum eodem modo adimi debet, quo et datum est, ut si ita legatum sit *do*, sic adimitur , *non do, ne dato.* Idemque in personis observatur, ut si Titio legetur, Titio adimendum est, nec satis est, si domino aut patri ejus auferatur. Ulpianus in *Frag. tit. de leg.* At repudiatur legatum etiam a domino. Denique ademptio cum datione debet consentire : sic acceptilatio debet congruere cum obligatione. At repudiatio non debet consentire cum datione. Itaque repudiat etiam is, cui directo datum non est. Oppon. etiam. *l. ex repudiatione, Cod. de fideicomm.* Ex eo colligitur, fideicommissum relictum filiofamil. patrem non posse repudiare. Cur tamen potest dominus repudiare servo relictum ? Idem in hæreditate vel bonorum possessione , hæreditatem filiofamil. delatam pater non potest repudiare, *l. renitente, C. de jure delib. l. is qui,* 13. §. *ult. de acquir. hæred.* Idem et in legato dicendum. Sicut e converso , quod dicitur in hac *l.* 2. de legato, existimandum est etiam obtinere in fideicommisso. Item in bonorum possessione, *l.* 1. §. *servum, de success. edict.* Idem etiam in hæreditate servo delata. At cur non idem juris est in filiofamilias ? Necessario hac in re

constituenda est differentia inter patrem et dominum Ratio diversitatis est hæc: delata servo dominus repudiat. Igitur persona servi non spectatur, id est, non spectatur, fieri posse, ut is manumittatur: nam servus pro nullo habetur in omni jure, et civili et prætorio, servus est hæres institutus, institutis datur tempus deliberandi. Id autem domino dabit prætor: non servo, quia pro nullo habetur, *l.* 1. *sup. de jure deliber.* At filiofamil. instituto et ipsi daret prætor tempus ad deliberandum, nam filiusfamil. pronullo non habetur. Filiifamil. persona inspicitur, idque in considerationem venit, fieri posse, ut filiusfamil. sui juris fiat, et ideo in ejus fraudem non admittitur repudiatio, *l.* 2. *C. de repud. bonor. poss.* Pater igitur repudiando seipsum fraudat, non filium; nam si filiusfamil. fiat sui juris, pervenit ad legatum. At dominus repudiando utrumque fraudat. Opp. et *l. Titia* 34. §. *Lucia, inf. lib.* 2. Species: quidam legavit domum servo alieno, aut per fideicommissum reliquit, hæredes cum dividerent hæreditatem, eam etiam domum diviserunt, idque præsente domino quasi teste divisionis. Quæritur an eo, quod interfuit divisioni servo relicti dominus videatur amisisse actionem fideicommissi jam sibi acquisiti, et ideo an videatur amisisse fideicommissum? Lex ait, non videri amissum: nisi evidenter appareat eum amittendi fideicommissi animo interfuisse, quod ne repudiare quidem potest. Igitur fideicommissum servo delatum, dominus repudiare non potest. Respondeo breviter; ego existimo differentiam esse constituendam inter legatum acqusitum et delatum. Lex 7. est de legato delato: §. *Lucia*, est de acquisito legato sive fideicommisso. Sciendum aliud esse legati diem cedere, legatum deferri, legatum acquiri: nam legati puri dies cedit a morte testatoris, hæc cessio facit, ut actio legati ad hæredem transferatur. Defertur autem ab adita hæreditate, acquiritur ab agnitione. Id dicit *l. ei qui ita, sup. de condit. instit.* Eadem ostendit legatum non acquiri etiamsi legatarius conditionem legati expleverit. Ut si legatum sit, *si dederis* 10. *l. cum vero, in fin. de fideicommiss. libert.* Ea lex ostendit, legatum non acquiri statim ab adita hæreditate, nisi id legatarius agnoverit: agnoscit qui constituit id ad se pertinere. Ergo post aditam hæredem, interim cum deliberat legatarius, rei legatæ dominium pertinet ad hæredem, ante aditam hæreditatem rei legatæ dominium est hæreditatis, post aditam ante agnitionem, est hæredis, *l. Papinianus, sup. de servit. l. si servus Titii, l. legatum* §. *ult. l. si hæredis*, *hoc tit.* Hæc igitur tria sunt diversa. Legatum igitur delatum potest repudiari, acquisitum non potest repudiari, *l. delata, de verb. signific. l.* 1. §. *decretalis, inf. de success. edict.* Ejus sententia est duplicem esse bonorum possessionem, edictalem et decretalem. Edictalis, quæ ex edicto datur; Decretalis ex decreto deficiente edicto, ut Carboniana bonorum possessio, et quæ datur furioso, et de bonis captivi nondum mortui. Præterea edictalis ordinaria est. Decretalis non, *l.* 3. §. *ult. de Carbon. edic. l. filium* §. *si quis contra, de legat præstand.* Præterea edictalis datur de plano, in itinere, transitu. Decretalis pro tribunali causa cognita: edictalis sine causæ cognitione. Edictalis datur quocunque die: decretalis datur diebus sessionum, *l.* 2. §. *dies, Quis ordo in bon. poss. serv.* id est, diebus quibus prætor sedet pro tribunali, ἡμεραις βημαιτικαις, *lib.* 45. *Basil. tit.* 2. Edictalis repudiari potest, decretalis nunquam. Cur id? quoniam, quod delatum est, id dumtaxat repudiatur, non quod acquisitum est. At *decretales* eodem momento deferuntur et acquiruntur, id est, dum decernitur, defertur simul et acquiritur. Igitur non potest repudiari: nam nullum est medium tempus. At *edictalis* alio tempore defertur, alio datur et acquiritur, itaque intermedio tempore potest repudiari. Igitur §. *Lucia* est de fideicommisso sive legato acquisito: *h. l.* est de delato. Delatum dominus potest repudiare, acquisitum non potest: amittere quidem potest, potest alienare, derelinquere, donare, concedere: at repudiare non potest, quod jam habet. Denique ea quæ nobis offeruntur, repudiamus, recusamus; quæ vero jam agnovimus et acquisivimus ea derelinquimus, vel alienamus, non repudiamus: hoc attigit recte Accurs. in *d.* §. *Lucia.* Videndum, an omnino verum sit, quod diximus, agnitione sola legatum acquiri. Quidam dicunt legatum statim acquiri a morte testatoris, quidam ab adita hæreditate horum sententia comprobatur *l. a Titio, de furt.* Ex qua lege colligunt, legatoria acquiri legatum ab adita hæreditate, recta via, id est, non per factum hæredis: idem ex multis aliis locis colligitur. Sed illa omnia sunt accipienda per interpretationem, quandam quoniam agnitio retrotrahitur, non acquirit legatum, nisi qui agnoscit, sed postquam agnovit, id videtur acquisivisse ex die aditæ hæreditatis, ex eo die fructus ad eum pertineot, agnitio retrotrahitur *l. servum* §. 1. *l. si tibi homo* § *cum homo hoc tit.* Ideoque interim res legata non videtur fuisse hæredis cum scilicet secuta est agnitio; si sequatur repudiatio, semper videtur fuisse hæredis, *l. omnia in fin. de reb. cred.* In summa, agnitio legati hac in re est similis aditioni: aditio hæreditatis retrotrahitur; nam qui adit, videtur successisse ex die mortis, *l. hæres quandoque, de acq. hæred. l. si ex re* §. *ult. de stipulat. serv.* Ita etiam agnitio legati retrotrahitur ad diem aditæ hæreditatis. Dicitur vulgo, legatum acquiri ignoranti. Igitur non est necessaria agnitio: quod dicitur ita, non pertinet ad do-

minium: dominium enim non acquiritur nisi scienti, sed accipi debet de actione ex testamento, quæ competit legati nomine, *l. filiusfamil. qui testam. fac. poss.*

Ad L. VIII.

Si ex toto fundo legato testator partem alienasset, reliquam dumtaxat partem deberi placet, quia etiamsi adjecisset aliquid ei fundo, augmentum legatario cederet.

§. 1. *Si ita scriptum sit*, Lucius Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Sejo dato: *cum utro velit, Sejus aget, ut si cum uno actum sit, et solutum, alter liberetur, quasi si duo rei promittendi in solidum obligati fuissent: quid ergo, si ab altero partem petierit? liberum cui erit ab alterutro reliquum petere. Idem erit et si alter partem solvisset.*

§. 2. *Si ita legatum sit*, Lecticarios octo, aut pro his in homines singulos certam pecuniam, utrum legatarius volet: *non potest legatarius partem servorum vindicare, pro parte nummos petere, quia unum in alterutra causa legatum sit. Quemadmodum si olei pondo quinquaginta, aut in singulas libras certum æs legatum sit ne: aliter observantibus, etiam uno homine legato, divisio concedatur; nec interest divisa ea summa, an juncta ponatur. Et certe octo servis, aut pro omnibus certa pecunia legata, non posse invitum hæredem partem pecuniæ, partem mancipiorum debere.*

Agitur in hac *l.* primo de legati diminutione vel augmento. Secundo, de duobus reis testamento constituendis Tertio, de non dividenda unius legati petitione. Quod ad primum attinet, si testator ita legavit: *fundum*, *qui meus erit cum moriar*, legatum hoc diminutionem et augmentum recipit, *l. 6. sup.* Item, si fundus simpliciter legetur, ut *fundum meum lego*, *l. 10. tit. prox.* Ideoque, si testator fundo simpliciter legato, aliquid adjecerit, augmentum legatario accedit, ut si ex alio fundo illi partem adjunxerit, vel etiam si quid ei accesserit alluvione, vel si quid ei accesserit insula nata in proximo: sic igitur fit, ut legatum plenius præstetur quam sit relictum, *l. 16. lib. 3. l. 21. hoc tit. l. si statuam, de auro et arg. leg.* Ex diverso, si ex fundo legato testator aliquid diminuerit, id legatario decedit, ut si testator partem ultro alienaverit; nam alienatione partis, alius fundus constituitur. Item, si testator ex fundo legato partem detraxerit, quod fit sola animi destinatione, cum scilicet ex uno fundo pars detrahitur ut in alium fundum transferatur, id legatario decedet: nam translatione partis mutatur ejus partis nomen et causa, ideoque in ea parte legatum deficit: *l. 24. §. penult. hoc tit. l. pediculis §. ult. de auro et arg. leg.* Igitur sive fundum simpliciter legaverit, sive sic, *qui meus erit cum moriar*, tale legatum et augmentum et diminutionem recipit. Sed differentia inter ea duo genera est hæc, quod legatum, *qui meus erit*, conditionale est, et ideo parte alienata, nec redempta ante mortem, ea pars indistincte legatario decedit, *l. scribit inf. de auro et arg. leg.* At simplex legatum fundi purum est, ideoque parte alienata utimur hac distinctione, utrum sua sponte alienaverit, an necessitate coactus ob angustias rei familiaris: nam si sua sponte alienavit, ea pars legatario decedit: at si coactus alienavit, nihil legatario decedit: id significat etiam *d. l. scribit.* Præterea illud legatum, *qui meus erit*, ipso jure augmentum et diminutionem recipit. At simplex, ipso jure non recipit hæc: nam si testator, qui simpliciter legavit, partem aliquam alienavit, legatarius potest partem alienatam petere ipso jure, sed repellitur exceptione doli, si sua sponte alienaverit: igitur ipso jure non minuitur: quoniam solidi legati petitio est: puto etiam petitionem augmenti adjuvandum replicatione, ut finge: fundo suo legato simpliciter, et post testamentum acquisito alio fundo, ex eo fundo illi aliquid adjecit, ergo adjicit ex fundo, qui ejus non fuit testamenti tempore: plane dubitari potest, quid senserit, an id, quod adjecit, voluerit ad legatarium pertinere? Sed tamen obtinuit, id quoque pertinere ad legatarium. Verum ait lex 24. §. *pen. hoc tit.* et maxime, si eam partem adjecit ex fundo, qui ejus fuit testamenti tempore, quoniam dubitatur, an alias idem sit. Illa tamen verba, *et maxime*, sic accipienda, sunt ut idem dicatur, etiamsi ex fundo post testamentum quæsito eam partem adjecerit: verum non tam facile. Itaque forsitan hoc casu necessaria est replicatio, juvandæ intentionis suæ causa.

Secundum caput est de duobus reis debendi testamento constituendis. Duo rei debendi non tantum inter vivos constituuntur, sed etiam in testamento, ut si ita legetur: *Ille hæres meus, aut ille hæres meus Titio dato*: nam singuli hæredes legatario in solidum tenentur, §. 1. *hac l. et l. ille 25. inf. lib. 3. l. eandem rem, inf. de duobus reis const.* Ea utitur hoc exemplo: *Titius et Mævius Sempronio* 10. *danto.* Non utitur apto exemplo: nam ut apparet ex hoc §. *et l. ille*, in ea *l. eandem*, non *danto*, sed *dato* legendum est. Ideoque etiam legendum, *Titius aut Mævius*, quo modo duo rei debendi constituuntur. At non ita est, si dicat, *Titius et Mævius Sempronio danto*: nam hic non sunt duo rei, quoniam singuli tantum debent viriles, *l. turpia §. ult. l. si hæredes nomi-*

natim, *h. t. l. ita liber*, *in fin. de statulib. l. nonnunquam*, *ad Trebellian. l. si communis servus* 37. *de stipulat. servor.* Vel etiam, cum dixit, *Titius et Mævius*, hæredes singuli debent hæreditarias, quo casu non sunt duo rei. Debent autem hæreditarias partes, quando non ab omnibus, sed a quibusdam legatum est. *Titius et Mævius hæredes mei danto*, hi non pro virili, sed pro hæreditaria parte tenentur, *l. sive a certis*, *de duobus reis constit.* Et in summa; in hac re ita constituendum est, cum nominantur propriis nominibus, exæquantur in præstando legato: cum vero appellantur tantum hæredes, debent hæreditarias. Cum vero et nominantur et appellantur, *ut Titius et Mævius hæredes mei*, non exæquantur, sed debent hæreditarias, videlicet si testator ideo prætulit propria nomina, ut ceteros hæredes exoneraret. Nam si illi soli sint hæredes Titius et Mævius, et appellentur simul, et nominentur propriis nominibus, tum exæquantur et viriles debent. Hæc autem cessant, cum ita legatur: *ille aut ille hæredes mei dato*; nam sic sunt duo rei. Potest igitur vel ab uno eorum solidum peti: item unius solutione alter liberatur, vel acceptilatione unius, itemque unius petitione. Sed cum hoc dicimus, petitionem cum effectu accipimus, quam scilicet exactio secuta sit: nam litis contestatio non sufficit, *l.* 2. *de duob. reis*, *si ut certo* §. *ult. sup. commod.* uno in loco ait, *petitione.* Ideoque recte in hoc præsenti §. ait: *Si cum uno actum sit*, *et solutum.* Possunt etiam a singulis partes viriles peti, si velit legatarius, *l.* 3. §. *ult. inf. de duobus reis*, *l. inter eos* §. *duo*, *de fidejuss. l. grege* §. *etiam*, *de pign.* Et hoc casu cum petit partes, petita ab uno parte, alter non liberatur, vel soluta, solido autem petito, liberatur. Verum addendum, eum etiam ipsum, qui partem solvit, non liberari: nam licet ad eum redire, alterius partis nomine: Hic oppon. *l. si creditores*, *C. de pact.* Hic §. indicat, posse creditorem pro altera parte reverti ad eum, qui partem solvit, id negatur in *d. l. si creditores*, quæ scripta est ad duos reos debendi, quorum unus partem solverat, eumque creditor admiserat, non est æquum ut hic teneatur pro altera parte. Rejicienda sunt, quæ hic Accursius adfert; tentat enim pro *alterutro* in hoc §. legendum, *altero*: tentat etiam *alterutro*, accipi pro *altero*, in quo minus præstandum est: tentat etiam hic esse favorem legati: legatorum nullus est favor specialis, libertatum quidem favor sæpe est. Quarto tentat in *l. si creditores*, egisse creditorem cum omnibus, exegisse vero partem ob uno, id vero commentum est. Breviter igitur sic dicendum: creditorem in ea l. admisisse unum reum debendi pro parte sua solventem. Admisisse est, accepisse partem ea mente, ne quicquam ab eo peteretur, ut in *l. stipulatus*, *in fin. de fidejuss.* Sic igitur dicendum: uno electo pro parte, potest creditor ad eundem reverti pro altera parte. Verum obstat exceptio pacti, si creditor ea mente aut ea lege partem accepit, ne quicquam præterea peteret, sed hæc exceptio probanda erit reo. Sicque *l. si creditores* proprie pertineret *ad tit. de pact.* Postremo constituuntur etiam testamento duo rei credendi, hoc modo: *Illi aut illi dato*, hoc casu electio est hæredis, quia per damnationem. Eo igitur casu uni dando solidum, liberatur. Vel sic: *Illi aut illi utri hæres voluerit*, *lego.* Duo sunt rei credendi, *l.* 16. *tit. prox.* Diversum est ex constitut. Justin. Si ita: *Illi aut illi lego*, quo casu duo sunt legatarii, non tamen sunt duo rei credendi; sed si concurrant, partes faciunt, *l. cum quidam*, *C. de verbor. signif.* Atque ita disjuncta accipitur pro conjuncta. Idemque est, *illi aut illi*, cum eo *illi et illi.* Justinianus utitur verb. παραδιάζευξις.

Sequitur tertio de non dividenda unius legati petitione: unius legati; nam multum interest, utrum unum, an plura legata sint. Unum legatum pro parte acquiri, pro parte repudiari non potest. Pluribus autem legatis relictis, unum peti, alterum rejici potest, *l.* 38. *h. t. l.* 45. *inf. lib.* 2. Præterea unius legati dies pro parte cedere, pro parte non cedere non potest, *l. cum illud*, *in princ. quand. dies leg. ced.* Pluribus autem legatis, unius dies potest cedere, ex qua cessione sequitur transmissio, ut si unum legatum sit purum, alterum conditionale: nam pendente conditione, puri dies cedit. Unum autem tantum legatum est, ut cum una tantum res legatur, aut fundus Tusculanus: aut grex, armentum, licet plura in eo sint capita. Unum etiam est, si legetur chorus, aut familia, peculium, dos, vestis, aurum, argentum, instrumentum, supellex: licet in his plures sint species. Stipulatio quoque una est, si quis horum quid stipuletur, *l. scire debemus*, §. *stipulationem de verb. obligat.* Præterea unum est legatum, etiamsi octo lecticarii legentur, id est, octo homines ad lecticam ferendam. Lecticarios Accurs. dicit, qui lecticas faciunt, hoc falso dicitur: nam lecticarii sunt, qui aliquem gestant lectica. Ad lecticam splendidiorem comparabantur plerunque octo homines. Martial. *Octo Syris suffulta datur lectica puellæ.* Appellabatur etiam octophorum. Duo sunt loci de lecticariis in his libris de legatis: primus est in *l. item legato*, *lib.* 3. Quidam uxori legavit, quod ejus causa paratum esset. Dabuntur, inquit, lecticarii, qui solam uxorem gestabunt. Item dabitur sella, lectica, instrumenta, burdones. Burdones sunt muli. Ostenditur ex *l. qui duo*, *lib.* 3. ubi dicitur mulorum appellatione mulas contineri: τῷ λεγάτῳ τῶν βουρ-

δονιῶν καὶ αἱ μουλαι περιέχονται *l. uxori, de auro et arg. leg. l. Ædiles*, §. *quæsitum de Ædil. edict.* Paul. in 3. *Sent. tit. de legat.* Alter locus de lecticariis est in *l. legatis* §. 1. *lib.* 3. In eo §. statuit differentiam inter officium et artificium servorum. Officium interpretantur *ὑπηρεσίαν*, *artificium τέχνην*. Igitur officium est, ut cubicularii vel ostiarii; artificium, fullonis, pistoris, textoris. Nam ait Jurisconsultus, legatum exstingui, si servus ex officio transeat ad artificium, ut puta ostiarii legati sunt: postea testator unum ostiarium textorem fecit, legato ille non continetur, quia desiit esse ostiarius. Non idem est e contrario, si ex artificio servus ad officium transeat, ut si textor fiat ostiarius, *l. textoribus*, *lib.* 3. tum vero legatum non exstinguitur: nam non ideo desinit esse textor, quamvis officio ostiarii fungatur. Artificium est habitus animi, officium non item. Officium artificio mutatur, at non contra. Si cubicularius fiat sutor, desinit esse cubicularius. At si sutor, relicto paulisper instrumento artis, fiat cubicularius, non ideo minus est sutor, id est, non ideo minus novit artem sutoriam. Verum in eo §. tale exemplum proponitur, ut si lecticarius postea fiat coquus: ergo hic ex artificio transit ad officium: igitur coqui officium est, quod pugnat cum §. *si unus in d. l. legatis*, *et l. si quid*, *in fin. de Ædil. edic.* Item Terent. *quid est*, *quod mea ars efficere potest?* cum de coquo agit. Item coquina famulatur Medicinæ. Igitur artificium, est. Item §. indicat, lecticarii esse artificium quod plerisque novum videtur, sed idem etiam ostendit §. *si unus.* Atque ita est omnino, sicut vehiculari, aut carrucarii est artificium. Ita bajulorum est artificium: nam et lecticarii bajuli sunt. Verum de coquo quæritur, an sit officium? Minime vero. Sensus autem ejus §. est: legatum exstingui, si quis transeat ex officio ad artificium: legatum non extingui, si quis transeat ex artificio ad officium. Coqui non potest esse officium, nisi cum soli domino dat operam. Octo lecticariorum legatum unum est. Idem dicemus, si quis ita leget: *octo lecticarios*, *aut pro his tot aureos*, *utrum elegerit legatarius*: legatum datur disjunctivo modo, verum unum est legatum, et generaliter, quoties legatur *illud aut illud*: unum est legatum, *l. 27. tit. prox.* Ergo hujus legati petitio dividi non potest: ideoque legatarius debet eligere vel octo lecticarios, vel illam summam: nam non potest partem sumere ex lecticariis, partem ex summa: et hoc locum habet, sive sit legata summa pro omnibus lecticariis, sive pro singulis singulæ summæ, nam semper unum legatum est: item si legaverit *centum libras olei*, *aut pro eis certam summam*: nam et hoc casu petitio eo modo dividi non potest. Nam si illis casibus dividi potest petitio legati, poterit et hoc casu qui sequitur: *hominem aut decem lego.* Igitur et hoc casu petetur pars hominis et pars decem: quod est absurdum. Neque vero hoc casu potius illud concedendum est, quam prioribus, cum utrobique idem legatum sit. Objic. *l.* 8. §. 1. *inf. tit prox.* Diximus, *illud aut illud* unum esse legatum, at *d. l.* 8. contrarium dicit: *legavi Titio decem*, *aut si noluerit*, *Stichum*, duo, inquit, sunt legata, at uno debet esse contentus. Ratio est, quoniam dixit, *si noluerit.* Nam Stichus peti non potest antequam repudientur decem: itaque dies decem prius cedit, quam dies Stichi, id est, prius in eo est, ut possit repudiari priusque defertur, quod non sit in legato *illud aut illud* sine verbis, *si noluerit.* Tum enim unus est legati dies, unum legatum, una forma legati. Objicitur etiam *l. plane* §. *pen. hoc tit.* Diximus unum esse legatum, id negatur in hac specie: *fundum aut usumfructum fundi ejus lego*, duo hic sunt legata. Hic etiam casus excipiendus est: nec frustra dicit, duo esse legata, quoniam alias solet tantum unum esse. Ratio est, cur duo sint: nam legato fundi inest ususfructus: qui legat fundum, plenum fundum legat: id est, proprietatem et usumfructum. At cum adjicit, *fundum*, *aut usumfructum ejus*, ille, si velit, solum usumfructum vindicabit: verum poterit etiam utrumque amplecti, proprietatem et usumfructum, quod non sic fit, cum legas *illud aut illud*. Tertio opponitur *l. si chorus*, *in princ. lib.* 3. *Si chorus* legatus sit *aut familia*, perinde est, ac si singuli homines legati sint: igitur, inquit, sunt plura legata. Nego: nam homine legato generaliter, aut optione hominis data, videntur singuli homines compendio legati, *l. Mævius* §. *duobus*, *tit. prox. l.* 3. *inf. qui et a quibus manumissi*, *etc.* Attamen unum est legatum; namque nec hujus nec illius petitio dividi potest. Sed quod dicitur, perinde esse, ac si singuli homines essent legati, significat, omnes ad legatarium pertinere, sive singulos legaverit, sive usus sit universitatis nomine. Postremo opponitur *l. si sterilis* §. *ult. de act. emp.* Species est: quidam vendidit, et recepit sibi habitationem, donec viveret, aut decem in annos singulos, poterit venditor primo anno habitare, secundo anno petere decem, atque ita subinde mutare sententiam. Cur igitur etiam in hac specie legati non potest variare? Hæc non sunt similia. Ille §. *ult.* loquitur de præstatione annua, nos hic non loquimur de legato annuo: hoc enim legatum, de quo agimus, semel præstandum est, dumque præstatur non potest dividi: at illa altera præstatio est annua, si legatum annuum esset relictum, ut in annos singulos tot am-

phoras aut decem lego, liceret etiam subinde variare: at hoc locum non habet in legato, quod semel tantum præstandum est.

Ad L. IX.

Id quod apud hostes est, legari posse Octavenus scripsit, et postliminii jure consistere.

Servum meum captum ab hostibus possum legare, quia spes est fore ut eum postliminio recipiam, *l. servus ab hostibus* 98. *inf. hoc tit.* Hoc traditur ex Octaveno. Ex eodem traditur, servum captum ab hostibus posse vendi, et in stipulatum deduci *l. ult. de act. empt.* Eadem ratione potero legare navem meam captam ab hostibus, aut equum: nam et hæc postliminio recipimus, *l.* 2. *de cap. et postlim. revers.* Ac quæritur, an sublata ratione postliminii, res hostium quasi aliena possit legari. Constat rem alienam posse legari, licet difficilis sit ejus paratio, emptio, acquisitio, *l. cum servus* 39. §. *ult. h. t.* et tum debetur vel res ipsa, vel æstimatio, si parari non potest. Res autem hostium non potest legari, nisi aliquo casu emi possit, *l. ab omnibus* 104. §. *etiam*, *inf. hoc tit. Aliquo casu*, quia interdum cum hostibus est commercium: alioquin perinde est ac si quis legaret rem, quæ non est in rerum natura, aut cujus non est commercium, quo casu nec æstimatio debetur, §. *non solum*, *Inst. de leg.*

L. 10. explicata est in *l.* 3.

Ad L. XI.

Cum filiofam. vel servo alieno legatum, vel hæreditas datur, fidei committi patris vel domini potest: ac tunc demum ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, cum ipsis, per quos commodum hæreditatis vel legati patri dominove quæritur, fideicommissum relinquitur. Denique Julianus non insubtili ratione motus, patrem, cujus filius hæres institutus est, extero quidem habita ratione legis Falcidiæ, restituere hæreditatem respondit: quoniam ex persona filii teneretur: ipsi vero filio, non admissa Falcidia: quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset: ac pater non ut hæres, sed ut pater rogari videtur. Et ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se pervenit ex legato vel hæreditate filio relictis restituere, isque vivo patre decedat: omnimodo patrem id retenturum: quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.

A Patre vel domino hæredis instituti, aut legatarii; fideicommissum relinqui potest. Recte fideicommissum: nam æque non potuit legari. Ulpianus in *Frag. tit. de fideicommiss.* At fideicommitti potest, et potuit semper a patre vel domino hæredis instituti: nam fideicommissum potuit relinqui ab hærede hæredis, vel hærede legatarii, *l.* 5. *inf. lib.* 3. Similiter a legatario potuit fideicommissum relinqui, nec tamen legari, *tit. de singul. rebus per fideicommiss. relict.* Item fideicommissum potuit relinqui a legatario etiam exhæredato, ut si quis filium exhæredasset, et ei legatum reliquisset, *l. cohæredi* 41. §. *quod si hæredem*, *sup. de vulg. substit.* Quæritur igitur, cur non posset etiam fideicommissum relinqui a substituto exhæredati legatarii? Si enim ab illis potest fideicommissum relinqui, cur non etiam potest a substituto filii, qui est exhæredatus, legato ei relicto? *l. cum quidam*, *C. de leg.* A legatario exhæredato potest fideicommissum relinqui, cur non et a substituto ejus? Item de hærede legatarii potest fideicommissum relinqui, hic substitutus est hæres legatarii. Breviter sic dicendum: multa fiunt inutiliter nominatim, quæ si verbis tegantur, utiliter fiunt, *l. si quis Sempronium* 68. *de hæred. inst.* id est, *expressa nocent*, *tacita non nocent.* Ab hærede legatarii videamus quemadmodum fideicommissum relinquatur, an nominatim? Minime. Nec vero posset, quia ille hæres incertus est, *l. sciendum*, *de verb. sign.* Relinquitur tacite hoc modo: *cum mortuus fuerit legatarius*, *Titio decem dari peto*: sic videtur relinqui ab hærede legatarii, vel etiam pridie, quam morietur legatarius. Id vero fit utiliter, quia verbis tegitur, nec fit nominatim. At a substituto exhæredati nominatim fideicommissum relinquitur, *filius exhæres esto, filio decem lego:* sequitur substitutio, *si filius intra pubertatem decesserit*, *Titius hæres esto.* Adjicitur: *Titium rogo*, *ut Gajo det quinque*, hoc sit inutiliter, quia nominatim, *d. l. cum quidam.* Hoc Bart. sensit; sed rationem idoneam non reddidit, ideoque ab ejus sententia alii recesserunt. Quæritur etiam in hac quæstione, cur a domino servi hæredis instituti, recte fideicommissum non relinquatur in specie *l.* 6. *inf. lib.* 3. Diximus enim utiliter hoc modo relinqui. Species ejus legis est. Quidam instituit Stichum servum Primi, si Stichus fuerit factus Secundi: sicque non a Primo fideicommissum relinquit, et forte ejus jussu adeat hæreditatem, *rogo Secundum*, *ut det Titio centum*, sicque non relinquit fideicommissum a Primo, qui erat eo tempore dominus Stichi, sed a Secundo, hoc fit inutiliter. Ratio est, quia a domino præsenti recte fideicommissum relinquitur, quoniam testator videtur ei dare hæreditatem: non ignorat per servum eum hæreditatem acquisiturum: servum tantum ejus honorat hæredis titulo, quod fortasse magis eum servum diligat. Hic quærunt interpretes, cum servus alienus

institutus sit, utrum dominus, an servus videatur hæres? Et multa utrinque sunt argumenta, quorum summa est: Dominum plane τελείως hæredem non esse, nec enim donatus est hæredis nomine, sed est hæres κατάτι. Igitur cum sit hæres aliquatenus, non mirum, si ab eo possit fideicommissum relinqui. At ei, qui non est dominus in præsentia, qui tamen forte fortuna utiliter potest fieri, dominus, testator nihil videtur dare: nam nihil dat fortuito, sed certo judicio: de his quæ possunt forte fortuito accidere, nihil statuit. Itaque ab eo, qui fortuito dominus potest fieri, et ad hæreditatem venire non reliquit fideicommissum. Hæc est ratio leg. 6. Addendum, a domino vel patre (quæ de domino dicuntur hac in re, etiam de patre accipi debent: item quæ de filio, etiam de servo) ita demum potest fideicommissum relinquere, si hæreditatem vel legatum agnoverit: alioquin qui nihil agnovit, precibus aut fideicommisso non obstringitur. Quid fiet igitur, si servum manumiserit, qui hæres institutus est, priusquam scilicet eum jubeat adire, et deinde servus hæreditatem adierit? Quæritur, quis fideicommisso tenebitur, dominus ne? Minime. Dominus non tenetur de fideicommisso, quia nihil ad eum pervenit: servus etiam fideicommisso non tenetur directo quia rogatus non est, sed dominus ejus, sed tenetur actione in factum utili, *l.* 4. *lib. l.* 5. *l. si alienus hoc tit.* Ratio est, quia penes servum hoc casu remanet omne commodum hæreditatis, cujus duntaxat respectu dominus fideicommisso astringebatur: quia igitur commodum hæreditatis nanciscitur, et onus feret. Item si dominus obligaretur fideicommisso, acquisita per servum hæreditate, obligaretur quasi ex persona servi, id est, quasi ejus personam sustinens. Ergo non mirum, si a domino onus legati in servum transferatur, data utili actione. Quæritur, quid si servum dominus vendiderit, priusquam eum juberet adire, et postea adierit servus jussu emptoris, quæritur, inquam, uter fideicommisso teneatur venditor, an novus dominus, id est, emptor? Hac in re ita definitum est, venditorem teneri. Ratio, quia vendendo servum, cui jam delata erat hæreditas; videtur etiam eam hæreditatem vendidisse, id est, eo pluris videtur servum vendidisse, quod ei data esset hæreditas, itaque pro hæreditate videtur pretium accepisse: non mirum igitur, si fideicommisso obligetur. Verum si venditor non sit solvendo, tum tenebitur emptor actione utili, *l. si servum, sup. si quis omis. caus. testam. l. plane* 94. §. 1. *hoc t.* Addendum, etiam a patre, vel domino hæredis instituti fideicommissum relinqui, non tantum extraneo, sed etiam ipsi filio vel servo: ut filio hærede instituto, pater potest rogari, *ut hæreditatem ejus restituat post mortem suam:* atque ita a patre filii instituti ipsi filio recte fideicommissum relinquitur, *l. quidam* §. *si ser. ad Trebell. l. quamvis. C. de fideicomm.* Sed in hoc est differentia; quia si extraneo relinquatur a patre vel domino hæredis instituti, pater ei tenetur ex persona filii hæredis instituti, id est, obligatur veluti hæres, quia repræsentat filium hæredem, itaque extraneo tenetur quasi hæres. Denique a patre hæredis instituti vires accipit, secus si fideicommissum sit relictum a patre ipso filio hæredi scripto. Nam tunc non dicimus, patrem ei teneri ex ipsiusmet persona, ne idem fiat et debitor et creditor, id est, ne videatur ipse filius sibi obligari ex fideicommissi causa: itaque extraneo quidem debet ex persona filii quasi hæres; at ipsi filio debet quasi ex sua persona, id est, non ut hæres, sed ut pater, ut quilibet ad quem aliquid pervenit morte testatoris: nam quilibet, ad quem aliquid pervenit, potest de fideicommisso obligari, *l. pater* §. *sciendum, lib.* 3. Igitur hoc fideicommissum pater debet ex sua persona, non ex persona filii cui debet, quia ex mea persona mihi deberi non potest, at ex mea persona alii deberi potest. Hic queritur primo, an pater vel dominus qui rogatus est hæreditatem restituere sibi per servum quæsitam, possit uti legis Falcidiæ beneficio? Sciendum, solum hæredem Falcidia uti: vel eum qui veluti hæres sit, *l. mulier* 22. §. *ult. ad Trebell.* Bonorum possessor est veluti hæres, *l.* 1. *sup. de possess. hæred. petit.* igitur Falcidia utitur. Pater qui ab intestato succedit filiofam. militi, utitur beneficio Falcidiæ, nec tamen proprie hæres est, qui eam occupat jure peculii, non hæreditatis, sed veluti hæres est, et ideo si ab intestato fideicomm. ei relictum sit, Falcidia utitur, *l. si filiusfam.* 18. *ad leg. Falcid.* Legatarius autem ex sua persona non utitur Falcidia, nec si sit *partiarius*, id est, cui pars bonorum legatur, *d. l. mulier* §. *ult. l. pœnales* §. *ult. ad l. Falcid.* Similiter fideicommissarius, etiam universalis, et quasi quodammodo hæres, Falcidia non utitur ex sua persona: nam jam usus est Falcidia hæres, qui ei restituit hæreditatem: Falcidia non duplicatur, non repetitur: semel adeundum est, semel deducenda est Falcidia: igitur semel adita hæreditate, et semel deducta Falcidia, cetera omnia expleri debent sine ulla diminutione. Lex Falcidia est contra voluntatem defuncti, *l. Titia* 86. *in fin. ad leg. Falcid. et Nov.* 1. Idcirco utimur ea stricte. Fideicommissarius igitur universalis Falcidia non utitur adversus secundum fideicommissarium, *l. lex Falcidia* 47. §. *ult. ad l. Falcid. l.* 1. §. *inde Neratius, l. si patroni* §. *si fideicomm. ad Trebell.* Quæritur, an pater utatur Falcidia, qui scilicet rogatus est

hæreditatem restituere per filium quæsitam? Distinguendum est: aut rogatus est extraneo restituere, aut ipsimet filio. Si extraneo, utitur *hac l.* 11. *l.* 22. §. *servo, ad l. Falcid.* quoniam quasi hæres est: videtur hoc casu pater rogatus, quasi hæres: itaque tenetur extraneo non ex sua persona sed ex persona filii id est, filii nomine, qui et ipse filius tenetur, licet non sit rogatus: videlicet patre eam hæreditatem non acquirente per filium, tum ipse filius tenetur, *l. si alienus* 62. *lib.* 2. At patre acquirente per filium, tenetur ex filii persona, non proprio nomine, quasi hæredis vicem gerens. At si ipsimet filio rogetur hæreditatem restituere, aliud dicendum est: nam hoc casu restituit filio, nec utitur Falcidia, quia filio non tenetur quasi hæredis vicem teneat, sed tenetur ut quilibet, ad quem aliquid pervenit morte testatoris. Dupliciter enim quis obligatur fideicommisso, ut hæres, vel ut propius accedens ad vicem hæredis: item ut quilibet ad quem aliquid pervenit morte testatoris. Pater extraneo obligatur ut hæredis, id est, filii vicem gerens: filio autem ita non potest obligari, scilicet, ut ejus vicem gerens, ne videatur ipse filius sibi obligari: sed tenetur ut quilibet ex sua persona et suo nomine. Igitur exsistente conditione fideicommissi, id est, filio sui juris facto, pater ei restituet solidam hæreditatem sine ulla diminutione. Ait *non insubtili ratione motus*, vulgus hæc non ita distingueret, animus hoc assequi non potest sine disciplina et contemplatione aliqua. Similiter vero legatarius ex sua persona non utitur Falcidia, ex persona hæredis utitur, ut si suum legatum minuat hæres, minuet et ipse pro rata fideicommissum, quod a se relictum est, *l. pœnales* §. *ult. ad l. Falcid.* Similiter fideicommissarius universalis quandoque utitur Falcidia, at ex persona hæredis, non sua. Hæredum tantum est uti Falcidia, aut eorum, qui id jus habent ex hæredum persona, *d.* §. *si fideicomm. l. si patroni.* Hic opponunt *l.* 1. §. *si filio, ad Trebell.* In ea ostenditur locum esse Senatusc. Trebell. filio instituto, si pater eidem sit rogatus restituere hæreditatem eandem, lex ait, Senatusconsult. Trebell. locum esse: ergo, inquiunt, locus est Falcidiæ. Vitiosa est consequentia: nam Senatusconsultum Trebellian. est de transferendis actionibus in fideicommissarium: pater transfert actiones in filium, cui restituit hæreditatem, Falcidiam vero non retinet, hic Trebelliano locus est, non Falcidiæ. Sic fideicommissarius universalis, qui secundo rogatus est restituere, ex Trebelliano actiones transfert in secundum fideicommissarium, nec tamen Falcidiam retinet. Opp. *l. jubemus* §. 1. *C. ad Trebellian.* Pater rogatus est filio hæreditatem restituere, et retinet Falcidiam, quod negamus. Respondeo; pater scilicet institutus, quo casu Falcidiam suo jure retinet, ut hæres institutus: at filio instituto, non patre, si rogatus sit pater eidem filio hæreditatem restituere, non potest Falcidiam retinere ut hæres, nec etiam alia ratione, quoniam alio obtentu Falcidia non retinetur. Alia quæstio: filio instituto, uter sit hæres pater, an filius? Patrem hæredem non esse demonstratur ex *l. qui hæred. inf. de cond. et demonst.* Hæredi dare jussus conditionis implendæ causa, non recte dat patri hæredis: igitur qui hæredem dicit, filium dicit, non patrem. Demonstratur etiam ex *l.* 3. *et l. liberis* §. *ult. de vulg. substit.* Substitutio pupillaris ita fit: *Quisquis mihi hæres erit, idem et filio meo impub. hæres esto.* Ex hac substitutione vocatur hæres institutus, non pater hæredis, quamvis ei potestatis ratione hæreditas acquisita sit. Item ex *l.* 3. §. *hoc autem, de leg. præst* filius institutus est, aut ei legatum est: honor habetur filio, non patri: nam honor ille consistit in hæredis nomine. At contra tentant, patrem esse hæredem: nam Falcidia utitur adversus extraneum. Respondeo; utitur quidem, sed ex persona filii. Alia ratione tentatur: nam hæreditas adita per filium extemplo patri acquiritur et in ἀτόμῳ, nec ullo momento subsistit in persona filii, *l. placet, sup. de acquir. hæred.* Respondeo: emolumentum hæreditatis patri confestim acquiritur, neque tamen filius ideo desinit esse hæres, non ideo exuetur honore hæredis. Denique pater recto jure non est hæres, sed potestatis necessitate, quia hæres est in ejus potestate, non directo, aut principaliter, aut per se non τελείως, sed κατά τι, quod etiam verum est, licet filius sit institutus contemplatione patris, quoniam et tunc semper eum hæredem dicam, qui est scriptus, non eum, cui acquiritur, alioquin inanis erit scriptura. Dubitatur autem, an hodie a patre fideicommissum relinqui possit; nam adventitiæ hæreditatis ususfructus duntaxat acquiritur patri, non proprietas. Ergo quæritur, an hodie a patre fideicommissum relinqui possit? Et vero verius est, relinqui posse pro rata fructuum perceptorum; nam et quilibet alius ratione fructuum potest fideicommisso onerari, *l. filiusfamil.* §. *apud Marcellum, hoc tit. l. Impp.* §. *pen. tit. prox.* Igitur ratione ususfructus poterit etiam pater hodie obligari fideicommisso. Sunt autem quidam casus, quibus hæredis ususfructus patri non quæritur, ut si testator hanc legem testamento dixerit, *ne ususfructus ad eum veniret*, his certe casibus non poterit obligari. Addo quod etiamsi ususfructus ei acquiratur, tamen non potest hodie ab eo relinqui fideicommissum hæreditatis, quia hodie per filium non fit hæres, quoniam non fit proprietarius: hæredis appellatio proprietatem significat, et jus dominii. Igitur hodie etiam Falcidia non utetur, si ab eo

fideicommissa relicta sint. Tertia quæstio consistit in hac specie. Filiofamil hærede instituto, pater rogatus est eidem filio eandem hæreditatem restituere post mortem suam : hoc fideicommissum est conditionale, quia sub die incerto. Pendente conditione, id est, vivo patre filius decessit : lex ait, patrem eam hæreditatem omnino retenturum. Id vero colligit ex superioribus, quia dictum est, filio hærede instituto, fideicommissum a patre relictum extraneo deberi ex persona filii, relictum autem filio deberi ex persona patris. Et hoc est quod dicit. *Et ideo si filio, etc.* Sic igitur concludit : quod pater filio debuit ex sua persona, mortuo filio pendente conditione, id omnino retinet. Inde colligitur ex contrario sensu, quod nobis negotium exhibet, aliud esse dicendum, si a patre fideicommissum extraneo relictum sit. Ut, filius hæres est, pater rogatus restituere extraneo post mortem suam, extraneus pendente conditione, id est, vivo patre decessit. Quæritur, an pater fideicommissum retinebit? Lex significat, patrem non retinere, quia non sicut filio, ita extraneo id debuit ex sua persona, sed ex persona filii. Quid igitur fiet? An transmittetur ad hæredem extranei? Non, quia conditionale est fideicommissum : dies autem non cessit id est, conditio non exstitit vivo extraneo. Igitur nihil transtulit in hæredem. Notandum, purum fideicommissum ad hæredem transmitti, etiamsi fideicommissarius decesserit vivo hærede, *l. postulante 44. in princ. ad Trebell.* Verum dices, hæreditas non agnita non transmittitur : ideo nec fideicommissaria hæreditas non restituta transmittetur. Neganda est consequentia : nam hæreditatis vel bonorum possessionis, antequam agnoscatur, nulla est actio : fideicommissariæ hæreditatis, antequam restituatur, est actio, et hæc transmittitur. Hoc de fideicommisso puro. At hoc loco est conditionale, igitur non transmittitur. Quæritur, cur igitur apud patrem non remanet, a quo est relictum? si filio sit relictum, remanet apud patrem, cur non idem, si extraneo sit relictum, vel apud quem remanet? Æmilius Ferretus rejicit omnium opiniones, scilicet Accursii, Ravennæ, Bart. Besuntii, Castrens. Alciati. Id valde probo : quod autem is tradit probare non possum. Negat enim utendum esse argumento ex contrario sensu : ait : sive filio, sive extraneo sit relictum fideicommissum, vivo patre moriente fideicommissario, patrem id omnino retinere. Itaque utroque casu idem statuit. Hoc postremum, quod ait, falsum est : nam extraneo relictum, eo moriente pendente conditione, non remanet apud patrem, sed ad fiscum transit. Itaque non idem est. Illud etiam, quod ait argumento a contrario sensu non esse utendum, falsum est : nos enim eo non utimur, sed ipse Papinianus : nam ait, *et ideo : etc.* id est, quia fideicommissum filio relictum, valet ex persona patris. Idem in fine inculcat, quoniam ex persona patris vires accepit. His manifesto indicat, fideicommissum, quod non valet ex persona patris, apud patrem non remanere. Ex veterum opinionibus probabilior est opinio Odofredi, cujus summa est. Lex nostra ait, id patrem omnino retenturum : *omnimodo*, id est, sine distinctione. Hoc posito ait differentiam esse inter fideicommissum a patre filio relictum, et extraneo relictum: nam, inquit, si filio sit relictum, filio mortuo pendente conditione, sine ulla distinctione remanet apud patrem. At si sit relictum extraneo, filio hærede instituto, utimur distinctione, et in hoc est differentia : aut eo tempore, quo extraneus decessit, filius erat in potestate patris, et tunc remanet apud patrem fideicommissum, aut erat sui juris, et tunc non ad patrem, sed ad filium pertinet, ex cujus persona hic pater debuit. Verum hoc falsum est ; nam, filio facto sui juris, pater utitur Falcidia adversus extraneos non filius. Cur igitur non utetur etiam pater retentione fideicommissi. Denique nihil verius, quam patri acquisita hæreditate, omnia hæreditatis jura et commoda ad patrem pertinere, etiamsi filius fiat sui juris. Præterea dubium est, *an omnimodo*, hic significet indistincte. Potest enim significare ex toto, sive in solidum. Atque ita Græci interpretantur *τὸ πᾶν παρακρατεῖ ὁ πατήρ*. Ego existimo hanc partem ultim. l. hujus accipiendam esse secundum l. Papiam, quæ lex obtinuit ante Const. Just. de caducis tollendis, qua Constitutione restituitur jus antiquum, quod fuit ante leg. Papiam : sed quod hic dicitur, accipiendum est secundum leg. Papiam. Sciendum est eorum, quæ in testamento relinquuntur, alia haberi pro non scriptis, alia esse in causa caduci, alia caduca. Pro non scriptis habentur, quæ deficiunt ab initio statim, ut quæ incapaci relinquuntur, et vero apud hæredem semper remanent. In causa caduci sunt, quæ vivo testatore post testamentum deficiunt, ut si legatarius moriatur vivo testatore, ea Ulp. appellat ereptitia, in *Frag. tit.* 19. et vero Fisco vindicantur. Caduca autem sunt, quæ deficiunt post mortem testatoris, ut si hæres scriptus ex parte moriatur pendente conditione, vel si legatarius aut fideicommissarius, vel si decedat ante apertas tab. et hoc etiam Fisco vindicatur ex l. Papia : verum hoc ita est nisi instituti sint liberi hæredes vel parentes, usque ad tertium gradum : nam iis institutis, quod deficit mortuo testatore apud eos remanet, nec fit caducum, *l. 1. Cod. de caduc. toll. l. 29. in fi. inf. lib. 2.* Ulpian. in *Fragm. tit.* 18. Liberi et parentes habent jus antiquum in caducis, id est, non conti-

nentur l. Papia. Sciendum etiam l. Papia id tantum fisco vindicari, quod antea ex jure antiquo hæredi testamentario competebat, sive sit hæreditatis portio, sive legatum. Igitur soli hæredes testamentarii respiciunt caduca. Fiscus invidet hæredum duntaxat lucris. Ex eo hæc sequuntur, ut si sit hæres scriptus ex asse, et moriatur ante apertas tab. hæreditas transferatur ad ejus legitimum hæredem, non ad fiscum: si quis autem sit hæres scriptus ex parte, et moriatur ante apertas tab. fiscus succedit in partem, præferturque cohæredi testamentario, *l. multum, de cond. et demonstr.* dum ait *quare et ex parte:* Ulp. in *Fragm. tit.* 17. Illud etiam sequitur, ut si a legatario sit fideicommissum relictum, et deficiat mortuo testatore, fideicommissum remaneat apud legatarium: nam Fiscus non invidet legatariis, sed hæredibus, *l. pater* §. *fidei lib.* 3. Vel etiam eo casu, quo hæres habet jus antiquum, ut si sit ex liberis vel parentibus, etiam fideicommissum a legatario relictum apud legatarium remanet, nec transit vel ad Fiscum, vel hæredem, *l. Julianus, tit. prox.* Excipitur unus casus, si testator legatarium eligeret ut ministrum, tunc si fideicommissum deficiat, transit ad hæredem, vel ad fiscum, *l.* 17. *tit. prox. l. pecuniæ, de alim. legat.* Sunt quidam ministri, qui appellantur curatores testamenti, vel dispensatores. Illo casu excepto, fideicommissum a legatario, si deficiat, omnimodo a legatario retinetur, id est, si non electus sit quasi minister. Eadem ratione si sit ab alio relictum qui non est hæres, vel qui id non debeat quasi hæres, id ab eo retinetur omnimodo. Ideoque si filio sit legatum, nihil interest, sive a patre ipsi filio, sive extraneo fideicommissum a patre relinquatur: nam utroque casu deficiens fideicommissum pater retinebit, quoniam neutro casu id debet quasi hæres, extraneo debet quasi legatarius, filio autem quasi quilibet, ad quem aliquid pervenit morte testatoris. Ergo neutro casu debet quasi hæres: in hæreditate tamen differentia est. Lex nostra ait, *legato vel hæreditate*. Sed differentia tantum poni potest in hæreditate, ut si, filio hærede instituto, extraneo sit relictum fideicommissum hæreditatis a patre, et extraneus moriatur pendente conditione, id est, ante mortem patris, fideicommissum fit caducum ex l. Papia, et ideo non retinetur a patre: nam lex Papia oppugnat hæredem; pater autem in ea specie tenetur ex persona hæredis: igitur patitur caducum. Diversum, si filio relictum sit: nam, si deficiat, remanet apud patrem, nec fit caducum, quia id non debuit ut hæres; soli hæredes patiuntur caduca. Sicut etiam fideicommissum relictum a legatario, si deficiat, non fit caducum, sed remanet apud legatarium. Hodie vero nulla est differentia, ideoque sive extraneo, sive filio relictum sit, remanet apud patrem: quod hic scriptum est, accipi debet secundum L. Papiam.

Ad L. XII.

Si mihi et tibi eadem res legata fuerit, deinde die legati cedente, hæres tibi extitero: liberum mihi esse Labeo ait, ex meo legato, an ex eo, quod tibi hæres sim, acquiram legatum. Si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere: ut tota mea sit: ex hæreditario legato petere eam posse Proculus ait.

Prima hujus legis quæstio pertinet ad jus accrescendi, cujus rei multæ sunt quæstiones, quarum unam hic explicabimus, reliquas in *l.* 16. *hoc. t.* Species: mihi et tibi eadem res conjunctim legata est, die legati cedente tu decessisti me hærede relicto, atque ita pro tua parte legatum in me transtulisti: hic ad legatum duplici jure possum venire, meo, itemque hæreditario: quæritur, an possim legatum ex mea causa repudiare, et ex hæreditaria causa amplecti, vel contra? Lex significat, ex alterutra posse, et eo casu legatum pro parte defecisse videri, *l. si Titio et m hi, inf. tit. prox.* quid hoc est, id est, totum ad me non pertinet, pars repudiata agnitæ parti non videtur accrevisse. Verum ea pars non fit caduca: nam quod repudiatur nunquam fit caducum, id enim dumtaxat repudiatur, quod est delatum, *l.* 1. §. *decretalis, de success. edict.* Lex autem Papia ea tantum jubet fieri caduca, quæ deficiunt, antequam delata essent, *l.* 1. §. *cum igitur, C. de caduc. toll.* sed apud hæredem ea pars remanet, nec mihi accrescit. Ait, *liberum mihi esse*, etc. id est, posse me ex alterutra causa repudiare, *d. l. si Titio*. Notandum: qui agnoscit legata ex una causa, non ideo videtur protinus ex altera repudiare. Itaque qui ex sua causa legatum agnovit, potest, ut totam rem acquirat, deinde ex hæreditaria causa petere. Sed legendum est, ut scriptum est Flor. sublata negatione: *Si voluero eam rem ex meo legato ad me pertinere, ut tota mea sit, ex hæreditario legato eam petere posse Proculus ait.* Concludo igitur in hac specie, partem deficere, cum ex sua causa repudiavit, ex hæreditaria agnovit. Huic sententiæ opponitur primo *l.* 40. *si duobus servis, inf. tit. prox.* Species: eadem res legata est Primo et Secundo servis meis, ego Primi nomine repudiavi legatum, Secundi nomine agnovi. Hoc casu pars Primi videtur accrevisse Secundo: itaque licet Primi nomine repudiavero, quia tamen Secundi nomine agnovi, partem quoque Primi acquiram, quia Secundo Primi pars videtur accrevisse: igitur

ea repudiatio nihil egisse videtur. Inde dubitatur, cur etiam in specie proposita idem non statuatur, id est, mea pars accrescat hæreditariæ, ita ut totam rem acquiram. Secundo valde obstat *l. si mihi pure*, *l. prox.* Illa lex attingit eandem speciem de duobus servis, sed illi adjungit hanc. Finge: eadem res legata est mihi et servo meo conjunctim, meo nomine repudiavi, servi nomine agnovi, pars mea videtur accrevisse servo, et ideo licet repudiavero meo nomine, tamen per servum totum legatum consequar. Dubitatur igitur, cur etiam per hæreditariam partem totum legatum non acquiram? Animadvertendum hanc quæstionem olim fuisse controversam. Id indicat primo in hac l. 12. Pomponius: qui ait partem deficere: id vero Pomponius tradit ex sententia Proculianorum, idque Pomponius adnotat ad libros Sabini, forte quia Sabinianorum alia opinio erat. Præterea in *d. l. si Titio et mihi*, Juriscons. ait: *magis placere video partem defecisse*, quia dicit: *magis*: significat non bene ea de re inter omnes convenisse, sed tamen in eam sententiam multo plures inclinare. Sic in *l. si mihi pure*, ait, partem deficere, responsum esse. Nam ea fuit majoris partis auctorum opinio. Verum in d. l. adjicit, *æquius esse*: ut dicamus, partem non deficere: id notat diffidenter his verbis: *Nisi si quis dubitet, an legatum ad me pertineat*, id est, *in totum*. Eadem particula *nisi*, utitur in *l. solent*, *in fine*, *de præscriptis verbis*. Sequitur in ea lege: *quod æquius esse videtur*. Sensus est, stricto jure pars deficit: at æquius esse videtur, ut totum ad me pertineat, ut videatur pars parti accrevisse. Quod igitur dicitur in *d. l. si mihi pure*, nihil vetat etiam in hac lege subnecti et ad leg. *si Titio, et mihi*, æquius scilicet esse, ut totum ad me pertineat. Ratio Jurisconsulti est, quia semel legatum ad me venire voluerit, male Florent. *voluerim*, recte Haloander, *voluerit*. Id indicat lex *duob. hoc tit.* Sententia: in ea specie, et in certis semel legatum testator ad nos pertinere voluit: igitur si conjunctus non concurrat, totum feram, neque repudiatio illa mihi nocebit; hoc ita, si ex equo judicare volumus, non stricto jure.

Ad §. 1. *Si quis servos.*

§. 1. *Si quis servos, quos Gadibus haberet, eo testamento quod Romæ moriens fecerit, triduo, quo mortuus fuerit, hæredem dare mihi damnaverit: ratum esse legatum, et angustias temporis nihil legato nocere.*

Secundæ quæstionis hujus legis species est: quidam Romæ testamentum fecit, et jussit hæredem Titio alibi dare centum, scilicet Chartagini vel Gadibus triduo, quo mortuus esset: hoc vero fieri non potest, propter locorum intervalla, et temporis angustias. Quæritur, an tale legatum sit inutile? Lex ait, esse utile, quamvis eo die præstari non possit. Hic tria opponuntur. Primo, ex ea causa esse inutilem contractum, ut si quis Romæ stipuletur hodie Lutetiæ dari, inutilis est stipulatio, *l. 2. §. si quis ita, de eo quod cert. loc. l. ult. §. si inter eos, de verbor. obligat.* Cur igitur etiam legatum non est inutile? Constat hac in re differentiam esse inter legatum et contractum: nam etiam quælibet conditio impossibilis vitiat contractum, legatum non vitiat: ratio differentiæ hæc est. In testamentis mendum deesse censemus, si conditio impossibilis adjecta sit, sicut etiam, si hæres scribatur ex die, mendum est: item, si instituatur ex certa re, id mendum circumscribimus, et pro non scripto habemus, atque ita præcipuam defuncti voluntatem conservamus, *l. 1. de condit. institut.* Ubi male *modo* legitur, legendum enim *mendo*, ut Florent. in *l. hæreditas 34. de hæred. instit. vitium* appellatur. Testatori possunt pleraque menda excidere, ad quæ non animadverterit: hoc colore ea detrahimus, ac obliteramus. Menda hæc non vitiant principale judicium defuncti. Verum hoc colore non possumus conservare contractus, utimur illis coloribus in re probabili et verisimili, cum duos saltem oportet esse qui contrahant (nam unus tantum est testator) non videtur uni mendum excidisse, quod alter non animadverterat. Itaque hoc non est probabile: si igitur etiam alter huic mendo assensus sit, aperte ludificari videntur, *l. non solum, de obl. et act.* Igitur contractus sub conditione impossibili, non potest prætextu mendi sustineri. Secundo opponitur §. *ult. de legat.* Justin. ait, legatum relictum pœnæ causa valere, nisi sit impossibile. Igitur impossibile legatum non valet, aut impossibilis causa sive conditio vitiat legatum. Breviter sic dicendum, id Justinianum non dicere de omnibus legatis, sed de iis tantum, quæ pœnæ causa relinquuntur. Quidam legavit, *Si digito cœlum non tetigeris, Titio centum dato.* Legatum est inutile: nam et ante Justinianum legatum etiam possibile pœnæ causa relictum, erat inutile, igitur non mirum si hodie impossibile sit inutile. Postremo opponitur *l. cum hæres §. 1. de statulib.* Libertas ita data est: *liber esto si millies dederis*, id est, centum millia æris. Hæc conditio pene est impossibilis, et ideo inutilis est libertatis datio, hæc conditio vitiat libertatis dationem. Dicendum, eam conditionem proprie non esse impossibilem: nam rerum natura huic non obstat: sed proprie talis conditio difficilis dicitur, non impossibilis. Idcoque ea conditio

suspendit libertatem. At impossibilis non suspendit, sed statim pro non scripta habetur.

Ad §. 2. *Regula juris.*

§. 2. *Regula juris civilis est quæ efficit, ut quibus ipsis legare possumus, eorum quoque servis legare possimus.*

Cui possum legare, et servo ejus possum: cui non possum, nec servo possum. Igitur legatum servo relictum videtur valere ex persona domini, quod tamen falsum est: obstat enim lex *debitor* §. *servo*, *tit. prox.* Ex eo colligitur, legatum servo alieno relictum, valere ex persona servi, non domini. Dicendum est, hanc regulam sic accipiendam, ut cum servo sit testamenti factio ex persona domini: nam servus per se non est capax, sed fit capax ex persona domini: dominus est incapax, et servus erit, et contra. Verum legatum ei servo relictum, vires accipit ex persona servi. Quod, ut intelligatur, notandum, duo esse necessaria ut legatum alieno servo relictum valeat. Primo, ut cum domino ejus sit testamenti factio: nam si non sit, servo inutiliter legatur. Deinde exigitur, ut legatum illud consistat in persona servi, id est, ut liber factus id legatum capere possit, nec exigimus, ut etiam illud legatum consistat in persona capacis, ut licet ego sim capax, tamen rei meæ legatum in mea persona non consistit. Similiter fieri potest, ut licet dominus sit capax, tamen rei servo ejus relictæ legatum in persona ejus non consistat, in servo consistat. Summa: Igitur capacitatem solam et testamenti factionem in domino legatarii exigimus: in legatario autem, id est, in servo exigimus, ut quod legatur, liber factus possit capere. Item cum quæritur, an servus habeat testamenti factionem, inspicimus personam domini; cum quæritur, an legatum valeat, inspicimus personam servi, hoc traditur in *d.* §. *servo.* Exempla hujus rei. Primum, domino ad suum fundum servitus legari potest, servo tamen recte non legatur servitus ad fundum domini, *l. etsi maxime* 5. *in fine*, *de servit. legat.* Ratio, quia etsi liber esset servus ille, non recte ei legaretur servitus ad fundum alienum: nam hoc jus fundo, non personæ acquiritur. Denique quod non posset sibi liber acquirere, nec servus domino acquirit. Aliud exemplum: domino res sua inutiliter legatur, servo ejus recte legatur, quoniam, si liber esset, legatum rei alienæ in ejus persona consisteret: ideo si hic servus die decedente legati inveniatur liber, habebit petitionem legati. Eodem modo: domino, quod pure debetur, inutiliter legatur, servo ejus recte legatur, *d.* §. *servo.* Præterea servus hæreditarius (sic dicitur semper hæreditate nondum adita) non habet dominum, cui possit legari, nec enim potest legari hæreditati jacenti: ei tamen servo hæreditario legari potest. Objicitur. Servus hæreditarius etiam non habet dominum, ex cujus persona sit cum eo testamenti factio. Quomodo igitur legatur ei? Dicendum: hac in re hæreditatem jacentem sustinere vicem defuncti, cum quo fuit testamenti factio: et haberi pro domino, *l. cum hæreditas*, *C. depositi.* Adversus hæc quæ proposuimus, multa obstant: diximus, servo rem domini posse legari, eumque habere petitionem legati, si die cedente liber fuerit. Hic opponitur regula Catoniana ex qua *Legatum quod fuit ab initio inutile, ex post facto non convalescit.* Hoc videtur ab initio inutile fuisse, cum scilicet servo legata est res domini. Igitur, etc. Neganda est assumptio, et dicendum, fuisse ab initio utile, licet accidere potuerit ut non perveniret ad servum, quoniam scilicet videtur relictum in tempus capiendi, videlicet, si quis sciens servo alieno rem domini legaverit, videtur eam legare in tempus capiendi, quod fit jure, *l. in tempus* 62. *sup. de hæred. instit.* Sic etiam est accipienda lex *si servus* 82. *sup. de acquir. hæredit.* In specie ejus legis servus incapacis recte hæres instituitur, videlicet in tempus capiendi, quæ semper videtur esse mens ejus, qui sciens servum incapacis instituit. Ideoque institutio valet, nec obstat regula Catoniana: censetur enim ab initio utilis fuisse. Hujus mentis argumentum est in *l. si paterfamilias*, *sup. de hæredib. instit.* Item opponitur *l. 7. inf. lib.* 3. Ex qua colligunt, servo incapacis recte fideicommissum relinqui. Lex ait, *servo deportati fideicommissum fuisse relictum*, id ait, *valere et acquiri fisco*: addit exceptionem, nisi deportatus eum servum alienaverit vivo testatore, vel nisi ipse deportatus restitutus sit in integrum: tunc enim ipsi fideicommissum acquiritur, non fisco. Circa eam legem de duobus dubitatur. Primo deportatus est incapax, quia non est civis. Igitur et servus ejus: at lex ait, servo ejus recte fideicommissum relinqui. Secundo, deportatus servum non potest habere, nam omnia ejus bona fisco vindicantur, et præsentia et futura, *l.* 2. *C. de bon. proscrip.* Igitur quid est, quod dicit, *servo deportati*, habuit igitur servum. Item ait, *deportatum posse servum alienare.* Species sic ponenda est: legatum est servo Titii antequam deportaretur Titius: dies cessit post deportationem Titii: hoc legatum utile est, quoniam tempore testamenti habuit dominum capacem. Item die legati cedente habet, scilicet fiscum, et ei acquirit legatum: ergo hic cessat regula Catoniana. Verum si legatum sit servo Titii, et Titius eum alienaverit vivo testatore, antequam scilicet deportaretur, vel

etiam antequam reus postularetur. Nam post accusationem capitalem non potest alienare, *l. post. contractum. inf. de donat.* deinde deportatus fuerit Titius, dum cessit dies legati, legatum acquiretur emptori, non fisco, quia servus ad fiscum non pertinet: vel etiam si Titius, antequam dies legati cederet, fuerit restitutus, ei acquiretur legatum non fisco. Sic est accipienda *l. 7.* Praeterea, ei quod diximus servo non posse legari servitutem ad fundum domini, obstat *l. 17. inf. lib. 3.* verba sunt: *Servitus quoque servo prædium habenti recte legatur*: servus non potest habere prædium, nisi ex causa peculiari, id autem est domini. Igitur videtur posse legari servo servitus ad prædium domini. Sed tamen id non proprie dicitur servus habere: nam non est dominus peculii, habere autem, dominium significat. In quibusdam non habetur vox, *servo*: videtur legendum *servitus quoque non prædium habenti recte legatur*, argumento *l. Labeo, sup. de servit. rust. prædior. l. si servitus*, §. *ult. de serv t. urban.* quæ leges indicant, futuro prædio posse acquiri servitutem. Animadvertendum etiam quid dixerit Jurisconsult. in *l.* 17. priusquam illud proponat. Hoc autem est: futura posse legari, ut partus: subjicit, futuro quoque prædio posse servitutem legari, atque adeo posse legari ei, qui nondum id prædium habet. Nec obstat regula Catoniana: nam hoc legatum in futurum tempus confertur. Postremo obstant ea, quæ annotavit Marcellus: is notat, Juliani definitionem non esse perpetuo veram. Juliani definitio est: *Legatum servo alieno relictum non valet, quod liber factus capere non posset.* Marcellus dat casum, quo legatum servo relictum valet, et tamen liber factus non posset capere, *d.* §. *si servo*. Casus. Finge: *Lego illi decem annua, quoad servierit Titio domino suo,* legatum valet, *l. servo alieno* 115. *in princ. hoc tit.* et tamen liber factus non posset id capere, quoniam dictum est, *quoad servierit*. Igitur falsa est definitio Juliani. Alia species. Legatum est servo, qui ejus est conditionis, ut nunquam possit fieri liber, ut qui vetitus est manumitti, *l. contra, C. de testament. manumiss.* hoc legatum valet, et tamen liber factus non posset illud capere, quia non potest fieri liber. Dicendum, Marcellum cavillari: nam eis etiam casibus legatum valet ex persona servi, quoniam id liber factus capere posset, si fieret liber, vel si non fuisset legatum relictum hac conditione, quoad servierit. Valet igitur eadem ratione, qua cetera, licet id extrinsecus accidat, ne capiat. Denique hæc dicuntur παραλόγως: hoc legatum libero facto non acquiritur: igitur tale est ut libero facto non possit acquiri. Fallacia est, veluti si dicas: ego rei meæ legatum non capio, igitur incapax sum. Atque ita nihil quæ dicit Marcellus obstant.

Ad §. 3. *L. XII. et L. XXX.*

§. 3. L. XII. *In legatis novissimæ scripturæ valent: quia mutari causa præcedentis legati, vel die, vel conditione, vel in totum ademptione, potest. Sed si sub alia et alia conditione legatum ademptum est, novissima ademptio spectanda est. Interdum tamen in legatis non posterior, sed præcedens scriptura valet. Nam si ita scripsero:* Quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego: *quod infra legatum erit, non valebit: nam et eum sermonem, quo præsentia legata data, in diem proferuntur, ad postea quoque scripta legata pertinere placuit. Voluntas ergo facit, quod in testamento scriptum valeat.*

L. XXX. *Talis scriptura*: Quas pecunias legavi, quibus dies adpositus non est: eas hæres meus annua, bima, trima die dato: *ad corpora legata non pertinet, sed ad ea, quæ pondere, numero, mensura continentur.*

§. 1. *Et ad ea tantum legata pertinet, quibus dies non est adpositus. Proinde, si forte pure legatum est, ex hac adjectione prorogabitur.*

§. 2. *Quid si forte centum mihi legata sunt præsentia? utrum annua die dabuntur, an vero præsentia? Et ait Servius et Labeo præsens deberi. Quamvis igitur supervacua sit hæc adjectio, quantum ad vim et effectum legati pertinet, tamen ad hoc proficiet, ut præsenti die legatum debeatur.*

§. 3 *Sed si in annos singulos, aut in singulos menses sit legatum relictum, cessabit ea scriptura, quia hoc legatum et initium et finem habet.*

§. 4. *Sed etsi sub conditione sit legatum relictum, potest dici, cessare annuam adjectionem, quia dies incertus appellatur conditio.*

§. 5. *Cui congruit, quod Trebat. existimat, si cui legetur, quando annorum viginti erit, vulgarem hanc clausulam cessare.*

§. 6. *Item si legetur pecunia, quæ in arca est, vel vinum, quod in apothecis est: dicendum est cessare clausulam: quoniam quotiens species legetur, cessare diximus.*

§. 7. *Hanc autem scripturam non solum ad præcedentia sola legata, sed ad universa, quæ testamento adscripta sunt, extendi, Gallus Aquilius, Ofilius, Trebatius responderunt. Idque verum est.*

In initio hoc proponitur, *in legatis novissimam scripturam valere*, et ideo, si legatum detur vel adimatur sub diversis conditionibus disjunctim, spectamus novissimam conditionem: vel etiam, si

primum legatum detur, deinde adimatur, pro non dato habetur, quia sequimur posterius. Similiter si idem legetur pure, deinde sub conditione, legatum erit conditionale, et contra. Hoc ita est, nisi conjuncta scriptura idem legetur pure, et sub conditione: nam tunc utrumque spectamus: legatarius enim potest eligere, quam legati causam amplecti velit, *l. non ad ea* 88. *de condit. et demonstr.* Sic cum idem et legatur, et per fideicommissum relinquitur conjuncta scriptura, in potestate legatarii est, utrum id jure legati, an jure fideicommissi petere velit, *l. quisquis*, *lib.* 3. *l. Publius*, *de condit. et demonst.* Sic si servo detur libertas conjuncta scriptura per legatum vel fideicommissum, erit servi electio, an sit orcinus, an libertatem fideicommissariam capere velit, *l. si quis servo*, *de manum. testam.* Sic in *l. ult. inf. de reb. dub.* ait, *conjuncta scriptura.* Verum sicut in legatis, ita et in tutelis novissima scriptura spectatur, et in libertatibus fideicommissariis. In institutionibus etiam hæredum novissima scriptura spectatur, ut si quis hæres, deinde exhæres esse jubeatur, aut si eodem testamento sub alia atque alia scriptura libertas detur vel adimatur. In directis libertatibus quandoque etiam directam scripturam spectamus, ut si directo detur, deinde in ultima parte adimatur. Ulpianus in *Fragm. tit.* 2. Verum si libertas detur sub diversis conditionibus vel adimatur, vel si primo pure, deinde sub conditione detur, vel contra: his casibus spectamus levissimam conditionem, non novissimam, id est, eam rationem spectamus, quæ est expeditior ad assequendam libertatem, id quod favore libertatis receptum est, *l.* 1. *inf. de manumiss. testa.* Plus favetur libertatibus directis, quam fideicommissariis: nam directæ habent propensiorem defuncti voluntatem. Interdum in legatis non novissima scriptura spectatur, sed potius præcedes, ut, *quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego.* Hoc scripsit priore loco, deinde legavit Titio aliquid, legatum non valet, quamvis sit novissime scriptum. *Item cui bis legavero, semel dato.* Deinde legavit eidem duas summas, duosve fundos: utrumque non debetur, sed unum tantum propter præcedentem scripturam, *l.* 14. *hoc tit.* Cur ita? Nam in his speciebus testator prius adimit, quam det. Ademptio vero illa scriptura quidem prior est, sed intellectu posterior, ideoque ademptio illa efficit, ut nec valeat datio quæ sequitur. Hoc ita est, nisi testator in datione legati ademptioni præcedenti nominatim derogaverit, *l.* 22. *inf. lib.* 3. *l. Divi*, §. *licet*, *de jure codicill.* Est etiam alius casus, quo prior non posterior scriptura spectatur. Erat quædam vulgaris clausula in testamentis, *l.* 30. *inf. h. t. l. cum vulgari*, *de dot. prœleg.* per eam, damnationis pœna, legata proferebantur in diem: id fiebat his verbis *quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas annua, bima, trima die hæres dare damnas esto.* Hæc clausula priore parte scripta est, deinde legavit quæ dans pure die illa non repetita. Quæritur, utrum sint pura legata, an in diem annuam, bimam, trimam? Respondetur, esse in diem, *l.* 30. §. *ult. et l.* 31. *hoc tit.* Non sunt igitur pura, quamvis novissimo loco sint pure relicta. Verum novissimam scripturam non sequimur, sed clausulam præcedentem, quæ scriptura quidem prior est, verum secundum voluntatem defuncti posterior, et complectitur universa, quæ toto testamento relicta sunt. Opponitur *l. uxori, lib.* 3. *quæ vivus donavi uxori, vel usibus ejus comparavi, lego.* Hæc clausula est vulgaris, sic confirmabant donationes, *l. si quando*, *h. tit.* Finge: post illud testamentum uxori quædam donavit, an debentur? Minime. Igitur illa clausula non pertinet ad ea, quæ postea donata sunt, cur tamen pertinet ad ea, quæ post legantur? Ratio differentiæ est: aliud est dicere, *quæ vivus donavi*; nam non continentur, quæ post testamentum donavit: at si dixit, *quæ hoc testamento legavi*, continentur etiam ea quæ post legavi eodem testamento vel codicillis, quoniam id omne, quod testamento continetur, uno fit contextu, et pro uno actu habetur: cum unus est actus, non refert, quo quicquid loco relictum sit. Breviter, reliqua hujus clausulæ sunt hæc. Ea clausula non pertinet ad corporum legata vel specierum; nam hæc legata solent semel tantum præstari, ut fundus, homo. Pertinet vero ad ea, quæ pondere, numero, mensura constant: nam hæc solent præstari certis pensionibus: et vero in omnibus contractibus solebant veteres Romani uti ea dierum præscriptione: igitur in ea clausula *pecuniæ* verbum latissime non accipitur. *Pecunia* proprie nummos significat, alias res omnes, quæ nummo possunt æstimari, id est, χρήματα. At in ea clausula significat ea tantum, quæ pondere, numero, mensura constant, ut oleum, plumbum. Nec obstat, quod *pecuniæ* nomine alias etiam corpora contineantur, *l. quisquis*, *lib.* 3. Summarum appellatione contineri corpora, si suffragetur voluntas defuncti. Verum in hac specie corpora non possunt contineri: id enim rerum natura non fert: non solemus enim corporum præstatione defungi annua, bima, trima die. Ea clausula etiam pertinet ad ea tantum legata quæ pura sunt, eorum diem produci non pertinet ad legata annua vel menstrua, quia diem suum habent: non pertinet etiam ad conditionalia: nam et hæc diem suum habent, verum incertum. Quæritur, an pertineat ad legata præsentia: id est, quæ res jubetur dare præsenti die? an ad ea pertineat, dubitatur. Sed obtinuit Servii

et Labeonis sententia, non pertinere: nam hæc etiam diem suum adscriptum habent, scilicet præsentem. Differentia est inter pura et præsentia legata. Pura sunt præsentia, et contra. Verum illa clausula pertinet ad pura legata, ad præsentia non item. Pura sunt præsentia tacite: præsentia sunt expressim præsentia: quædam etiam sunt præsentia tacite, quæ eandem vim habent, ac si essent præsentia expressim, ut legatum dotis, *l. cum vulgari, inf. de dote præleg.* Dos debet reddi actione de dote annua, bima, trima die, sed nunc annua die, ex constit. Justiniani: si dos legetur simpliciter, videtur repræsentari, alioqui est inutile legatum dotis: nam solum illud commodum est hujus legati, quod repræsentatur, *l. cum quis, §. ult. de dote præleg. §. sed si uxori, Instit. de lega'.* Igitur legatum dotis est præsens, et clausula illa non pertinet ad hoc legatum, alioquin esset inutile. Igitur illa clausula non pertinet ad præsentia legata. Alphenus disputabat contra Servium et Labeonem: id indicat *l. Titio, inf. tit. prox.* Titio *centum præsentia dato,* deinde protulit diem legatorum per clausulam dictam: Alphenus ait, præsentia legata deberi non annua, bima, aut trima die: hoc falsum est, inquit. Imo verum est, quia legatum illud diem suum habet. Hæc ratio non congruit cum assertione: nam si hoc legatum diem suum habet, verum dixit Alphenus scilicet deberi præsenti die: igitur ita Alphenus scripsit, præsentia non deberi, itaque deest negatio. Summa: *Voluntatem potiorem esse scripto in hac re, ordinem scripturæ non impedire voluntatem, l. cum pater, §. fidei tuæ, tit. prox. Quod secundum scripturam est prius, sæpe secundum voluntatem, est posterius.*

Ad L. XIII. et XIV.

L. XIII. *cum incertus homo legatus tibi esset, hæres Stichum servo suo tradit. Neratius respondit, si voluntate domini tradidit, vel ratum hoc dominus habuerit, perinde eum liberatum, atque si Stichus legatus esset.*

L. XIV. *Si ita sit adscriptum, si cui legavero bis, semel hæres ei dato, vel ut semel debeatur, et eidem duas quantitates adscripserit, vel duos fundos, an utrumque debeatur? Et ait Aristo unum videri legatum: nam quod ademptum est, nec datum videri secundum Celsi et Marcelli sententiam, quæ vera est.*

§. 1. *Sed Papinian. lib. 19. quæst. ait, et si post legata sæpius adscripta idem hoc subjecit, semel præstari velle, et hoc ante impletum testamentum fecerit, ipso jure videri cetera legata adempta. Sed quo magis erit ademptum? Non enim apparet. Et ait posse dici, exiguius esse præstandum.*

Incertum hominem legare, est generaliter legare, indistincte, simpliciter, sine nomine, *l. hæredes, §. si incerto, famil. ercisc.* Constat inter omnes, hoc legatum valere. Verum obstat *l. cum post, §. pen. de jur. dot.* Ea lex ostendit, legatum fundi generaliter relicti non valere. Obstat etiam Paulus 3. *Sentent. tit. de legat. Legatum,* inquit, *nisi certæ rei sit, nullius est momenti.* Denique hominis incerti legatum non valet. Ut tollatur difficultas, constituenda est differentia inter hominem et fundum: nam homine generaliter legato, certa saltem est demonstratio rei legatæ: certa enim est finitio hominis. Idem si equus, bos, scyphus, lanx legetur. At *fundo* legato, certa non est demonstratio rei legatæ, quoniam vel cespes, vel gleba una terræ fundus dici potest. Locus modicus fundus dici potest, *l. locus, de verbor. significat.* Hac ratione usi sunt Græci in *lib. Basil. ad §. gener.* Certa non est finitio fundi. Idem de domo dicatur: nam vel vilissima quæque materia, vel casa, domus dici potest, *l. 24. §. pen. hoc tit.* Et hac ratione hominis legatum valet generaliter relicti, etiamsi testator nullos homines reliquerit, vel lancis legatum valet, etsi nulla lanx sit in hæreditate: nam quid præstari voluerit constat. Qui hominem dicit, satis quid legatum velit, indicat: ideoque si *homo* generaliter legetur, legatum valet. Species nominatim relictæ non debentur, si non reperiantur, *l. omnia, §. species, tit. prox. Nominatim*: nam si generaliter, debentur, etiamsi in bonis testatoris non reperiantur. Non idem in fundo aut domo. Nam si hæc generaliter legentur, legatum non valet, si nullam domum aut fundum testator reliquerit, *l. si domus, inf. hoc tit.* Si domum legaverit, et nullam reliquerit, magis derisorium legatum est. Igitur *fundi* legatum valet generaliter relicti, si reliquerit fundum, aut fundos: nam ex relictis eligitur unus ab hærede, vel legatario: ita accipienda est lex *ubi non apparet, in pr. de verbor. obligat.* Nam hac in re nulla est differentia inter stipulationem et legatum. *Ea lex* inter stipulationes utiles numerat stipulationem fundi, generaliter conceptam. In ea *l.* nullum proponitur exemplum stipulationis incertæ, quod non sit utile. Idque cognoscitur ex eo, quod ea lex meminit ejus, qui stipulatus est tritici certam quantitatem sine qualitate: non meminit ea lex illius, qui stipulatur triticum sine quantitate, quoniam ea stipulatio est inutilis, *l. triticum, eod.*

In ea *l.* propositum est auctori dicere de stipulationibus, ex quibus datur actio incerti. Itaque dum ibi numerat stipulationem fundi sine nomine, dicendum est eam esse utilem, verum utilis est, si promissor fundum habuerit. Nunc de aliis, scilicet, quæ pondere, numero, et mensura constant, dicendum. Si nummi legentur generaliter, nullum est legatum, ac ne unus debetur. Idem de vino, oleo: ac ne ex eo genere rerum quicquam debetur, quoniam his rebus necesse est adjici numerum, pondus, mensuram: alioquin nihil agitur, *l. nummus*, *inf. lib.* 5. *Nummis indistincte*, id est, generaliter legatis, debentur viliores, exigaiores, nisi appareat, de quibus testator senserit, quod apparet ex usu regionis vel testatoris, vel contextu testamenti. Verum *nummis*, id est, certo nummorum numero, *l. si servus plurium*, §. *ult. h c tit. in eo* §. dicitur, si numerus nummorum legatus sit. Denique hoc ita est, quia cum res illæ legantur, quantitas, non corpus legari intelligitur, *l. si is qui nummos, infr. de solut.* Cum dicimus nummos quantitatem cogitamus, non corpora. Igitur hæc omnia quantitatum sunt: ergo nisi quantitatem ipsam expresseris, nihil egeris. Ex eo multa sequuntur: quod si legentur res illæ quæ pondere numero, et mensura constant, valet legatum, si quantitas adjiciatur: quantitas, inquam, valet, etsi tales res testator non reliquerit, *l.* 3. *in prin. l.* 4. *de trit. vino, oleo leg. l. si pecunia, in princ. tit. prox. l. hæredes*, §. *ult. famil. ercis. l. seq.* Ratio, quia quantitas videtur legata, quæ semper intelligitur inesse in hæreditate, quia potest confici ex rebus hæreditariis. Ex eo etiam colligitur: nummis legatis, aut similibus, non quæri de electione: nam ubi est certa quantitas, et talis quæ non possit vitiari, semperque sui similis est, nullus electioni locus esse potest: at aliud est corpore legato, ut homine, lance, fundo: nam corporum præstationes variæ sunt, nec corpora inter se mutuam functionem recipiunt. Ideoque magna quæstio est in his, cui competat electio. Quæ statim explicabitur l. 37.

Ad L. XXXVII.

Legato generaliter relicto, veluti hominis, Cajus Cassius scribit, id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur: quæ sententia rescripto Imperatoris nostri et D. Severi juvatur: qui rescripserunt homine legato actorem non posse eligi.

Ad eam quæstionem quod faciat, nihil ex hac *l.* 13. sumi potest. Nam sententia legis 13. est hæc: Stichus legatus est, an potest solvi servo legatarii? Sic sane, voluntate ejus, vel eo ratum habente. Atque ita hæres liberatur, alioquin non liberatur, nisi voluntate legatarii solvat, aut ratum habente, *l.* 4. *de solut.* Hæc lex ostendit, idem esse homine generaliter legato: nam in eo legato Stichus etiam recte solvetur voluntate aut ratihabitione legatarii. Hoc in *hac l.* proponitur. Verum nihil de electione tractatur: nam quod exigitur voluntas legatarii, non ideo electionem fuisse ejus inferas, cum etiamsi electio fuerit hæredis, voluntas legatarii exigitur. Verum, quod ad illam quæstionem de electione, cum *homo* generaliter legatus est, ita distinguendum est: aut per vindicationem, aut damnationem relictus est. Si per vindicationem, legatarii est electio, ut cum dixit, *hominem sumito, hominem tibi lego*. Et vero etiam hodie verba hæc sequimur, si non adversetur defuncti voluntas. Sic sunt accipiendæ *l.* 37. *inf. l. si servus legatus* 108. §. *cum homo, hoc tit. l. hæredes*, §. *si incerto, fam. l. ercisc. l. cum hominem, cum l. seq. de adimend. legat.* Verum si per damnationem, hæredis est electio: ut, *hæres meus hominem dato*, Ulpian. in *Fragm. tit. de leg. l. si a substituto*, §. 2. *hoc tit.* In eo §. necesse est ut fuerit hæredis electio, et ideo dicitur *præstare non furem, noxaque solutum*: ideoque et lex, quæ sequitur, id legatum, de quo agitur in *l. si a substituto*, comparat stipulationi hominis generali. Constat autem in stipulatione semper debitoris esse electionem. Cic. in 2. *de invent.* Quidam legavit: *Hæres vasa dato*: ait etiamsi non addiderit, *quæ voles, des*, nihilominus, quæ ipse volet, dabit. Similiter in legatis disjunctivis utimur eadem distinctione, *illud aut illud do, lego*, electio erit legatarii, quia per vindicationem, *l. plane*, §. *pen. l. Lucio, tit. prox.* verum si dixerit, *illud aut illud dato*, tum hæredis erit electio, quia per damnationem, *l. si is cui, l. si ita relictum*, §. *ult. tit. prox.* Non mirum igitur, si eadem distinctio locum habeat in legato hominis generaliter relicti. Antea interp. ex *l. dominus, hoc tit.* colligebant homine vel domo generaliter legata, hæredis electionem esse. Et vero, si verba eum sensum acciperent, essent accipienda de legato damnationis: sed omnem dubitationem sustulerunt Pandectæ Florentinæ, ubi legitur ita: *Si domus sit simpliciter legata, cogentur hæredes domum, quam vellet, præstare*: *quam vellet* scilicet legatarius, quia legatum est vindicationis modo Antea legebatur *cogentur hæredes quam domum volent*, quod ambigue dictum est: verum dubitationem sustulerunt Pandectæ Florentinæ. Videamus quid juris sit in servitute legata. Quidam legavit viam vel iter per fundum suum simpliciter, nec dixit per quam partem. Quæritur, an sit in arbitrio hæredis, per quam partem voluerit constituere, an legatarii? Hac in re pugnant *l.* 6. *sup. de servit. l. si via, de servit. rust. præd.* Hæc lex dat electionem hæred. *l.* 9. dat electionem legatario: loquitur

ea lex de servitute cessa, et etiam de legata. Non potest hoc dissidium componi nisi posita legatorum differentia. Si servitus fuerit legata *per vindicationem*, electio erit legatarii: *si per damnationem*, hæredis: Notandum, servitutem utroque modo legari posse, §. *ult. de servit.* Potuit etiam *sinendi modo* legari. Et hæc quidem hactenus de eo cui competat electio. Nunc videndum, quomodo, et an cujuslibet electio fieri possit, ab eo cui jus eligendi competit, et huc pertinet lex *generaliter* 37. §. 4. Finge, homo generaliter legatus est, legatarii est electio, si testator habeat servos in familia, legatarius non eliget nisi ex familia testatoris, *l. 2. inf. de opt. leg.* cui comparatur legatum generaliter relictum, ut ostendimus in *l.* 5. Quæro igitur, an ex ea familia legatarius optimum eligere possit? Ipso jure quemlibet eligere potest, civili tamen modo. Sicut is, cui via legatur simpliciter ipso jure *ex duodecim tab.* quacunque velit ire, agere potest, quia totus fundus servit, civili tamen modo: nam non poterit ire per ipsam villam, aut per medias vineas: et vero melius erit, hoc casu hujus juris coercendi causa viam certa parte constitui. Eodem modo is cui homo generaliter legatus est, eliget unum ex familia, quem volet, sed non eliget actorem servum, quoniam ex ejus jactura plerumque sequitur eversio totius rei familiaris. Nam actor est, qui tenet rationes omnes familiæ, *l. ult. de offi. præsid.* Quem Juriscons. vocat actorem, Græci dicunt διοικητὴν, οὔτε γὰρ δύναται τὴν διοικητὴν ἐπιλέξασθαι, id est, *non potest actorem eligere*, cum potest alium eligere minore hæredis detrimento, sed neque pessimo contentus erit. Pessimus servus ab hærede dari non potest, nec legatarius pessimum eligere cogitur. Similiter, si hæredis fuerit electio, non liberabitur dando pessimum, *l. si hæres* 110. *inf. hoc tit.* Electio hæredi datur, ut tamen ne quid fiat in captionem legatarii. Sæpe de ea re oritur contentio inter hæredem et legatarium, cum unus dicit, eum se posse eligere, alter dicit eum non deberi eligi: tum necesse est arbitrum sumi, qui jus eligendi moderetur, *l. certo* §. 1. *et* §. *ult. sup. de servit. rusticor. prædior.*

Ad §. 1. *Si de certo.*

§. 1. *Si de certo fundo sensit testator, nec appareat de quo cogitavit, electio hæredis erit, quem velit dare, aut si appareat, ipse fundus vindicabitur. Sed et si lancem legaverit, nec appareat quam, æque electio est hæredis, quam velit dare.*

Altera pars hujus legis 37. est. Prima pars est de re incerta legata. Secunda est de re certa. Incerta re legata per vindicationem, legatarii est electio: sic etiam certa re legata, legatarius eam vindicat, si modo constet quæ sit. Verum testator interdum de certo homine sensit, nec constat quis ille sit, puer, an adolescens, juvenis, an senex, aut de certo fundo, nec tamen constat, quo loci sit ille fundus, vel re certa lance, nec tamen constat, utrum de pura an cælata. His casibus legatarius non potest vindicare, quoniam certam vindicari oportet, *l. si in rem, de rei vind.* An igitur dicemus legatum inutile esse? Minime, ut effectum voluntas defuncti habeat, legatarius poterit agere cum hærede in personam actione, ut quando non constat de re legata, ipse hæres præstet, quam volet: hoc igitur casu hæredis est electio. Exemplum ex *l.* 32. §. *pen. hoc tit.* Quidam habens plures Stichos, legavit *Stichum.* Igitur de certo corpore sensit: verum non apparet, de quo senserit; quid fiet? hæres eligere debet et præstare. Idem in *l. cum servus* §. *scio*, *inf. hoc tit.* duos habebat fundos ejusdem nominis, legavit *Cornelianum*, cum uterque sic vocaretur, unus est majoris pretii, alter minoris. Quæritur uter debeatur? Ait minorem deberi: quibus significatur, hæredis electionem esse. Sic in *leg. si ita relictum*, §. *ult. inf. tit. prox.* Sic etiam cum dicimus in libertatibus directis, spectari levissimam conditionem: significamus, servi electionem esse *l. sub diversis, de cond. et demonst.* Ergo his casibus hæredis erit electio, debebitur minor. His obstat *l.* 20. *hoc tit.* Quidam duos servos habebat, unum ex eis legavit, non intelligitur quem legarit, legatarii est electio, inquit. Verum dissimilis est species, quoniam hic non sensit de certo servo, sed legavit unum ex duobus servis per vindicationem. Præterea opp. lex *qui lancem, de aur. et arg. leg.* Species: quidam habebat tres lances, una erat maxima, altera minor, tertia minima, et legavit *minorem*, quæritur quæ lanx debeatur? Nam et minima deberi potest. Lex ait: *deberi lancem mediæ magnitudinis.* Imo debetur minima, quia hæredis electio est. Hoc male colligitur: nam in hac specie constabat, quæ lanx esset legata, quia *minoris* appellatione media continetur: debetur igitur media, ut minor capitis diminutio, id est: media: Pontifices minores, id est, qui sunt inter maximum et minimum. Opp. etiam lex *duo sunt Titii, sup. de testament. tut.* Duo sunt Titii amici testatoris: Titium tutorem dedit sine alio adjecto, sensit de certo, quis erit tutor? Neuter. Inutilis est tutoris datio. Cur etiam, si is, qui duos habet Stichos, Stichum legaverit, non dicimus neutrum deberi? Si in causa tutelæ, quæ favorabilis est, inutilis efficiatur tutelæ datio, cur secus in legato? Breviter dicendum. In legato obscuritatem posse explicari electione hæredis. At in datione tutoris incerti, non est qui possit eligere cujus ele-

ctione obscuritas explicetur. Nam vel pupillus eliget vel hæres: pupillus autem non habet tutoris optionem, sicut nec mulier. Livius *lib. XXXIX.* Hæres etiam non potest tutorem eligere, quoniam sicut legatum ab hærede relinquitur, ita etiam tutor ab hærede non datur, tutoris datio nihil ad hæredem. Itaque eo res recidit, ut neuter sic tutor, quia jus non deficit, sed probatio, id est, non apparet. Postremo obstat *l. 3. §. si duobus, inf. de adim. leg.* Sciendum eam legem habere duas species, unam de datione legati, alteram de ademptione. Prima est: duo sunt Titii amici testatoris, legat Titio, non apparet de quo senserit. Quæritur utri legatum debeatur? Ait, neutri legatum deberi. Idemque in libertate est; *l. cum ex pluribus, de manumiss. testam. l. si fuerit, l. si quis de pluribus, de reb. dub.* Cur etiam non dicimus legatum inutile, cum legavit Stichum? Dicendum in illa specie aliam esse rationem. In hac specie, cum qui duos habet Stichos, *Stichum* legat, unus est legatarius et certus: hic cogit hæredem eligere. At cum qui habet duos Titius amicos, Titio legat, non possumus eadem ratione legatum explicare, quoniam invicem sibi obstant. Primo enim, si uterque vindicet legatum, invicem sibi obstant, et neuter jure vindicat, vel etiam, si agant in personam, et est paratus hæredem defendere adversus alterum, hoc casu etiam utrique hæres non potest satisfacere, nam et agentes in personam invicem sibi obstant, idque faciunt, ut ne hæres possit explicare. Notandum tamen hæredem sua sponte posse uni solvere, accepta cautione. *l. si quis servum, §. si inter tit. prox.* Lex ait, *et hæres paratus sit solvere*, alioquin potest hæres electionem defugere, quoniam duo sunt qui cum illo agunt qui invicem sibi obstant. Altera species est de ademptione. Finge: testator legavit duobus Titiis deinde Titio ademit: quæro an utrique Titio videatur ademptum? vel an nulla sit ademptio? §. ille ait, utrique legatum deberi. Igitur ademptio nulla est, sic legitur Florent. Idque nititur summa ratione, quoniam datio legati ex eadem causa nulla est, sicut neutri legatum videtur, si duo sint Titii, et Titio legatum sit: ita etiam, si duo sint Titii legatarii, et Titio adimatur, nec appareat cui sit ademptum, dicamus neutri ademptum. Et generaliter in testamentis, quæ sunt obscura pro non scriptis habentur, *l. 2. inf. de his, quæ pro non script. hab.* Ademptio illa obscura est, igitur pro non scripta est. Datio obscura pro non scripta habetur, cur non et ademptio? Verum objicitur lex *si fuerit, de reb. dub.* Ait, duobus legatum est ejusdem nominis, mox ademptum est Sempronio. Quæritur utrum ademptio legati in utriusque persona valeat? id est, datio in utriusque persona infirmetur? Ait ademptionem utrique factam. Igitur neutri legatum debetur, quod est contra rationem juris. Verum in specie §. *si duobus*, duobus Titiis legatum est separatim, ut lex indicat: igitur ita legatum est: *Illi Titio rem istam lego.* Deinde *illi autem Titio rem illam lego.* Deinde Titio his verbis ademit: *Titio ne dato*, idque cum vellet uni adimere, non apparet, de quo senserit: sic homonymia vitiat ademptionem. Verum in specie *l. si fuerit* conjunctim legavit hoc modo: *Semproniis lego*, vel *Sempronio et Sempronio lego*, deinde ademit Sempronio, videtur utrique ademisse; quos conjunxit in dando, videtur etiam in adimendo junxisse, quia conjectura non utimur, cum separatim legatum proponitur: argumento est d. lex 3. *si Titio de adim. leg.* Titio eadem res pure et sub conditione legata est, quod nisi conjunctim fieri non potest: nam separatim si legetur, novissima scriptura primam corrigit, *l. non ad ea, de cond. et demonstr.* Deinde ita ademit, *quod Titio legavi sub conditione hæres ne dato*: legatum ei nec pure, nec sub conditione debebitur, omnem hæc ademptio legati causam tollit, hæc locum habent, si cum duobus res sit legata, uni adimatur, nec appareat cui. Quid si uni sint relicta duo vel plura legata, et unum adimatur, nec appareat quale? In dando legato multum interest, utrum ex duobus uni legetur, nec appareat cui: nam hoc legatum est inutile, an vero ex duabus rebus legetur una, nec appareat quæ: nam datio legati hoc casu est utilis, et hæredi competit electio. In adimendo legato eadem distinctio est. Nam si uni adimatur ex duobus legatariis, inutilis est ademptio, *d. §. si duobus.* Verum si ex pluribus rebus una adimatur nec appareat quæ, ademptio est utilis, et hæredi competit electio dandi, quod volet, *l. 14. hoc tit.* Hujus legis primam partem in l. 12. exposuimus Secunda pars est. Testator reliquit Titio multa legata, deinde sic ademit: *hæres meus semel dato, vel unum duntaxat legatum dato*, videtur cetera legata ademisse, eaque ademptio valet ipso jure, si fiat eodem testamento id est, ante consummationem testamenti. Idemque est, si fiat codicillis testamento confirmatis, *l. si quis eum, sup. de vulg. subst.* Verum ademptio, quæ fit extra testamentum, non valet ipso jure, ut quæ fit per epistolam: adimitur etiam nuda tacita voluntate: ut contractis inimicitiis capitalibus. Verum hæc ademptio non fit ipso jure, sed opposita exceptione doli, *l. militis §. ult. de milit. testam. l. 3. §. ult. de adim. leg.* in eo §. *ult.* ait: *non solum legata, sed etiam fideicommissa nuda voluntate adimi posse.* Debuit dicere non solum fideicommissa, verum etiam legata: nam de fideicommissis non

erat dubium, certum erat ea nuda voluntate constitui, et adimi, sed de legatis dubitabatur: nam ea non valent ex nuda voluntate: itaque ipso jure non adimuntur tacite. Verba sunt transposita. In proposita specie l. 14. Titio sæpius legavit testamento: deinde sic ademit, *hæres meus Titio unum dumtaxat legatum dato*, Titius non poterit petere, nisi unum legatum. Verum quod legatum petet? Hanc obscuritatem solvet judicium et electio hæredis, cum pro legatarius in personam aget, ut unum ex pluribus præstet: præstabit igitur exiguius, quando est in potestate hæredis præstare quod vult. Addendum ex *l.* 9. *inf. de divers. regul. jur.* quæ est ex eodem libro et conjungenda: *Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.* Verum illa regula sic accipi debet, ut locum obtineat, quando in hæredis potestate est obscuritatem eam solvere, vel in alterius potestate: alioquin obscura pro non scriptis habentur. Sic utrumque verum esse potest, in obscuris minimum sequimur, et nihil sequimur: nam quædam interpretem habent quædam non, et ea pro non scriptis habentur.

Ad L. XV.

Qui quartam bonorum partem legare voluit dimidiam scripsit. Proculus recte ait posse defendi quartam legatam, quia inesset dimidiæ. Idem erit et si quinquaginta voluit legare, et centum scripta sunt, quinquaginta enim debebuntur. Sed et si plus legare voluit, et minus scripsit, valebit legatum.

§. 1. *Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de posthuma sentiret, si ea non est nata, superstiti solidum debebitur.*

Sciendum, esse speciem quandam legati, quæ dicitur *partitio*, ut cum testator legat tertiam partem hæreditatis, vel dimidiam, ut *hæres meus cum Titio hæreditatem partito*, quo casu videtur legata dimidia hæreditatis, *l. nomen* §. *partitionis, de verb. significat.* Antea vulgo legebatur, *portionis:* recte Florentin. *partitionis.* Ulpian. in *Frag. tit. de leg. Instit.* §. *sed quia, de fideicomm. hær.* Agitur de legatario partiario his locis. Hic legatarius partiarius partis sibi relictæ commoda percipiebat, onera etiam sustinebat. Itaque hoc legatum plerumque erat damnosum, cetera legata non possunt esse damnosa *l. cum filius*, §. 1. *l. si quis servum*, §. *ult. lib.* 2. et in eam rem interponebantur stipulationes inter hæredem et partiarium, *d.* §. *sed quia.* Aliud dicendum, si sit legata pars bonorum. Nam hic legatarius non est partiarius, *l. cum autem, lib.* 2. *l. non amplius* §. *ult. l. prox. hoc tit.* Differentia est inter hæreditatem et bona. Nam bonorum appellatione damna non continentur: hæreditas est nomen juris, quo omnia continentur. In tractatu tamen bonorum possessionis, bona etiam incommoda continent. Hæc ergo l. 15. est de parte bonorum legata. Species: quidam scripsit se *legare dimidiam*, voluit autem quartam tantum legare, sequemur voluntatem, non scriptum: debetur igitur quarta tantum. Similiter si voluit 50. legare, et scripsit 100. non debentur nisi 50. Idem et contra: si voluit legare 100. et scribat 50. debentur 100. Hi errores non vitiant, nec præjudicium afferunt voluntati defuncti, *l. quoties, de hæred. instit.* Et omnino hac in re sequimur quod scripsit Justinianus in constitut. Græca, *de sacros eccles.* cujus titulus est περὶ τελευτώντων, καὶ καταλιπόντων κληρόνομον μὴν ἐκκλησίαν, id est: *de morientibus et relinquentibus hæredem ecclesiam.*

Ad L. XVI.

Si duobus res conjunctim legata sit, quamvis alter in rerum natura non fuerit, alteri solam partem deberi, puto verum esse.

§. 1. *Hæres adjecto ei nomine cujusdam, cui hæres non sit dare damnatus, totum legatum debet. Nam et si duos ex hæredibus suis nominatim quis damnasset, et alter hæreditatem non adisset, qui adisset, totum deberet, si pars ejus qui non adisset, ad eum qui adisset, pervenerit.*

§. 2. *Si Titio et posthumis legatum sit, non nato posthumo, totum Titius vindicabit. Sed et si testator Titio et posthumis viriles partes dari voluisset, vel etiam id expressisset, totum legatum Titio debetur, non nato posthumo.*

Tria sunt conjunctorum genera: *Re tantum*, *Verbis tantum*, *Re et verbis* simul, *l. triplici*, *de verbor. signific.* Primo dicam de conjunctis *Re et verbis*, qui scilicet, conjuncta scriptura in eandem rem vocantur, ut *Primo et Secundo hanc rem do lego.* Et hoc in libris nostris conjunctio appellatur §. *si conjunctim*, *de legat.* Quæritur an inter eos sit jus accrescendi? Et vulgo proditum est esse, *l.* 1. *de usufr. accres. cum* §. *ult. hujus legis*, *l. conjunctim*, *lib.* 3. *l. si servo sub. cond. de statu-lib.* quoniam hi ita sunt conjuncti, ut non faciant partes, nisi concursu. Uno igitur non concurrente, alter totum habet. Ergo pars, quæ habetur pro non scripta accrescit conjuncto. Item, si repudiata est pars, pars, quæ alia ratione deficit, vel vivo testatore, vel eo mortuo, fit caduca ex l. Papia. Nam ex ea l. Fiscus præfertur conjuncto: finge: quidam cum adhibitus esset a testatore ad scribendum testamentum, sibi et Titio legatum adscripsit conjunctim, sibi quidem illicite, Titio licite. Quæritur, an ejus pars accrescat Titio? Rursus finge: quidam adscripsit legatum servo communi, suo et Titii: quæri-

tur, an totum legatum Titio debeatur? Et quod ad hoc attinet, lex ait, Titio nihil deberi, ideoque id legatum in totum esse pro non scripto. Sed hoc fit optima ratione: nam servi nomen quasi falsum circumscribitur et subdicitur: ex eo sequitur, neutri dominorum legatum deberi, quia servi nomen habetur pro non scripto. Verum quæro, quid juris sit, si legatum sit servo communi, nec legatum habeatur pro non scripto, utrum uno ex dominis repudiante, alteri domino totum accrescat? Celsus existimabat et Proculus, alteri domino non accrescere quia cum legatur servo communi, non videtur conjunctim legari ejus dominis, sed separatim pro partibus dominicis. Igitur non est jus accrescendi, *l. et Proculo*, *inf. tit. prox.* Verum ab eis dissentit Julianus, *l.* 1. §. 2. *sup. de usuf. accresc.* Idque apparet evidenter ex eo, quod in *illo* §. 1. nominatim respondit rationi, quæ movit Celsum. Dicebant illi, dominos servi communis esse vocatos in partes dominicas. Respondet Julianus, fateor eos pro dominicis partibus vocari, verum non dominorum, sed servi personam spectamus: ex ejus persona inducitur jus accrescendi, nam etiamsi solus sim legatarius, et partem repudiavero, nihilominus totum acquiram. Servi igitur persona inspicitur. Altera species est: si quis sibi et Titio legatum adscripserit, de hac quæstione nihil definitur illo §. Verum certum est, suum nomen induci, non Titii, et ideo Titio totum legatum debetur. Paul. 3. *Sentent. de legat.* Secundo obstat hæc l. 16 quod relinquitur ei, qui non est in rerum natura, pro non scripto est, *l. pen. inf. de his, quæ pro non scrip. hab.* Finge: quidam legavit Cajo et Titio, qui non erat in rerum natura tempore faciendi testamenti. Quæritur an Cajo totum legatum debeatur? Lex ait, solam dumtaxat partem deberi. Igitur pars, quæ habetur pro non scripta, non accrescit conjuncto, et ita qui non admittitur ad partem, facit partem, id est, ejus persona numeratur in partibus faciendis, quod juri accrescendi impedimento est. Nam tum est jus accrescendi, cum is, qui non admittitur ad partem, non facit partem. Tertio opp. etiam *l. plane* §. *conjunctim*, *hoc tit.* Pro non scripto est legatum servo proprio absque libertate relictum, *l.* 3. *de his, quæ pro non script. hab.* Pro non scripto est quodcunque non consistit ab initio: quod consistit ab initio, deinde deficit, non est pro non scripto. Finge: quidam legavit conjunctim eandem rem Titio et servo proprio sine libertate. Lex ait, Titium totum non habiturum. Igitur pars quæ pro non scripta est: non accrescit conjuncto, et sic servus, qui non capit partem, facit partem. Postremo obstat *l. hujusmodi*, §. *si Titio*, *hoc tit.* si res mea mihi legetur, pro non scripto est. Quidam legavit mihi et Titio rem meam conjunctim, pro mea parte pro non scripto est. Titius etiam non feret nisi partem. Ergo pars, quæ pro non scripta est, illi Titio non accrescit. Denique ego partem non capio, et tamen partem facio. Distinguendum est inter genera legatorum: aut duobus conjunctim legatum est per vindicationem, aut per damnationem. Si per vindicationem, plane sunt re et verbis conjuncti, et inter eos est jus accrescendi, et is, qui deficit, non facit partem. Hoc fit, quia illi ab initio solidum capiunt, concursu autem partes, *l. conjunctim*, *lib.* 3. Consequens igitur, uno non concurrente, ut alter solidum habeat. Id vero est jus accrescendi. Jure accrescendi utor, non concurrente conjuncto: eo concurrente, fiunt partes. Hoc etiam jure, quod est inter conjunctos, fit, ut licet meam partem repudiaverim, tamen rursus eam acquiram postea, si conjuncto, cui ea accrevit, hæres exstitero, *l.* 12. *sup. in princ.* quæ ibi dicta sunt, huc sunt referenda. Si per damnationem duobus idem legatur, non sunt conjuncti re et verbis, quoniam singuli ab initio partes habent, et ideo inter eos non est jus accrescendi, et qui non capit partem, facit alteri partem: hoc nominatim traditum est de legato damnationis, *l.* 7. *inf. tit. prox.* et ita est accipienda *l.* 16. *in prin. et l. plane* §. *si conjunctim*, *l. hujusmodi* §. *si Titio.* Igitur legatarii per damnationem, qui capere possunt, si repudiaverint, partem faciunt, ideo obstant juri accrescendi. Dubitabatur, an etiam partem facerent, quia capere non possunt? Verum ex Constitut. Justiniani *C. de caduc. tollend.* eodem jure est legatum vindicationis et damnationis. Eadem distinctione in re conjunctis utebantur. Hic articulus, *disjunctim vel separatim*, significat rei tantum conjunctionem, ut *Primo fundum lego*, postea, *Secundo eundem fundum lego*: hi non verbis, sed re tantum conjuncti sunt. Quæritur, an inter eos sit jus accrescendi? Distinguendum est: aut per vindicationem legatum est, et tunc sunt re conjuncti, et inter eos est jus accrescendi, quoniam tunc ab initio solidum habent, concursu autem partes faciunt. Uno igitur non concurrente, alter solidum quod habuit ab initio, retinet, quia testator semel non bis ad eos legatum pertinere voluit, *l. si mihi pure*, *lib.* 2. *l. duob. hoc tit.* et ita est accipienda lex *plane* §. *sed si*, *hoc tit.* Species: primo legavit fundum in suo testamento, eundem fundum legavit Secundo in pupillari testamento. Pone per vindicationem legatum, re sunt conjuncti, *l. cohæredum* §. *cohæres*, *de vulg. substit.* §. ille ait, eos habere partes concursu: est igitur inter eos jus accrescendi. Interim igitur, id est, antequam existat conditio pupillaris substitutionis, partem ha-

bebit is, cui in suo testamento legavit. Imo vero totum, idque affirmat etiam: ergo in *l. qui bona §. si quis duob. de acq. rer. domin.* ubi *pro solido*, est legendum, *parte.* Verum si per damnationem legatum est, aliud est, quoniam tunc bis ad eos videtur testator legatum voluisse pertinere. Itaque singulis solidum debetur, uni scilicet res, alteri æstimatio, et ideo inter eos non est jus accrescendi Ulp. in *Frag. tit. de leg.* Paul. 3. *Sent. eod. tit.* Gajus 2. *Instit.* Justin. *l. un. §. si autem disjunctim, de cad. toll.* Illi igitur non erant conjuncti re. Verum hoc mutat Justinianus, dum vult eodem jure damnationis esse, quo vindicationis legatum, nisi apparet testatorem ita legasse, ut singuli solidum haberent, *l. si pluribus* 33. *hoc tit.* Illa lex, exceptis duobus versibus, Triboniani est. Videndum de conjunctis verbis tantum, et si commixti sint conjuncti, uter utri præferatur. Verbis tantum conjuncti sunt, quibus eadem res ex partibus conjuncta scriptura legatur, ut *Primo et Secundo ex æquis vel virilibus partibus fundum lego.* Idem, si partes non exprimantur, sed intelligantur, ut in specie *l. 2. de usufr. accresc. l. et Proc. tit. prox.* Hi conjucti ab initio habent partes, non concursu, ideo inter eos non est jus accrescendi. Videntur enim vocari in res diversas, cum singulis pars attribuatur, *l. pen. de usufr. accres.* Ab initio eos partem habere verba indicant, *æquis portionib.* Id etiam mens testatoris suadet: videtur enim testator compendium orationis quæsiisse potius, quam eos conjungere voluisse ob jus accrescendi, *l. si ita quis hæredes, de hæred. instit.* Igitur illi sunt quidem verbis conjuncti, sed non quod ad jus accrescendi attinet. Illa verba conjunctionis speciem habent, effectum non item. Ergo inter eos non est jus accrescendi, licet per vindicationem legatum sit, semper habent partes, id est, ab initio et in concursu. At quid si ita legetur: *Primo fundi dimidiam, Secundo ejusdem fundi dimidiam lego*, *l. Mævio lib.* 2. Hæc etiam verba multo minus effectum conjunctionis habent. Nam superiora verba *Primo et Secundo fundum æquis partibus lego*, magis habent speciem conjunctionis, quam hæc: illa tamen verba non habent effectum conjunctionis: igitur nec hæc. Ait lex *Mævio: Separatim partes datas*: at *l. si ita quis hæredes* ait: *conjunctionem quidem esse, sed sine effectu.* Ideoque non mirum, in specie *l. Mævio*, si non sit jus accrescendi. Itaque si deficiat pars Primi, non accrescet Secundo, sed omnibus collegatariis ejusdem rei pro portione legati, sicut cohæredib. pro portione hæreditaria. Videamus an hoc perpetuo sit verum. Generaliter hoc verum est, *ubi partes concursu non fiunt, non esse jus accrescendi.* Interpretes tradunt distincte esse jus accrescendi inter hos conjunctos: sed melior veterum sententia, qui negant: nam non semper inter eos est jus accrescendi, sed tunc quidem aliud dicendum, si testator ita eos conjunxerit data opera, ut se licet concurrerent in idem legatum: tunc testator videtur partes adscripsisse demonstrandi causa, ut scilicet intelligatur, quæ partes fieri debeant per concursum, illa adscriptio tunc demonstratio quædam est. Ceterum quia de industria eos conjunxit, habentur pro conjunctis re et verbis, et ideo inter eos est jus accrescendi: nec videntur ab initio partes habuisse, argumento est *l. cum pater §. qui filio, tit. prox.* Filium scripsit hæredem ex semisse, aliis cohæredibus adjectis, tum dixit, *fili rogo, ut pro semisse contentus sis ducentis aureis:* his verbis non videtur fideicommissum reliquisse, sed videtur æstimasse semissem. Ideo si filius petat semissem, non repelletur exceptione demonstratæ quantitatis, quamvis pluris sit semis. Similiter si de industria duos conjunxit testator legando, quamvis eis adscripserit partes, tamen uno deficiente, alter si velit totum vindicare non repelletur præscriptione demonstratarum partium, quia adscriptio illa demonstratio quædam est. Ideoque tum inter verbis tantum conjunctos erit jus accrescendi. Sic est accipiendus §. *ult.* leg. 16. Legavit Titio et posthumo adscriptis partibus: posthumo non nato Titius totum capiet, quia non fuit otiosa illa conjunctio verborum, quia conjunxit data opera, non etiam voluit compendium orationis facere: nam si id voluisset, orationis illa conjunctio inanis esset: verum hæc fuit mens, ut si nasceretur posthumus ferret partem adscriptam: si minus, ut Titius totum haberet, ideoque inter eos est jus accrescendi. Eadem mens est defuncti in *l. re conjuncti, lib.* 3. Ibi tractatur, an verbis tantum conjunctus præferatur ceteris: id autem frustra quæreretur, si conjunctio verborum non adferret jus accrescendi. Ea igitur quæstio indicat verbis tantum conjunctum habere jus accrescendi, videlicet si data opera eos conjunxit, non etiam ut compendium orationi adferret: tunc conjunctus verbis tantum pro utroque modo conjuncto habetur. Hoc ita, si per vindicationem legatum sit: nam de his, quibus per damnationem legatur, sic jus est: nulla conjunctio ullum unquam effectum habet, quoniam vel ab initio habent singuli partes; quod fit, cum legatur conjunctim, vel semper solidum singulis debetur, uni scilicet res, alteri pretium, quod fit, cum disjunctim, id est, separata oratione eis eadem res legatur. Verum ex Constit. Justinian. *de caducis tollend.* eodem jure sunt illi, quibus per damnationem legatur, quo quibus per vindicationem. Itaque secundum eam constitutionem habent jus accrescendi, et se-

cundum eam constitutionem leges Pandectarum accipi semper non possunt. Olim etiam inter fideicommissarios non fuit jus accrescendi, eademque fuit natura fideicommissi et legati per damnationem: quod per damnationem potuit legari: idem et per fideicommissum potuit. Ulpianus in *Frag. tit. de fideicom.*

Secunda quæstio pertinet a d *l. re conjuncti, lib.* 3. si legatarii ejusdem rei per vindicationem alii sunt conjuncti re et verbis, alii verbis tantum, alii re tantum. Quæritur uter utri præferatur? Præferri dicitur is, cui soli accrescit conjuncti deficiens portio: non præferri, et si ceteri cum eo veniant in eam portionem. Quæro igitur, quis præferatur, quis excludat reliquos? Ejus legis duæ sunt partes: quod in prima parte tractatur, pendet ex *l. triplici, de verb. sign.* In *l. triplici*, ponit tria genera conjunctorum, deinde in *l. re conjuncti*, qui sint re tantum, qui verbis tantum. In secunda parte quæritur uter utri præferatur? Finge: *Primo et Secundo illum fundum lego*: hi sunt re et verbis conjuncti. Adjecit, *Tertio eundem fundum lego*, hic illis est re tantum conjunctus, et illi huic vicissim. Finge: deficit Primus: quæritur an ejus portio soli Secundo accrescat, an utrique, id est etiam Tertio? Lex ait, *soli Secundo accrescere*, *l.* 1. §. *idem ait*, §. *prox. de usuf. accresc.* Igitur re et verbis conjunctus præfertur re conjuncto. Et generaliter, re et verbis conjunctus præfertur ceteris omnibus, quibus eadem res legata est vel conjunctim vel disjunctim. Exempli causa: *Primo et Secundo illum fundum lego, deinde, Tertio eundem fundum lego, deinde, Quarto eundem fundum lego, deinde, quinto et Sexto eundem fundum lego. Postremo, Septimo et Octavo eundem fundum ex æquis partibus lego*, idque dixit non brevitatis studio, sed præmeditate. Hoc casu fiunt quinque partes; nam qui verbis tantum, aut re et verbis, unius personæ vicem sustinent, *l. plane, in princ. hoc tit.* Deficit Primus: quæritur an accrescat. Soli Secundo, qui fuit ei re et verbis conjunctus, reliqui re tantum conjuncti fuerunt. Et placet, soli Secundo accrescere. Secundus præfertur ceteris omnibus. Eadem ratione si deficiat Quintus, accrescit soli Sexto, quoniam fuit ei conjunctus et re et verbis. Quid si deficiat Tertius, an Quarto tantum, qui ei re fuit conjunctus, accrescet? Minime ei soli: sed omnibus, quoniam revera omnes ei sunt re conjuncti. Non potest dari casus, quo re tantum conjunctus præferatur ceteris legatariis ejusdem rei, quoniam et ceteri ei, qui deficit, sunt re conjuncti. Et nihil hic est dubitationis: *Primo lego illum fundum, Secundo lego eundem fundum*: sunt re tantum conjuncti, *Tertio ejusdem fundi dimidium lego.* Hoc casu si deficiat Primus, accrescit soli Secundo, qui re tantum conjunctus est: nam Tertius nullo modo est conjunctus, non est legatarius ejusdem rei. At quid si Septimus deficiat, an accrescet soli Octavo, qui illi fuit verbis tantum conjunctus? Lex ait, *quæstionis esse.* Cetera sunt plana. Verum de hoc dubitabatur. Verum magis est ut et ipse præferatur, id est, soli Octavo accrescit, qui verbis conjunctus est: nam pro utroque modo conjuncto habetur: igitur ceteros is excludet. Ideo autem dubitatum fuit, quia plerumque obscurum est, utrum eos testator conjunxerit serio, an compendio orationis fecerit, quo casu non præfertur ceteris, *l. si ita quis, de hær. instit.* Itaque voluntatis subest hic quæstio quædam. Verum magis est, nisi contrarium probetur, scilicet, brevitatis causa defunctum locutum, verbis tantum conjunctum pro utroque modo conjuncto haberi. Summa: *Re et verbis conjuncto, vel verbis tantum serio conjuncto, soli accrescit*: *re tantum conjuncto soli non accrescit*: quia et ceteri sunt re conjuncti, nec potest dari species, qua ceteri non sint conjuncti. Re et verbis conjunctus præfertur ceteris omnibus, quibus eadem res legata est. Notandum tamen quod si sint plures re et verbis conjuncti, et unus deficiat, reliqui omnes simul admittuntur: Testator ita legavit; *Primo et Secundo et Tertio et Quarto fundum lego*, Primo deficiente, reliquis tribus accrescet pro virili, *lib.* 19. §. *ult. hoc tit.* Idem etiam, si testator ita legavit, *filiis meis rem illam lego*, uno ex filiis deficiente, reliquis omnibus accrescit. At quæstionis est, si ita legavit, *Primo et filiis meis illum fundum lego*: quæritur uno ex filiis deficiente, an etiam accrescat Primo, non modo reliquis filiis? Quod non videtur dicendum, quoniam hoc legato duo semisses fiunt, unum fert Primus, in alterum semissem filii coacti et commisti videntur, et funguntur unius vice, *l. si quis Attio, de usufr. accres. l. interdum, de hæred. instit.* Ideo hoc casu, uno ex filiis deficiente, fratres præferuntur Primo, non quod sint conjunctiores: nam conjunctio ejusdem generis et gradus plus vel minus non recipit, verum ideo fratres præferuntur, quia seorsim a Primo inter se conjuncti videntur, quia a Primo separati videntur. Opponi solet lex *pen.* §. *Lucius Titius testamento, lib. prox.* Ex ea lege colligitur, si legetur *Sejo et filiis*, vel, *Primo et libertis*, non videri duos fieri semisses, sed viriles partes pro numero personarum. Sed hoc ideo fit, quia perspicua est voluntas defuncti, omnes ad viriles partes vocantis. Igitur in obscuro fiunt duo semisses. At quia in ea specie perspicua est voluntas testatoris, fiunt tres. Perspicuitas inde colligitur, quia testator dixit, *fundum lego libertis, et Sejæ libertæ meæ; ne de nomine familiæ meæ*

exeat: perspicuum est, eum non habuisse rationem hujus vel illius liberti, vel Sejæ potius, quam totius, familiæ. Itaque ex æquo inter eos, quasi omnes sint ex eadem familia, fiet divisio, nec uni plus quam alteri dabitur, quia testator non fuit alia ratione ductus, quam familiæ, quæ omnes ex æquo respicit. Alumni erant etiam ex nomine et familia educatoris, et pene liberorum loco tutores dati alumnis confirmantur, *l. Nesennius, de excusat. tutor.* Sunt et pleraque alia hujus rei argumenta. Notandum etiam, alumnos non tantum dici servos, quos dominus pueros educavit, et forte post manumiserit, sed et liberos homines; quinimo servi non proprie dicuntur alumni, sed δεσπόσυνοι. Eustath. in 11. *Iliad.* Latine dicuntur hæriles filii, Donatus in Terent. Alumnorum igitur appellatio proprie ad liberos homines pertinet. Uno igitur ex liberis deficiente accrescit celeris, idque vel eo, quod id expressit testator his verbis: *Donec ad unum preveniat*, id est, ut pars deficiens reliquis accrescat, ita ut ad novissimum totus fundus perveniat, *l. codicillis, in princ. de usufr. leg.* Alio etiam casu viriles partes datæ videntur ex sententia defuncti, ut si testator ita substituit, *quisquis mihi hæres erit, et Titio filio hæredes sunto.* Finge: mortuus est filius intra pubertatem. Quæritur, utrum fiant duo semisses hæreditatis pupilli, ut unum habeant hæredes patris, alterum Titius? Minime, quin potius dividetur hæreditas pupilli in capita, *l. ult. C. de impub. et aliis subtit.* quia illud *quisquis*, vim distributionis habet, *l. hoc art. de hæred. instit.* Perinde est ac si dixisset, *ille et ille.* Verum Justinianus ea constitutione abrogat sententiam Labeonis, qui putabat duos semisses faciendos, *l. si pater filios, sup. de vulg. substit.* Nam et Justinianus ait, eam quæstionem Ulpianum tractasse: illa sententia fuit relata ab Ulpiano. Recte Haloander *legem si pater filio* facit paragraphum esse l. precedentis, quæ est Ulpiani. Sunt qui conciliant *l. ult.* cum *l. si pater filio*. Fingunt in *l. si pater filio*, esse substitutionem, fingunt *hæredes mei et Titius*, non ita, *quisquis mihi hæres erit et Titius*, id commentitium videtur: quod indicant tum antecedentia, tum consequentia: nam illa omnia sunt de illa formula substitutionis: *Quisquis mihi hæres erit.*

Quinta quæstio est: *An accrescat cum onere cui accrescit?* Videndum id, quod deficit, qua ratione deficiat: nam si deficit, quod habeatur pro non scripto, accrescit hæredi sine onere, quia scilicet si id quod relictum est, habetur pro non scripto, debet etiam onus, quod adjunctum est, circumscribi, et pro non scripto haberi: atque ita Justin. in *l.* 1. §. 1. *et* §. *hoc videlicet, de caduc. tollend.* Verum Justinian. ait, excipiendos esse casus relatos in Pandectis, sunt autem duo, unus in *l. cum vero* § *si pro non scripto, de fideicommiss. lib.* Cujus ratio est favor libertatis, *legavit servum, et rogavit legatarium, ut eum manumitteret*, hoc est pro non scripto, et remanet apud hæredem, sed hæres cogitur eum manumittere. Alter casus est in *l. ult. de his quæ pro non script. hab.* Ejus casus ratio est auctoritas Senatusconsulti Liboniani, *l. filius* §. *ult. ad leg. Cornel. de fals.* Quidam sibi adscripsit legatum cum onere fideicommissi: legatum pro non scripto est, et remanet apud hæredem, sed cum onere fideicommissi: his casibus exceptis, quod est pro non scripto accrescit sine onere. Quod vero repudiatur, an accrescit cum onere? Id vero certum est cum onere accrescere, *l. mortuo* §. *ult. tit. prox. l.* 16. §. 1. *hoc tit.* In eo §. duæ sunt species: Prima, Primum solum ex asse hæredem scripsit, tum ita legavit, nescio quo errore: *Primus et Secundus hæredes mei danto*, atqui Secundus non est hæres, Primus totum legatum debet, et illa adjectio Secundi pro supervacua habetur, et secundum eam speciem est lex *civitatibus*, §. 1. *hoc tit.* Altera species: a duobus hæredibus scriptis legavit nominatim, recte *nominatim*, nam si dixerit generaliter, *quisquis mihi hæres erit, dato*, nihil est: unus repudiavit hæreditatem, ea alteri accrescit, an præstabit totum legatum? Sic videtur. Igitur ei accrevit cum onere. Id est ex Constitutione Antonini, *l. licet hoc tit.* Ea constitutione legata relicta ab instituto sequuntur substitutum, consequenter sequuntur cohæredem. Item onera hæredis fiscum sequuntur, *l. si Titio et Mævio*, §. *Julianus, tit. prox.* Caducum autem si deficiat, vel quasi caducum, vel in causa caduci, fisco vindicatur ex lege Julia et Papia, sed cum onere. Ulpian. in *Fragm. tit.* 17. *l. quidam* §. *quoties, hoc tit.* Hodie ex jure antiquo hæredi accrescit (jure antiquo, id est, quod fuit ante legem Papiam). Igitur accrescit cum onere, sive conjunctim, sive disjuntim sint scripti hæredes. In collegatario est differentia: nam collegatario disjunctim, id est, re tantum conjuncto accrescit sine onere, quia testator videtur eos separasse, ne alter alterius onus sustineret, *d. l.* 1. §. *sin autem defic. de caduc. tollend.* At conjuncto re et verbis accrescit cum onere: ut Primo et Secundo fundum lego, si decem dederint, Secundus tota decem præstabit, Primo deficiente, *l. si quis legata* §. *ult. de condit. et demonstrat.* Obstat his scilicet, quæ de hæredibus in accrescendi jure diximus, et de caducis *l. Celsus* 29. §. *ult. inf. tit. prox.* Ex qua colligitur fideicommissum ab uno ex hæredibus nominatim relictum non deberi, si is repudiaverit: igitur repudiantis pars

ceteris non accrescit cum onere: pars enim accrescit cæterum onus non substinebit, hoc in §. pen. dicitur. De ultimo §. repetendum, portionem repudiatam accrescere cohæredi, *l.* 12. *sup.* Similiter portio, quæ habetur pro non scripta, accrescit cohæredi: sic portio, quæ alia ratione deficit, jure antiquo cohæredi accrescit, ex lege Papia cadit in fiscum, quod ita deficit, vel eripitur hæredi. Verum ea lege Papia excipiuntur liberi et parentes usque ad tertium gradum hæredes instituti, *l. unica*, §. 1. *de caduc. tollend.* Ulpianus in *Fragm. tit.* 18. igitur illi habent jus antiquum, id est, jus accrescendi, et quacunque ratione deficit, ei accrescit. Quod dicitur in *l.* 5. *de vulg. Per legem*, accipi debet de l. Papia, quod inscriptio ostendit, id ad exceptas personas tantum pertinet. Lex Papia obstat juri accrescendi. Eodem pertinet §. *ultimus legis* 26. Loquitur enim de filio instituto ex parte, qui est de exceptis personis, nec subjicitur legi Papiæ. Ait lex *ei filio partem accrescere cohæredis deficientem, sive repudietur, sive alio modo deficiat, idque sine onere legati. Et* ait, *id legatum filius jure antiquo capit*: id legatum, mixtum, scilicet, portioni hæreditatis deficienti, id est, eo jure, quod obtinuit ante legem Papiam, quod jus hodie omnibus restitutum est. Verum uterque §. *pen. et ult.* ostendit, sine onere accrescere. Sic respondeamus, ut cohæredi accrescat cum onere, id est, ex Constitutione Severi et Antonini. Celsus auctor leg. 29. fuit ante Severum et Antoninum, nempe Trajani temporibus, quo tempore etiam fuit Julianus: ideo is etiam scripsit, cohæredi accrescere sine onere in *d. l. si Titio et Mævio* §. *Julianus, tit. prox.* Verum adjecit in eo §. Ulpian. *sed post constitutionem Severi et Antonini cum onere accrescet.* Idem adjiciendum est ad Celsum, atque sic omnia conveniunt: id Accurs. aliquatenus tetigit in *l. unica*, *C. de caduc. tollend.*

Sequitur sexta, eaque ultima quæstio, *An invito accrescat.* In hac quæstione constituenda est differentia inter cohæredem et collegatarium: eandem differentiam etiam in superiori fecimus. Cohæredi generaliter invito, et ipso jure accrescit portio hæredis deficiens, id est, sive sit conjunctus, sive disjunctus, *d. l. unica* §. *in iis itaque*, *l. si quis hæres*, *l. si ex duabus* §. *ult. de acq. hæred.* Justin. hanc dat rationem, quia ejusdem hæreditatis hæres partem agnoscere, partem repudiare non potest. Justinian. non utitur alia ratione: non est igitur alia quærenda. In collegatario distinguendum est; nam collegatario disjunctim, id est, conjuncto re tantum, accrescit etiam invito, *d. l. unica* §. *si vero non omnes.* Conjuncto autem re et verbis non accrescit invito, *d. l. unica*, §. *ubi autem.* Ratio differentiæ: Re conjunctus ab initio habet solidum, concursu partem per vindicationem. Similiter conjuncti re et verbis, ab initio habent solidum, concursu tamen partes, in hoc conveniunt, Ulpianus in *Fragmentis tit. de legat.* Igitur tam re et verbis conjuncti, quam re tantum ab initio habent solidum, concursu partes. Verum in hoc est differentia, quod re tantum conjunctis expressim solidum datur, ut, *Primo illum fundum lego*, *Secundo eundem fundum lego:* ideoque deficiente Secundo, dicimus quidem primo accrescere, sed non proprie, id enim est potius non decrescere. Quare etiam fit, ut primus non possit legatum scindere, quod quidem solidum ei relictum est palam: hoc est, non poterit partem agnoscere, partem repudiare, vel totum invitus agnoscet, vel a toto recedet. Alia est ratio conjunctorum re et verbis: nam his non expressim sed tacite solidum datur, *ut Primo et Secundo fundum lego*, singulis propalam solidum non datur, sed conjuncta oratione simul in eandem rem vocantur. Verum id quidem est, ut partes non faciant nisi concursu. Verum multum interest utrum expresse dicatur, an tacite intelligatur, hac ratione, Primo deficiente, Secundus totum invitus non capiet, sed, si hoc malit, partem suam sibi habebit, partem conjuncti rejiciet. Huic rationi locus est in alia specie: si unus tantum sit legatarius, cui fundus sit legatus in solidum, hic non potest partem agnoscere, partem repudiare: si partem agnoscat, totum acquirit invitus, *l. si cui rei*, *tit. prox.* Repudiando partem nihil agit. Ergo hic unus legatarius vel totum agnoscit, vel totum repudiat. Secus si legatarius, die legati cedente, et legato nondum agnito, duos hæredes reliquerit: nam hi quidem hæredes pro singulari persona, hoc est una habentur, sed tamen singulis legatum solidum non est relictum palam, vel singulis pro solido non debetur: ideo unus ex iis potest partem suam agnoscere, alter repudiare, quod tamen non potuit defunctus, ideoque pars repudiata ab uno, non accrescit agnitæ parti, sed remanebit apud hæredem, a quo relictum fuit legatum, *l.* 38. *inf. hoc tit.* Postremo, distinguendum est inter cohæredem et collegatarium. Et ratio differentiæ. Cohæredi conjuncto et re et verbis invito accrescit, ut *Primus et Secundus hæredes sunto.* Secundo deficiente Primo invito accrescit: At collegatario conjuncto re et verbis, invito non accrescit. Ratio differentiæ: hæreditas unius hominis vicem sustinet: id est: defuncti: fieri non potest, ut unus idemque homo sit pro parte, pro parte non. Sic fieri non potest, ut hæreditas, quæ personæ est imago, vel hæres sit pro parte, id est, hæreditas non potest pro parte vacare. Ideoque recte in *d. l. unica* §. *in his itaque*, ait, *Ejusdem hæreditatis.* Sic in *l.* 2. *sup. de acquir. hæred.* in ejusdem

hæreditate. At in legato alia est inspectio; nam legatum non est nomen juris non sustinet personam defuncti, ideoque nihil vetat scindi, nisi totum sit palam adscriptum: nam uti est adscriptum, ita agnosci vel repudiari debet: repudiatio cum datione congruere debet.

Ad L. XVII. et XVIII.

L. XVII. *Qui filiabus legavit, si mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecit, videtur in filiarum legato et de posthuma sensisse.*

§. 1. *Si quis ita legaverit*, si qua filia mihi genitur, ei hæres meus centum dato, *pluribus natis videtur singulis tantumdem legasse. Quod ita accipiendum est: nisi evidens sit contraria sententia testatoris.*

§. 2. *Si uni ex hæredibus fuerit legatum, hoc deberi ei officio judicis familiæ erciscundæ, manifestum. Sed etsi abstinuerit se hæreditate, consequi eum hoc legatum posse, constat.*

L. XVIII. *Et quidem totum legatum petere potest, quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset.*

Filiarum appellatione etiam posthumæ continentur, *l. nomen, de verbor. signif. l.* 5. *de testam. tut.* At legatum *filiabus*, non statim et posthumæ relictum videtur, nisi liquido appareat, testatorem etiam de posthuma sensisse, *l.* 5. §. *ult. sup.* Videtur autem testator sensisse de posthuma si aliqua parte testamenti posthumæ mentionem fecit, non aliter. Ratio diversitatis est ex jure antiquo, ut recte notavit Alciatus *lib.* 8. *Parerg.* Differentia est inter posthumum et posthumam. Posthumus exhæredari debet nominatim, alioquin præteritus rumpit testamentum. Posthuma autem etiam exhæredari potest inter ceteros, cum adjectione tamen legati, §. *posthumi, de exhæred. liber. l. ult.* §. *ult. C. de lib. præter.* Ulpian. *in Fragm. tit.* 22. Inter ceteros igitur videtur exhæredata, id est, si dixerit, *ceteri exhæredes sunto*, quæ erat vulgaris clausula: nam ea institutione perfecta, adjiciebatur; continebantur in ea liberi, cognati, amici, *l. Lucius, de hæred. instit.* Legatum illud posthumæ debuit relinqui nominatim, ut *posthumæ, si qua mihi nascatur, lego.* Nam si relinquatur sub generali appellatione filiarum, non statim pertinet ad posthumam, nisi testator posthumæ aliqua parte testamenti mentionem fecerit. Sic etiam est accipiendus §. 1. *h. l.* ubi testator ita legavit: *filiæ posthumæ lego* 100. Plures natæ sunt posthumæ, quid fiet? tantundem singulis legasse videtur. Igitur illæ omnes posthumæ videbuntur exhæredatæ, quia legata singulæ capiunt. Similiter si libertas, quæ quidem etiam nominatim relinquenda erat ex lege Fusia Caninia. Paul. 4. *Sentent. in fin.* At finge: Libertas relicta est ei qui erat in utero ancillæ singulari numero; pluribus natis videtur omnibus data libertas, *l. cum inter, C. de fideicommiss. lib.* Ait, *singulis tantundem legatum.* Igitur legatum multiplex, et non una 100. debentur omnibus, sed singulis sua 100. Obstat *l. utrum, inf. de reb. dub.* legatum est relictum Titio et posthumo: plures nati sunt: omnes concurrunt in eandem rem cum Titio. Igitur non multiplicatur legatum: aliud est, si dixerit *posthumo* 100. *lego:* tunc enim, pluribus natis, singulis 100. debentur: longe aliud est, *Titio et posthumo lego* 100. nam tunc, pluribus natis, omnes cum Titio in eandem rem vocantur. Hoc efficit conjunctio illa, et comparatio Titii cum posthumo. Quæstio §. *ultimi* hæc est, de legato hæredi relicto huc multæ quæstiones pertinent. Sic in primis statuendum: uni ex hæredibus legatum posse relinqui a cohærede, id est, ex persona cohæredis, ita ut is cohæres illud onus solus sustineat. Potest etiam uni ex hæredibus a cohærede legari, non tantum per præceptionem, sed etiam per damnationem, vindicationem, sinendi modum, *l.* 1. §. *si quis ex mortis, quor. legator. l. ab omnibus* §. *si Attio, hoc tit.* Igitur errant, qui accipiunt hæc de legato per præceptionem: legatur autem utiliter a cohærede: a semetipso hæredi legatum dari vel adimi non potest, quia ipse sibi debere non potest, a seipso vindicare non potest. Ille quidem, qui legat uni ex hæredibus, vult ut legatum et a cohærede et a semetipso accipiat, sed ratio juris resistit, *l. eum qui, in fi. de his quæ ut indign.* quia sicut fieri non potest, ut idem sit debitor et creditor: ita nec idem esse potest hæres et legatarius, id est, ut ipse sibi debeat: at hæres hæredi legatum debere potest. Et sic est, etiamsi testator dicat expressim, *hæredi a seipso lego, vel dari jubeo:* legatum dicemus esse inutile ex ipsius persona, non tamen ex persona cohæredis: hic error non omnino vitiat, *l. Titia* 1. §. 1. *lib.* 2. ubi ponit exemplum fideicommissi: nam legatum quibusvis verbis relinqui non potest: παρ' ἑαυτοῦ. Igitur si hæredi sit legatum, ex persona cohæredis valet: ex sua parte non valet: ut duo sunt hæredes scripti ex æquo. Primo legatus est fundus: semissem, quem in eo fundo habet Secundus, Primus capiet jure legati: igitur pro eo semisse utile est legatum: alterum semissem Primus a seipso non potest accipere jure legati. Itaque eum jure hæreditario retinet, si conjunctum non habeat. Sic habebit semissem jure legati, alterum hæreditario jure. Hinc fit ut semis ille, quem capit jure hæreditario, imputetur in Falcidiam, alter, quem capit ex legato

non imputetur, *l. in quartam, ad l. Falcid.* Igitur hæredi a semetipso legari non potest.

Opponitur primo, servus cum libertate hæres scriptus, a semetipso libertatem accipit, etiamsi ex parte hæres institutus sit, *l. ex parte* 58. *de acquir. hæred. l.* 6. §. *ult. de hæred. instit.* Igitur cur etiam legatum non relinquetur hæredi a semetipso? Sic dicendum: legatum dari non potest cuiquam a semetipso: libertas etiam proprie non datur a semetipso; sed servus, qui instituit cum libertate, simul et hæreditatem et libertatem a semetipso accipit, idque fit necessario hæreditatis obtinendæ causa, alioquin nunquam posset hæres institui: libertas etiam non potest adimi a semetipso: ut si scriptus sit liber et hæres, deinde eodem testamento adimatur non valet, *l. si ita scriptum* §. *regula, de liber. et posthum.* Oppon. etiam lex *si Attio, de usufr. accresc.* hæredi a semetipso inutiliter legari dixi: ibi species proponitur, *Titio et hæredibus meis usumfructum lego.* Titius dimidium habebit, hæredes dimidium. Igitur hæredibus a seipsis legatum relictum valet. Non est dicendum in ea lege certis hæredibus fuisse legatum relictum ab aliis quibusdam hæredibus: nam omnibus fuit relictum. Igitur non supersunt hæredes, ex quorum persona legatum valere possit: nec etiam dicendum, a legatario legatum hæredibus esse, *l. plane* §. *si duobus hoc tit.* Nam a legatario neque hæredi, nec alii cuilibet legari potuit, *tit. de singul. reb. per fideicommiss. relict.* Sed dicendum in ea specie, omnibus hæredibus fuisse legatum et Attio: et invicem hæredes legato obligari; sicut si non adscripto Titio dixisset, hæredibus meis fundum lego, sibi videretur alter alteri invicem ejus legati nomine obligari, *d. l. ab omnibus*, §. *si Attio.* Sciendum etiam, interdum testatorem hæredibus legare cum alio quodam, non eo animo, ut sint legatarii, ut cum scripsit filios solos hæredes, et ita legavit: *matri usumfructum lego, cum filiis suis hæredibus meis*, non videtur invicem fecisse legatarios, sed voluit ostendere, quemadmodum vellet matrem frui, ita scilicet ut haberet filios secum fruentes, *l. si mulieri, de usufr. accresc.* Ad hunc tractatum, sicut et ad tractatum de jure accrescendi pertinent *l. plane* §. *si duobus, et l. legatum* 116. §. 1. *inf. hoc tit.* Species §. 1. hæc est. Duos hæredes scripsi ex æquis partibus. Primum et Secundum, uni, puta, Primo et duobus extraneis conjunctim fundum legavi: ex parte Primi in Primo non consistit legatum, at in extraneis legatum consistit ex parte tam Primi quam Secundi, quomodo fiet divisio? Primum quidem semis, quem Secundus habet in eo fundo, dividetur in tres partes, quæ dabuntur extraneis: hæ efficiunt bessem semissis, totius autem trientem: tertia pars dabitur Primo cohæredi, ea est tertia semissis, totius autem sexta, id est, semissis triens, totius sextans. Semis autem Primi non dividitur in tres partes, quia Primus in eo non potest habere partem jure legati, sed integer semis dabitur duobus extraneis: nam pars Primi inutiliter relicta, et pro non scripta habetur, et accrescit ceteris collegatariis, scilicet extraneis: et hoc si vindicationis genere legatum sit. Et lex *legatum* §. 1. nominatim loquitur de vindicatione: nam si damnationis genere legatum sit, non accrescet ceteris, *l. ult.* §. *Sejo, inf. tit. prox.* ubi est legatum per damnationem. Tribonianus substulit semper hæc verba per vindicationem, per damnationem, verum effectum rei non substulit. Itaque multa sunt in libris de legatis, quæ non possunt sine hac differentia explicari. Hujus rei est vestigium in *l.* 1. §. *si quis ex mortis, quor. legator. et l. Stichus servus meus, de manumiss. test.* Illa l. est intelligenda de legato vindicationis, idque Græci notant recte 48. Basilic. in specie igitur leg. *legatum*, fundus ita dividetur, ut extranei habeant dextantem, id est, decem uncias, Primus sextantem. In §. *si duobus*, ut appareat legatum relictum cohæredi, non valere, nisi ex parte cohæredis, utitur hoc exemplo. Duo sunt instituti, Primus ex uncia, Secundus ex undecim unciis. eis legatus est fundus. Alter ab altero vice mutua legatum accipiet: Primus quidem a Secundo accipiet undecim uncias: Secundus vicissim a Primo accipiet unciam, quam solam in eo fundo Primus habet: sic fiet ut hæres unciarius in eo fundo habeat deuncem, is autem, qui est hæres ex deunce, habebit unciam tantum. Igitur non habebunt in eo fundo æquales partes. Verum objiciunt leg. *servus*, §. *ult. eodem*: ait si hæredibus sit legatus fundus, viriles, id est, æquales partes fient. Utendum est distinctione: aut duo hæredes tantum scripti sunt ex inæqualibus partibus, et eis legatus fundus: et tunc ex inæqualibus partibus vice mutua præstant legatum, *d.* §. *si duobus.* Aut plures sunt instituti ex inæqualibus partibus, et duobus est legatus fundus: tunc ceteri hæredes, qui legatum præstant, id præstant ex inæqualibus partibus, et illi duo, quibus legatum est datum, dividunt id inter se pro virilibus partibus, non pro suis partibus hæreditariis. Est etiam in §. *si duobus* hæc species: fundus legatus est duobus extraneis Primo, et Secundo, et legatus est ab uno ex hæredibus, puta Titio. Legatum est utile. Verum postea Titio, a quo est relictum illud legatum, unus ex legatariis, id est Primus hæres extitit: pro parte Primi videtur extinctum legatum, qui idem cœpit esse hæres et legatarius, quia res in eum casum venit, a quo non potest incipere. Quæritur, an pars Primi

accrescat Secundo collegatario? Minime vero. Primus partem faciet Secundo, eamque partem retinebit quasi legatum, quamvis hæredi hæres extiterit, quia scilicet illud legatum semel ab initio constitit utiliter, nec semper vitiantur ea, quæ ab initio constiterunt, licet casus inciderit a quo incipere non poterant, *l. in ambiguis* §. 1. *de regul. jur.* Ad eam legem multa dantur exempla; hoc etiam exemplum addendum est ex §. *si duobus.* Summa: certa re legata uni ex duobus hæredibus, eum partem unam duntaxat capere jure legati, a cohærede scilicet, partem alteram retinere jure hæreditario, si conjunctum non habeat, vel eam accrescere conjuncto: interdum autem idem ille, et totam rem omni ex parte capit jure legati, §. *ult. leg.* 17. *et l. prox.* Proponitur, legatum relictum uni ex hæredibus præstari officio judicis familiæ erciscundæ, quod obtinet etiam in fideicommisso, *l. si qua, C. famil. ercisc.* Idem in quolibet genere legati, non solum præceptionis legato: præstatur autem cohæredi pro parte cohæredis; nam ex sua parte inutile est. Igitur totam rem non capit jure legati: voluit quidem testator ut totum caperetur jure legati: sed ratio juris obstat, quoniam si constituamus ex ejus quoque parte legatum valere, idem erit debitor, et creditor. Verum hæc ratio juris interdum cessat, et tunc totam rem capit jure legati ex voluntate defuncti, ut si hæreditatem repudiaverit, vel etiam si abstinuerit, et ideo tunc integrum legatum petit, *l. quæsitum* §. *duobus, hoc tit.* Quomodo cessat ratio juris? Quia repudiata hæreditate, non est amplius hæres, sed legatarius tantum. Item, si hæreditas ei fuerit ablata tanquam indigno, tunc totam rem legatam petet, *l. eum qui* §. *ult. de his quæ ut ind gn.* Obstat *l. miles* §. 1. *tit. prox.* Ait, uni ex hæredibus legatum fuisse relictum, et eum decessisse deliberantem ante aditam hæreditatem. Ait, ejus hæredes hæreditatem quidem non habituros; sed legatum petent ejus hæredes, non totum sed pro parte cohæredum tantum: pars hæreditaria ad substitutos pertinebit. Accurs. in illo loco et hac l. 18. omnino male: sed recte in *l. filia, hoc tit.* Ita distinguendum: aut ille hæres, cui est legatum, vivus desiit esse hæres, scilicet repudiatione, et tunc integrum legatum acquirit, et transmittit. Aut dum deliberat, decessit, et tunc non transmittit nisi partem legati, quæ consistit ex persona cohæredum, quia cum decessit, nondum in eo fuit res ut totum legatum ad eum pertineret, reliqua pars pertinet ad substitutos. Postremo oppon. *l. ult.* §. *ult. et l. apud.* §. *si quis ex uncia, de except. doli.* Colligunt ex eo, eum, qui omisit hæreditatem, legatum etiam, non habiturum. Sed hoc ideo, quia utrumque videtur relictum sub eadem conditione, scilicet, *si parem rationem fecerint*, id est, si apocham fecerint. Sic in *l. qui filium, de manumiss. testam. parem rationem adscripsit*, id est, ἀπόδειξιν, apocham fecit: sic igitur utrumque sub hac conditione relictum fuit: itaque neutrum sine altero debetur: vel si accepit pretium hæreditatis ut eam omitteret, non habebit legatum, quia testator voluit, ut alterutro esset contentus.

Ad L. XIX.

Legata inutiliter data Papinian. putat lib. quæst. confirmari per repetitionem, id est, per hanc scripturam postea forte in codicillis factam: hoc amplius ei hæres meus dato: *et diversum esse in illa scriptura.* Quas pecunias legavi, quibus dies adpositus non est, annua, bima, trima die hæres meus dare damnas esto. *Non enim hoc egisse testatorem ut confirmaret, quæ inutilia sunt, sed ut diem utilibus prorogaret.*

§. 1. *Idem eodem loco, et in substituto impuberis scripsit, ut si fuerit ab impubere inutiliter legatum, substitutus hoc debeat, si hoc amplius legatum ab eo sit relictum aliquid, nec ille patri hæres exstiterit, et decesserit.*

§. 2. *In legato pluribus relicto, si partes adjectæ non sunt, æquæ servantur.*

Initio legis proponitur: *legata inutiliter data, per repetitionem confirmari.* Videndum quemadmodum fiat ea repetitio. Et quidem si is, qui Titio legavit fundum, subjiciat *hoc amplius, quam quod Titio legavi, hæres meus* 10. *dato.* His verbis: *Hoc amplius*, repetit legatum fundi, *l. si pure tibi; lib.* 3. ut Titius populo tria millia dedit, hoc amplius Sejo θυσίαν, id est, viscerationem: idem in legatis, si Primo legatur fundus, et hoc amplius Secundo 10. *l.* 13. *ejusdem tit. lib.* 3. Et non refert dicat *hoc amplius*, sive, *amplius quam l. qui ita, de dot. præleg.* nec interest sive *amplius* præcedat, sive sequatur, ut Secundo hoc amplius dato, *d. l. si pure tibi.* Verum hac in re cum dictis legibus omnino pugnat *l. si servus legatus* §. *si ita scriptum, h. tit.* Ita dixit testator, Primo fundum dato; hoc amplius Secundo 10. L. 13. ait, legatum fundi in personam Secundi repetitum videri, et ideo Secundum habiturum et partem fundi et 10. Altera lex negat, et eum non dicit habiturum nisi 10. Primum vero integrum fundum habiturum. Et utraque lex, non esse dubitandum ait. Sic statuendum: in eadem persona hæc verba: *Hoc amplius*, facile repetitionem inducunt, *vel hoc amplius quam quod Titio legavi, ei* 10. *dato*: superius legatum repetitum videtur, *d. l. si pure tibi, et l.* 19. *et d. l. qui ita.* Item si dixerit præter id, quod

Titio legavi, *l. Sejo* §. *uxori*, *de annuis legat.* Hoc in eadem persona. In diversis personis non tam facile repetitionem inducimus: nam si conjuncta scriptura Primo legetur fundus; et hoc amplius Secundo 10 dicimus legatum fundi repetitum videri, et Secundum in fundo partem habiturum. Ita accipio leg. 15. et leg. *si tibi pure*. Et vero conjunctionem scripturæ hoc facere ostendit *l. ult. inf. de rebus dub.* Aliud igitur dicemus, si separatim Primo legetur fundus, et postea hoc amplius Secundo 10. Nam tunc non dicemus eandem rem rursus legatam, sed illis verbis priori legato aliud legatum adjectum, atque ita amplius oneratum hæredem, nec temere hoc casu repetitionem inducendam. Sic est accipiendus §. *si ita scriptum.* Hæc de modo repetendi legati. Sententia legis est, legata inutiliter data, per repetitionem confirmari. Hoc videtur pugnare cum regula Catoniana, quæ legata ab initio inutilia, postea non confirmari ait. Igitur ut intelligamus quemadmodum sententia hujus legis accipienda sit, exempla apponenda sunt, tum et ejus sententiæ ratio reddenda. Exempla: res aliena per damnationem potuit legari, per vindicationem non item ante Justinianum, *l. Stichus servus meus*, *sup. de manumiss. testam.* Finge; legavi Titio rem alienam per vindicationem: legatum est inutile. Scripsi tunc *hoc amplius quam quod Titio legavi*, hæres meus ei 10. dare damnas esto: hæc repetitio fit per damnationem, et superius legatum confirmat. Item servo hæredis pure inutiliter legatur, sub conditione, vel in diem, utiliter. Finge: pure legavit servo hæredis, inutile est legatum ab initio. Verum mox scripsit, hoc amplius quam quod Sticho legavi, *si navis ex Asia venerit*, *ei decem lego.* Hæc repetitio superius legatum quod erat purum, facit conditionale, atque adeo utile, *d. l. si pure tibi*, *in pr.* Legata igitur ab initio inutilia per repetitionem confirmantur. Et huic locus est: etiamsi repetitio in codicillis fiat, ut, *hoc amplius quam quod in testamento legavi*, *si navis ex Asia venerit*, *Sticho decem lego.* Nec tantum, si repetitio fiat in testamento principali, sed et si fiat in pupillari testamento. Species: pater in principali testamento pupillum hæredem instituit, ab eo legavit pure fundum Sticho pupilli servo castrensi et proprio: inutile est legatum. Postea vero pupillare testamentum, id est, pupillarem substitutionem his verbis fecit: *si filius intra pubertatem decesserit*, *Titius hæres esto*; adjecit: *hoc amplius quam quod Sticho legavi in principali testamento Titius illi decem dato*: atque a substituto repetiit legatum, quod ab instituto reliquerat Sticho in primis tabulis, et quod purum erat legatum, fecit conditionale: nam huic legato inest conditio substitutionis, si filius intra pubertatem decesserit, *l. si fundum sub conditione* §. *ult. hoc tit.* Quod igitur ex institutione inutile est legatum, ex substitutione valet. At hæc substitutio duos casus continet: unus, si filius hæres non exstiterit, quod tacite intelligitur. Alter, si intra pubertatem decesserit, *l. jam hoc jure sup. de vulg. substit.* Omnis substitutio facta pupillo, continet hos duos casus. Substituto locus est, sive filius hæres non extiterit, sive exstiterit, et intra pubertatem decesserit. Verum secundo casu, puta, *si intra pubertatem decesserit*, illud legatum fundi, quod Sticho relictum est, substitutus non debet ex repetitione, sed ex persona pupilli instituti, quoniam pupillus hæres exstitit patri; quinimo, pupillo hærede existente, ea repetitio non valet, quoniam hæc est mens defuncti repetentis legatum, ut semel duntaxat debeatur, vel ex primis tabulis, pupillo hærede existente, vel ex secundis, pupillo non existente hærede; *l. servus alienus* §. *si quis a primo*, *h. tit.* Si igitur illud legatum sit relictum inutiliter a pupillo, et is hæres exstiterit, non præstabitur a substituto, quoniam repetitio tum non valet. At aliud primo casu, ut si pupillus hæres non extiterit, ibi substitutus legatum debet ex sua persona, et suo nomine, et utile est legatum propter conditionem substitutioni adjectam, licet ex principali testamentum fuerit inutile. Verum necesse erit filium decedere intra pubertatem, *d. l. si fundus sub conditione* §. *ult.* Igitur in proposito, ut valeat legatum Sticho relictum, et a substituto repetitum, duo exigimus, ut pupillus hæres non extiterit, et decesserit intra pubertatem. Hoc est quod dicit lex. Recte autem legitur, *et decesserit*, non *aut decesserit*, ut Haloander putat. Videamus rationem sententiæ: Repetitio confirmat inutilia legata, quia in legatis initium spectamus, id est, tempus quo relinquuntur: quæ ab initio sunt inutilia, post non confirmantur. Verum initium non utique statim id esse censemus, quo primum data sunt legata, sed quo sunt repetita, sive eodem testamento, sive codicillis: nam codicilli pars sunt testamenti. Idemque, si repetita sint in pupillaribus tabulis, quia et illæ principalium pars sunt, *leg. pen. sup. quemadm. testam. aper.* Nil prohibet priorem scripturam iteratione emendari, *l. nihil prohibet*, *de adim. legat.* Igitur nunc primum videntur dari legata, cum repetuntur: hac ratione fit, ut legata, ab initio utiliter data repetitione infirmentur: sic ea vis est repetitionis ut confirmet, vel infirmet: ea vis non est vulgaris clausulæ, quæ pura legata profert in diem; de qua *l.* 12. *sup.* Verum hæc clausula non confirmat inutilia legata, quoniam hæc diei prolatio non est repetitio legati. Ideoque si servo hæredis pure, et sic inutiliter legetur, atque proferatur

dies legatorum, nihilominus est inutile legatum, quia in tio suum vitium habuit, quod repetitione non purgatur. Denique vulgaris clausula paris legatis utilibus diem adjicit, inutilibus non item.

L. 20. explicata est in l. 15.

Ad L. XXI. et XXII.

L. XXI. Grege legato, et quæ postea accedunt ad legatarium pertinent.

L. XXII. Si grege legato aliqua pecora, vivo testatore, mortua essent, in eorumque locum aliqua essent substituta, eundem gregem videri. Et si diminutum ex eo grege pecus esset, et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desisset esse, quemadmodum insula legata, si combusta esset, area possit vindicari.

Tractatur de legato gregis: augetur illud accessione capitum, l. 12. minuitur morte veterum, et si grex ad unum, verbi gratia, bovem redierit, ille bos vindicari poterit, quamvis desierit esse grex, *l.* 22. unus bos gregem non facit, quamvis unus bos abigeam faciat *l. ult. de abig.* At ovium vel porcorum abigeus non fit, nisi qui gregem abigit, *d. l. ult.* Quod in hac lege dicitur, idem de fundo, *sup.* in *l.* 8. fundi legatum minui, et augeri potest, idem de domo, in *fin. l.* 22. domus legatum augetur adjectis columnis, §. *ædibus*, *Inst. de legat.* Minuitur, si domus combusta sit, et area duntaxat supersit; nam in ea area consistit legatum, quamvis domus esse desiit. Si testator, qui domum legavit, sua sponte domum destruat, tunc ne area quidem debebitur, quia videtur mutasse animam, *l. si ita legatum* §. *ult. h. t.* At si domus casu aliquo combusta sit, in area legatum consistet, quia testator nihil fecit, quod præbeat argumentum mutatæ voluntatis. Et ideo in area consistit legatum, quamvis verum sit jam domum non esse. Aliud est si legetur ususfructus gregis: nam si grex redierit ad unum bovem, nihil debetur, quia desiit esse grex, *l. ult. sup. quib. mod. ususfr. amitt.* Similiter, si legetur ususfr. domus, ea combusta, nec areæ ususf. debetur quia desiit esse domus, *l. repeti*, §. *rei mutatio*, *sup. quibus mod. ususfr. amitt. l. qui usumfr. in princ. de usufr.* Multum interest inter proprietatem, et usumfructum. Si ego sum proprietarius, re mutata non desino esse proprietarius: si sum fructuarius, re mutata, desino esse fructuarius. Si mihi debetur proprietas, re mutata, nihilominus proprietas debetur: si ususfructus, re mutata nihil debetur. Ususfruct. est jus quod consistit in certo corpore, et certa rei substantia. Proprietas non cohæret certo corpori, id est, certæ rei formæ, quia et forma mutata manet. Denique ususfr. facilius amittitur, quam proprietas: strictius est jus ususfructus, quam proprietatis. Inde aliæ differentiæ: legato usufructu areæ, et ei imposito ædificio, nihil debetur, quia mutata est rei forma, quia jam est domus, *d. l. repeti* §. *ult.* Verum area legata, et ei imposito ædificio, legatario utrumque debetur, et solum et superficies, *l. si area* 1. *tit. prox. l. servum filii* §. *si areæ h. t.* Hoc casu superficies cedit proprietati areæ, non fructui, et ideo legatario non tantum solum, sed et superficies debetur: nam nec videtur perisse area, et est pars domus nunc. Verum obstat *l. si chorus* §. *ult. lib.* 3. Lex ait, si area legata sit, et postea inædificata, nihil posse peti, sed si rursus facta sit area, peti poterit. Verum quamdiu ædificium manet, quod post testamentum impositum est, nihil peti potest. Breviter dicendum, eam legem esse Celsi, qui hac in re dissensit ab aliis, ut et in specie §. *ult. d. l. chorus.* Species: servus est legatus, deinde manumissus non debetur: sed si rursus fiat servus ejusdem, convalescet legatum, hac in re dissensit Celsus. Sic scribit Paulus in *l. qui res*, §. *area, de solut.* Cum ait ibi, Celsum dissentire, intelligit *dict. l. si chorus.* Sunt qui ad hoc conciliandum statuunt differentiam inter legatum et stipulationem; verum nullam statuendam esse ostendit *l. si servus legatus*, §. *ult. de adimen. legat.* Alia differentia est de quadriga, id est, junctura quatuor equorum: si quadrigæ sit ususfr. legatus, uno ex equis mortuo, nihil debetur, quia non est quadriga, *l. quid tamen*, §. *ult. quib. mod. ususfr. amitt.* Verum quadriga legata, uno mortuo superstites debentur; nisi mortuus sit equus ille, qui quadrigam demonstrabat, *l. peculium* §. *quadriga*, *tit. prox.* Græci καλλιστεύων ἐν αὐτοῖς, is ex quo maxime quadriga dependet. At si alius equus exstinctus sit, significat reliquos deberi. Igitur etiam hac in re distat ususfructus legatum a proprietatis legato. Videamus, an etiam in eo differentia sit: legato usufructu bovis, eo mortuo, λείψανα, id est, corium et caro non debentur, *l. quid ergo*, §. *si hæres*, *hoc tit.* quia jam non est bos, salva non est rei substantia, *l. pen. quib. mod. ususfr. amitt.* Igitur consequitur ex superioribus dicendum, legato bove deberi λείψανα. Idque etiam significare videtur *l. si servus*, §. *bove*, *de condict. furt.* Mortuo bove, corium, quod superest, meum est, itaque vindicari potest, vel furi condici. Cur igitur, si mihi sit legatus bos, et mortuus fuerit, non potero corium vindicare? Verum aliter omnino scriptum est in *l. mortuo*, *in princ. tit. prox.* Mortuo bove nec caro, nec corium debetur: id tamen videtur falsum: falsa etiam videtur esse ratio Græcorum *lib.* 44 *Basi-*

licon, tit. 2. Dant hanc rationem; τελευτήσας γὰρ ἔτι ὅ τί ἐστι βοῦς. Illa ratione uti possumus in usufructu, non in proprietate legata. Sic grex, qui ad unum bovem recidit, non est grex, tamen bos debetur grege legato, etiamsi ad unum bovem redierit, ille debetur, quia etiamsi grex esse desierit, tamen qui superstes est bos, pars quædam est gregis. Similiter domo legata, ac deinde combusta, area debetur, quia licet domus esse desierit, tamen area, quæ superest, pars est domus, et quidem maxima, *l. qui res*, §. *aream*, *de solut.* Area autem legata et post inædificata, tota domus debetur, quia eadem area manet, licet ei accesserit superficies. Similiter quadriga legata et uno ex equis mortuo, reliqui debentur, quia pars sunt quadrigæ. At legato bove et eo post mortuo, nihil debetur, quia bos vivus legatus est, ejus vero viva pars nulla superest. Igitur nihil debetur. Caro et corium nihil est, nisi bos mortuus. At non legavit bovem sive vivum, sive mortuum, sed vivum duntaxat, eumque solum legatarius potest petere. Græci *l.* 44. *Basilic. tit.* 2. *c.* 48. τελευτήσας γὰρ ουκ' ἔςι ἐστι βοῦς, ἔτι δέ ζῶντα καὶ τελευτῶντα τὸν βοῦν οὐ δύναται ἀπαιτειν, καὶ λαμβάνειν ὁ λεγατάριος, id est, *quia qui mortuus est, jam non est bos, non potest autem legatarius et vivum et mortuum bovem petere, et accipere*: vivo contentus esse debet, vivi nihil superest: nulla actione de bove mortuo agi potest, nisi bos interierit post acquisitionem legati, *l. solum*, §. 1. *de rei vind. l. si servus*, §. *bove*, *de condict. furt.* Qui vivus meus est, et mortuus meus est: ait; qui vivus mihi debetur, mortuus non debetur, nisi interierit post moram debitoris.

Ad L. XXIII.

Si quis bonorum partem legaverit, ut hodie fit, sine fructibus restituitur, nisi mora intercesserit hæredis.

Lex vicesima tertia est de legata parte bonorum. Olim singulæ tantum res poterant legari, fideicommissa etiam universarum rerum. Singulis rebus legatis, non debentur fructus percepti, vivo testatore, vel mortuo ante moram, *l. ult. C. de fruct. legat. l. cum servus*, §. *fructus*, *hoc tit.* Obtinuit post etiam legatum universarum rerum esse posse. Ait lex, *ubi hodie fit*: nec enim fiebat olim. Supra *l.* 15. *in princ.* dixi, ibi interesse, utrum dixerit hæreditatis, an bonorum partem: nam si dixerit bonorum, deducuntur onera. Si dixerit hæreditatis, non deducuntur onera, nisi quid forte ipse defunctus debuerit hæredi, *l. ab omnibus*, §. *ult. hoc tit.* At quod ad fructus attinet, nihil interest: nam fructus non debentur nisi ex mora, *l. deducta*, §. *pen. inf. ad Trebell. l. quod his verbis*, *lib.* 3. Nec obstat *l.* 3. §. *nunquam de usur.* Nam in ea lege fructus debentur ante moram percepti jure voluntatis: quia ea fuit voluntas defuncti. Nec etiam obstat. *l. Ballista, ad Trebellian.* Nam in ea specie fructus debentur etiam ex voluntate defuncti: quia hæreditatem noluit restitui ex fideicommisso, sed ex cautione conventionali ab hærede præstita, quæ quidem cautio recipit semper incrementum fructuum, *l. pecuniæ*, §. 1. *inf. de verbor. signific.* Verum quid debetur, cum est pars bonorum legata? Utrum æstimatio partis, an vero pars ipsa rerum hæreditariarum? De hac re alii dicebant æstimationem deberi, alii res ipsas, *l.* 26. §. *ult. inf.* Sed magis placuit, ut hoc totum relinqueretur arbitrio hæredis: hæres ambigui est interpres, nisi quædam sint res, quæ dividi non possunt, ut mancipia, aut non sine damno; tunc enim necessario æstimatio præstatur. Notandum ex *l.* 27. hunc legatarium, cui est pars bonorum legata, non accipere ex singulis rebus partem: nam hoc fortasse vix erit usui, sed potest hæres, consentiente legatario, vel judice auctore, illam partem præstare in re una, atque ita singulæ res hæreditariæ divisionem non patientur.

Ad L. XXIV.

Quod in rerum natura adhuc non sit, legari posse, veluti, quidquid illa ancilla peperisset, *constitit; vel ita*, ex vino, quod in fundo meo natum est, vel fœtus tantum dato.

Initio legis ostenditur, *legari posse id quod nondum est in rerum natura*, ut fructus futuri, aut fœtus. Verum poterant quidem legari per damnationem, sed non per vindicationem. Cajus in 2. *Instit. tit. de legat.* Ideoque in *l.* 1. *in fin. de cond. et demonstrat. et hac lege*, ponuntur legati per damnationem. Hodie ex Constitutione Justiniani, quoquo modo potest legari.

Ad §. 1. *Si usumfructum.*

§. 1. *Si usumfructum habeam, eumque legaverim, nisi postea proprietatem ejus nactus sim, inutile legatum est.*

Præterea in §. 1. dominus recte legat usumfructum, usufructuarius non recte, quia ususfructus finitur morte, nec transmitti potest in alium. Igitur frustra legatur. Objicitur. At potuit rem alienam legare. Fateor: verum usumfructum non legat, ut alienum, sed ut suum errore juris, quasi sibi liceat id facere. Verum si post testamentum acquisierit proprietatem, legatum convalescit, quia factus est dominus. Obstat regula Catoniana. Accurs. recte

regulam Catonianam pertinere ad ea tantum legata, quæ cedunt a morte, non ad ea quæ cedunt ab aditione, ut legatum ususfructus : tale est legatum usus, habitationis, libertatis. Igitur etiam ad libertates non pertinet, nec etiam pertinet ad ea, quæ cedunt a conditione. Eadem ratione non pertinet ad ea quæ cedebant ex apertis tabulis, secundum legem Juliam et Papiam, nec pertinet ad novas leges, *l. ult. de reg. Caton. l. qui solvendo non erat* 42. *de hæred. instit.*

§. *Si quis post*, explicuimus in *l.* 8.

Ad §. 2. *Si navem.*

§. 2. *Si navem legavero, et specialiter meam adscripsero, eamque per partes totam refecero, carina eadem manente, nihilominus recte a legatario vindicaretur.*

Quidam legavit navem, et nominatim dixit *meam*. Hoc verbum demonstrat præsens tempus, id est, testamenti, *l. si ita legatum, de aur. et arg. leg.* Post testamentum eam navem reficit particulatim. Quæritur, an possit peti? Dubitatur, quia non videtur esse ea navis, quæ erat tempore testamenti : verum placet eandem esse navem, *l. proponebatur, sup. de jud. Modo eadem*, ait, *carina maneat :* navis carinæ causam sequitur, *l. Minitius, sup. de rei vindic.* Ea lex pugnat una in parte cum aliis. Quidam suam navem refecit ex aliena materia. Navis est ædificantis secundum Proculianorum sententiam §. *cum ex aliena, de rerum divis.* Ait lex *Minitius*, eam esse domini materiæ quia scilicet Minitius et Julianus fuerunt Sabiniani: Minitius fuit tempore Trajani, *l. ult. de fer.* Aliud autem est in specie §. *ult.* si navis tota dissoluta est inutile est legatum, nec convalescit, si post alia navis reficiatur, *l. lana, lib.* 3. Idem in domo : domus est legata et refecta tota per partes, manet legata destructa tota, destruitur etiam legatum, nec restituitur legatum, domo restituta, *l. si ita legatum* §. *ult. h. t.*

Ad L. XXV.

A filio hærede etiam pure patri legari potest. Nec interest, an die cedente legati in patris potestate sit. Igitur et si jussu patris adita sit hæreditas, imputabitur ei in Falcidiam.

Duæ quæstiones hic sunt ex *l.* 25. *et* 26. de lege Falcid. et constituendæ sunt duæ regulæ. Prima: *Filiofam. patre hærede instituto pure inutiliter legari.* Altera : *Patri a filiofamil. hærede instituto etiam pure utiliter legari.* Idem in domino et servo, §. *an servo, de legat. l. quæsitum, in princ. h. tit. l. cum legato in fi. quando dies legat. ced.* Ulpian. in *Fragm. tit. de legat.* Ei, cujus in potestate est hæres scriptus, legari non potest. Tollenda hinc est negatio : nam legari ei potest. At ei, qui est in potestate hæredis scripti, legari non potest. Ratio diversitatis ex *d.* §. *an servo*, filiofamil. a patre legari non potest, quia ratio juris non patitur, ut idem sit hæres et legatarius : quia statim hæredi per filium legatum acquiretur, et sic in eandem personam concurret legatum et hæreditas: et quamvis, die legati cedente, filius non sit in potestate patris, tamen legatum non confirmatur propter regulam Catonianam : fuit enim ab initio inutile. Hac igitur ratione filiofam. a patre pure inutiliter legatur : at patri a filiofam. legari potest, quia hoc casu idem et legatarius et hæres statim non est : nam filius est hæres scriptus, pater est legatarius tantum ; nec hæres est etiam antequam jussu ejus filius adierit. Igitur, si antequam filius adeat emancipetur, tunc pater separatim sibi hæreditatem acquiret, et sic nunquam videtur eorum quisquam fuisse simul hæres et legatarius : verum si filius jussu patris adeat hæreditatem, profecto legatum infirmabitur, quia res eo deducitur, ut nunc inveniatur idem hæres et legatarius, quod jus non patitur. Ideoque acquirente hæreditatem patri filio, legatum, patri relictum, quod ab initio erat utile, ex accidente infirmari, cum legato adjungitur hæreditas ; et hoc est quod proponitur in *l.* 25. Ait, *nec interest etc.* quia etiamsi filius sit in potestate patris, adhuc legatum consistit in persona patris, pendente scilicet aditione hæreditatis. Verum si adita hæreditate, sit in potestate patris, et jussu patris adeat, legatum evanescit: ideo tunc quod relictum est patri, imputatur patri in Falcidiam, quoniam id pater retinet jure hæreditario, non jure legati, *l. in quartam, ad l. Falcid.* Hoc vero casu cum hæreditas patri est acquisita, pater, quod ei relictum est, non accipit jure legati quoniam id jus consumitur per acquisitionem hæreditatis, sed quasi hæreditario jure. Igitur imputat in Falcidiam. Adversus hæc opp. *l. si a servo, inf. ad leg. Falcid.* A servo vel filio, nihil enim refert, instituto patri legatum relictum est, hoc utile est ab initio. Deinde acquisita est ei hæreditas quia jussit filium adire, evanuit legatum: lex ait, *id legatum patri non imputari in Falcidiam quia non debetur.* Verum sciendum: *Imputari in Falcidiam*, dupliciter accipi, uno modo, cum numeratur inter ea: quæ patiuntur Falcidiam, quæ minuuntur per Falcidiam. Sic in *leg.* 1. §. *item si ita legatum, l. si a me tibi ad leg. Falcidiam.* Ita etiam accipitur, *d. l. si a servo.* Igitur acquisita patri hæreditate per filium, legatum ei a filio relictum, non imputatur in Falcidiam, id est, non patitur Falcidiam, quia non debetur. Altero modo imputari dicitur id, quod

numeratur inter ea, quæ explent quartam Falcidiæ, ita etiam hoc loco. Ergo, acquisita hæreditate patri per filium, legatum ei a filio relictum imputatur in Falcidiam, id est, explet Falcidiam, quia non capitur jure legati, sed retinetur jure hæreditario. Annotandum ex Constitutione Justiniani hoc esse aliquatenus mutatum, *C. de bon. quæ lib.* Adventitia hæreditas delata filio non acquiritur patri proprietatis jure. Ergo pater non fit hæres per filium: igitur legatum ei relictum a filio non extinguetur, itemque semper subjicietur Falcidiæ. Altera quæstio de lege Falcidia pertinet ad initium legis sequentis.

Ad L. XXVI.

Non amplius legatorum nomine ad quenquam pertinere videtur, quam quod deducto eo, quod explendæ conditionis causam datum esset, superesset.

Sciendum, quædam dari hæredi a legatario conditionis implendæ causa, ut quod dat ei, ut legati conditio impleatur, ut si legetur fundus, *si hæredi decem dederit.* Illa decem legatarius dat conditionis implendæ causa, hæres autem quo jure ea accipiat, videamus. Non accipit legati jure, nec fideicommissi, sed generali titulo dicitur accipere mortis causa, id est, occasione mortis testatoris. Inde illa non imputantur hæredi in Falcidiam: id est, non explent Falcidiam: nam Falcidia est quarta hæreditatis: in eam computantur ea tantum, quæ capiuntur jure hæreditario, non quæ alio jure capiuntur. Igitur illa decem hæredi non imputabuntur. Denique totus fundus, qui legatus est, subjicietur Falcidiæ, non deducto eo, quod legatarius dedit conditionis causa, *l. aut veterani, in fin. l. si servus legat. ad leg. Falcid. d. l. in quartam*, §. *ult.* Verum obstat huic sententiæ hæc *l.* 26. Id tantum videri legatum quod superest, deducto eo, quod dedit conditionis implendæ causa. Legatus est fundus, qui erat viginti sub conditione, *si Titius daret quinque*, secundum sententiam *h. l.* quindecim tantum videntur esse in legato. Igitur ex quindecim detrahetur Falcidia, non ex toto fundo, id est, ex viginti. Dicendum *l.* 26. non loqui de lege Falcidia, nec eo trahenda est. Data igitur conditionis implendæ causa, in Falcidiæ ratione non computantur, id est, illis non deductis ex toto legato, detrahitur Falcidia. Verum aliud dicendum, si a legatario fideicommissum sit extraneo relictum: nam tunc in eo fideicommisso præstando, data conditionis implendæ causa computabuntur: nam legatarius non obligatur fideicommisso supra modum ejus, deducto eo, quod conditionis implendæ causa dedit. Ita est accipienda hæc *l. et l. civitatibus* §. *ult. h. tit.* Legavit fundum dignum centum sub conditione, *si hæredi centum daret*: hoc amplius, a legatario eodem fideicommissum reliquit extraneo, legatarius accepit fundum datis centum: nam plerumque legatarius mavult habere fundum, quam centum, quamvis fundus non sit pluris, ut si fundus sit majorum, vel si in eo sit educatus, vel ob aliam quamlibet commoditatem. Legatarius igitur, datis centum, accipit fundum, an obligabitur præterea fideicommisso? Minime: quia nihil videtur capere ex testamento, tantum dat, quantum accipit: in fideicommisso præstando habetur ratio eorum, quæ legatarius dedit conditionis causa. Aliud dicendum est in quarta Trebellianica. Lex Falcidia detrahitur ex legatis: Trebellianica ex fideicommissis universalibus. Verum in Falcidiam ea tantum computantur, quæ sumuntur ex hæreditate, id est, quæ sumuntur jure et titulo hæredis, non cetera. In Trebellianicam imputantur, quæ sumuntur quoquo modo ex bonis restitutioni, id est, fideicommisso subjectis, ut si hæres rogetur partem hæreditatis restituere, et aliquid præcipere, vel retinere, vel deducere, vel accipere, si retinere, vel deducere, vel præcipere, legatum est *l. 3.* §. *cum Pollidius, de usur.* si accipere est fideicommissi, *l. fideicommissa*, §. *cum esset*, *inf. lib.* 3. At ea, quæ sumuntur ex bonis cohæredis, non imputantur. Id significat *l. in quartam, in vers. pro ea vero parte*, *l. filium*, *C. famil. ercisc.* Eadem ratione in Trebellianam non imputantur, quæ sumuntur ex bonis ejus, cui fit restitutio, ut si rogetur restituere, si de suo dederit centum, illa non imputabuntur, *l. in ratione* 30. §. *tametsi*, *inf. ad l. Falcid.* Hoc ita est, nisi illa dentur tanquam fideicommissum: tum enim imputantur in Trebellianam, *l. in quartam*, §. *sed et quod implendæ.* Ratio, quia quod datur hæredi a fideicommissario universali, videtur proficisci ex ipsis rebus quæ restituuntur: nam fideicommissarius videtur erogare aut prorogare quod accipit aut accepturus est.

Ad §. 1. *Si certum.*

§. 1. ***Si certum corpus hæres dare damnatus sit nec fecerit quo minus ibi ubi, id esset, traderetur: id postea sine dolo et culpa hæredis perierit, si deterior fit legatarii conditio.***

Duo hic notanda. Primo certam rem, quæ legata est, ibi præstandam, ubi est, id est, ubi testator eam reliquit, *l. sed et si suscepit*, §. *pen. l. quod legatum*, *de judic.* Secundo, rem certam, quæ legata est, perire legatario, videlicet si perierit sine dolo et culpa hæredis. Item, si ante moram perierit, post moram rei interitum hæres de-

bet, *l. cum servus*, §. *fructus*, *l. cum res*, §. *ult. l. si servus legatus, inf. hoc. tit.* Item, ante moram hæres præstat interitum, videlicet, si dolo vel culpa ejus perierit, non si casu aut damno fatali. Præstat item culpam etiam levissimam in *l. cum res*, §. *pen. inf. hoc tit.* At aliud in fideicommissis: nam præstat ibi tantum dolum, vel culpam, dolo proximam, id est, latam; *dict. l. si servus legatus*, §. *cum quid, l. mulier* §. *sed enim, inf. ad Trebellian.* Quæritur ratio differentiæ: ea est: legata sunt in vindicatione: fideicommissa sunt in petitione et restitutione, Paul. 4. *Sentent. tit.* 1. *d. l. mulier*, §. *non est, et l. pen. inf. de fideicommiss. libert.* Greci notant, fideicommissariam libertatem esse ἐν ἀπαιτήσει, id est, *in petitione*, directam autem αὐτομάτως competere. In eo servando, cujus vindicatio alteri competit, debeo esse diligentissimus; aut in eo, quod non nisi meo facto alteri acquiri potest, licet mihi versari negligenter quasi in re mea, dummodo absit dolus vel lata culpa: verum hodie fideicommissa eodem jure sunt quo legata, et sunt hodie in vindicatione: ideoque hodie hæres etiam in fideicommissis præstat omnem diligentiam, *d. l. cum res.* §. *pen.*

§. *ult. et l.* 27. exposuimus in *l.* 23.

Ad L. XXVIII.

Si creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa ei exceptio videtur, sicut Aristo ait id quod honoraria actione mihi debetur, si legetur, mihi legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.

§. 1. *Marcellus lib* 28. *putat, rem quam ex stipulatu mihi debes si legaveris, utile esse legatum, ut neque Falcidia hoc minuat.*

Quæritur, an debitor creditori leget utiliter id quod ei debet? Definitio juris est: quod debetur creditori, utiliter legari, si emolumentum legati amplietur, id est, si amplius sit in legato, quam in debito. Hujus rei quatuor sunt exempla. Si debeo ipso jure, non tamen opposita exceptione, ut quia doli vel pacti exceptione tutus sum, et ei legavero quod debeo, valet legatum, quia ei remitto exceptionem, levo illum timore exceptionis. Item, si quod in diem, vel sub conditione debeo, pure legavero, utile est legatum quia accedit commodum repræsentationis, *l. si creditor l. idem est, infr. de liber. leg.* (Notandum eam *l. idem est*, esse sumptam ex *l.* 7. §. *ult. infr. lib.* 3. quæ est ex *eod lib.*) Item, si legato adjiciatur facilior modus, vel locus commodior, quam sit in debito, hæc quæ accedunt, utile legatum faciunt. Item, si quod debeo jure tantum prætorio, legavero, utile est legatum; quoniam pro actione prætoria datur actio civilis: actio ex testamento est civilis. Item vindicatio legatorum nomine, utilior est civilis actio, quam prætoria; prætoria enim plerumque est annua: civilis est perpetua: qui habet civilem actionem, non desiderat prætoriam, *l.* 1. *de public. in rem act.* Jure civili agere actori commodius est, quam prætorio, sicut etiam stricto judicio commodius est actori, quam bonæ fidei (quod tamen Bartolus non admittit). Nam in bonæ fidei judiciis multum potest arbitrium judicis, multa reis condonantur: at in strictis judicem formula circumscribit: reo quidem actio bonæ fidei utilior est. Item si quod debeo ex stipulatu, legavero, utile est legatum, quoniam pro actione personali datur vindicatio: nam agnito legato statim acquiro dominium, nec expecto traditionem. Igitur hoc legatum momentum aliquod habet, *l.* 3. §. *si rem, inf. l.* 3. Verum inter hæc exempla est differentia quædam. Nam duobus prioribus, a legatario fideicom. relinqui potest, Posterioribus non item: quoniam, licet alia actio pro alia subjiciatur, tamen hoc non est tanti, ut ex eo possit legatarius fideicom. onerari, quia nihil videtur testator de suis bonis largiri: at in prioribus remittit jus suum, scilicet exceptionem, item quia repræsentat et prorogat quod debebat, ideoque prioribus casibus legatarius onerari potest fideicomm. pro modo emolumenti quod adjicitur. Præterea prioribus exemplis legatum subjicitur Falcidiæ, et quidem totum, posterioribus non item, *l.* 1. §. *si quis creditori, l. verbis, inf. ad leg. Falc.* Denique prioribus exemplis legatum omnino est utile: posterioribus non est proprie utile, sed neque inutile. Dicitur a Papiniano non necessarium, *l. in verbis, ad leg. Falcid.* Verum alias legatum est, inutile, si in eo amplius non sit.

Leg. 29. 30. *et* 31. expositæ sunt in *l.* 12. §. *ult.*

Ad L. XXXII.

Si quis a filio pupillo hærede instituto, cum is in tutelam suam venisset, pecuniam legaverit, et a substituto hærede legata repetierat, impubere filio mortuo, secundus hæres legatum non debebit. Quod ita verum esse tam Sextus, quam Pomponius putant, si repetitio legatorum ad eum modum concepta sit, veluti, quæ a filio meo legavi, quæque eum dare jussi, si mihi hæres esset, id hæres meus iisdem diebus dato. *Sed si ita repetita fuerint:* Quæ a filio meo legavi, hæres meus dato, *pure repetita videbuntur legata, et duntaxat demonstratio eorum facta. Igitur et hoc ipsum legatum, de quo quæritur, præsens debetur.*

§. 1. *Si quis plures Stichos habens, Stichum legaverit, si non apparet, de quo Sticho sensit: quem elegerit debet præstare.*

§. 2. *Si patri civitatis aliquid sit relictum, quod ad ornatum vel compendium Reipublicæ spectat, sine dubio debebitur.*

Quæstio de legatis a substituto simul explicabitur *l. licet Imperatores, h. t.* legata relicta nominatim ab instituto, olim substitutus non debebat, nisi nominatim ab eo fuissent repetita: repetuntur his verbis: *Hoc amplius quam quod Titio legavi substitutus dato, etc. l. 19.* Vel repetuntur generaliter: *Quæ ab hærede meo legavi, præstari etiam a substitutis volo.* His verbis et conditiones legatorum et dies eædem repetitæ intelliguntur, *l. in repetendis, inf. lib. 3. l. cum pater, §. ab instituto, tit. prox.* Una est exceptio, si legatum sit ab instituto sub conditione, quæ si repetita etiam intelligatur a substituto inutile legatum faciet ex *lege servo alieno, §. pater, hoc tit. l. ult. inf. de fideicommiss. libertat.* A pupillo instituto legatum est sub conditione, *si pubes fieret:* Repetita sunt generaliter vel specialiter legata a substituto: si eadem illa conditio fuerit a substituto repetita: inanis erit illa repetitio: quoniam illo pubere facto, deficit substitutionis conditio. Rursus: illo impubere mortuo, legati conditio deficit. Itaque nullo casu ex ea repetitione dari legatum potest. Ergo inanis est repetitio. Verum si nominatim conditio non repetatur, sed generaliter repetantur legata, certe non intelligetur repetita. Ideoque substitutus, illo mortuo impubere legatum præstabit, quasi pure repetitum, non sub eadem conditione *d. l. servo alieno.* Hæc est sententia hujus legis. Notandum hoc casu substitutum id legatum præstare, sive pupillus hæres extiterit, sive non: si non extiterit, certo constat, deberi illud legatum ex sua persona in *l. 19. sup.* Quod si hæres extiterit, hoc etiam casu substitutus ex sua parsona legatum debebit, non ex persona pupilli, quia pupillus legatum debuit sub conditione, *si pubesceret:* ea conditio deficit. Igitur ex persona pupilli deberi non potest, verum debetur ex secundis tabulis sive a substituto quasi pure repetitum, *l. si cui servu, §. ult. l. si fundum sub condit. §. si paterfamil. infr. hoc tit.* Alias vero per institutum acquisita hæreditate, repetitio facta a substituto nulla est, et in eum dumtaxat casum utile est, repetitionem testamento adscribere, quo institutus hæres non extiterit, id est, in substitutionis primum casum. Duo sunt tantum casus substitutionis *l. precibus C. de impuber. et aliis substitut.* Primus est vulgaris; alter pupillaris; ex utriusque permixtione fit vulgari pupillaris substitutio. Verum illa repetitio, quæ fit a substituto, est tantum utilis in casum substitutionis vulgaris. Sciendum, hodie supervacuum esse eam repetitionem adscribere, quoniam ipso jure ita se res habet ex rescripto Severi et Antonini, *l. 4. C. ad Trebell. l. si Titio §. Julianus, tit. prox. l. licet. hoc tit.* Ex eo rescripto legata relicta ab instituto tacite videntur repetita a substituto vulgari: itemque ex sententia ejus constitutionis, videntur repetita a cohærede, cui cohæredis deficiens portio accrescet. Item debentur a Fisco, si institutio hæredis fiat caduca, *l. 6. sup.* Sciendum autem illi rescripto locum esse in obscura voluntate, id est, nisi appareat, testatorem noluisse repetere a substituto: videtur noluisse, si aliam rem legavit eidem a substituto, aliam ab instituto, *d. l. licet.* Cum res diversas legavit, de repetitione cogitasse non videtur. Item non videtur repetere, si causa, propter quam legavit ab instituto deficiat in substituto: item si eum, cui legavit ab instituto, illi instituto ex parte substituit: nam si ex asse substituit, certum est cessare repetitionem, quoniam substituto a semetipso non potest repeti legatum. Verum si ex parte substituit, non videtur voluisse repetere, quoniam videtur voluisse, ut altero esset contentus vel legato vel substitutione: si ex substitutione veniat, non poterit legatum petere ex parte cohæredis substituti, *d. l. licet.* At in dubia voluntate semper inducemus repetitionem tacitam. Addendum, tacite videri repetitam eandem conditionem legati, non secus ac si repetitio nominatim facta fuerit, *d. l. cum pater §. ab instituto, tit. prox.* Nec obstat lex *sub conditione, sup. de hæred. instit.* Ait lex, institutionem factam sub conditione, et instituto datum substitutum, an videtur in substituto eadem conditio repetita? Minime. Videtur pure substitutus. Dicendum sic: conditio imposita instituto, non videtur imposita substituto. Id concedo: quia alia est instituti, alia substituti persona. Igitur alia institutionis, alia substitutionis causa, quoniam utrumque non videtur fuisse pari animo. Altera positio hæc sit: conditio imposita legatario ab instituto, eidem legatario non videtur imposita a substituto, id colligunt ex *d. l.* Verum hoc non est concedendum, quia una est persona legatarii. Igitur etiam una est legati causa, nisi liquido constet, testatorem mutasse causam. Postremo notanda lex *cum pater §. cum pater, inf. tit. prox.* Ex eo §. colligunt, legata relicta ab instituto, videri repetita a substituto, quod est ex rescripto Severi et Antonini. Ego puto id ex eo §. non probari. Species: pater ex testamento uxoris filiæ suæ fideicommissum prædiorum quorundam nondum persolvit: moriens testamento tres scribit hæredes, in quibus filiam illam instituit ex parte, ita scilicet, ut hæreditatem compenset cum fideicommisso, quod debebat: pater filium exhæredavit, et ei prædia illa dari voluit, id est, legavit per damnationem, ut in

l. ult. §. *Sejo, eod. tit. inf.* Deinde filia noluit hæreditatem suscipere, et compensare, ejus portio accrescit ceteris cohæredibus. Hi cohæredes fideicommissum præstabunt filio; legendum videtur *filiæ*. Primum, quia filio non fideicommissum reliquit, sed legavit, deinde quia non est æquum, ut filius petitionem habeat ejus, quod ei relictum est: ita demum si hæreditas filiæ satisfaceret, si hæreditatem fideicommisso compensare vellet; atqui id noluit. Igitur non debet prædiorum petitio filio dari. Postrema ratio, quia in extremo legis ait, quod si filius habeat substitutum in ea parte hæreditatis ejus portio perveniet ad substitutum, et is filiæ fideicommissum præstabit: sic habent plerique codices, scilicet *filiæ*. Igitur cum in extremo habeant *filiæ*, recte debent et in superioribus habere. Denique non quæritur in ea §. an legata relicta ab instituto substitutum sequantur, sed an cohæres vel substitutus sustineat onus æris alieni, illa hæreditatem repellente, quæ fuerat instituta ejus æris compensandi causa; et respondetur sustinere. Hoc confirmat *l. cum ab uno, eod. tit.* Ait igitur filiæ fideicommissum deberi. Postremo notandum ex fine legis nostræ, (§. *pen.* expositus est in *l.* 13.) civitatibus non poterat olim legari, quia est incertum corpus, Plinius 5. *Epistol.* Verum Nerva primus introduxit et Senatus confirmavit ut posset, non tantum ad compendium, sed etiam ad honorem vel ornatum, *l. si quid relictum l. civitatibus, inf. h. t.* Eadem ratione dicitur parti civitatis recte legari. Item certis vicis, *l. si hæres hoc tit.* Itemque collegiis, *l. cum senatus, inf. de reb. dub.* licitis scilicet collegiis. Judæorum collegio non licet legare, *l.* 1. *C. de Judæis.* Olim etiam non licuit legare collegio Christianorum: nam id Principes Christiani nolebant, quoniam unusquisque certatim sua collegio illi donabat. Itaque avaritiæ sacerdotum coercendæ causa, hoc prohibitum est. Hieron. *in libro de vita clericorum*. *Non queror de lege, sed doleo hæc nos meruisse*, id est, avaritiam sacerdotum, *l.* 1. *inf. de colleg. et corp.* Ibi numeratur collegium tenuiorum inter licita, ἐπιτέτραπται τοῖς πενέστεροις *etc.* *l.* 16. 60. *Basilicor. t.* 32. ait, tenuiores posse coire singulis mensibus semel, et stipem suam conferre. Hodie civitatibus, et partibus ejus, vicis, collegiis licitis recte legatur.

Ad L. XXXIII.

Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem conjunctim, etiamsi alter vindicet, alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is, qui ex testamento aget. Quod si separatim, si quidem evidentissime apparuit, ademptione a priore legatario facta, ad secundum legatum testatorem convolasse: solum posteriorem ad legatum pervenire placet. Sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire. Scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est, utrumque eorum solidum accipere voluisse: tunc enim uni pretium, alii ipsa res adsignatur, electione rei vel pretii servanda ei, qui prior de legato sive fideicommisso litem contestatus est. Ita tamen ut non habeat licentiam, altero electo ad alterum transire.

Differentia est inter vindicationis, et damnationis legatum; sinendi modo legatum damnationis legato conjungimus, et præceptionis legatum vindicationis legato, *l. duos*, *l. damnas*, *de usufr. leg.* Si pluribus eadem res sit legata conjunctim per vindicationem, ab initio solidum singuli, concursu partes habent, *l.* 16. *sup.* Duæ sunt hic actiones, vindicatio, et actio ex testamento, *l.* 1. *sup.* Si legatarii concurrant in rem actione, plus sua parte singuli non vindicabunt. Similiter si agant in personam, plus sua parte non ferunt. Solidi igitur petitionem non habent ceteris concurrentibus, quia defunctus semel tantum ad eos rem pertinere voluit, *l. si mihi pure, tit. prox. l. si duobus, hoc tit.* At non concurrentibus ceteris solus qui superest solidi petitionem habet: Hæc est prima pars hujus legis. Si per damnationem eadem res sit legata conjunctim, tunc ab initio singuli habent partes viriles; nec est jus accrescendi, nec inde datur actio in rem, sed tantum ex testamento. Ex constit. Just. legatum damnationis eodem jure est quo vindicationis. Itaque secundum mentem Justiniani prima pars hujus legis de omni legato accipi potest, sive sit damnationis sive vindicationis. Secunda pars est de legato disjunctim. Si per vindicationem pluribus res eadem legetur, idem servatur ac si fuisset legata conjunctim: nam res inter eos dividetur per concursum: si per damnationem, tunc singulis solidum debetur, id est, uni res, alteri æstimatio, *d. l.* 16. Verum ex constitutione Justiniani legatum damnationis hac etiam re exæquatur vindicationi, et ideo singulis solidum non debetur. Ex ea Constitutione Tribonianus consarcinavit secundam partem hujus legis, id stylus indicat satis, quoquo modo duobus legetur eadem res disjunctim, per concursum habent partes viriles. Hujus definitionis duæ sunt exceptiones. Prima: si re uni legata, postea testator eandem rem alteri leget animo transferendi legati, tunc non concurrunt, quia videtur priori ademisse, quod in posteriorem transtulit, *l. sicut*, *de adim. leg.* Ea ademptio valet etiamsi in posterioribus translatio sit inutilis, ut si in servum proprium sine libertate transferat, *l. plane*, *in princip. l. licet transfertur*, *l. legatum sub condit. in fin. de adim. legat.* Translationem legati inducit utili-

mus testatoris, non sola verba. Itaque non probo differentiam Alciati in *lib.* 7. *cap.* 8. parergon. Altera exceptio, si testator expressim jusserit singulis solidum dari, tunc unus rem alter æstimationem habebit: nisi igitur expressim dixerit, solidum non habebunt. *Ex scriptura manifestissimus:* alibi expressim et apertissime. Notandum in *l. qui duos* §. *ult. tit. prox.* adjicit, *in solidum.* In *eo* §. agitur de nomine debitoris legato, quod quidem non potuit per vindicationem legari, sed per damnationem legabatur utiliter, *in pr. d. l. qui duos*, *l. nomen lib.* 3. *inf. l. non quocunque*, §. *qui casum*, *hoc tit.* Duobus igitur legato nomine debitoris disjunctim, quoniam id non fit nisi per damnationem, vel sinendi modo, intelligitur semper singulis solidum relictum, et ideo hæres debet uni actionem cedere, alteri æstimationem litis dare, illud *in solidum* additur, ut conveniret cum sententia Justiniani. Sic in *l. si res mihi*, *lib.* 3. etiam ex constitutione Justiniani adjecta sunt verba: *non communicandi animo*, *sed utrique in solidum.* Nam ea loquitur de fideicom. ejusdem rei disjunctim relicto. Idem in his jus erat, quod in damnationis legato: nam erant verba eadem, et *dari volo* alias pro fideicommisso, alias pro legato accipiuntur. Sicut inter legatarios damnationis nunquam erat jus accrescendi: ita nec inter fideicommissarios. Si igitur duobus sit res relicta disjunctim, in illa lege: singulis debetur solidum, et quod adjicitur, *non communicandi*, *etc.* ex constitutione Justiniani est. Postremo in *l. duos*, *de usufr. leg.* quod Celsus scripserat ita: *quia testator solidum*, *etc.* id mutatum est propter constitutionem Justiniani. Species: testator legavit duobus disjunctim usumfructum per damnationem, hæres passus est eos communiter uti frui: nam nec possent singuli solidum uti frui, an utrique teneatur ex testamento? Celsus dicit teneri, quia testator utrumque solidum habere voluit usumfructum: ideoque respondetur, hæredem unicuique legatario teneri in solidum: nam qua parte unus fruitur, alter non fruitur: ergo debet hæres pecunia data unicuique, quod deest explere. Ante Justinianum, si fuisset duobus res legata disjunctim per damnationem, singulis debebatur solidum, etiamsi testator non expressisset. Nec obstat lex *uxorem* §. 1. *lib.* 3. Nam nos loquimur de eadem re duobus legata disjunctim, hoc casu posterius legatum non minuit prius, quoniam utrique solidum debetur. At ille §. loquitur de re uni legata, et deinde parte ejus alteri legata; hoc casu posterius legatum minuit prius. Finge: legavit Titio domum, deinde cuidam Fortunio liberto legavit ex ea domo diætam et cellarium. Quæritur, an oneretur hæres? an prioribus legatariis cogatur replere domum integram dato pretio? Respondetur non teneri: nam posterius legatum minuit prius, generi per speciem derogatur. Ideoque in *d. l.* in §. *codicillis*, generi per speciem derogatur. At hodie ex constitutione Justiniani solidum non debetur, nisi id edixerit nominatim: eo vero casu, id est, si dixerit nominatim, unus rem, alter æstimationem habebit, et electio erit ejus, qui prior agit, ut petat, quod volet in *fin. leg.* 33. Opponuntur leges quædam: eum videri occupare, qui prior vicit, non qui prior agit, *l. si vero*, *de pecul.* Verum nos dicimus, electionem petitionis ei dari, qui prior agit. Male citant *leg. qui prior*, *de judic.* Ejus legis sententia est: eum, qui provocavit ad judicem, primum causam agere: igitur verum est, petitionem electionis dari ei, qui prior agit: si is, qui prior egit, rem eligat, non poterit variare, in fine *hujus legis*, *l. cum filiis* §. *variis tit. prox.* Postremo si eadem res sit legata aliis pluribus conjunctim, aliis disjunctim: ut *primo et secundo fundum lego.* Addit, *tertio eundem fundum lego*, *quarto eundem fundum lego.* Hic primus et secundus pro una persona habentur, et ideo fient tres tantum partes. Similiter *primo et secundo fundum lego*, *tertio eundem fundum lego*: fient duæ partes. Item si dixerit, *Titio*, *et filiis.* fient duæ partes, *l.* 16. *sup.* Verum secus si dixerit *Titio et posthumis*: nam tunc fient partes pro numero personarum: si nascantur quatuor posthumi, fient quinque partes, *l. utrum*, *de reb. dub.* Ratio differentiæ, quia qui dixit filiis, singulos potuisset nominare, si voluisset, quia id non fecit, videtur eos in unum corpus coegisse. At qui posthumis dixit, ita necessario dixit, nec potuisset singulos nominare, ideo non videtur eos omnes, qui nascentur, mutuo conjunxisse, et in unum corpus coegisse. Hoc est in *pr. l. plane.*

Ad §. Si eadem L. XXXIV.

Si eadem res sæpius legetur in eodem testamento, amplius quam semel peti non potest: sufficitque vel rem consequi, vel rei æstimationem.

Si eadem res uni legetur sæpius: quæritur, an sæpius debeatur? Aut unius testamento legatur, aut duorum. Si unius, semel tantum debetur, quia testator sæpius loquitur potius, quam legat. Verum an etiam semel dumtaxat debetur, si a diversis hæredibus eodem testamento eandem rem legavit? Puto idem esse dicendum, si per vindicationem legavit. Ita accipio *l. Mævius* §. *eum qui, tit. prox. l. si tibi* §. 1. *hoc tit.* Nam in eo §. Jurisconsultus utitur ea ratione, quia semel legatum ad eum pertinere voluit testator, qua ratione solent uti in legato vindicationis. Igitur ille legatarius vel rem

vindicabit, vel actione ex testamento æstimationem petet: utrumque non potest. Aliud, si per damnationem legetur eadem res uni, quoniam a singulis hæredibus petet solidum, et hoc nominatim in *l. quid ergo* §. 1. *inf. hoc tit. l. si pluribus* §. *ult. tit. prox.* Ergo hoc casu petet ab uno æstimationem solidam, deinde ab altero rem ipsam. Verum si ab uno eodemque hærede res eadem sæpius legetur eidem, non distinguimus inter damnationis et vindicationis modum, sed generaliter dicimus, semel dumtaxat deberi, *l. Mævius, in princ.* Hæc *l.* dicit esse D. Pium, qui constituerit hoc. Sed ex Justiniani constitutione, etiamsi per damnationem legetur uni eadem res, non nisi semel debetur, nisi testator de solido ab utroque præstando nominatim caverit. Quid si duorum testamentis uni eadem res legetur? Constat sæpius rem deberi, ideoque poterit ex uno testamento rei petere æstimationem deinde rem ipsam, eumque ordinem sequi debet necessario: nam si primum rem petat, non poterit postea ex altero æstimationem petere, propter regulam quæ vetat ne duæ lucrativæ causæ concurrant in eandem rem, §. *si res aliena, de legat.* Hic rem ex uno testamento ex causa lucrativa acquisivit, id est, causa legati: ergo non potest rursus eandem rem petere, vel ejus nomine aliquid. Hoc ita est, nisi ex uno testamento primum consequatur rem cum onere fideicommissi, vel onere dandi aliquid impiendæ conditionis causa; nam tunc quatenus ei abest, quatenus erogavit, non videtur nactus ex causa lucrativa. Igitur supererit petitio rei vel æstimationis ex altero testamento, pro modo ejus, quod ei abest, §. *quod si rem hac lege.* Similiter, si mihi semel uno testamento res aliena legetur, et eam nactus fuero a domino donationis causa, cessat actio ex testamento, propter dictam regulam. Verum si rem legatam, priusquam legatum acquirerem, a domino emero pretio dato, quæ causa lucrativa non est, tunc petam eandem rem actione ex testamento. Sed animadvertendum nos hactenus locutos de re legata sæpius, id est, corpore vel specie. Videamus porro de quantitate. Multum hic distat quantitatis legatum. Si res eadem uni sæpius legetur, voluntatis quæstio non est: sed absolute dicimus, semel tantum deberi, nec admittimus quæstionem voluntatis, *l. ille aut ille, inf. lib.* 3. ubi etiam jus refragatur, non admittitur quæstio voluntatis, sed eam exprimi necesse est. Si eadem quantitas sæpius legetur, voluntatis quæstio est, quia quantitas eadem facile multiplicationem recipit. Ideoque si sæpius legetur quantitas sæpius debetur, legatario scilicet probanti testatorem multiplicare legatum voluisse, alioquin semel tantum debetur. At interdum præsumitur multiplicatio, ut cum duabus diversis scripturis eandem quantitatem legavit eidem, ut testamento quinquaginta, et codicillis quinquaginta, præsumitur facta multiplicatio, nisi tunc hæres contrarium probet, *l. quingenta, sup. de probat.* Verum secus in una eademque scriptura: nam si eodem testamento sæpius quantitas legetur, id est potius inculcare, quam multiplicare: ideo a legatario voluntatis probatio exigitur, quam si non implet, semel tantum eam summam accipiet. Hinc alia differentia. Illa regula: *ne concurrant causæ lucrativæ*, habet locum in corpore, non in quantitate, *l. Titia Sejo, in princ. tit. prox.* Una res non potest ex duplici lucrativa causa ad me pertinere: at quantitas potest. Notandum etiam in corpore duas causas lucrativas concurrere ex voluntate testatoris expressa, si dixerit se velle rem ab uno dari, ab alio æstimationem, *l. si alii, in fin. sup. de usufr.* Non satis est voluisse, sed exprimi voluntatem oportet, alioqui regulam juris sequimur. Sic etiam, ne sit locus legi Falcidiæ, non satis est, testatorem voluisse, sed exprimi oportet, et prohiberi expresse Falcidiam. Similiter si duobus disjunctim eadem res legetur etiam per damnationem, singulis solidum non debetur, etiamsi testator voluerit, necesse est eam voluntatem exprimi. At in quantitate legata sufficit tacita voluntas, quæ legatario probanda. Igitur magna est differentia inter corpus et quantitatem: diligenter semper considerandum, quando corpus, quando quantitas legatur. Corpus etiam videtur legatum, si legaverim nummos, quos in arca habeo. Si dixi, lego tot nummos, legatum est quantitatis, *l.* 30. §. *pen. sup.* Et ideo, si ita sæpius legaverim, semel tantum debebitur, scilicet quos in arca habeo. Similiter quantitas videtur legata, si legaverim certum pondus auri, argenti, aut certum modum olei, frumenti. Ideoque hæ res sæpius legatæ, sæpius debentur, si id testatorem voluisse legatarius impleverit. Mensura etiam videtur legata, id est, quantitas si quis legaverit tesseram frumentariam; nam in tessera erat descripta certa mensura frumenti, et qui tesseram deferebat, accipiebat eum frumenti modum. Igitur qui tesseram legat, quantitatem legat, *l. Titia Sejo, in princ. l. mortuo* §. 1. *inf. tit. prox.* Aliud si legaverit pondus auri, quod habet in horreo, armario, tunc corpus certum legari videtur. Sicut si quis legaverit *vinum, quod est in illa apotheca, illo dolio*, sicut cum legantur nummi, qui sunt in arca.

§. *Si conjunctim* exposui in *l.* 16.

§. *Si duobus, et* §. *inde*, in *l.* 17. §. *ult.*

§. *Pen.* in *l.* 8. §. *ult.* et in *l.* 13.

In fine legis dicitur, quemdam legasse *fundum Titio*, hoc adjecto, *ut illum pro parte habeat*,

non habebit nisi partem, quamvis dixerit fundum. Nam et pars fundi, fundus dici potest. Idem servatur in stipulatione, *rem ratam haberi*, et *rem pupilli salvam fore.* In his appellatione rei continetur etiam pars, et committitur etiam stipulatio ob partem, *l. appellatione rei, de verb. signific.* Id indicat inscriptio in eo libro, ex quo sumpta est. Tractavit Paulus de illis stipulationibus, ut constat ex *l. ult. de fideicommiss. l. 5. rem pupill. salv. for. l. si commissa, rem rat. hab.* Idem servatur in lege Julia de fundo dotali: fundi appellatione pars continetur, *l. dotale prædium, de fund. dot.* Eadem ratione interpretamur testamenta, qua et leges, quoniam testamentorum verba omnia sunt directa et legitima. In fideicommissis sola voluntas spectatur, in illis non sunt verba directa.

Ad L. XXXV.

Si hæres alienum hominem dare damnatus sit, et hic a domino manumissus sit, nihil ex hoc legato debetur.

Per damnationem possum legare rem alienam, per vindicationem non nisi ex Senatusconsulto Neroniano, et postea ex constitutione Justiniani. Re igitur aliena legata per damnationem, hæres debet eam rem a domino redimere, vel æstimationem dare, §. *non solum, de legat. l. qui concubinam,* §. *ult. lib.* 3. debet præstare æstimationem, si ejus rei dominus eam nolit vendere, aut immenso pretio velit vendere. Cum igitur non potest justo pretio redimere, præstat æstimationem. Quod si legaverit alienum servum, et dominus eum manumiserit ante moram hæredis, num debebitur? Minime, nec æstimatio debetur, quia æstimatio non potest esse ejus rei, quæ non est. Mortui æstimatio non debetur, si ante moram mortuus sit, item sine dolo aut culpa hæredis: manumissus mortuo comparatur *l. si mihi alienam, inf. de solut.* Ea lex explicat hanc. Eadem est ratio §. *ult. lex prox.* Si eadem res duobus legetur disjunctim per damnationem, tunc mihi debetur res, alteri æstimatio. At si hæres uni legatario rem solidam præstitit deinde ea res periit ante moram, id est, antequam moram faceret in æstimatione alteri danda, tunc alteri non debetur æstimatio, quia ubi res desiit esse, et æstimatio desiit deberi: rei tantum, quæ existit, æstimatio debetur.

Ad L. XXXVI.

Titiæ textores meos omnes, præterquam quos hoc testamento alii legavi, lego. Plotiæ vernas meos omnes, præterquam quos alii legavi, lego. *Cum essent quidam et vernæ, item et textores, Labeo ait, quoniam et quos Titiæ textores non legaverit, aliter apparere possit, quam si cognitum fuerit, quos eorum Plotiæ legaverit, nec quos Plotiæ legaverit possit: neutrius legato exceptos esse eos, de quibus quæritur: et ideo communes ambobus esse. Hoc enim juris est, et si neutris legati nomine quidquam esset exceptum.*

§. 1. *Quod si hoc modo esset legatum:* Textores omnes præter vernas, *et rursus*, vernas omnes præter textores, *qui et verna et textor esset, neutri fuisse legatum.*

§. 2. *Nihil distat, utrum ita legetur*, Titio et Mævio, *an ita* Titio cum Mævio, *utrobique enim conjunctim legatum videtur.*

§. 3. *Si alteri Stichum hæres dederit, quem duobus dare damnatus fuerat, et antequam interpellaretur ab altero, Stichus mortuus est, hæres non tenetur, quia nihil per eum factum intelligitur.*

In quæstionem hujus *l.* multæ incidunt quæstiones. Prima, legavi Titiæ textores omnes, Plotiæ vernas omnes, vel non adjecto verbo *omnes*, Titiæ textores, Plotiæ vernas: quidam sunt et vernæ, et textores, qui assignabuntur? Hoc casu certum est, eos esse communes inter Titiam et Plotiam, *l. servis urbanis, in fin. lib.* 3. Secunda, Titiæ lego textores, præterquam quos alii legavi: Plotiæ lego vernas, præterquam quos alii legavi, quidam sunt et vernæ et textores, cui debentur? Si dixeris, eos Titiæ legato exceptos, et Plotiæ datos, poterit hoc converti, et dici eos Plotiæ legato exceptos, et Titiæ datos, perinde ac si dixisset, Titiæ textores omnes, præterquam quos Plotiæ legavi, Plotiæ vernas omnes, præterquam quos Titiæ legavi: dubium est, cujus legato sint excepti, ideo neutrius legato excepti videntur: illa exceptio in neutrius persona valet, quia obscura est, et laborat vitio reciproci. Sic in *l.* 13. ademptio legati nihil valet, si obscura sit et dubia. Itaque in dubio vernæ, et textores communicabuntur. Tertia, *Titiæ lego textores præter vernas, Plotiæ lego vernas præter textores*: quidam sunt et vernæ et textores, cui debentur? Neutri: nec communicabuntur. Primum Titiæ non debentur, quia ab ejus legato nominatim sunt excepti vernæ, nec Plotiæ, quia nominatim textores excepti sunt. Hæc species non est similis superiori: nam in superiore non dixit præter vernas aut textores, sed præter quam quos alii legavi. Hic incertum est, quos exemerit, ideo in neutrius legato exceptio valet, sed communicabuntur et dividentur per concursum. Quarta, testator legavit Plotiæ vernas omnes generaliter, Titiæ specialiter legavit textores. Speciale legatum hic derogat generali, ideo detractis textoribus, reliqui vernæ debentur Plotiæ: vernæ textores ad

solam Titiam pertinent, id est, ex vernarum genere adscripto Plotiæ, videntur exempli vernæ textores, et dati Titiæ, *d. l. servis urbanis* §. *ult.* Hæc species in *h. l.* non proponitur, sed verisimile est etiam hanc Pomponium adjunxisse, quoniam sic solet Pomponius exempla conjungere, *l.* 1. *de auro et arg. leg. l.* 2. *de trit. vin. ol.* Primo omne penum legavit, secundo vinum: detracto vino, primo debebitur penum, sicut detractis textoribus, Plotiæ debentur vernæ. Similiter si primo legavit vestimenta in genere, et secundo muliebria vestimenta, iis detractis, reliqua debentur primo. Sic si primo legavit omnes servos urbanos, detracto actore, reliqui debentur primo. Ita species derogat generi. Huc spectat *l. uxorem* §. *codicillis*, *inf. lib.* 3. Legavit uxori *certam regionem cum servis, qui ibi essent*; libertis deinde legavit contubernales suas, et filios naturales, qui adhuc erant in potestate testatoris; vel prius legavit libertis, deinde uxori, *l.* 15. *de pecul. leg.* Species derogat generi, etiamsi species præcedat genus: in illa regione, quæ uxori legata est, *cum omnibus servis*, sunt quidam filii naturales libertorum. Quæritur, utrum debeantur uxori, an liberto? Certum est deberi libertis solis, quia videntur exempti ex generali sermone. Verum quæritur, an illi debeantur solis libertis, si legato libertorum testator adjecerit, nisi quos postea nominatim uxori legavero. Finge: eum sic legasse cum illa exceptione, postea uxori legavit illam regionem *cum omnibus servis*: an et hoc casu filii naturales, qui sunt in illa regione, libertis debebuntur? Sic videtur, quia testator dixit, *nisi quos nominatim legavero.* At qui postea nullum nominatim legavit: igitur filii naturales debentur libertis. Verum in eo §. *codicillis*, Jurisconsultus ex abundanti alia ratione utitur, pietatis intuitu, id est, ne filii naturales abstrahantur a patris amplexu. Videtur a Triboniano addita, nostri auctores non solent ea ratione uti, nisi cum pietatis ratione receditur a jure communi, *l. Mela* §. 1. *de alim. leg. l. si extraneo*, *de usufr.* Postrema quæstio. Titiæ legavit coquos, Plotiæ textores: quidam sunt coci et textores. Quæritur cui debentur? cedent ei artificio, in quo plerumque versari solebant, *l. legatis servis* §. *si unus*, *inf. lib.* 3. Cur non idem in priori specie? scilicet, in prima et secunda? quia eorum unum tantum est artificium, nec possumus dicere, eos cedere huic artificio, in quo versari plerumque solebant: *verna* non est artificii nomen: itaque in prima et secunda specie necessario communio inducitur. Postremo notandum, re et verbis conjunctos esse hos. Primo et secundo fundum lego. Additur in §. *ult.* idem esse: primo cum secundo fundum lego, *l. triplici*, *de verb. signif.* *l. si servo sub conditione*, *de statulib.* At Accursius opponit *l.* 1. §. *quæ depositis*, *depos. et l.* 5. *inf. de instruct. vel instr. leg.* Dicendum, in eis locis non agitur de personis, sed de rebus, et in *d.* §. *quæ depositis*, servo deposito accedit vestis; equo capistrum. Igitur illa vestis per se non censetur depositi jure, quia accessio est. Similiter instrumentum accedit fundo: et ideo fundo alienato a testatore sine instrumento, legatum non consistit in instrumento, quia accessio est; qua in re notandum reprehendi Sabinum in *l.* 1. *de instru. et instrum. leg.* Ejus legis duæ sunt partes, quæ pugnant. Verum prima pars est scriptura Sabini; secunda annotatio Pauli. Atque ita secunda primam corrigit. Verum in personis homo non est accessionis loco homini. Igitur cum dico, primo cum secundo, pares eos facimus. Itaque sunt conjuncti re et verbis. *L.* 1. *et l.* 3. *de pecul. legat.* conjungenda est. Lex 37. explicata est in l. 13. Initium l. 38. exposui in l. 16.

Ad §. 1. *Si legatum L. XXXVIII.*

§. 1. *Si legatum nobis relictum constituerimus nolle ad nos pertinere, pro eo erit, quasi nec legatum quidem sit. Et ideo dicimus, nec confusa servitutes, si forte prædium mihi legatum, prædio meo debuerit servitutes. Et integra furti actio manebit, si servus legatus sit ei, cujus nomine furti agere poterit legatarius.*

Quæstio est de acquisitione legati. Sciendum, legatorum quæ pure relicta sunt, vel in diem certum, diem cedere a morte testatoris, id est, ab eo tempore in ea causa sunt legata, ut moriente legatario ad hæredem ejus transferantur. Item legata deferri ab aditione hæreditatis, id est, ab eo tempore in ea causa esse, ut agnosci vel repudiari possint. Acquiruntur autem agnitione, *l. ei qui ita*, *de condit. inst. l.* 7. *sup.* Agnoscit qui ea ad se pertinere velle constituit: ea agnitio post aditam hæreditatem fit: nam ante aditam hæreditatem non deferuntur: ea agnitio retrotrahitur ad tempus aditionis, ex quo tempore legata omnia præstantur et debentur *l. servum filii* §. 1. *h. tit. l. si tibi* §. *cum servus*, *h. t.* Legatarius igitur, quia agnovit legatum statim ab adita hæreditate, videtur legati dominium acquisivisse, et nullo momento in persona hæredis legatum constitisse intelligitur. At jacente hæreditate rei quidem legatæ dominium videtur esse hæreditatis quæ pro domina habetur: sed per hæreditatem hæredi adeunti dominium non acquiritur: verum recta via, id est, sine facto hæredis in legatariam transit, nec ullo tempore intelligitur fuisse hæredis, *l. a Titio inf. de furt. l. legatum*, *tit. prox. l. si servus legatus*, *sup. de nox.*

action. l. peculium , §. *sed et si creditor* , *de pecul.* Ex eo multa sequuntur. Primo , si servi legati nomine hæres habeat actionem furti , ea per aditionem non confunditur , quia hæres per aditionem rei legatæ non fit dominus. Sic si fundus legatus serviat fundo hæredis , vel contra: ea servitus per aditionem non confunditur eadem ratione. Verum si legatarius servi nomine habeat actionem furti , agnito legato, actio exstinguitur. Sic si fundus legatus serviat fundo legatarii , agnito legato servitus confunditur , quia idem tunc est dominus fundi servientis et dominantis. Eadem ratione , si res legata sit surrepta , legatarius habet actionem furti , quamvis possessionem ejus nondum apprehenderit , quia dominus est, *l. si dominium*, *l. si is cui commodata inf. de furt.* Generaliter , dominio mutato , novo domino datur actio furti. Ponit illa *l. si dominium* , quatuor exempla, ut hæredi , bonorum possessori , patri adoptivo, legatario. Legatarius tamen (ut Græci notant) differt a reliquis tribus: nam legatarius non habet actionem furti , nisi ex nova contrectatione , quia successor est rei tantum , non juris , aut actionis. At reliqui tres habent actionem furti ex veteri contrectatione, quia non tantum rei , sed totius juris successores sunt. At legatarius actionis successor non est, ideo actionem non habet , sed eam habet vetus dominus , aut hæres ejus. Hæc locum habent, si agnovit legatarius. Quid si repudiavit legatum ? tunc retro intelligitur res legata acquisita hæredi per aditionem *d. l. servum filii* §. 1. *l. si tibi*, *l. proinde* , *de reb. cred.* Igitur hoc casu ex parte hæredis fiet confusio. Huc pertinet lex *quædam de reb. dub.* legatario , qui repudiavit , omnia erunt integra , nihilque confundetur. Adversus ea opponuntur leges quædam , quibus ostenditur hæredem acquirere dominium rerum legatarum per aditionem , ut *l. omnibus* , *de servit. l. si servus Titii*, *h. t. l. legatum* §. *ult. h. t.* Fundus legatus debet servitutem fundo hæredis, vel contra: aditione hæreditatis fit confusio , id est hæres videtur fieri dominus utriusque fundi : sed si legatum non fuerit repudiatum , ea servitus restituetur. Similiter , si servus legatus hæredi furtum fecerit ante mortem testatoris : vel post ante aditam hæreditatem , et postea hæres adierit, et per aditionem ejus servi dominium acquisierit, confunditur actio furti. Verum si legatum non fuerit repudiatum, ea actio restituetur hæredi , ut indemnitas ei præstetur, restituatur : quia ipso jure propter confusionem evanuit. Erit igitur actio utilis : nam omnis actio restitutoria est utilis , sive in factum : si servus legatus hæredi furtum fecerit post aditam hæreditatem , nondum præstito legato , tunc etiam certum est non nasci actionem furti , quia videtur servus domino furtum fecisse. Verum in præstando legato, ejus noxæ ratio habebitur : nam necesse erit , ut legatarius offerat hæredi æstimationem litis , *d. l. si servus Titii.* Opponitur etiam lex *is cujus* §. *ult. inf. de furt.* ait, legatario non dari actionem furti : videtur actio danda , quia ejus interest non surripi rem. Verum , non semper datur ei , cujus interest , sed datur domino vel possessori : legatarius nondum est dominus , nondum possessor. Verum si servus hæredis rem legatam surripuerit , ne legatario res legata pereat , legatario dabitur actio in factum , non autem furti, ut hæres servum suum noxæ dedat , vel præstet æstimationem litis , atque ita restituitur actio furti , *l. si hæredis* , *inf. hoc tit.* Verum hæc pugnant cum superiorib. non potest autem pugna sedari , nisi posita differentia inter genera legatorum , et actiones. Legata vindicationis legatario ea agnoscenti statim acquiruntur jure dominii , ejusque fuisse videntur statim ab adita hæreditate , *l. 3.* §. *si rem* , *l. 5.* legatarius dominium statim nanciscitur. Sic in *l. si servo legato, in princ. h. t. d. l. a Titio* , *et l. legatum*, *tit. prox.* hæc legata nunquam videntur fuisse hæredis , recta ad legatarium transeunt, ideo per aditionem ex parte hæredis nulla fit confusio. Item legatarius , re legata surrepta , habet actionem furti , quasi novus dominus, etiamsi nondum agnoverit : nam agnitio retroducitur. Damnationis legata hæredi acquiruntur per aditionem : tunc fit confusio ex parte hæredis. Verum si legatum non repudietur , omnia restituentur datis actionibus in factum : quomodo dominium eorum acquirit legatarius ? Per traditionem hæredis non per agnitionem : ea sunt in traditione , non agnitione : ideo cum ita res quædam legata est , ea surrepta legatarius non habet actionem furti , *dict. l. is cujus*, §. *ult.* quia nec dominium ejsu habet nec possessionem. Igitur illi non competit furti actio , *l. si gratuitam* , §. *ult. de præscript. verb.* Differentia est etiam inter actiones. Vindicatio non acquiritur ignoranti legatario , quia agnitione opus est : non agnosco , quod non cognosco. At actio in personam ex testamento acquiritur etiam ignoranti, *l. 7. sup.* Notandum , hodie omnes legatarios et fideicomissarios dominium et vindicationem acquirere statim ab adita hæreditate , si non repudiaverint. At ante Justinianum necessaria erat differentia.

Ad L. XXXIX.

Cum servus legatus in fuga esset, vel longinquo absens exigatur , operam præstare hæres debet , ut eam rem requirat et præstet. Et ita Julianus scribit : nam et sumptum an in hanc rem facere hæres deberet , Africanus lib. 10. epistol. apud

Julianum quærit, putatque sumptum præstandum, quod et ego arbitror sequendum.

Initio hujus legis ostenditur, servum legatum, qui est peregre, impensa hæredis requirendum esse, et legatario præstandum. Sciendum, fugam servorum numerari inter casus fortuitos, *l. contractus, de reg. jur. l. in reb. commod.* ideo hæres non cogitur ejus servi æstimationem præstare, quia non præstat casum fortuitum, nisi culpa hæredis fugerit: tum non amplius est casus fortuitus: cavere tamen cogitur, se viri boni arbitratu eum servum requisiturum; et si nactus fuerit, redditurum, *l. servo legato*, §. *ult. inf. hoc tit. l.* 8. *in princip. tit. prox. l. cum res*, §. *itaque si Stichus*, *inf. hoc tit. Cavere de restitutione* dicit, id accipi debet, si cum perquisitum nactus fuerit. At de utroque cavet, id est, de requisitione et restitutione. Hæc cautio est judicialis: quia officio judicis præstatur actione ex testamento, §. 1. *de divis. stipulat. d. l. servo legato*, §. *ult. l. si cum except.* §. *quatenus*, *de eo quod metus causa*. Hæc cautio præstatur in plerisque aliis actionibus: *dict.* §. *quatenus*, *l. si filio*, §. *pen. sol. matrim. l. redhibere*, §. *ult. de ædilit. edic.* eadem cautio exigitur in *l. si a bonæ fidei*, *in princ. de rei vindic.* Quod tamen illa lex non dicit sed ita interpretatur Theophilus in *tit. de divis. stipulat.* Hæres igitur legatario hanc cautionem præstabit. Debet autem eum persequi suis sumptibus, non legatarii. Obstat *l. si servus legatus*, *in prin. inf. hoc tit.* Servum esse requirendum sumptibus legatarii, impensa et periculo. Verum ea l. loquitur de servo qui fugit vivo testatore. Itaque redhibenda distinctio in *l.* 8. *inf. tit. prox.* Aut vivo testatore fugit, et tum reducitur sumptibus legatarii: nam hæres non alio loco cogitur præstare legatum, quam quo defunctus eum reliquit mortis tempore, *l.* 25. *sup.* Igitur si in fuga reliquerit servum, non reducetur sumptibus hæredis, *l. si servus legatus.* Aut post mortem testatoris fugit, et tum reducetur sumptibus hæredis, et præstabitur eo loci, ubi fuit mortis tempore. Sic est accipienda hæc lex. Recte Harmenop. in 5. *Epitom. de legat.* subjicit sententiam *l. si servus legatus* huic legi, idque ut intelligatur, hanc esse accipiendam de eo, qui fugit post mortem testatoris. Et hæc ita, si fugerit sine culpa et dolo hæredis: nam tum hæres omnino in æstimationem tenetur, *d. l. cum res.* Culpa est, si hæres eum non custodierit, quem custodire debebat, vel etiam, quem testator in vinculis habere solebat, vel qui non erat integræ opinionis, si non custodierit, et fugiat, hæredi imputatur. Eorum tantum servorum fuga numeratur inter casus fortuitos, qui custodiri non solent. Delenda sunt quæ Accursius scripsit hoc loco. Hæc quæ diximus non tantum de damnationis, sed et vindicationis legato accipienda sunt, dummodo illud petatur actione in personam ex testamento.

Ad §. 1. *Fructus.*

§. 1. ***Fructus autem hi deducuntur in petitionem, non quos hæres percepit, sed quos legatarius percipere potuit. Et idem in operis servorum vel vecturis jumentorum vel naulis navium dicendum. Quod in fructibus dicitur, hoc et in pensionibus urbanorum ædificiorum intelligendum erit. In usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus. Judex igitur usurarum modum æstimabit et statuet. Ipsius quoque rei interitum post moram debet, sicut in stipulatione, si post moram res interierit, æstimatio ejus præstatur. Item partus ancillarum. Et si servus fuerit legatus, et hæreditas vel legatum, vel quid per eum acquisitum sit, hæres præstare debet.***

Quæstio est de fructibus et aliis accessionibus legatorum. Primo, fructus percepti ante moram ex re legata, non debentur, nisi jure voluntatis defuncti in *l.* 25. *sup.* Item nisi legaverit etiam instrumentum fundi, et testator consueverit fructus in usum fundi absumere, tum debebuntur, cedentque instrumento. Paul. 3. *Sentent. tit. de legat.* Item nisi fructus fundo cohæreant mortis tempore, quoniam hi pars fundi esse videntur, ideo debentur legatario, *l.* 3. *sup. de usur.* Notandum, differentiam esse inter genera legatorum hac in re: nam si per vindicationem legatum sit, et agatur in rem, fructus vindicantur ab adita hæreditate, quoniam agnitio continuatur cum tempore aditionis, *l. prox. sup.* Igitur ab aditione fructus collecti vindicabuntur, *l. si tibi*, §. *cum servus*, *inf. hoc tit.* Ex die mortis fructus non vindicantur, sive in rem, sive in personam agatur, *l. ult. C. de usur. et fruct. leg.* Aliud in legato damnationis: tum enim non debentur, nisi ex mora. Item fideicomm. fructus non debentur, nisi ex mora. Verum et hic est quædam differentia inter fideicomm. et legatum damnationis. Nam fideicomm. usuræ debentur post litem contestatam ex inficiatione, verum in legato damnationis ex inficiatione post litem contestatam usuræ non debentur, sed duplicatur legatum, Gajus 2. *Institut. tit. de fideicomm.* Justinian. §. *ult. de obligat. quasi ex contr.* Paulus 1. *Sentent. tit.* 19. At post moram, fideicommissorum usuræ et fructus debentur. Usuræ illæ definiuntur arbitrio judicis ex more regionis, neque enim certæ sunt. Fructus debentur post moram non tantum percepti, sed et quos legatarius percipere potuisset. Debentur inter fœtus et partus, *l. equis* 1. *et* 2. *de usur.* Item post moram debentur operæ servorum.

Eadem ratione vecturæ, id est, mercedes, item vecturæ navium, id est, naula. Item pensiones ædium. Hæc omnia inter fructus numerantur. Post moram etiam hæres præstat periculum rei legatæ: et generaliter omne damnum, quo est affectus legatarius, *l. 3. C. de usur. et fruct.* Postremo post moram hæres præstat etiam omnia commoda, quæ consecuturus esset legatarius, si rem habuisset, ut si servus legatus aliquod acquisierit legatum vel hæreditatem, *l. quæsitum, §. ult. hoc tit. l. patron. inf. lib. 3.* Species: patronus jussit liberto tribum emi statim, libertus diu moram passus est ab hærede. (Notandum, libertum etiamsi fiat civis Romanus, tamen non statim habere certam tribum. Cic. *pro Balbo.* Itaque patroni manumissis plerunque emebant tribum, ut essent ex certa tribu. Tertul. in *lib. de resurrect. carnis: patroni nomine ac tribu mensaque honoratur.*) Manumissus non semper per mensam manumittitur, id est, convivii adhibitione, nec semper honorabatur tribu, plerumque tamen manumissis tribum comparabant. Persius in 5. Satyra: *Libertate opus est, non qua qui forte Velina.* Velina est nomen tribus. Adjiciendum etiam, eum qui est ex certa tribu, ferre commoda et annonas ei tribui deputatas a Principe, tesseras (id quod Persius vocat *far.*) Jussit igitur testator *emi liberto tribum*: hæres in tribu emenda moram traxit: mora tracta, decessit libertus, relicto hærede viro clarissimo, id est, senatore, cui non est emenda tribus, itaque non petet sibi tribum emi. Huic igitur hæredi liberti non dabitur nisi petitio æstimationis. Tribum enim habet, nec potest aliquis esse plurium tribuum. An vero et usuras petet? Minime, sed commoda et liberalitates Principis petet, quas libertus percepisset, si ei in tempore tribus empta fuisset. Itaque post moram debentur omnia commoda, et transmittuntur in hæredem legatarii. Mora fit per litis contestationem, *l. 1. 2. l. ult. C. de usur. et fruct. leg. l. quæsitum, §. ult. h. t.* Fit item mora ante litis contestationem per interpellationem, *l. 36. §. ult. sup. h. tit. l. 3. sup. de usur. Paul.* in *fi. lib. 3. Sentent. Fideicommissorum*, inquit, *usuræ ex mora peti possunt, mora autem, etc.* Interdum etiam mora fit in rem, id est, sine interpellatione, ut si minoribus 25. annis legatum relictum sit: nam quamdiu sunt minores omnimodo eis usuræ et fructus debentur, *l. cum vero §. certe minoribus, de fideicommiss. libertat.* Verum post impletum annum 25. desinunt deberi. Nec rursus incipiunt deberi, nisi mora fiat in personam, id est, per interpellationem. Igitur illa mora, quæ est ob beneficium ætatis, proprie non est mora, alioquin non exstingueretur, *l. Titio Sejo, §. usur. tit. prox. l. curabit, C. de action. emp.* cui est conjungenda *l. 3. C. in quibus causis in integ.* Idem tractatus est utriusque legis. Illa igitur mora fit singulari jure, id est, recepto jure, id est, παρὰ κανόνας Jure autem communi fit per interpellationem legitimam. Huc referenda est *l. 3. de usur.* in qua verbum *sententiæ* bifariam accipitur: loquitur lex de persecutione fideicommissi: illa persecutio non est actio, sed cognitio extraordinaria prætoris fideicommissarii vel præsidis. In ea duæ sententiæ interveniebant. Primum jubebat fideicommissum restitui. Id erat simile ei, quod dicitur arbitrium in actionibus arbitrariis, quod etiam vocamus sententiam. Jubebat igitur Prætor fideicommissum restitui: si hæres abnuebat, causa agebatur, et deinde sequebatur extrema sententia, id est, damnatio vel absolutio. Sententia itaque dupliciter accipienda est, quod et Accursius notavit. Primum sententia pro re judicata est, in illo loco. *Usque ad sententiam*: sic etiam in actione, verba, *usque ad sententiam*, significant extremam sententiam post arbitrium, *l. si cum exceptione §. hæres autem, quod metus causa.* Item sententia accipitur pro admonitione prætoris fideicommissarii, in illo loco: *Post judicis sententiam*, et in alio loco: *ante judicis sententiam*, id est, antequam ad judicem perveniatur id est, litigetur. Judicem, id est, Prætorem. Sic in *l. meminerint, C. unde vi*, *Sententia* accipitur pro admonitione belli. Sic in *Novell.* sæpissime, ψῆφος, id est, calculum appellat, et in 1. *Novell.* fere ab initio Julianus interpretatur *admonitionem*, sententiam. Ex ea l. 3. duæ regulæ constituendæ sunt. Prima: si mora fideicommissario facta sit ante admonitionem prætoris et litis contestationem, ex eo tempore sine intermissione fructus debentur etiam post condemnationem. Sciendum, judicatis post condemnationem dari inducias quatuor mensium. Illud tempus non est immune a dependendis et præstandis fructibus, qui ante litem deberi cœperunt, propterea quod ante litem mora fuit contracta, quoniam illud spatium temporis reo tantum adfert dilationem quatuor mensium, et datur tantum humanitatis gratia, *l. si cum mihi, in fi. sup. de compensat.* Adjicit Harmenopulus: *ut interim respiret paululum.* At illud temporis intervallum lucrum non adfert. Altera regula: si fideicommissario mora fieri cœpit post admonitionem judicis, ab eo tempore fructus ei debentur usque ad sententiam, id est, usque ad condemnationem. Tempus autem judicati, id est, quatuor menses, erit immune a præstatione fructuum ex Decreto Divi Marci. Idque etiam in strictis et quibuslibet actionibus obtinet, *d. l. 3. §. in iis quoque.* Ratio, quia mora non cœpit ante litem, sed a lite, et ideo non est, cur quæ cuilibet litigatori conceditur licentia temporis

coangustetur: ideo tempus judicati faciendi erit immune ab omni prestatione, et hoc generaliter in omnibus fructibus, nec est distinguendum inter perceptos et percipiendos.

Ad §. 2. *Si Titius.*

§. 2. *Si Titius a me rem emisset, et eandem mihi legasset, antequam ei traderem, mox ei tradidero, et pretium recepero, videtur quidem is prima facie rem mihi meam legasse, et ideo legatum non consistere, sed ex empto actione liberatus, utique per legatum rem vindicare potero, quam tradidi. Sed si nondum erat solutum mihi pretium, Julianus scribit ex vendito quidem me acturum, ut pretium exsequar: ex testamento vero, ut rem quam vendidi et tradidi, recipiam. Item subjungit, si pretium quidem mihi erat solutum, rem autem nondum tradideram: ex testamento me agentem, liberationem consequi. Idem Julianus scribit, si fundum testator, quem ab alio emerat, mihi legavit, hæredem cogendum mihi actionem ex empto præstare, scilicet, si nondum res tradita fuerit, vel defuncto, vel hæredi.*

Sciendum rem meam mihi legati inutiliter. Verum si post testamentum mea esse desierit, an convalescit legatum? Minime. Obstat regula Catoniana, *l. cetera* §. 1. *infr. hoc tit.* §. *sed si rem, de legat.* Obstant duo: Primo *l.* 1. *in fin. de regul. Catonian.* Lex ait: *convalescere.* Breviter ea lex 1. est Celsi. Celsus solet dissentire plerumque ab aliis. Dissentit etiam in ea re, idque Baro primus notavit. Theophilus etiam in §. *an servo de legatis*, indicat fuisse diversas veterum sententias. Celsus hac ratione motus videtur, quia qui rem meam mihi legat, videtur tacite mihi legare in eum casum, quo mea esse desinet: quod expresse fit utiliter; sed ille tacite accipit pro expressim. Obstat etiam *hic* §. emptori rem vendidi: mea igitur adhuc est: Emptor eam mihi legavit, legatum valet: et si post, pretio accepto eam rem emptori tradidero, rursus eandem rem recipiam jure legati, atque ita habebo pretium, quod accepi jure venditi, et rem jure legati. Respondeo. hoc legatum ab initio fuisse utile: nam emptor, qui legat mihi rem emptam, videtur mihi remittere actionem ex empto, et ea ratione statim valet. Eadem ratione, si quis rem, quam emit ab alio, nec dum tradita sit, mihi legavit, non tam mihi videtur rem legare, quam actionem ex empto. Itaque huc non pertinet regula Catoniana.

Ad §. 3. *Si quis alicui.*

§. 3. *Si quis alicui legaverit, licere lapidem cædere, quæsitum est, an etiam ad hæredem hoc legatum transeat: et Marcellus negat ad hæredem transmitti, nisi nomen hæredis adjectum legato fuerit.*

Servitus alia est realis, alia personalis, *l. Cajus, de annuis legat.* Si legetur servitus personalis, ad hæredem non transmittitur. Realis autem transmittitur. Personalis ut ususfructus, usus, sicut et aliæ complures, quæ possunt etiam esse reales, ut servitus pecoris ad aquam appellendi. Hæc servitus est alias personalis, alias realis, *l.* 1. *de servit. rustic. præd.* Sic iter quandoque est servitus personalis, *l. pater. inf. de servit. leg.* Item actus et via, *l.* 1. *inf. de usufr. leg.* Item aquæductus, *l.* 37. *de servit. rustic. l. Mela* §. *quædam, de adim. legat.* Similiter calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, alias personalis, alias realis est, *l.* 5. *et* 6. *de servit. rustic.* Item lapidis eximendi: ideo hæredem non sequitur, cum scilicet personalis: alias realis est, *d. l.* 6. et tunc hæredem sequitur.

Ad §. 4. *Hæres.*

§. 4. *Hæres cogitur legati prædii solvere vectigal præteritum, vel tributum, vel solarium, vel cloacarium, vel pro aquæ forma.*

Prædiorum multa sunt onera, tributa, vectigalia, complura alia. Quæritur, quis onera ea agnoscat? Futura onera certe legatarius agnoscit: præterita autem agnoscit hæres. Debet enim legatario rem immunem præstare, ut vectigal præteritum debet hæres præstare. Item solarium, tributum, cloacarium. Hæc onera ita distinguuntur. Vectigal præstat emphyteuta, si prædium sit emhyteuticarium: tributum præstat provincialis fisco: solarium præstat superficiarius pro solo, in quo ædificavit. Cloacarium præstat quilibet possessor, per cujus fundum ducitur cloacæ. Item, pro aquæ forma possessor pensitat aliquid, id est, pro aquæductu: forma est structura aquæductus, hujus structuræ causa pensitant aliquid possessores, per quorum agros transit, *l. in venditione, de action. empt.* Hæc onera præterita debet hæres præstare: legatarius quidem, si prædium legatum possidet, etiam præteritorum onerum nomine potest conveniri, quia hæc rem sequuntur, sed hæres debebit illum hoc nomine indemnem servare, *l. possessor, inf de censib. in fin.*

§. *Sejo, sup.* expositus est in *l.* 13.

Ad §. ult. Constat L. XXXIX. et ad L. XL.

§. ult. L. XXXIX. *Constat etiam res alienas legari posse: utique si parari possint, etiamsi difficilis earum paratio. Si vero Salustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus deservit, legaverit quis: furiosi est talia legata testamento adscribere. Item campum Martium, aut forum Romanum, vel ædem sacram legari non posse constat. Sed et ea prædia Cæsaris, quæ in formam patrimonii redacta sub procuratore patrimonii sunt, si legentur, nec æstimatio eorum debet prestari: quoniam commercium eorum, nisi jussu principis non sit: cum distrahi non soleant.*

L. XL. *Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, et cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto æstimationem deberi.*

Quæstio est de legato rei alienæ. Res aliena per damnationem aut fideicommissum legatur, et vel ipsa vel æstimatio ejus præstatur: quandoque nihil præstatur, ut si legatus sit servus alienus, et is ante moram mortuus est, *l. si quis, in pr.* §. *ult. l b.* 3. Deinde si ante moram sit manumissus a domino, tum pro mortuo habetur, *l.* 35. *sup.* Nihil præstatur, si legetur res aliena, cujus commercium non est, §. *non solum de leg.* Hujus rei exempla sunt, ut si campum Martium legaverit, vel Basilicam, hæc sunt in usu publico. Item, si ædes sacræ, templa legentur, horum commercium non est: *commercium est jus emendi vendendique.* Ulpian. *in Frag. tit. de dominiis*, Theoph. *in* §. 1. *de inutilib. stip.* Earum rerum nulla emptio est. Ignoranti tamen emptori venditor ex vendito tenetur in id quod interest, *l. si in emptione*, §. *liberum hominem*, *l. sed Celsus, de contr. empt. l. qui officium, eod.* Ostenditur etiam nihil deberi, si quis legaverit *hortos Salustianos*: hi erant proprii Augusti, erant in sexta regione urbis Romæ. Item si quis legaverit *fundum Albanum*: hic usibus principis deserviebat. Generaliter ait deinde, idem esse, *si quis legaverit prædia, quæ sunt in patrimonio Cæsaris, et quæ procuratoris ejus cura reguntur.* Erant procuratores in quacunque provincia generales, *l. qui mittuntur*, §. 1. *ex quib. caus. maj.* Erant etiam certarum rerum, ut procuratores prædiorum principis: his prædiis legatis nihil debetur. Harum rerum est commercium, sed non sine speciali jussu principis, ideo legata non debentur, quia earum paratio difficillima et fere impossibilis est. Alioquin difficultas quædam præstationis non facit legatum inutile, *l.* 2. §. *ex iis, de verb. obl.* Verum hæc difficultas comparandi pred.a Principis tanta esse creditur, ut legatum reddat inutile. Diversa sunt hæc: rei non esse commercium, et rei non habere commercium. Prius significat rem a nemine acquiri posse, ut res sacra. Posterius dicitur de certo quodam, et significat rem ab illo acquiri non posse, ab alio posse. Quid si igitur legetur res, cujus sit commercium, cujus tamen legatarius non habeat commercium, an debetur æstimatio, ut si res aliena vel etiam propria legetur? Interpretes putant æstimationem deberi, idque *ex l.* 40. colligunt, quod tamen verba vix ferunt. Græci legunt: *et cui jus possidendi non est*, ἐὰν ἀλλότριον πρᾶγμα οὗτινος κτῆσιν οὐκ ἔχω οὔτε δύναμαι αὐτὸ νεμηθῆναι. Sic habet. Cui legata est res, cujus commercium non habet, is nec æstimationem jure debet ferre, alioqui fraus fieret legi, *l. mortuo*, §. *pen. t. prox.* ait ibi, *inutile esse legatum, cujus commercium non habet legatarius.* Similiter inutilis est donatio, cujus donatarius non habet commercium, *l.* 9. §. *ult. inf. de donat.* ut si quis donaverit Judæo Christianum mancipium, *l.* 1. *C. ne Christ. mancip. etc.* Cujus constitutionis rationem exposuit Sozomenus in *lib.* 3. *c.* 17. et Gregor. *Epist.* 3. *cap.* 21. Similiter inutilis est stipulatio ejus rei, cujus commercium stipulator non habet, *l. multum, de verb. oblig.* Sic etiam legatum. Nec obstat quidquam *l. filiusfam.* §. *si quid, h. t.* Nam in ea specie lex ait, *fuisse legatum licite*, id est, capaci. Verum accedit extrinsecus, ut legatarius id legatum habere non possit, ut propter corporis vitium, vel propter aliquam causam, tum ei debebitur æstimatio, quia ejus rei commercium non fuit interdictum: videtur quoque obstare *l. fideicommissa* §. *si servo, lib.* 3. Legata est servo militia, debetur æstimatio: at servus militiam habere non potest. Resp. in eo genere legati videri æstimationem legatam: quemadmodum cum tessera legatur, censetur legata quantitas vel æstimatio, *l. mortuo* §. 1. *lib.* 2. Notandum, quod si legetur ab herede res, cujus commercium hæres non habet, valet legatum, si modo commercium haberet legatarius, vel debetur æstimatio, *d. l. mortuo* §. *pen.* Sic utilis est stipulatio, si quis promittat rem, cujus commercium non habet, dummodo stipulator habeat, *d. l. multum.* Similiter si per fideicomm. a legatario relinquatur res aliena, cujus commercium legatarius non habet, valet fideicommissum, dummodo ejus rei fideicommissarius commercium habeat. Idem traditur in *d. l. mortuo*, de herede incapaci, et legatario capaci.

L. XLI. et XLIII.

L. XLI. *Cetera igitur preter hæc videamus. Et*

quidem corpora legari omnia, et jura, et servitutes possunt.

§ 1. *Sed ea quæ ædibus juncta sunt, legari non possunt, quia hæc legari non posse Senatus censuit, Aviola et Pansa consulib.*

§. 2. *Tractari tamen poterit, si quando marmora vel columnæ fuerint separatæ ab ædibus, an legatum convalescat? Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum, fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere: si existentis conditionis tempore mea non sit, vel ædibus juncta non sit: secundum eos, qui et emi rem meam sub conditione, et promitti mihi stipulanti, et legari ajunt. Purum igitur legatum Catoniana regula impediet conditionale non: quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.*

§. 3. *Item quæri potest, si quis binas ædes habens, alteras legaverit, et ex alteris aliquid junctum ei, cui ædes legavit, an legatum valebit. Movet quæstionem, quod ex Senatusconsulto et constitutionibus licet nobis ab ædibus nostris in alias ædes transferre possessoribus earum futuris, id est: non distracturis. Et ita Imperator noster, et Divus Severus rescripserunt. Nunquid ergo et legari possit ei, cui aliam domum legem? Sed negandum erit, quia cui legatum est, non est possessor futurus.*

§. 4. *Si duobus domum legaverit Sempronianam, et ex ea alteri eorum marmora, ad exstructionem domus Sejanæ, quam ei legaverat: non male agitabitur, an valeat, quia dominus est utriusque legatarius. Et quid si quis domum deductis marmoribus legaverit, quæ voluit hæredem habere ad exstruendam domum, quam retinebat in hæreditate? Sed melius dicetur in utroque detractionem non valere. Legatum tamen valebit, ut æstimatio eorum præstetur.*

§. 5. *Sed si quis ad opus Reipub. faciendum legavit, puto valere legatum: nam et Papin. lib. 11. Resp. refert, Imperatorem nostrum et D. Severum constituisse, eos, qui Reipub. ad opus promiserint, posse detrahere ex ædibus suis urbanis atque rusticis, et id ad opus uti: quia hi quoque non promercii causa id haberent. Sed videamus, utrum ei soli civitati legari possit, in cujus territorio est an et de alia civitate in aliam transferre possit. Et puto, non esse permittendum. Quamquam constitutum sit, ut de domo, quam aliquis habet, ei permittatur in domum alterius civitatis transferre.*

§. 6. *Hoc Senatusconsultum non tantum ad urbem, sed et ad alias civitates pertinet.*

§. 7. *Sed et DD. fratrum est rescriptum ad libellum Proculiani et Epitynchani ob debitum publicum desiderantium ut sibi distrahere permittatur. Quod eis jus distrahendi denegaverunt.*

§. 8. *Hoc Senatusconsultum non tantum ad ædes, sed et ad balnea, vel aliud quod ædificium, vel porticus sine ædibus, vel tabernas, vel popinas extenditur.*

§. 9. *Item hoc prohibetur (hæc) legari, quod non alias præstari potest, quam ut ædibus detrahatur, subducatur, id est, marmora vel columnæ. Idem et in tegulis, et in tignis, et ostiis Senatus censuit. Sed et in bibliothecis parietibus inhærentibus.*

§. 10. *Sed si cancelli sint, vel vela legari poterunt. Non tamen fistulæ, vel castella.*

§. 11. *Sed* αὐτοματάρια, *aut si qui canthari, per quos aquæ saliunt, poterunt legari, maxime si impositilii sint.*

§. 12. *Quid ergo in statuis dicendum? Si quidem inhærent parietibus non licebit. Si vero alias existant, dubitari potest. Verum mens senatus plenius accipienda est, ut si qua ibi fuerunt perpetua, quasi portio ædium, distrahi non possint.*

§. 13. *Proinde dicendum est, nec tab. adfixas, et parietibus adjunctas, vel singula sigilla adæquata legari posse.*

§. 14. *Sed si parabit quædam testator, quasi traslaturus in aliam domum, et hæc legavit, dubitari poterit an valeat? Et puto valere.*

§. 15. *Sed si ea quæ legavit, ædibus junxit: exstinctum erit legatum.*

§. 16. *Sed si hæres ea junxit, puto non exstingui.*

L. XLIII. Senatus enim ea quæ sunt ædium, legari (non) permisit. Hæc autem mortis tempore ædium non fuerunt. Hæres ergo æstimationem præstabit. Sed si detraxerit, et præstiterit, pœnis erit locus, quamvis ut non vendat detraxit, sed ut exsolvat.

§. 1. *Marcellus etiam scribit, si maritus diætam in uxoris hortis, quos in dotem acceperat, fecerit, posse eum hæc detrahere, quæ usui ejus futura sint, sine mulieris tamen damno. Nec ad hoc ei Senatusconsultum futurum impedimento. Ergo si non est ei obfuturum, quo minus detrahat, dici oportebit posse eum hæc legare, quæ detrahere potest.*

Non tantum corporales res legari possunt, sed et incorporales, ut nomina et servitutes, *l.* 13. *et l.* 33. *sup.* Ea tamen non possunt legari, quæ juncta sunt ædibus, et in *l.* 43. *in princ. Mulctari hæredem,* dicitur, *qui ea detraxerit.* Namque hæres eorum quæ detraxit æstimationem fisco confert. Ea

ergo, quæ sunt ædium non possunt legari, juncta, fixaque non possunt legari, ut columnæ, marmora, tigna. Item Bibliothecæ vel statuæ parietibus inhærentes. Item fistulæ perpetuo positæ, et aquarum castella: et generaliter, *quæ sunt ædium non possunt legari*, *l. fundi*, *sup. de act. emp.* Item ædes ipsæ non possunt legari in hoc, ut destruantur, *l. filiusfam.* §. *ædes*, *inf. hoc tit.* At ruta cæsa possunt legari. Inter ruta cæsa numerat *vela*, quæ ideo parantur, ne ædificia pluvia laborent. Item cancelli recte legantur, id est reticuli, in *d. l. fundi*, *l. quæsitum* §. *speculiaria inf. de instr. instrum. leg.* Harmenop. *lib.* 2. *tit.* 4. retinuit latinam vocem τῶν κα γκέλλων. Additur in §. *penult.* cantharos non esse ædium per quos aquæ saliunt. Item ἀυτομκτόρια. In fine libri 9. Vitruvii legitur, quendam invenisse aquarum expressiones ἀυτομάτους. Igitur ruta cæsa recte legantur: juncta fixaque non item. Hoc est ex Senatusconsulto auctore Adriano Cooss. Aviola et Cornelio Pansa. Spartianus in Adriano. Verum hoc jus tribuitur Vespasiano in *l.* 2. *C. de ædif. priv.* Verum videtur ibi error esse in nomine. Hic quæritur, an legatis iis, quæ juncta fixaque sunt, saltem æstimatio debeatur? Accursius putat deberi, quod concedendum non est: nam hoc legatum non valet, §. *ult. hac l.* Igitur nec æstimatio debetur. Argumento est §. *si duobus*, *h. l. et l.* 43. *in princip.* ubi proponuntur certi casus, in quibus harum rerum legatum valet, ut æstimatio debeatur. Aliis igitur casibus æstimatio non debetur. Item quæritur, an iis rebus legatis, legatum convalescat, si post testamentum vivo testatore separatæ sint ab ædibus? Ostenditur in *l.* §. 1. non convalescere propter regulam Catonianam. Idem obtinet in legato rei meæ, si postea mea esse desierit, *l.* 39. §. *si Titius*, *sup.* Verum sub conditione res illæ recte legantur, et si conditione existente, separatæ fuerint, legatum valet: nam regula Catoniana ad conditionalia legata non pertinet: et generaliter, ad ea legata non pertinet, quæ non cedunt a morte testatoris, *l.* 24. *sup.* Item quæritur, si legatæ sint res non junctæ ædibus, an legatum extinguatur, si vivo testatore jungantur ædibus, §. *ult. hac l.* Is §. ostendit, legatum extingui, si ipse testator junxerit, quia videtur mutasse voluntatem. Non idem erit, si hæres post mortem testatoris junxerit, tum ipsæ res quidem non debebuntur, sed æstimatio, *l.* 43. *in princ.* Similiter traditur in *l.* 43. *inf. de fideicom. libert.* et Paul. in 4. *Sent. tit. de manumiss.* Servo testamento dedit fideicommissariam libertatem: dedit igitur civitatem Romanam, ad quam non poterant pervenire servi vincti ob aliquod delictum. Hic servus vinctus antea non fuerat: sed postea ipse testator vinxit eum ob delictum: non debetur civitas, quia cœpit esse in causa dedititiorum Secus erit, si ipse hæres vinxerit: factum hæredis nihil mutat. Hic notandi sunt similes casus, quibus rerum ædibus junctarum nomine æstimatio debetur ut si ea, quæ juncta sunt ædibus, legentur ad opus publicum, legatum valet, ut æstimatio debeatur, §. *sed et si quis h. l.* Eum §. ita esse accipiendum indicat præcedens §. in quo alii duo casus ponuntur, in quibus idem traditur. Tertius casus, si ab hærede legatæ sunt ædes deductis certis rebus junctis illis ædibus, ut hæres eas transferat in ædes hæreditarias. Hoc enim casu eas ipsa res hæres non detrahet, sed æstimationem præstabit. Quartus casus, legavit Primo et Secundo conjunctim ædes Titianas, separatim autem Secundo legavit ædes Sejanas, et quædam marmora ex Titianis. Hoc casu ea non detrahentur ex Titianis, sed æstimatio duntaxat Secundo præstabitur. Sunt duo alii casus, quibus et ipsæ res debentur et detrahendæ sunt: unus, si sine injuria ædium auferri possunt, *l. nutu*, §. *ult. lib.* 3. Hoc enim Senatusconsulto ruinis tantum prospectum est: quoties igitur quid auferri potest sine ruina, id omnino debetur. Alter, si ædes in ea causa sint, ut dirui eas oporteat, ut sint constructæ adversus edictum prætoris; nam hæ diruendæ sunt, *l. fideicomm.* §. *si quis illicite lib.* 3. His casibus exceptis, neque res illa, neque illarum æstimatio debetur, et hæc quidem de legato. Verum Senatus etiam de detractione cavit: sicque jus est, dominum non posse detrahære ea, quæ sunt juncta promercii et negotiationis causa, id est, si dominus ea vendat particulatim, etiamsi ære publico prematur, §. *hoc Senatusconsultum.* Item non possunt vendi ædes, ut destruantur negotiationis causa, *l. Senatus*, *de contrah. emp.* Et hoc casu mulctæ nomine fisco duplum debetur, ita scilicet ut venditor pretium reddat fisco, et emptor tandundem præstabit fisco, vel emptor præstabit duplum, et repetet pretium a venditore, *l. ult. supra*, *de dam. inf.* Sunt tantum duo casus, quibus ea detrahi possunt, sed non promercii causa. Itaque proprie exceptiones non sunt, nam Senatusc. est de non detrahendis promercii causa, et ideo in his casibus licet. Primus, si quis detrahat quod tranferat in alias ædes suas, sive sint in eadem civitate, sive in alia, §. *sed videamus*, *h. l. et l.* 2. *et l. si quis post hanc*, *C. de ædific. privat.* Hoc ita: salvis utrisque ædibus: nam non licet integras ædes demoliri, totius materiæ in alias ædes tranferendæ causa, *dict. l.* 2. Item hoc procedit, si utrarumque ædium in solidum domini et possessores futuri sumus, §. *idemque erit*. Finge: ego una ædes retineo, alteras lego: non possum ex iis, quas retineo, quidquam tranferre in legatas. Alter casus: licet detrahere, quod transferatur ad opus publicum in eadem civitate, §. *sed et si quis*, *l. ult. sup. de dam. inf.*

Id etiam non detrahit promercii, sed liberalitatis in Rempub. caus. Eadem ratione poterit quilibet detrahere ex suis ædibus, ut transferat in alienas donandi animo. Verum id non est admittendum: nam ea, quæ sunt juncta ædibus, non possunt legari aut donari: igitur nec detrahi donandi causa. At Reipub. possunt donari, et ideo detrahi. Eodem modo quilibet potest sui usus causa ea permutare, et si detraxerit semel ea mente, poterit postea legare jure, §. *ul.* Huc spectat §. 1. *l.* 43. Finge, maritum ædificasse in fundo dotali, qui etiam est in bonis mariti constante matrimonio: Deinde ex eo ædificio detraxit quædam sui usus causa, jure hoc fecit, dummodo fiat sine damno mulieris, detractum eo animo post poterit legare. Eadem sent. in *l. Marcel l. sup. de donat. int. vir. et ux.* cui conjungenda *l. Julianus, de rei vindicat.* Ea lex *Marcellus* pertinet ad donationes inter virum et uxorem, quia maritus, qui ædificavit in fundo uxoris, videtur donare, quia ædificium solo cedit: verum ea revocat, non obstante Senatusconsulto. Hoc Senatusconsultum non tantum ad ædes, sed etiam ad villas pertinet, *l. Senatus. de contr. emp.* tabernas, popinas, et quælibet ædificia.

Ad §. 2. *Legatum et* §. 3. *Qui ab hostibus* *L. XLIII.*

§. 2. *Legatum in aliena voluntate poni potest. In hæredis non potest.*

§. 3. *Qui ab hostibus redemptus est, legari sibi poterit. Et proficiet legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit, qui redemit.*

Accurs. et alii hic in *aliena voluntate*, id est, in voluntate legatarii: hoc ut expediant se a difficultatibus, quæ incidunt. At sic interpretari debemus: *In aliena*, id est, in extranei, ut *lego Titio decem si Cajus voluerit*. Videndum est, an in extranei voluntatem legatum conferri possit, an in hæredis voluntatem, vel legatarii. Hic §. ait, posse in extranei voluntatem conferri: cui opponitur lex *nonnunquam, de condit. et demonst.* Ait, *legatum nominatim in alienam voluntatem conferri non posse, tacite posse*, sicut expressa nocent, tacita non nocent. Itaque si testator dixerit, *lego Titio, decem, si Cajus voluerit*, inutile est. Verum si dixit, *lego Titio decem, si Cajus Capitolium ascenderit*, quamvis sit in potestate Caji, ut efficiat legatum deberi, tamen non est inutile. Igitur utroque modo legatum confertur in voluntatem extranei, hoc tacite, illo nominatim. Quæritur, cur potius hoc casu valeat, quam illo? Rationem esse puto, quod natura nihil frustra facit, ἡ φύσις, οὐδὲν περίεργον ποιεῖ. Sic etiam ars, quæ naturam imitatur: et sic sobrii homines nihil frustra facere intelliguntur: itaque testator qui dicit, si Capitolium ascenderit, non frustra videtur hoc adscribere, et magis videtur rationem habuisse hujus ascensus, quam tacite in ipsum collati arbitri. At cum dicit, *si Cajus voluerit*, nihil aliud spectat quam arbitrium Caji: ejus finis est Caji voluntas, quæ non fit jure: nam quæ in testamentis scribuntur, per se firma esse debent, non ex alieno arbitrio pendere, *l. illa institutio, de hæred. instit.* Verum huic obstat *hic* §. sed explicandus est ex *l.* 1. *infr. tit. prox.* ut legatum poni possit in aliena voluntate, quasi in conditione, tanquam nihil intersit, sive dicat, si Capitolium ascenderit, an vero, si Cajus voluerit. Idem dicitur de legato libertatis in *l.* 46. §. 1. *inf. de fideicomm. libert.* Sed ut hoc melius intelligatur, notandum est, hæc verba, *Si Cajus noluerit*, dupliciter accipi posse: vel pro conditione hoc sensu, si forte acciderit aliquando, ut Cajus assenserit, et tum legatum valet, et voluntas Caji exspectatur, quasi quælibet conditio: Vel accipiuntur pro dandi legati mera voluntate, dum scilicet testator totum confert in voluntatem Caji, ut sit quasi largitor legati, et tum non valet. Denique non potest legatum conferri in alienum arbitrium, nisi quasi in conditionem, *l.* 1. *tit. prox. et d. l.* 46. Loquor de arbitrio libero, quod et dicitur plenum et mera voluntas: nam est arbitrium liberum, est et arbitrium boni viri, *l. hæc venditio, de contr. empt* Non est dubium, quin legatum possit conferri in arbitrium alterius, quasi boni viri, ut *hæres meus Titio tot aureos dato, quot Cajus arbitratus fuerit quasi vir bonus*, et id legatum est purum: nam arbitrium boni viri non pendet ex eventu futuro, sed ex æquitate, quæ semper est certa. Ideoque legatum, quod confertur in liberum arbitrium alterius, non est purum, sed conditionale, nec sustinetur nisi conditionale. Notandum, interpretes vulgo existimare, ea legata, quæ conferuntur in alienam voluntatem, appellari *captatoria*: Ideoque Accursius hic citat *l. captatoriæ, infr. h. t.* Sed merito reprehensi sunt a Socino, et aliis. Nam is, qui legatum confert in alienam voluntatem, nihil captat. Captatorium enim legatum est, verbis in futurum conceptis, *ut quot aureos mihi Titius dabit, tot aureos hæres meus illi dato*. Verum si concipiatur in præteritum, non est captatorium, ut *quot aureos mihi Titius legavit, tot. hæres meus illo dato*. Captatio est futurorum, non eorum, quæ jam nacti sumus. Græci dicunt αἱ χάριν ἀντιλήψεως γραφαί, sunt legata viscata, hamata, quibus testator non tam sua largitur quam aliena optat, et ideo inutilia. Videndum, an legatum possit conferri in voluntatem hæredis. Duplex est voluntas, ut dixi, libera, et boni viri. In arbitrium hæredis quasi boni viri

legatum conferri potest, ut si hæres meus arbitratus fuerit, si utile, æquum ei visum fuerit, *l. si sic legatum, inf. h. tit. l. fideicommissum, inf. lib.* 3. Verum in hæredis liberum arbitrium legatum conferri non potest, ut sit in hæredis potestate, an debeat, hæres enim debet lega a. Absurdum autem est esse hoc in ejus potestate, an debeat, *l. utrum §. cum quidam, de reb. dub.* Et hac eadem ratione hoc ita procedit, ut nec possint ea verba, *si hæres voluerit*, accipi pro conditione sicut in extraneo, nisi favore libertatis, *d. l.* 49. ut si libertas ita relinquatur, *si hæres voluerit*, quasi sub conditione, non eo animo, ut ipse solus hæres sit quasi auctor et dator libertatis, libertas debebitur ex nutu hæredis, statim atque annuerit. Verum si ita relinquatur, *si hæres voluerit*, omnino est inutile, nec debetur, etiamsi hæres voluerit: quia valde absurdum hoc est; ut diximus. Verum alia conditione recte legatur, etiamsi tacite contineat voluntatem hæredis, ut *si Capitolium ascenderit*, supradicta ratione, vel *nisi hæres voluerit*. Item recte confertur in arbitrium hæredis, quando debeat, non autem, an debeat: ut, *cum voluerit hæres*, id mortuo hærede omnino præstabitur, nec erit inutile, etiamsi vivus nihil constituerit. At in legatarii voluntatem legatum potest conferri *l.* 3. *sup. h. t.* Postremo notandum, posse quem sibi ipsi legari, ut dominus potest servum suum sibi ipsi legare: nam ita videtur ei libertatem dare. Alia res servo proprio inutiliter legatur sine libertate, at ipse sibi recte legatur, nullo alio adscripto, *l.* 2. *C. de comm. serv. manum.* Is etiam, qui redemptus est ab hostibus, potest ab eo, qui redemit, sibi ipsi legari. Is autem, qui redemptus est, non est proprie servus, quinimo redemptione a servitute, scilicet hostium liberatus, sed a me retinetur pignoris jure, quoad pretium redemptionis reddiderit, et seipsum luerit, *l.* 2. *C. de post. et red. ab host.* Id vocat *pignus naturale*. Si igitur tibi legem, videor remittere jus pignoris, et ideo utile est legatum.

Ad L. XLIV.

Servum filii sui castrensis peculii legare pater potest, et si vivo patre mortuus sit filius, et apud patrem peculium remansit, consistit legatum. Cum enim filius jure suo non utitur, retro creditur pater dominium in servo peculiari habuisse.

Quæritur, *an pater servum castrensem filiifam. possit legare?* Lex ait, posse. Dices, quid ni? Constat enim quamvis rem alienam posse legari. Verum servum castrensem filiif. pater potest legare etiam per vindicationem, cum alias res aliena per damnationem tantum legari possit. Dices etiam, quod debet res esse testatoris testamenti tempore et mortis, si per vindicationem legetur. Igitur hoc non procedet. Respondeo, servum castrensem, et generaliter totum peculium ipso jure ad patrem pertinere jure dominii. Verum ex constitutionibus hoc datum est filiof. ut in castrensi peculio habeatur pro patrefam. Hac in re constitutiones juri antiquo patrio derogant. Verum si filiusf. eo privilegio non utatur, id peculium pater quasi suum sibi vindicat. Ideo filio intestato mortuo, non dicitur acquiri patri, sed non adimi, quasi semper ejus fuerit. Item non dicitur occupari a patre jure hæreditario, sed jure peculii, *l. proponebatur, l. de hæreditate,* §. 1. *de castr. pecul. l.* 1. §. *si is qui bona, de collat. bon. l.* 3. *C. de bon. proscript. l ult. ad Tertull.* Igitur si pater servum castrensem filii per vindicationem legavit, et filius vivo patre moriatur intestatus, legatum valet, quia retro is servus semper videtur fuisse in dominio patris. Verum si filiusf. suo privilegio utatur, quod constitutiones dederunt, et testamentum faciat, tunc inutile erit legatum, quia tum servus plane alienus fuisse intelligitur, qui per vindicationem legari non potuit.

Ad §. 1. *Si quis rem.*

Si quis rem sibi legatam ignorans, adhuc legaverit, postea cognoverit et voluerit ad se pertinere, legatum valebit: quia ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur ex quo hæreditas adita est. Si vero repudiaverit, retro videtur res repudiata hæredis fuisse.

Per vindicationem legavi rem mihi legatam, nondum tamen quæsitam, cum ignorarem mihi legatam: legatum valet, si post agnovero, quia illa agnitio retrotrahitur. Verum si post eam rem repudiavero ex causa legati, aut si hæres meus repudiaverit, cum eo legato nondum agnito, defunctus sum, inutile erit legatum, *l. si fundum* §. *si Titius*, *inf. h. t.* De agnitione leg. diximus in *l.* 38. *sup.*

Ad §. 2. *Si pocula,* §. 3. *Si areæ, et* §. 4. *Eum qui.*

§. 2. *Si pocula quis legavit, et massa facta est, vel contra: idem si lana legetur, et vestimentum ex ea fiat, Julian. lib.* 31. *ff. scripsit legatum in omnibus suprascriptis consistere, et deberi quod exstat. Quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem. Sed et si lancem legavit, et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate.*

§. 3. *Si areæ legatæ domus imposita sit debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem.*

§. 4. *Eum qui chirographum legat, debitum*

legare, non solum tabulas, argumento est venditio: nam cum chirographa veneunt, nomen venisse videtur. Sed etsi nomen legetur, benigne id quod debetur, accipiendum est: ut actiones adversus debitorem cedantur.

Finge: poculum legavi, deinde id conflavi: et ex eo massam feci: vel massam legavi, deinde ex ea feci poculum, vel lancem legavi, tum ex ea feci massam: tum ex massa poculum: vel lancem legavi, atque ita rem permutavi, vel lanam legavi, deinde ex ea vestimentum feci: vel aream legavi, deinde imposui ædificium. Quæritur: an hæc permutatio extinguat legatum, §. *si pocula*, ait consistere in ea re, quæ extat. Ideo si ex lana facta sit vestis, ea debetur legatario, Obstat *l. lanæ, inf. l.* 3. Ait, lana legata vestem ex ea factam non deberi. Rejicienda est solutio Acc. qui ait, in specie hujus §. hæredem ex lana vestem fecisse, non testatorem, et ideo legatum valere, ut factum hæredis non noceat legatario. Verum manumifestum est, testatorem ipsum fecisse. Ait enim lex, esse quærendum de voluntate testatoris, an sit mutata, et an illud factum sit ejus rei argumentum. Veram solutionem ipse §. *si pocula dat.* Nam is non ait, absolute vestem deberi, sed hoc adjecto, si duraverit voluntas, cujus rei probandæ onus incumbet legatario: id probare debet legatarius, quoniam præsumitur mutasse voluntatem, præsumptio est pro hærede. Sic etiam videtur mutasse voluntatem qui legavit quæ separata erant ab ædibus, deinde injunxit: quia ea injungendo videtur perdere, et quodammodo ea extinguere. *argum.* §. *si tamen, de rer. divis.* Sic præsumitur mutasse voluntatem, qui navem legatam aut domum dissolvit, destruit. Sic qui ex cupresso legata navem facit, præsumitur mutasse voluntatem, quia consumit cupressum, nec navis inde facta, ad sua initia redigi potest. Itaque cupressus consumpta est. Eadem ratio est, si ex poculo vel lance massam faciat, vel si speciem commutet, *l.* 6. *de aur. et arg. leg.* Finge: legavit unionem cum hyacinthis, deinde unionem solvit, non aceto, ut quidam putant, verum dissolvit illud ornamentum, et mortis tempore nullam unionem reliquit. Quæritur, an æstimatio debeatur? Non: quia hoc signum est mutatæ voluntatis. Item, quid si illud ornamentum in aliam speciem convertit, additis aliis gemmis? Extinctum etiam videtur legatum, *l.* 6. *de aur. et arg.* Notandum aliud esse dicendum, si legetur massa auri vel argenti, et ex eo fiat poculum: nam hoc casu id aurum non consumitur. In superioribus casibus res legata consumitur, hoc casu non: immo vero in poculo magis spectamus materiam, id est aurum, quam speciem ipsam. Obstat hic: aurum et poculum facile redire potest ad pristinam massam, *l.* *quæsitum* §. *ult. de leg.* 2. *l. in omnibus, de acquir. rerum dom.* Igitur hoc casu poculum factum debetur legatario, nisi mutaverit voluntatem. Sed hic onus probandi incumbit hæredi, quia præsumptio est pro legatario, *d. l. lana in fin.* Sed tamen, ea in re distat proprietas ab usufructu massæ, *l. quid tamen* §. *si massæ, sup. quibus mod. usufr. amitt.* Sic etiam in specie areæ separanda est proprietas ab usufructu, de quo *sup.* in *l.* 22. Verum hic etiam probatio ab hærede exigitur, quia si areæ sit impositum ædificium, utrumque debetur legatario. Tertio, quæritur legato chirographo vel nomine, quid legatum videatur? Chirographum significat proprie tabulas, cautiones. Accipitur vel pro cautione, qua nos aliquid expromisimus, unde dissolvere nomen: vel pro cautione, quam aliquis nobis dedit, dicimus exigere nomen. Verum legato nomine, jus incorporale legatum videtur: ideoque legatario debet hæres cedere actionem in debitorem defuncti. Itaque legato satisfiet, non datis tabulis, sed cessa actione §. *eum qui hoc tit. leg. qui chirographum, inf. de legat.* 3. Sic etiam debitori legato chirographo, videor concessisse liberationem, *l.* 2. *sup. de pact.* Similiter hæc conditio, si chirographum meum reddiderit, lego: hæc verba juris intellectum habent, id est, si me liberaverit, *l. hujusmodi* §. *si ita legatum, inf. hoc tit.* Ideoque illa conditio non impletur reddito chirographo, nec remissa obligatione. Impletur autem remissa obligatione, quamvis non reddatur chirographum, ut puta si non extet, si interciderit: nam si extet, reddi debet. Opponitur *l. ab omnibus* §. *in testamento, inf. hoc tit.* tractatur ibi de eadem conditione. Verum exigit ille §. omnino, ut reddatur chirographum, nihil præterea. Dicendum in specie illius §. jam ante fuisse obligationem solutam, et ideo illa conditione non de jure cogitavit testator, sed de tab. Ideoque si extent tabulæ, ut transmittat legatarius legatum ad hæredem, oportet ut reddatur. Verum si nullum extet chirographum, legatum illud habetur pro puro, conditio pro non scripta habetur, quia est impossibilis, dicit, *vera ratione*, id est, æqua. Concludo, chirographum, vel nomen, jus significare non corpus. Idem significat instrumentum, rationes. Excipitur casus §. *in testamento.* Item casus in *l.* 8. *famil. ercisc.* et ibi Accursius. Plures sunt hæredes scripti, testator uni ex iis prælegat rationes hæreditarias. Quæritur, an videatur legare ea, quæ continentur rationibus? Minime. Tum rationes pro corporibus accipiuntur. Videndum, quæ sit mens testatoris, quia sæpe disceptatur inter cohæredes, apud quem debeant remanere rationes, *l.* 5. *l.* 6. *sup. eod.* Ut hanc controversiam testator tollat, legat uni rationes, id est, nuda corpora. Itaque jura manebunt communia inter cohæredes.

Ad §. 5. *Si idem*, §. 6. *Si Statuliberum*, *et* §. 7. *Si duos.*

§. 5. *Si idem servus et legatus et liber esse jussus sit : interdum procedere solum legatum poterit : ut puta si in fraudem creditoris data erit libertas, vel si is sit servus, qui in perpetuam servitutem venierit. Idem erit, vel si servus sit forte pignori datus.*

§. 6. *Si statuliberum hæres legaverit, expediet hæredi ipsum statuliberum præstare magis, quam æstimationem. Etenim æstimationem veram præstabit. Ipsum vero si dederit, existente conditione nullum sentiet damnum. Jam enim æstimatio postea non petitur ab eo hominis liberi.*

§. 7. *Si duos fundos habens testator, alterius mihi usumfructum, alterum Titio lege', aditum mihi legatarius non debebit : sed hæres cogitur redimere aditum, et præstare.*

Si idem servus testamento legatus, et liber esse jussus sit, efficacior est libertas, etiamsi sit postrema scriptura legatus : nam efficacior est libertas legato. Hoc vero fit favore libertatis, alioqui novissima valet scriptura. Nec mirum est : nam et olim semel data libertas testamento, adimi non poterat, reliqua poterant. Hodie autem potest, *l. si pecul. de manumiss. test. l. si servus* 50. *de fideic. libertat.* Igitur si novissima scriptura servus sit legatus, et constat apertissime ademptam libertatem, tum prævalebit legatum, *l.* 14. *tit. prox.* Item exigimus, ut evidens sit ademptio libertatis, id est, ut dixerit, se adimere : nam in obscuris valet libertas, non legatum, etiamsi sit novissimo loco scriptum. At si sit manifesta ademptio libertatis, valet legatum, quia quod adimitur, non datum videtur : et hic est unus casus, quo legatum prævalet. Est et alius, scilicet si libertatis datio nulla sit : libertatis datio, quæ nulla est, legatum non infirmat, *l. qui testam. tit. prox.* Idem proponitur *hoc* §. *si idem*, et hic tria dantur exempla libertatis inutilis. Primo, si data sit libertas in fraudem creditorum, quæ nulla est. Dices : qui manumittitur in fraudem creditorum, non potest etiam legari in fraudem creditorum : nam si fraus est in libertatis datione, est et in legato. Igitur neutrum valet : respondeo : libertatem datam in fraudem creditorum, ipso iure nullam esse, id est, ex *l.* Ælia Sentia, quæ prohibet in fraudem creditoris et patroni manumitti, *tit. qui et a quib. man. non poss.* At legatum in fraudem creditorum relictum, ipso jure valet, neque ulla lex est, quæ prohibeat in fraudem creditorum legare : igitur valet, sed traditio legatæ rei poterit rescindi, sed legatum per se valet. Igitur si servus testamento in fraudem creditorum legetur vel manumittatur, utile est legatum, inutilis autem manumissio. Secundum exemplum : si servus sub hac conditione venierit, *ne unquam manumittatur*, quæ certissima est conditio, et servo imponi potest pœnæ causa, cum forsitan male sit meritus de domino : hæc conditio cohæret servo neque immutari potest alterius manumissione. Idem dicemus, si servus eam conditionem accepit testamento cujusdam, vel si eandem conditionem acceperit sententia Præfecti urbi, ut *l.* 9. *de manumiss.* Nunc sic dicamus : si ille servus, cui inhæret illa conditio, testamento legetur, et manumittatur, utile est legatum, inutilis vero manumissio. Tertium exemplum. Si servus specialiter pignori datus sit, hic servus, pignore durante, non potest manumitti citra consensum creditoris, *l.* 2. *de manumiss.* Nec obstat *l. generaliter* §. *si quis servo*, *de fidecomm. libert.* Nam ut hoc exponatur dilucide : servus pignoratus directe quidem non fit liber, sed si directo sit manumissus testamento, hæc manumissio pro fideicommissaria accipitur, id est, libertas ei jure fideicommissi debebitur, scilicet soluto pignore. Manente pignore, nec directa, nec fideicommissaria debetur libertas. Si igitur servus pignoratus manumittatur testamento, si non solvatur pecunia, inutile est legatum. Illud nunc notandum, de hoc genere servorum, qui vix aut nunquam ad libertatem possunt pervenire, eos etiam non posse legari manumittendos : id est, ut manumittantur a legatario, si eo fine legantur, nec legatum, nec libertas valet, *l.* 51 *tit. prox.* Sic etiam est in ædibus, quæ non possunt destrui propter SC. neque legari possunt, ut destruantur, *l. filiusfam.* §. *ædes*, *h. t.* Verum ei *l.* 51. opponi solet, *l. si quis eum de cond. et demonst.* Sed ut alias admonuimus, ita explicandum est : legati petitionem non esse si legetur servus manumittendus, retentio tamen est legati. *l. Lucius* §. *codicillis, inf. tit. prox.* Idem tentari potest in ædibus, servorum argumento : si legentur ædes destruendæ, earum erit retentio, sed non petitio. Sed in §. *codicillis* aliud est, ut si manumisero servum inutiliter, et eundem Titio legavero : nam hoc legatum valet, quod si utiliter manumisero, legatum non valet. Notandum etiam, quod cum utiliter manumitto nihil interest, præcedat manumissio, an sequatur ; nam manumissione tollitur legatum, idque favore libertatis. Cum vero inutiliter manumitto, interest utrum præcedat manumissio, vel sequatur : nam tunc cessat favor libertatis, et ideo tum spectamus novissimam scripturam, l. 12. *hoc tit.* Ideoque si servus manumittatur primo inutiliter, deinde legetur, utile est legatum. Verum si primum legetur, deinde manumittatur, inutiliter legatur, licet manumissio sit inutilis. Idem

dicendum, si inter vivos, ut vindicta, inutiliter manumiserit, deinde testamento legaverit, valet legatum. Si vero primo testamento legaverit, deinde vindicta inutiliter manumiserit, repellitur legatarius *l. legatum sub conditione* §. *ult. de adim. l.* 5. §. *ult. de instr. leg.* At cum utiliter manumittitur semper prævalet libertas quoquo loco sit scripta. Quærendum nunc si sub conditione libertas relicta sit testamento, et legetur pure, quid juris sit? Certum est, hoc casu legatum esse conditionale, utrumque valere, sed pendere a conditione, nec videri legari sub contraria conditione: eventus conditionalis monstravit utrum sit potius, *l. si post mortem* §. *ult. in fi. h. t.* Non idem est, si dominus servum testamento manumiserit sub conditione, nec legaverit. Postea vero hæres eum servum legavit, ergo servus ille testamento domini accepit conditionaliter libertatem: ab hærede legatus est, illa hæres hæredis statim convenietur, ut præstet vel servum, vel æstimationem ejus: nam purum erit legatum, §. *ult. hac l.* Sed ait ibi, consultius faciet hæres hæredis, si ipsum præstiterit statuliberum: nam ipso præstito et existente postea conditione libertatis, nihil amittit. At præstita æstimatione, et post existente conditione libertatis, et servum amittit et æstimationem. Ita est accipiendus §. *si statuliber*, ubi Florent. legitur, *si statuliberum hæres legaverit*. Et quod ait postea, hæredi expediet, id est, hæredi hæredis. In fine hujus *l.* hæc proponitur species: Testator habebat duos fundos, unum legavit Titio, alterius usumfructum mihi legavit. Ego vel alius quisquam non potest eo fundo frui; nisi mihi concedatur via per fundum Titio legatum. Quæritur, quis sit huic præstationi obstrictus, hæres an Titius? Dicitur, hæredem esse obstrictum. Verum hæres quomodo præstabit viam? Id explicatur in fine hujus *l.* sed unus tantum modus proponitur. Sunt tamen et alii. Creditur obstare huic §. *l. damnas* §. 1. *de usufr. leg.* Sed res, facilis est, si dicamus, plures esse modus præstandæ viæ. Primo enim hæres per retentionem fundi extorquebit a Titio viam, *d. l. damnas* §. 1. Vel etiam, si hæres ea retentione non sit usus per errorem, poterit id consequi condictione indebiti, quasi plus debito dederit. Igitur si retentione sciens non sit usus, et liberum fundum præstiterit, hæres tum cogitur viam emere, et Titio et mihi præstare quoniam aliter uti non possum; quæ via est servitus, quia non tam præstatur gratia fructuarii, quam fundi. Ideoque extincto usufructu consolidabitur cum proprietate, et competit ei eadem via. At via, quæ conceditur tantum gratia fructuarii, non est servitus: nam talis potest dari species, ut si ipse non possit aliter frui quam illa via præstita, alius possit, tunc personale jus est; non servitus, *l.* 2. §. 2. *ff. si servit. vind.*

Ad L. XLV.

Si a substituto pupilli ancillas tibi legassem; easque tu a pupillo emisses, et antequam scires tibi legatas esse, alienaveris, utile legatum esse Neratius, et Aristo, et Ofilius probant.

Initio legis proponitur species hujusmodi. Pupillus hæres est institutus, et ei substitutus datus: a substituto pupilli in secundis tab. res mihi legata est, antequam existeret conditio, ego eam rem emi a pupillo hærede instituto, post extitit conditio substitutionis. An legatum petam ex secundis tabulis? Agam hoc casu ex testamento, non quidem ad rem: quoniam jam habeo; sed ad pretium, non quidem verum: sed quod mihi abest, quodque pupillo numeravi, *l. plane*; §. *quod si rem*. *sup. hoc tit.* Interdum tamen etiam ad rem agam, scilicet si eam rem emero a pupillo, et antequam cognoscerem, eam mihi legatam, eam alienavero, tunc quia rem amplius non habeo, agam ad rem, vel ad rei verum pretium. Cum ad rem agitur, semper intelligitur vel ad rem ipsam, vel ad verum pretium *l. proxima* §. *pater, sup.* At quid si sciens rem mihi legatam alienavero, scilicet veri pretii consequendi causa, cum forte minoris eam emissem? tunc non erit indulgendum meæ cupiditati. Itaque ex testamento non consequar verum pretium, nec plus quam numeravi. Ideo lex ait: *Antequam scires*; *etc.* Rejiciendum, quod Accurs. ait: sciverit, an ignoraverit, nihil interesse, item alienaverit necne. Et hæc quidem, si legatarius rem emit ab alio, quam a quo legata est: ut in proposita specie, emit a pupillo cum a substituto ejus legata esset. Verum si emat rem ab eo, a quo legata est, ita distinguendum est: Aut sciens sibi legatum emit, et tunc sua culpa legati petitionem amisit: aut ignorans, et tunc aut res ei tradita est ex causa emptionis, aut non tradita est. Si tradita est, aget ex testamento, non ad rem, quam habet, sed ad pretium, quod numeravit, et ut ea res ejus fiat: nam ex causa emptionis, venditor non tenetur rem accipientis facere; at ex causa legati hæres tenetur rem facere accipientis. Igitur actione ex testamento agitur ad pretium, et ut fiat legatarii. Re autem non tradita ex causa emptionis, legatarius aget ex testamento ad rem, et non tenebitur pretii nomine, vel si pretium solverit, id recipiet actione ex empto, quasi re evicta. Actio ex stipulatione duplæ cessabit, *l. hujusmodi* §. *qui servum, inf. hoc tit. et l. cui res sup. de act. emp.*

Ad §. 1. *Hæres generaliter dare et* §. 2. *Si vera L. XLV. et ad L. XLVI.*

§. 1 *Hæres generaliter dare damnatus : sanum eum esse promittere non debet. Sed furtis et noxis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet ut eum habere liceat. Sanitas autem servi ad proprietatem ejus nihil pertinet. Sed ob id quod furtum fecit servus, aut noxam nocuit, evenit, quo minus eum habere domino liceat : sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat.*

§. 2. *Si vero certus legatus est, talis dari debet, qualis est.*

L. XLVI. Quæ de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dare promiserit.

Actione ex testamento agitur, ut res legata actoris fiat, *d.* §. *qui servum.* Hæc actio datur ex legato damnationis, neque ulla alia ex hoc genere competit. Potest tamen eadem actione ex legato vindicationis agi, sed tum eodem jure censetur, ac si per damnationem legatum esset. Quæritur, an etiam hic debeat præstare hæres actione ex testamento, ut legatario rem omnino habere liceat, id est, ut eam rem obtineat sine ulla controversia. Eam enim rem habere non licet, de qua possessori potest fieri controversia, quod sit vel furtis, vel noxiis obnoxia, pignori obligata, vel alia ratione. Verum sic distinguendum : aut generaliter homo legatus est, aut Stichus. Si Stichus, tum hæres tenetur actione ex testamento, eum facere legatarii, et si testator sciens alienum legaverit, hæres debet eum redimere, et præstare: verum hæres non debet præstare *eum Stichum furtis noxisque solutum esse,* id est, in ea causa non esse, ut noxæ dedi non possit. Item fugitivum non esse, sed qualis est, talem dabit, *l. si legati servi*, *l. si servus Titii, inf. h. t.* Item si testator Stichum bona fide possessum emerit, quem alienum ignorabat, eum hæres inventum in rebus hæreditariis præstabit, qualis erit, nec, tenebitur de evictione, *l. cum pater* §. *evictus tit. prox.* Item, si testator legaverit servum Stichum nominatim, ignorans pignori obligatum, de quo *l. si res obligata, inf. h. t.* Certus igitur homo legatus, talis qualis est præstatur. At si homo legetur generaliter : tum ex omni familia debet hæres eligere aliquem furtis noxisque solutum quem habere liceat item pignore solutum. Item non fugitivum, qui seipsum non nobis subtrahat, *l. qui concubinam* §. *si hæres, inf. de legat.* 3. *l. hæres, sup. de evict.* Item debet præstare hominem, quem manumittere liceat, quem legatarius ad libertatem perducere possit, *l. qui decem* §. *ult. de solut.* Denique debet hæres perfecte hominem facere accipientis, ideo tenetur de evictione, *l. si domus* §. *ult. de solut.* Notandum, eum §. esse accipiendum tantum de legato generaliter relicto : est enim conjungendus iis, quæ præcedunt, quæ sunt de domo generaliter legata. Notandum tamen hunc hæredem non debere hominem, quem præstat, sanum præstare, sicut venditor debet ex edicto ædilium. Verum id hæres non præstat, quoniam sanitas nihil pertinet ad proprietatem; debet autem duntaxat proprietatem firmam et stabilem præstare, §. *hæres.* Similiter non præstat furem non esse, erronem non esse, vespillonem non esse, *d. l. qui* 10. §. *pen.* nam hæc nihil etiam ad proprietatem. *Vespillonem*, id est, sepulcri violatorem recte interpretatur Accursius. Si hæres sciens legatario furem præstiterit, et is legatario furtum fecerit, quid fiet? *l. si hæres generaliter, inf. hoc tit.* ait, dari actionem de dolo in hæredem, quia sciens furem dedit. Postea se corrigit, et ait, potius esse, ut detur actio ex testamento, vel in factum. Itaque actione illa, quasi nihil adhuc dederit, cogetur alium præstare, et hunc relinquere pro noxa. Et hoc constituitur in pœnam hæredis, *d. l. si hæres generaliter.* Ea autem, quæ diximus circa hanc quæstionem de legato, habent etiam locum in stipulatione. Sicut in legato distinguimus inter hominem generaliter legatum. et certum hominem. Idem servamus, si quis dare promiserit, vel certum hominem, vel generaliter, *l.* 46. *hujus tit.* Itemque in stipulatione hominis generaliter concepta, electio est debitoris: hic etiam in legato est debitoris, id est, hæredis. Nam in §. *hæres,* hoc nominatim traditur de legato damnationis, ut in *l.* 15. *sup.*

Ad L. XLVII.

Cum res legata est si quidem propria fuit testatoris, et copiam ejus habeat hæres, moram facere non debet, sed eam præstare. Sed si res alibi sit, quam ubi petitur, primum quidem constat, ibi esse præstandam, ubi relicta est, nisi alibi testator voluit: nam si alibi voluit, ibi præstanda est, ubi testator voluit, vel ubi verisimile est, eum voluisse. Et ita Julianus scripsit tam in propriis, quam in alienis legatis. Sed si alibi relicta est, alibi autem ab hærede translata est dolo malo ejus, nisi ibi præstetur ubi petitur, hæres condemnabitur doli sui nomine. Ceterum si sine dolo, ibi præstabitur, quo translulit.

§. 1. *Sed si id petatur, quod pondere, numero, mensura continetur, si quidem certum corpus legatum est, veluti frumentum ex illo horreo, vel vinum ex apotheca illa, ibi præstabitur, ubi re-*

lictum est, nisi alia mens fuit testatoris. Sin vero fuit certa species, ibi erit præstandum ubi petitur.

§. 2. *Itaque si Stichus sit legatus, et culpa hæredis non pareat, debebit æstimationem ejus præstare: sed si culpa nulla intervenit, cavere hæres debet de restitutione servi, non æstimationem præstare. Sed et si alienus servus in fuga sit sine culpa hæredis, idem dici potest, nam et in alieno culpa admitti potest. Cavit autem, sic, ut si fuerit adprehensus, aut ipse, aut æstimatio præstetur. Quod et in servo ab hostibus capto constat.*

§. 3. *Sed si Stichus aut Pamphilus legetur, et alter ex his vel in fuga sit, vel apud hostes, dicendum erit præsentem præstari, aut absentis æstimationem. Totiens enim electio est hæredi committenda, quotiens moram non est facturus legatario. Qua ratione placuit, etsi alter decesserit, alterum omnimodo præstandum, fortassis vel mortui pretium. Sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut si in potestate ambo redirent. Sed si vel alter, et vel ipsum, vel absentis æstimationem præstandam: item si res aliena vel hæreditaria sine culpa hæredis perierit, vel non compareat, nihil amplius quam cavere eum oportebit. Sed si culpa hæredis res periit, statim damnandus est.*

§. 4. *Culpa autem qualiter sit æstimanda, videamus. An non solum ea, quæ dolo proxima sit, verum etiam, quæ levis est? An nunquid, et diligentia quoque exigenda est ab hærede? Quod verius est.*

§. 5. *Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique æstimationem non deberi. Quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.*

Hujus maximam partem exposuimus in *l.* 39. *et* 36. §. 1. Reliqua videamus. Res legata aut præsens est, aut absens, si præsens est, id est: si hæres ejus copiam facit, ibi confestim eam hæres debet præstare. Si sit absens ibi debet præstari, ubi testator eam reliquit, vel ubi præstari voluit nominatim, vel voluisse verisimile est, vel ubi sine dolo malo hæres eam rem transtulit, vel ubi est major pars hæreditatis, vel ubi domicilium hæres habet, *l.* 38 *sup. de judic.* Et hoc quidem, si res legata extet. Quid si perierit, vel non compareat? tunc sequentur ea, quæ tradita sunt in *l.* 39. *sup.* Scilicet si culpa hæredis fuerit, præstabit æstimationem: si nulla culpa fuerit, præstabit tantum cautionem de persequendo. Additur, hoc verum esse non tantum si legetur res propria, sed et si aliena, vel res hæredis legetur. Observandum in §. *item si res*, rem hæreditariam accipi pro re hæredis: nam initium legis proponitur in re propria: de re aliena est §. 1. *et* §. *sed. si alienus*: §. *item si res* est de re hæredis. Sic etiam in §. *si res legata*, *de legat.* ubi de eadem quæstione tractatur de re propria, tum de aliena, tum de re hæredis. Itaque hæc verba in *d. cit.* §. *item si res aliena*, *vel*, abundare videntur: nam de re aliena dictum est supra. Subjicitur autem in eo §. idem esse in re hæredis. Item, finge: Legavit Stichum aut Pamphilum per damnationem, hæredi electione concessa: si uterque sit præsens, res est aperta, hæres alterutrum dabit, et ibi dabit, ubi dictum est supra dari debere. Verum, quid si unus ex iis sit in fuga, aut non compareat, an exspectabimus donec inveniatur? Minime: tunc hæres habet electionem; cum uterque presto est, cum unus in fuga est, omnimodo alter præstandus est, nec exspectatur is, qui est in fuga. Idem: si unus moriatur.

Addendum: hæredem posse ejus, qui est in fuga, æstimationem offerre, et sic alterum retinere. Sed hoc ita procedit, si ille servus fugerit, aut mortuus sit sine culpa hæredis: nam si culpa hæredis mortuus sit, secus est. Finge eum, qui culpa hæredis mortuus est, esse viliorem altero, ideoque hæres ejus mavult præstare æstimationem: non audietur, quia hoc in ejus pœnam est constitutum. Omnino enim cogetur præstare superstitem *Stichum aut Pamphilum*, §. 1. *inf. de solut.* Ibi recte Accursius notat ita conciliandam eam legem cum hoc §. Exponenda est hic *l. Stichum aut Pamphilum, sup. ad leg. Aquil.* Sciendum, servo occiso, dari actionem legis Aquiliæ domino, et fit condemnatio ex ea actione in id, quanti is servus eo anno plurimi fuit, is autem annus retro computatur. Finge: ego promisi Stichum aut Pamphilum, electio est mea. Stichus vilior est Pamphilo, eum Stichum, antequam moram faciam, stipulator occidit: non sum liberatus propterea, quoniam Pamphilum superstitem necesse habeo dare. Verum de Sticho occiso agam lege Aquilia adversus stipulatorem. At quæro quanti fiet æstimatio? An quanti fuit Stichus? puta decem, an vero quanti est Pamphilus, puta viginti quem necesse habeo? dare? Hoc verius est. Ratio: quia si Stichus non fuisset occisus, pretiosiorem non dedissem. Igitur eo anno Stichus videtur eo pluris fuisse, quod eo dato potui mihi servare Pamphilum pretiosiorem. Itaque Stichi nomine consequar 20. Additur in ea lege, hæc procedere non tantum si Pamphilum præstitero, sed etsi non, ut puta si Pamphilus postea suo fato decesserit ante moram, atque ita ipse omnimodo liberatus fuero. Verum lege Aquilia consequar 20. Stichi nomine, quia verum est nihilominus, quamvis non sit præstitus Pamphilus,

semel eo anno pluris Stichum fuisse, quia Sticho dato potui mihi servare Pamphilum. Additur, huic rationi locum etiam esse, si Pamphilus prior decesserit suo fato, et deinde a stipulatore Stichus fuerit occisus intra annum mortis Pamphili, quia tum etiam verum est eo anno Stichum eo pluris fuisse. Igitur omnibus his casibus Stichi nomine consequar 20. Hæc est sententia legis. Nunc dubia quædam explicemus. Lex ait: Sticho occiso, necesse habeo Pamphilum dare, quia solus Pamphilus superest, solus est in obligatione. Obligatio est, qua necessitate astringimur: sic itaque necesse habeo Pamphilum dare. Verum possum offerre æstimationem Stichi, quia mortuus est sine mea culpa, sicque retinebo Pamphilum; vel opposita compensatione contendam me esse liberatum: tum ponit Stichum occisum ante moram. Idem sane erit: nam supererit petitio Pamphili. Eadem erit æstimatio legis Aquiliæ. Cur igitur ponit ante moram occisum? Dico, casum legis esse referendum ad præcedentem legem. Illis conjunctis apparebit, multum interesse, utrum quis promiserit *Stichum tantum an Stichum aut Pamphilum.* Nam si Stichum tantum promiserit, et eum creditor occiderit ante moram, tenetur Aquilia, quod non videbatur dicendum: verum licet tum liberetur debitor: tamen creditor, qui occidit, tenetur Aquilia. Cum enim ante moram occidit, voluit injuriam inferre debitori, quod impunitum esse non debet. At si extraneus occiderit, non tenebitur Aquilia, nec debitori, quia damni nihil fecit, non etiam stipulatori, quia non est dominus sed datur actio de dolo. Dicamus igitur, si creditor occiderit, eum teneri, extraneum non teneri, *l. arbitrio* §. *ult. de dolo:* quæ sic cum *hac l.* conciliandа est. (Græci in 60. *Basilic. tit.* 3. illic extraneus occidit, hic stipulator.) Verum si quis promiserit Stichum aut Pamphilum, nihil differt extraneus a creditore. Sive igitur creditor occiderit, sive extraneus, competit Aquilia. Dico post moram etiam interesse, sed aliter. Promisi *Stichum aut Pamphilum.* Sticho occiso post moram, nihil differt extraneus a creditore, quoniam semper competit Aquilia. Sed cum promisi *Stichum tantum*, et occiditur post moram, creditor non tenetur, extraneus tenetur. Denique si sit obligatio disjunctiva, nihil differt extraneus a creditore, sive post sive ante moram Stichus occiditur; cum est simplex, differt, ita scilicet: nam si Stichum ante moram creditor occiderit, tenetur: si extraneus, non tenetur. Si post moram creditor occiderit, non tenetur, extraneus tenetur, quia tum damnum dat debitori, qui non liberatur. Postremo de debitore occidente non dubitatur: omnimodo enim tenetur, si culpa occiderit: potest sine culpa occidere, ut in facinore deprehensum: tum non tenebitur *l. quid igitur* §. *si hæres, inf. hoc tit. l.* 96. *de verb. oblig.* Sed si culpa occiderit, tenebitur ad verum pretium, non ad *lipsana* id est, reliquias. Idem, si causam mortis præbuerit. Item, si servum legatum noxæ dedit, quoniam erat noxis obligatus; hæres enim talem præstare debet qualis est: sed antequam præstaret, noxæ dedit ei, cui nocuerat: tunc si expedierit eum servum defendere judicio noxali, quam dedere, tenebitur legatario ad rem: Sic etiam, si domum legatam patiatur possidere hæres, cum non promittit damni infecti, tunc etiam tenebitur legatario ad rem, quasi ejus culpa fuerit alienata. Item, si ex fundo legato locum faciat religiosum, mortuo illato, tum tenebitur ad pretium tantum, ne religio tollatur, *l. Mævius* §. *in fundo, tit. prox. inf.*

Lex 48. exposita est in l. 38. §. *si legatum.*

Ad L. XLIX.

Si cui legetur, cum quatuordecim annorum erit, certo jure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, cum impleverit. Et ita Imperatorem decrevisse, Marcellus scripsit.

§. 1. *Ergo cum esset sic relictum*, cum ad quartum decimum annum pervenisset, annua, bima, trima die, *et decem et septem annorum mortis tempore inveniatur: præsens legatum erit. Proinde si quindecim annorum, consequenter dicemus post biennium deberi. Si sedecim: post annum debebitur. Si menses desint ad septimum decimum annum, residuis mensibus debetur. Hæc ita, si putans minorem esse quatuordecim annorum, cum jam excessisset sic legavit: si vero scit, triennium ad legati præstationem ex die testamenti facti numerabimus.*

§. 2. *Hoc autem legatum et conditionale est, et in diem. Conditionale tamdiu, quamdiu quartus decimus annus sit completus, postea in diem.*

§. 3. *Et ideo, si quidem ante quartumdecimum annum decesserit, ad hæredem nihil transit. Certe postea ad hæredem transfert. Quod si testamenti facti tempore minor quatuordecim annis filius inveniatur: puto tempus*, annua, bima, trima die *præstationis, ex die completi quarti decimi anni statim cedere: nisi evidens alia mens probaretur testatoris aliud sentientis.*

§. 4. *Si Titio decem, quæ ego debeo, legavero, et rogavero eadem creditori præstare, fideicommissum quidem in creditoris persona non valet, quia nihil ejus interest: hæres vero potest cum legatario agere, quia ipsius interest creditori solvi, ne eum conveniat. Ergo propter hoc valebit legatum.*

§. 5. *Sed si testator decem mihi sub fidejussore debuit, fideicommissi petitio non solum hæredi, sed et fidejussori competit. Interest enim ejus solvi mihi, quam ipsum conventum mandati actionem intendere. Nec interest solvendo sit nec ne.*

§. 6. *Julianus lib.* 39. *DD. scribit. Si fidejussor creditori legasset, quod ei deberet, an legatum valeret? Et ait, creditoris quidem nihil interesse, verum debitorem habere ex testamento actionem: interest enim ipsius liberari, quippe conveniri a fidejussoris hærede non poterit.*

§. 7. *Quod si idem fidejussor Titio leget, et fidei ejus commiserit, ut creditori solvat: et debitor et fidejussoris hæres agere cum Titio ex causa fideicommissi poterunt: quia utriusque interest, legatarium solvere.*

§. 8. *Meminisse autem oportet, eum qui damnatur, hoc solum fundum vendere, non gratis damnari hoc facere, sed hoc solum, ut vendat vero pretio.*

§. 9. *Quod si certo pretio sit damnatus facere, necesse habebit tanti vendere, quanti damnatus est.*

Prima species: Pater filio impuberi ita legavit, *cum erit annorum* 14. *lego* 10. *vel cum ad* 14. *annum pervenerit*, quod idem erit. Quæritur, quando intelligatur esse 14. annorum utrum cum attigerit et fuerit ingressus, an vero cum expleverit? Placet eum ad legatum non admitti, nisi expleverit annum decimum quartum. Hac in re annus cœptus non habetur pro completo, et ita Ulpianus ait Marcellum scripsisse in *l. non putabam, de condit. et demonstr.* quæ huc pertinet: in ea lege legitur: *Annum decimum sextum*, videtur legendum: *decimum quartum*: nam cur legatum conferatur in tempus pubertatis, est ratio, *l. si Titio, quand. dies leg. l. ult. de fideic. liber.* Sic in *l. Cajus, de fid. lib. et l. Publius* §. 1. *de condit. et demonstrat. l. Sejus, ad Trebell.* Verum *l. non putabam* opponitur *l. qui filium* §. *Fabius, ad Trebell.* ubi ostenditur, satis esse si inchoaverit annum. Verum in eo §. *Fabius*, quod dicitur, non dicitur ex decreto Antonini Pii, de quo hoc loco, *et l. non putabam.* Sed ex alio decreto Antonini Caracallæ, quoniam Paulus ait Imperator noster. Is vero est Caracalla. Igitur in *l. non putabam, et* §. *Fabius* referuntur pugnantia Imperatorum decreta. Sed probandum est decretum Antonini Pii, quoniam lex nostra ait, *certo jure utimur.* Id etiam Antonini Pii decretum confirmat *l. pen. Cod. quando dies leg. ced.* Sic annus cœptus non habebitur pro completo. Sic etiam de inventione thesauri sunt repugnantia rescripta in §. *thesauros, de rer. divis. et l.* 3. §. *si in locis, inf. de jure fisci.* Alterum Adriani alterum Divorum fratrum. Legatum igitur hoc est conditionale; ideoque si interim moriatur ante pubertatem, nihil debetur, §. *hoc autem, h. l. et l. si Titio, quando dies leg. ced.* Obstat *l. pen. Cod. eod.* quæ ait, non esse conditionale; sed in diem et ideo moriente legatario, transmitti ad hæredem. Dicendum, in §. *hoc autem*, ita fuisse legatum, *cum erit annorum quatuordecim, lego.* Hoc conditionale est. At in specie *l. pen.* pure legavit: dixit enim, *do, lego filio* 10. Verum separata oratione adjecit, quæ accipere debet *cum erit annorum* 25. His verbis legato jam ante pure relicto, dies tantum adjicitur, nisi probetur, testatorem voluisse facere conditionem. Si igitur filius in ea specie moriatur ante annum 25. hæres ejus 10. petet, non statim, sed eo tempore, quo si filius viveret, ejus ætatis foret. Huc facit *l. Firmio, quando dies leg. ced.* Ea fuit sentent. Joannis, et vera. Finge nunc: testator dixit, *cum erit annorum* 14. *ei annua, bima, trima die hæres meus* 30. *dato* Hoc legatum est conditionale et in diem. Conditionale est, quoad pervenerit ad pubertatem. Ideo si ante pubertatem moriatur, nihil transmittit. Post pubertatem autem, est in diem annuam, bimam, trimam; si igitur intra illam diem moriatur, transmittit. Notandum quod hæc verba: *Annua, bima, trima die*, adduntur hæredis exonerandi causa, ne una solutione defungi compellatur, et dividunt legatum in tres pensiones, ut legatarius post pubertatem anno 15. accipiat 10. alia 10. anno 16. alia 10. anno 17. Finge nunc: tempore mortis testatoris filius implevit 17. annum, tunc filios statim tota 30. debentur. Finge: impleverat tempore mortis annum 15. tum debentur 10. alia annua, bima die. Item implevit tempore mortis annum 16. tum debentur 20. alia 10. post annum. Denique illud triennium numeratur ex die completi anni decimiquarti. Interdum tamen triennium numeratur ex die facti testamenti, ut si testator ita legavit, ut diximus, cum sciret eum jam complevisse annum 14. altera species: ego quod debeo creditori, legavi: inutile est legatum, nisi quod debeo ex tempore, vel conditione, vel modo, vel loco, dilationem capiat, quæ per legatum tollatur: alioquin legatum est inutile. *l.* 28. *l.* 29. *sup.* Addendum, inutile etiam esse fideicommissum eadem ratione. Finge: legavi tibi, *quod Cajo debeo*, et rogavi te per fideicommissum, *ut id Cajo sua die præstares.* Quantum attinet ad Cajum, inutile est fideicommissum: verum quantum ad hæredem meum utile est, quoniam hæredis mei interest Cajo solvi, et ego hæredis gratia ita legavi, ut eum exonerarem. Igitur quantum ad hæredem utile est fideicommissum. Item utile est quantum ad fidejussorem, qui pro me intercessit: nam

ejus etiam interest, ut non solvat potius, quam solutum repetat. Igitur hæres et fidejussor debitoris est fideicommissarius, non creditor: nam quod ad eum attinet, est inutile, §. *si Titio*, *et* §. *prox. h. l.* Obstat valde *l. 4. ult. de liberat. legat.* Ex ea colligunt, etiam in personam creditoris consistere fideicommissum. Species Primus legavit Secundo, quod ego illi Secundo debeo, idque fecit mei gratia, ut me liberaret, et hæredem suum oneraret. Hic ego sum legatarius, quia mea causa legatum est. Agam itaque cum hærede Primi, ut me defendat adversus creditorem meum. Creditor meus est etiam legatarius, quia nominatim est ei legatum; nam et ejus interest, scilicet duos reos habere. Nunc quæritur, cur etiam in specie §. *si Titio*, creditor non sit fideicommissarius, ut scilicet habeat duos reos, hæredem et legatarium? Animadvertendum, utramque legem esse ex Ulp. libro scil. ad Sabinum. In eo libro omnia fere, quæ tradit, sumit ex libris Digestorum Juliani, Julianus scripserat, utroque casu debitorem solum vel fidejussorem ejus esse legatarium, non creditorem. In §. ult. id scripsisse Julianum refertur, in §. *si Titio*, idem etiam scripsit, ut constat ex §. *penult. vers. quod si idem*, *h. l.* Nam quæ ponitur species in §. *si Titio* in debitore legante, idem ponitur in fidejussore debitoris. Finge igitur: fidejussor, quod debet fidejussorio nomine, tibi legat, et te rogat, *ut sua die solvas creditori*, id facit tam sua hæredisve sui causa, quam debitoris principalis. Igitur debitor est fideicommissarius ex hac scriptura, non creditor, et id in §. *pen.* nominatim traditur. In utraque specie scripsit Julianus, solum debitorem legatarium esse: hoc Marcellus notavit, et scripsit, tam creditorem, quam debitorem legatarium esse, quoniam ad aliquid interest etiam creditoris. Dubium autem non est, quin ea nota Marcelli sit applicanda ex *hoc* §. *ult. ad* §. *si Titio*. Nam quod est in §. *si Titio*, est ex disciplina Juliani. Verum sciendum, tunc creditorem legatarium esse ex sententia Marcelli, cum nominatim illi legatum adscriptum est, alias debitor solus est legatarius, *l. 11.* §. *interdum*, *de leg. 3.* Huc pertinet §. *Julianus* in hac l. Fidejussor creditori legavit quod debet reus principalis, quodque ipse debet quasi accessio, id fecit debitoris gratia, ut omnino liberaretur, et a creditore, et a se, id est, a credito et mandato. Hoc casu solus debitor est legatarius, non creditor. Hoc Marcellus notavit: nam in hac specie creditor non ideo habet plures reos: habet enim debitorem et hæredem fidejussoris, quos semper habet etiam sine legato. At in superiori specie creditori novus reus accedebat, et eatenus Marcellus existimat utile esse legatum. Postremo damnari potest hæres, ut ære alieno alium liberet, §. *sed et tale, de legat.* Paul. 3. *Sent. tit. de legat.* hoc non fiebat vindicationis genere, hoc constat ex supradictis. Addendum, damnari posse etiam hæredem, *ut domum alteri extruat*, quod non fit per vindicationem, vel *ut vendat rem quandam hæreditariam alteri*: ideo hoc adjungitur superioribus, quoniam, sicut ex superioribus apparet damnari posse, *ut ære alieno liberet*, sic etiam damnari posse, *ut vendat alteri*, et si damnetur, *ut vendat viliori pretio*, tunc constat utile esse legatum. At si damnetur *ut vendat justo pretio*, videtur inutile, sed tamen placet esse utile, quoniam plerumque legatarii valde interest eam rem habere, *l. et si æquo*, *inf. hoc tit.* Quid si damnetur simpliciter vendere? Tunc videtur damnatus ut vendat justo et æquo.

Ad L. L.

Si servus plurium sit, pro dominii portione legatum ei relictum acquirit.

§. 1. *Si hæreditatis judex contra hæredem pronunciaverit, non agentem causam, vel lusorie agentem: nihil hoc noceb t legatariis. Quid ergo, si per injuriam fuerit pronuntiatum, non tamen provocabit? Injuria ei facta non nocebit legatariis, ut et Sabinus significat.* (*) *Si tamen secundum substitutum pronuntiet, an ille legatariis teneatur, videamus. Et cum jus facit hæc pronuntiatio, quod attinet ad ipsius personam, nunquid legatariis teneatur: nec enim tam improbe causari potest, secundum se judicatum per gratiam. Respondebit igitur et legatariis ut creditoribus.*

§. 2. *Si quis ante quæstionem de familia habitam, adierit hæreditatem, vel necem testatoris non defenderit, legatorum persecutio adversus fiscum locum habet. Quid tamen si fiscus bona non adgnoscat? Ex necessitate redundabit onus legatorum ad hæredem. Sed si subjecit delatorem sibi, ut ei hæreditas adjudicetur, et oneribus careret, vel minus plene defendit causam: non se exonerat, exemplo ejus, qui collusorie de hæreditate litigavit.*

§. 3. *Si numerus nummorum legatus sit, neque apparet, quales sunt legati: ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est. Sed et mens patrisfamiliæ, et legatarii dignitas vel charitas, et necessitudo: item earum, quæ præcedunt, vel quæ sequuntur, summarum scripta sunt spectanda.*

Servus communis acquirit dominis pro portione dominica, ut si unus habet bessem in servo, alter trientem, pro iis partibus eis acquiritur legatum. In

(*) *Vide Merillium variant. ex Cujac. lib. 3. cap. 17.*

§. 1. quæritur, an sententia dicta adversus hæredem scriptum, noceat legatariis? Placet nocere ut hæres scriptus et legitimus litigant de hæreditate, scriptus vincitur, victoria legitimi nocet legatariis: legata non valent, nisi is qui hæres scriptus est, hæres existat. Legata pendente ex institutione hæredis, *l. 3. sup. de pig.* Igitur si sententia vincatur scriptus, hoc legatariis nocet. Nec obstat *l. 1. inf. de except. rei jud.* quoniam in specie ejus l. non fuit actum de hæreditate: scriptus hæres victus non fuit, sed fuit actum de legato, et legatarius victus fuit, quod non nocet ceteris, etiamsi ideo sit victus, quod diceretur testamentum irritum. Et ita Accurs. in *l. Papinianus* §. *ult. de inoff. testam.* Græci *lib. Basil.* 51. *tit.* 2. Verum si sententia dicatur adversus hæredem scriptum, hoc necessario nocet ceteris. Nec etiam obstat *l. statuliberi* §. *Quintus inf. de statul b.* Species, servo dedit libertatem, *si hæredi* 20. *dederit*: est statuliber. Orta est controversia hæreditatis inter scriptum et legitimum, legitimus vicit: statuliber ei dedit 20. An fit liber? Lex ait, fieri liberum. Igitur victoria hæredis legitimi non nocet statutæ libertati. Dicendum, id fieri ex 12. tab. quibus cautum est, conditionem illam statulibertatis posse impleri in persona emptoris, quoniam si statuliber vendatur, dando emptori 20. liber fit, Ulp. in *Fragm. tit.* 2. Sic etiam in persona ejus, qui hæreditatem evicit, et generaliter conditio illa potest impleri in quocunquæ, qui ejus servi dominus factus sit, *l. si statulibera* §. *statuliber, et* §. *prox. inf. de statulib.* Notandi sunt duo casus, quib. sententia dicta adversus hæredem, legatariis non nocet. Unus est: si hæres scriptus collusorie causam de hæreditate egerit, ut colludens cum legitimo in fraudem legatariorum. Si igitur colluserit hæres, hoc non nocet legatariis. Id factum est constitutione Antonini Pii, *l. si perlusorio, et l. a sent.* §. 1. *de appellat.* Hoc casu scripto colludente et condemnato, legatarii possunt appellare, etiamsi inter eos non sit lata sententia. Itemque habent actionem adversus hæredem scriptum: collusor tenetur perinde ac si non fuisset superatus, §. *pen. h. l.* Species: sciendum hæredi scripto hæreditatem auferri, quasi indigno, si necem defuncti non vindicet. Itaque, si testator sit domi suæ occisus, et hæres adierit hæreditatem ante quæstionem familiæ habitam, facit contra SC. Syllanianum: nam ex eo SC. debet haberi quæstio omnium servorum. At si hæres scriptus præmature hæreditatem adeat, ei hæreditas aufertur, *l. Marcellus* §. *ult. ad Treb. l.* 5. §. 1. *inf. ad Syllanian. l. 3. Cod. de his, quæ ut indig.* Igitur ex his causis hæreditas fisco vindicatur, sed legata non pereunt, quoniam a fisco præstantur. Quod generaliter obtinet in omnibus caducis, ut fiant caduca cum suo onere. Scriptus igitur non præstabit legata, sed fiscus. Si tamen fiscus non agnoscit bona, scriptus tunc necessario onera agnoscet, quamvis videatur ipso jure cecidisse hæreditate. Item scriptus tenebitur legatariis, etiamsi fiscus bona agnoverit, si ipsemet scriptus delatorem suum misit, qui eum deferret, vel etiam si apud procuratorem Cæsaris causam egerit collusorie, perfunctorie, translatitie: sicuti si collusorie egerit cum legitimo. Alter casus est: si hæres scriptus causam non egerit, et quasi contumax superatus fuerit. Hæc sententia legatariis non nocebit ex constit. Divorum fratrum, *d. l. si perlusorio* §. *quoties, l. qui repudiantis* §. *ult. et l. prox. de inoff. test.* Igitur hoc casu legatarii non appellabunt: nam a sententia lata in contumacem non appellatur, *l. 1. C. quor. appell. non recip.* Præterea legatarii non agunt adversus scriptum, quia nulla ejus collusio intercessit, sed mora tantum. Verum legatarii agent adversus eum qui vicit: quia quod vicit, non ex jure suo consecutus est, sed ex contumacia adversarii: licebit igitur legatariis rem retractare, *d. l. si perlusorio, in fi.* Hi duo casus sunt in §. 1. *h. l. non agentem causam*, id est, contumacem. Exceptis illis duobus casibus, sententia dicta adversus hæredem scriptum, legatariis nocet, etsi per injuriam ita pronuntiatum sit. Injuria facta scripto nocet legatariis. Si dicamus, injuriam factam hæredi scripto, non nocere legatariis, nulla esset differentia inter creditores pignoratitios et legatarios. Evidens tamen est differentia. Nam legata tantum ex testamento valent, cujus caput est institutio: vitiata igitur institutione, et legata vitiantur. Verum pignus non valet ex testamento, et fieri potest, ubi ab initio recte fuerit contractum. Ideoque etiam superato hærede debitoris, pignoris causa semper manet, *l. 3. sup. de pign.* Injuria facta scripto non nocet creditori hypothecario. Itaque videtur in hoc §. 1. negationem superesse: *Injuria non nocebit legatariis*, ut et Sabinus indicat. Imo nocebit: nam duo tantum casus inveniuntur excepti, et hi ex certis Constitutionibus. Hic tertius casus non potuit excipi sola auctoritate Sabini. Imo vero hoc casu magis fuit opus constitutione, quam in aliis duobus casibus. Igitur concedendum, Sabinum scripsisse, *nocere.* Injuria igitur facta scripto, nocet legatariis, si modo scriptus ex fide causam egerit. Hoc procedit, si lis fuit inter hæredem et legitimum, et per injuriam sit pronuntiatum secundum legitimum. Hoc legatariis nocet. Aliud est, si lis fuit inter institutum et substitutum: uterque venit ex testamento: si igitur per gratiam, atque adeo per injuriam substitutus vicit, nihilominus substitutus legata ab instituto relicta præstabit: nam relicta ab instituto videntur repetita a substituto, *l. licet inf. h. l.* Verum hoc casu dubitari

poterat, quia videtur per injuriam judicis hæreditatem obtinere, non jure substitutionis: verum non potest substitutus sine rubore allegare: *Non jure substitutionis vici, sed gratia judicis.* Denique hic sententia pro veritate habetur, et jus facit. Sicque Substitutus tenetur, ac si jure meritoque vicisset, §. *si tamen, hac l.* Hoc quod ait: *si tamen*, subindicat, superius esse legendum affirmate, quoniam subjicit deinde exceptionem in substituto, qui vicit per injuriam judicis, et tamen ea res non nocet legatariis. Concludo: injuria facta scripto, petitione hæreditatis mota inter eum et legitimum, et legatariis et libertatibus nocet.

§. *ult.* exposuimus in l. 13. Loquitur in fine de nummis legatis in obscuro. Quæritur, quales debentur? Debentur exiguiores, si non potest constare aliud de voluntate testatoris, quam solemus sequi: conjecturæ voluntatis nullæ sunt ex contextu testamenti, *l. nummis*, *de leg.* 3. Et hoc si nummi legentur quasi capita, sed si legentur quasi corpus omnino præstandi sunt, ut nummi quos in arca habeo, *l.* 51. *h. t.* nummi tunc permutationem recipiunt cum accipiuntur pro quantitate, *l.* 2. *sup. de reb. cred. Permutationem*, id est, functionem in suo genere.

Ad L. LII.

Si cui servi omnes cum peculio legati sint, etiam hi servi debentur, qui nullum peculium habent.

§. 1. *Si a filio impubere sub conditione legatum sit, et filius hæres extitit, deinde mortuus est, potest dici, patremfamilias qui a filio sub conditione legavit, a substituto pure repetit, statim voluisse a substituto dari, si filius pendente conditione decessisset.*

Legati sunt servi omnes cum peculio: etiam ii servi debentur, qui peculium non habent. Hæc verba, *cum peculio*, conditionem non faciunt. Legatum est vinum omne cum vasis: etiam illud vinum debetur, quod in cadis vel amphoris nondum est, *l.* 6. *inf. de trit. vin. oleo.* Legatæ sunt ancillæ cum liberis, etiam illæ debentur, quæ liberos non habent *l. si ancillæ*, *inf. h. tit.* Et contra hoc casu debentur liberi, etiamsi non sint ancillæ, quia duo videntur esse legata liberorum et matrum, *l.* 3. *inf. de pecul. leg.* hoc dici non potest in superioribus exemplis: nam si non sit servus, peculium non debetur: si non sit vinum, vasa non debentur, quia scilicet peculium et vasa accessionis loco sunt. At homo homini non est accessio, *l. si ancillas*, *inf. h. t.* His addenda sunt quæ diximus in *l.* 36. §. *pen. sup. h. tit.*

§. *si a filio* est expositus in *l.* 32. *sup.*

Ad L. LIII.

Quid ergo si majorem quantitatem a substituto reliquit? Quid excedit, hoc erit, quod a substituto relictum est. Quod vero concurrit cum summa superioribus tabulis inscripta, inde debebitur.

§. 1. *Sed si repetierit legatum cum alio, forte fundum mihi legaverat ab impubere, repetiit hunc ab impuberis hærede mihi et Sejo: repetitio hæc efficiet, ut pars mihi debeatur.*

§. 2. *Si quis duos hæredes scripserit, et damnaverit unumquemque, solidam rem legatario præstare: idem est, atque si duobus testamentis legatum esset: nam et si mihi et filio, vel servo meo, esset eodem testamento legatum, sine dubio valeret legatum utriusque, ut et Marcellus apud Julianum adjicit.*

§. 3. *Si hæres hominem legatum occidit ob facinus, hoc est, merentem, sine dubio dicendum erit eum ex testamento teneri.*

§. 4. *Sed si noxæ dedit, an teneatur, quia potest redimere: et puto teneri.*

§. 5. *Sed si animal legatum occiderit, puto teneri, non ut carnem præstet, vel cetera λείψανα, id est, reliquias, sed ut præstet pretium, quanti esset si viveret.*

§. 6. *Item, si ædes legatas ob damnum infectum possideri passus est, puto eum teneri. Debuit enim repromittere.*

§. 7. *Sed si mortuum intulit, fecitque religiosum locum legatum, si quidem patremfamil. intulit, cum alio inferre non posset, vel tam opportune non haberet, ex testamento non tenebitur. An vero teneatur, ut pretium loci præstet? Et si quidem ipse paterfam. illo inferri voluit, ex testamento non tenebitur. Quod si hæres intulit suo arbitrio, debebit præstare, si sit in hæreditate, unde pretium præstetur. Testator enim qui legavit, vel alia inferri voluit, vel pretium loci legatario offerri.*

§. 8. *Item si servum non ipse occidit, sed compulit ad maleficium, ut ab alio occideretur, vel supplicio adficeretur, æquissimum erit, pretium eum præstare. Quod si sua mala mente ad hoc processit, cessabit æstimatio.*

§. 9. *Servus legatus, si ab hostibus captus sit sine dolo hæredis, non præstabitur: si dolo, præstabitur.*

Hæc lex pendet a §. *si a filio.* Repetitis legatis a substituto, si pupillus hæres non extiterit, repetitionem valere constat, et omnia legata deberi ex persona substituti, non pupilli. Verum si hæres extiterit, et decesserit intra pubertatem, repetitio non valet. Ideoque legata relicta a pupillo, substitutus non debet ex sua persona, sed ex persona

pupilli: repetitio autem inanis est, quia pupillus miscendo sese legato obligavit, *l. servo alieno*, §. *si quis a Primo*, *inf. hoc tit. l. 52. sup.* Notandum, ab ea definitione tres casus excipiendos, quibus etiamsi hæres pupillus extiterit, repetitio facta a pupilli substituto, valet. Primus est in §. *si a filio.* Si ab impubere legatum sit sub conditione, et ea pendente decesserit, a substituto autem pure: hoc casu valet repetitio ex persona substituti, legatum debetur ex secundis tab. Hoc casu legatum non debetur ex persona pupilli, quia pendente conditione decessit, ideoque id debere nondum cœpit, *l. is cui*, *de obligat. et action.* Relinquitur igitur utilem esse repetitionem. Eadem ratio est, si ab utroque legetur sub eadem conditione, vel etiam sub alia atque alia eadem res, si pupillus decesserit pendente conditione, tum legatum etiam valet ex repetitione, quamvis pupillus hæres extiterit. Alter casus est in l. 53. videlicet, si testator a substituto pupilli majorem quantitatem legaverit: ut Titio a pupillo legavit decem, a substituto, hoc amplius legavit quinque, repetiit legatum. Pupillus hæres extitit, et decessit intra pubertatem. Hoc casu substitutus ex persona pupilli debet decem, ex sua quinque, atque ita repetitio valet in eo, quod excedit, illudque legatum debetur partim ex primis, partim ex secundis tabulis. Tertius casus: si legatario primarum tabularum, in secundis tabulis, adjiciatur collegatarius, ut a pupillo fundum Primo testator legavit, deinde a substituto legavit eundem fundum Primo et Secundo, atque in secundis tab. adjecit Primo collegatarium: pupillus hæres extitit: interim Primus habebit totum fundum, id est, dum pendet conditio substitutionis. Verum decedente pupillo intra pubertatem, concurret Secundus, atque ita Primus partem duntaxat habebit. Sic igitur repetitio valet, non tantum si augeat legatum, sed et si minuat. Certum est eos collegatarios, quorum uni ab instituto, alteri a substituto eadem res legatur, *l. cohæres*, *sup. de vulg. et pupill. substit.* Igitur multo magis conjuncti sunt et collegatarii, si uni legatur ab instituto, deinde utrique a substituto. Hi sunt casus quibus repetitio valet.

§. 1. expositus in l. 34.

§. *Si est eadem*, §. *Si hæres*, et ceteri expositi sunt in l. 47.

Ad L. LIV.

Turpia legata, quæ denotandi magis legatarii gratia scribantur, odio scribentis, pro non scriptis habentur.

§. 1. *Si Titiæ legatum relictum sit, si arbitratu Seji nupsisset, et vivo testatore Sejus decessisset, et ea nupsisset: legatum ei deberi.*

§. 2. *Sed etsi servi mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, si eum manumisisses, nihilominus debetur tibi legatum, quia per te non stetit, quo minus perveniat ad libertatem.*

§. 3. *Si pars hæredum nominata sit in legando, viriles partes hæredes debent. Si vero omnes, hæreditarias.*

Legatum est honor sicut hæreditas, §. *hoc autem*, *de legat. præstand. l. Divus*, §. 1. *ad legem Corn. de fals. l amicissimos*, *sup. de excusat. tut.* At si legatum relinquatur, contumeliæ potius causa quam honoris, jam non est legatum, quia non honor, sed opprobrium: ut *latroni illi et nebuloni do lego*, id legatum circumscribitur, et pro non scripto habetur, id fit odio testatoris: nam est odiosum, per causam legati alteri facere convitium. Ideoque quæ legata infamant, turpia vocantur. Idem in hæreditate; hæres cum contumelia utiliter non scribitur, *l. quoties*, §. *si quis nomen*, *sup. de hæred. instit.* Nec obstat *l. his verbis*, §. 1. *eod. tit.* Ait, filium recte institui cum convitio, *ut filius meus male de me meritus.* Breviter: differentia est inter patrem et extraneum. Patri licet impune filio facere convitium, et suo jure pater eum exhæredat notæ causa, etiam adjecta turpissima causa, elogio, *l. 3. in princip. sup. de liber. et posthum.* Nec obstat *l. cum quis decedens*, §. *Seja*, *inf. de legat.* 3. In ea lege proponitur tale exemplum: *Liberto meo de me nihil merito do lego.* Verum ille §. non dicit esse utile legatum, quoniam alia est quæstio illius §. Verum etiam dici potest, illa verba non facere convitium, secus si dixit male merito. Item, non nominando, *l. 3. de lib. et posthum.*

In §. 1. est unus casus, quo legatarius admittitur ad legatum, etiamsi videatur defecisse conditio legati. Ut, *lego Titiæ*, *si arbitratu Caji nupserit*, mortuus est Cajus vivo testatore, deinde Titia nupsit sine arbitratu Caji: nihilominus capit legatum. Ratio quia per eam non stat, quo minus impleatur conditio. Sic, si leget: *Lego si Stichum manumiseris*, et Stichus moriatur, me vivo, capies nihilominus legatum, nec videtur defecisse conditio. Nec obstat *l. inde Neratius*, §. *idem Julianus*, *ad leg. Aquil.* Quoniam in eo §. ponitur, servum defecisse post mortem testatoris, id est, eo tempore, quo debuit manumitti: ideoque conditio deficit, et hæres non admittitur ad hæreditatem. In superiore casu de Titia notandum, aliam esse rationem præter eam, quæ dicta est, quia scilicet illa conditio pro non adjecta habetur, ideoque potest nubere etiam vivente Cajo, quia vide-

tur aliquatenus hæc conditio impedimentum adferre nuptiis: ideoque ex l. Julia Miscella circumscribitur, *l. cum tale*, §. *si arbitratu, de condit. et demonstr.* Notanda *l. ult. de stat.* Ubi illa verba, ex *lege*, id est, ex lege Miscella.

Finem l. exposuimus in l. 8.

Ad L. LV.

Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant: quia nec tempore aut loco, aut conditione finiri obligatio hæredis legatorum nomine potest.

Huc facit *l.* 5. §. *Julianus de administ. tut.* Nemo potest mutare jus publicum: *et l. testandi, C. de testam.* Testator non potest mutare formam jurisdictionis. Græci dant rationem, *lib.* 35. *Basilic. in titul.* 1. quia privat hominis voluntatem plus virium habere non oportet, quam leges; qua ratione utitur Theophilus in *tit. quibus non est permiss. fac. testam.* ut nemo potest cavere, ne lex Falcidia locum habeat in suo testamento *l. quod bonis*, §. 1. *l. Sejus, inf. ad l. Falcid.* Verum hoc mutavit Justinianus *Novella* 1. Sed necesse est ut id fiat nominatim et expressim, quoniam non sufficit quodlibet judicium voluntatis. Excipitur unus casus, in quo tacite exprimitur in §. *ult. Nov.* 19. Aliud exemplum est ex edicto, ut legatorum nomine caveatur. Illo comprehensum est, ut hæredes legatorum nomine cautionem præstent, quæ in diem, vel sub conditione relicta sunt. Ante constitutionem Divi Marci, non potuit testator cavere, *ne in suo testamento locum haberet*, sed ex Constitutione hodie ea cautio testamento remitti potest. Et quidem quolibet judicio voluntatis, *l.* 2. *C. ut in possess. leg.* Quod potest remitti testamento, potest et pacto. Igitur pacto sine stipulatione poterit hodie remitti illa cautio. Itemque lex Falcidia, *l. pacta sup. de pactis.* Aliud exemplum est, edictum ut fructuarius caveat se boni viri arbitratu usurum fruiturum *tit. usuf. quemad. caveat.* Hæc cautio testamento non potest remitti, *l. pen. C. ut in possess. legat.* Præterea ex 12. tabul. hoc est, ut tutores reddant rationem finita tutela, non potest pater testamento cavere, ne tutores rationem reddant *d. l.* 5. §. *Julian.* Similiter certum est, jure eum, qui servum manumisit per fideicommissum ex necessitate, non posse manumisso operas imponere, hoc jus mutari cautione testatoris non potest, *l. videndum, inf. h. t.* Similiter, olim non potuit testator cavere, ne locum haberent leges Julia et Papia Voconia Julia, et similes testamentariæ leges. Adferri huc solet lex *Lucius* 89. §. *ult.* (alias, *codicillis*) *inf. tit. prox.* Ubi proponitur *Lucius Titius*, etc. Cavit *ut prævaleret hominis sani voluntas*, sed ea scriptura non habetur pro testamento, sed sustinetur codicillorum jure. Legitimi succedent, non scripti. Generaliter non potest quis testamento cavere, ne recepta juris sententia, et forma antiquitus constituta locum habeat. Exemplum proponitur in hac lege. Sciendum. legatum posse deberi ex die, *veluti hæres dato Calendis Martiis*, vel etiam ex conditione, ut *hæres illi dato, si navis ex Asia venerit.* Differri potest obligatio legatorum, sicut et alia quævis obligatio ex die, conditione, modo, loco, *l.* 29. *sup.* De tempore et conditione exemplum posui, de loco exemplum esto: *hæres illi dato Carthagini*: hæc verba differunt; nam tacite continetur tempus, quo perveniri Carthaginem possit, *l. interdum*, *de verb. oblig.* Modo etiam differtur; ut *lego*, *ut id faciat*, quia modus quasi conditio est, et ante omnia oportet cavere modum impletum iri, *l. Titio* 71. *D. de condit. et demonstr.* Denique loci adjectio quasi tempus est: modi, quasi conditionis. Differtur autem his modis obligatio. At non poterit obligatio legatorum vel alia quævis constitui ad tempus, ut non potest, deberi tempus: ut ita sum stipulatus: *Dare spondes usque ad Calendas Martias?* Sensus est ut intra Calendas Martias petam, post, non. Dixit *hæres illi dato usque ad Calendas Martias*, id est, ut intra Calendas legatarius legatum petere possit, postea non. Ita constitui obligatio non potest. Itaque erit perpetua, perinde ac si non fuisset adjectum tempus. Similiter non potest constitui obligatio ad conditionem, *ut dare spondes, nisi navis ex Asia venerit*, id est, ut quoad non venerit, petam, ubi venerit, non petam; vel, *hæres dato, nisi navis ex Asia venerit*, id est, quoad non venit, petam, postea finiatur petitio. Illa conditionis adjectio non finit obligationem. Ideo perpetua est obligatio, et existente conditione ipso jure non finitur, *l. obligationum*, §. *conditio*, et §. *placet, de oblig. et action.* §. *at si ita stipuleris, de verb. oblig.* Ratio est: quod obligatio semel perfecta et constituta, non finitur quovis modo, sed certis præscriptisque modis, finitur solutione, acceptilatione, novatione, contrario actu: pacto non tollitur: nisi certis ex causis. Item, tempore non finitur, nec conditione. Igitur in summa: dies vel conditio aut spectatur ἐν ἀρχῇ id est, *in initio*: aut εἰς πέρας, *in extremo*: ἐν ἀρχῇ est efficax, εἰς πέρας est inefficax. Ex die vel conditione differri, vel suspendi obligatio potest. Die vel conditione semel nata, obligatio finiri non potest. Similiter loco finiri non potest, quamvis differri possit. In hanc rem hæc lex est singularis. id est, non habet similem dum ait, *aut loco.* Verum id explicandum. Dico posse legato initio locum apponi his verbis, *hæres illi dato Carthagini*, *l. si hæres, de*

eo quod cert. loc. At perfecto legato non potest locus apponi finiendæ obligationis causa , *ut hæres dato , quoad Carthaginem non perveneris*, id est , ut antequam perveneris, legatarius petat , postea , non. Verum poterit etiam legatarius postquam venerit Carthaginem nihilominus petere : non potest locus finiendi legati causa adscribi. Locus est tacitus dies. Concludo igitur. Scripturam testatoris non posse juris civilis regulis derogare nec efficere , ut debeatur ad tempus vel conditionem. Ceterum his omnibus casibus actor repelletur exceptione (quæ diximus subtili jure obtinent) doli, atque ita obligatio quidem non finitur ipso jure, quoniam nihilominus est actio , sed finitur opposita exceptione , *d.* §. *placet , et* §. *conditio et l. eum qui ita* §. *qui ita stipulatur, de verb. obl g.* At oppono quod dicitur, usumfructum finiri tempore. Quod accipiendum plane est ipso jure. Paulus *lib. 3. Sentent. 1. de legat.* Verum accipiendum id ita est de usufructu jam acquisito, et constituto , non de obligatione. *Hæc l.* loquitur de obligatione juris. Obligatio sive debitio ipso jure non finitur, acquisitio , sive dominium tempore finitur. Itaque dominium ususfructus finietur tempore. Eadem ratione non obstat *l. ult. C. de legat.* Quoniam loquitur de dominio, non de obligatione. Emendat tamen definitionem veterum. Veteres idem statuebant de dominio, quod hic traditur in obligatione, id est , dicebant. legatum traditum ab ipso testatore , vel ab hærede ad certum tempus acquisitum post id tempus non reverti ad hæredem jure dominii , sed permanere apud legatarium. Hoc mutat Justinian. ut dominium tempore finiatur in persona legatarii , et redeat ad hæredem. Ita fiunt donationes ad tempus, ut dominium redeat ad tempus. Itemque venditiones et traditiones. Cur igitur id etiam in legatis non admittimus ? itaque dominium legatorum tempore finitur ex Constitutione Justiniani. Idem non invenitur de obligatione legatorum.

Ad L. LVII

Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta: si quidem scit eam testator obligatam, ab hærede luenda est, nisi si animo alio fuerit : si nesciat , a fideicommissario : nisi si vel hanc , vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam, vel potest aliquid esse superfluum ex soluto ære alieno. Quod si testator eo animo fuit , ut quanquam liberandorum prædiorum onus ad hæredes suos pertinere voluerit , non tamen aperte utique de his liberandis senserit , poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus , qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur. Quod quanquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem præsidis provinciæ id ei præstabitur.

Quæstio est de legato rei pignori obligatæ creditori testatoris. Comparatur hoc legatum in quibusdam legato rei alienæ, ut res aliena non relinquitur nisi per fideicommissum et damnationem , ita nec res pignori obligata ; distinguimus in re aliena inter testatorem scientem et ignorantem : idem in re pignorata. Si testator sciens legavit rem alienam, legatum valet, sed hæres cogitur eam redimere et præstare, aut æstimationem. Sed si testator ignorans rem esse alienam, tanquam suam legaverit , non legaturus , si sciret alienam , inutile est legatum , *l. unum ex familia* §. *si rem , tit. prox.* §. *non solum , de legat.* Ideo hæres eam rem non cogitur redimere, vel inventam in hereditate talem dabit, qualis erit. At si testator eam rem legaturus esset, etiamsi alienam scisset, legatum omnino valet. Videtur autem plerunque testator legaturus eam rem omnino fuisse, si legavit conjunctæ personæ, ut uxori, alumnæ. Qualitas et necessitudo legatarii præsumptionem hanc facit , *l. cum alienam C. ad leg. l. Quintus , in fin. de auro et arg. leg.* Verum non est perpetua præsumptio. Interdum enim, etiamsi conjunctæ personæ legavit, aliis rerum documentis moti dicemus, eum legaturum non fuisse , si alienam scisset. Legatum tunc optimo jure non consistit , *l. Sticho , inf. de usufr. leg. l. cum pater ,* §. *edictis , tit. prox.* Sed hujus rei disquistio tota in facto consistit , legatum rei pignori obligatæ valet , sive sciverit , sive ignoraverit pignoratam. Sed si scivit, hæres debet eam luere , quia versimile est eum , qui scivit obligatam , voluisse heredem suum onerare. Paulus *lib. 3. Sent. de legat.* Vel etiam si sit distracta a creditore , debet ejus æstimationem præstare, *l. prædia , C. de fideicom.* Sed si testator id expressit , ut legatarius lueret , sequemur voluntatem ejus. At expressam voluntatem exigimus , §. *sed etsi rem , de legat.* tacita plane non sufficit , similia ostenduntur in *l. 34.* §. *si eadem, sup.* Igitur etiamsi voluit testator eum luere , si id tamen non expressit, hæres debet luere. Ut testator rem creditori suo obligatam , sciens alii per fideicommissum reliquit , et voluit quidem fideicommisarium eam luere , sed id non expressit : hæres eam rem fideicom. præstitit non liberatam , postea creditor eam rem actione hypothecaria vindicat jure suo. Hoc casu fideicomm. consequitur opposita exceptione doli , ut creditor sibi cedat suam actionem in personam , id est , actionem creditæ pecuniæ. Ea cessa sive mandata vel exhibita , fideicommissarius rem sibi relictam ei creditori dabit. Deinde alia actione cessa , experietur adversus hæredem. Tum exactam pecuniam solvet creditori, atque ita recipiet rem sibi legatam. Sic luitionis onus feret hæres, id

est, solutionis debiti. At quid si fideicom. cum quo agebatur hypothecaria, omiserit exceptionem doli? tunc succurretur etiam ei extra ordinem, interventu Prætoris fideicommissarii in urbe, aut Præsidis in provinciis, ut hæres cogatur debitum solvere, et ei rem libaram ex fideicommisso præstare, in *fin. hujus l.* §. 1. *Instit. de fideicomm. hæred. l. cum etiam, C. de reb. cred.* Ulp. in *Fragm. tit. de fideicomm.* Quod si scierit testator rem pignoratam, hæres debet luere, nisi expressim id oneris testator legatario injunxit. Ait *nisi alio animo fuerit* : id vero est, nisi aliud expresserit, ut indicant sequentia, ubi recte legitur, *noluerit* : male quidam, *voluerit*. Notandus tunc alius casus, quo etiamsi scierit testator rem obligatam, tamen onus luendi incumbit legatario, non hæredi : si plus sit in pretio rei pignoratæ, quam in debito. Id quod plus est in pignore, ab auctorib. nostris dicitur ὑπεροχὴ, *l. quærebatur. sup. qui pot. in pig.* Illa hyperoche facit, ut reliqui luendi onus legatario incumbat : id est, quod dicitur, *vel potest aliquid esse superfluum ex soluto ære alieno*, quia scilicet pignus pluris est, quam debitum. Illa verba sunt separatim legenda, et ita accipienda, ut demonstrent casum, quo sine controversia fideicomm. rem luere oporteat. At quid si ignoravit? tunc hæres eam debet præstare talem, qualis est, nec debet luere. Luitio igitur spectabit ad legatarium, videlicet, si non legaturus fuisset, si scivisset pignoratam. Aliud dicendum, si omnino legatarius fuisset etiamsi scivisset, vel rem ipsam, vel aliam ejusdem pretii: et tunc hæres luere debet, *l. prædia, C. de fideicommiss.*

Ad L. LVIII. LIX. LX. et LXI.

L. LVIII. Domus hæreditarias exustas et hæredis nummis extructas, ex causa fideicommissi post mortem hæredis restituendas, viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis, et ædificiorum ætatibus examinatis, respondi.

L. LIX. Si modo nulla culpa ejus incendium contigisset.

L. LX. Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti conditio ei competet, quasi plus debito solverit.

L. LXI. Sumptus autem in reficienda domo necessarios a legatario factos, petenti ei legatum, cujus postea conditio extitit, non esse reputandos existimavi.

Finge Relictæ sunt ædes per legatum aut fideic. sub conditione, post mortem hæredis, id est, sub conditione: nam si post mortem legatarii purum est, *l. hæres meus, de condit. et demonstr. l.* 58. *h. t.* Pendente conditione ædes exustæ sunt sine culpa hæredis: postea restitutæ sumptibus hæredis, tum existit conditio legati : ædes præstabuntur legatario, deductis sumptibus restitutionis : retinebuntur sumptus per exceptionem doli : nam ædes non ante tradentur, quam restituantur sumptus; habebitur autem ratio sumptuum arbitratu boni viri : et examinabitur ætas ædificii. *Ætas*, id est, qualitas, *l.* 58. *Ædificiorum ætatibus*, id est, *quantitatibus.* Sunt quidam codices, qui habent *quantitatibus.* Sic in Evang. Matth. cap. 6. ἐπὶ τὴν ἡλικίαν, quod ætatem significat, id est, ad quantitatem suam cubitum unum. Sic ἡλικίαν λαβεῖν, id est, grandescere. Sed hoc, si ædes sint combustæ sine culpa hæredis. Nam si culpa hæredis sint combustæ, ejus sumptibus restituendæ sunt, l. 59. In legatis præstat hæres culpam etiam levem, in fideicommissis latam tantum, *l.* 26. §. 1. *sup.* Finge : Combustæ sunt ædes sine culpa hæredis, verum ille eas præstitit legatario, non deductis impensis : tunc consuletur ei data condictione incerti, id est, possessionis. Condicet enim possessionem, quam potuit retinere, quasi indebite traditam, *l. qui exceptionem*, §. *si pars*, *inf. de condict. indeb. l. hæres*, *inf. ad Trebell.* Condictionem certi, id est, ædificii traditi, non habet, *l. si in area*, *de condict. indeb.* accipienda est de condictione certi, et est conjungenda cum l. 60. Lex 60. est de condictione incerti : *L. si in area*, est de condictione certi. Aliud, si hæres pendente conditione, sumptus necessarios fecit in re fulcienda, et reficienda : nam eos sumptus hæres non deducet. Sumptus restitutionis hæres retinet et reputat legatario, quia necesse non habuit restituere, quando incendium casu contigerat. At necessariæ refectionis sumptus non deducet, quia interim id est, pendente conditione ædibus fruitur. Igitur debet sartas tectas habere, et sumptus necessarios facere : nam ejus temporis omnia onera agnoscit, *l.* 39. §. *hæres*, *inf. hoc tit.* ut tributa. Id proponitur in l. 61. quæ est ex eodem libro, ex quo etiam l. 58. quæ loquitur de sumptibus restitutionis, hos hæres reputat legatario. L. 61 loquitur de sumptibus refectionis necessariis, hos hæres non reputat. Atque ita Papinianus differentiam statuit inter genera sumptuum; sed in l. 61. legitur : *Sumptus autem in reficienda domo a legatario factos.* Imo ab hærede facti sunt : legendum, *in reficienda domo legata necessario factos.*

L. 62. *et* 63. exposuimus in *l.* 52. *l.* 64. in *l.* 45.

Ad L. LXV.

Si ita legatum sit, Sejo servos decem do, præter eos decem, quos Titio legavi, *si quidem de-*

cem tantum inveniantur in hæreditate, inutile est legatum. Si vero ampliores, post eos, quos Titius elegit, in ceteris valet legatum, sed non in ampliores, quam decem, qui legati sunt. Quod si minus sunt, in tantos quanti inveniantur.

Species: Testator Titio legavit *decem servos*, id est, ut optaret decem servos ex universa familia. Deinde Sejo totidem servos legavit, præter eos decem, quos Titio legavit. *Præter*, modo ampliat, *l. Sejo*, §. *pen. de ann. leg.* modo detrahit, ut hoc loco. Titius optavit prior decem servos. Nulli alii supersunt: inutile est legatum Seji, nec concurret cum Titio. Si supersint quindecim, ex illis Sejus legit decem, quinque remanebunt apud hæredem; si quinque tantum supersint, in illis duntaxat quinque consistet legatum Seji. At proponitur legatum per vindicationem, ideo non debentur servi, nisi sint in familia. Quod si per damnationem homines legati fuissent, deberentur, etiamsi nullum hominem testator reliquisset, *l.* 15. *sup.*

§. 1. exposuimus in *l.* 3. §. *ult.* in *l.* 21. *et* 22. *L.* 66. exposui in *l.* 49. §. *ult.*

AL L. LXVII.

Servus uni ex hæredibus legatus, si quid in hæreditate malitiose fecisse dicatur, forte rationes interlevisse: non aliter adjudicandus est, quam si ex eo volentibus, cohæredibus quæstio habeatur. Idem est, et si extraneo fuerit legatus.

§. 1. *Si ex pluribus hæredibus, ex disparib. partibus institutis, duobus eadem res legata sit, hæredes non pro hæreditaria portione, sed pro virili id legatum habere debent.*

Res legata uni ex hæredibus, ei adjudicatur officio judicis familiæ erciscundæ, *l.* 4. *in princip. sup. famil. ercisc. l.* 17. §. *ult. sup. hoc tit.* Uni ex hæredibus servus legatus est: is servus maliose, id est, in fraudem hæredum, tabulas hæreditarias corrupit, interest omnium hæredum de eo servo quæstionem haberi, ut constent rationes hæreditariæ: et ideo officio judicis familiæ erciscundæ: hic servus non ante adjudicabitur legatario, quam de eo quæstio habita fuerit, *l. his consequenter*, *in princ. sup. famil. ercisc.* Maxime hoc pertinet ad divisionem hæreditatis, quoniam non potest commode dividi, nisi agnitis rationibus. Non sic fiet, si servus ille dicatur testatorem occidisse, vel uxorem, vel liberos. Nam in dividenda hæreditate ob eam rem quæstio non habebitur, quoniam ea res separata a causa dividendæ hæreditatis, sed separatim de ea re quæretur scilicet lege Cornelia de sicariis. At de rationibus interruptis quæretur officio judicis familiæ erciscundæ, *d. l. his consequenter*. Additur in hac *l.* idem esse, si servus sit legatus extraneo, et is servus rationes hæreditarias corruperit: nam hæredes eum non ante præstabunt legatario, quam de eo quæstionem habuerit, idque fiet per judicem familiæ erciscundæ. Simile est quod proponitur in *l.* 69. §. *pen. inf.* Servus actor legatus est, id est, qui administravit omnia negotia defuncti: hic servus non ante præstabitur legatario, quam actus sui rationem reddiderit. Eodem pertinet *l.* 1. *C. de bon. proscript.* Servus actor capitali judicio damnatus est, non ante ducetur ad supplicium, quam domino suo rationem reddiderit.

Quod sequitur exposui in *l* 17. §. *ult. sup.*

Ad L. LXVIII.

Si post mortem patris filio legetur, dubium non est, quin mortuo patre ad filium pertineat legatum, nec intersit an patri hæres exstiterit, necne etc.

Notandum, differentiam esse inter servum, et filiumfamilias. Filiusfamilias morte patris sui juris fit, servus morte domini non fit liber. Si ab extraneo filiofamil. sit legatum post mortem patris, mortuo patre legatum ei acquiritur: si autem servo legatum sit post mortem domini, mortuo domino, servo non acquiritur, sed ad hæredem pertinet. Quæritur, an idem dicendum sit, si idem servus, testamento scilicet ejusdem domini liber esse jussus sit? Distinguendum inter genera hæredum, voluntarios, et necessarios. Necessarii alii sunt sui, ut filiifamilias, alii servi. Voluntarii hæredes non existunt nisi adeant; at necessarii statim hæredes existunt. Existere est apparere, *l. ult.* §. *sin vero perpetuo*, *C. de curat. fur.* Voluntarii igitur non apparent hæredes, nisi adierint, necessarii autem ipso jure statim: si igitur sit scriptus hæres extraneus, servus morte domini non fit liber, sed adita demum hæreditate. At si sit scriptus necessarius, servus statim ex scriptura testamenti fit liber. Ex eo sequitur ut si legatum sit servo alieno post mortem domini, et is liber esse jussus sit a domino, mortuo domino, relicto hærede extraneo, legatum illud acquiratur hæreditati, et deinde per hæreditatem hæredi, servo non, quia illius legati dies prius cedit, quam ille fiat liber. Aliud si mortuus sit dominus relicto necessario hærede, quoniam illud servo acquiretur, quoniam eodem momento, et dies legati cedit, et ipse servus liber fit, *l.* 68. Eadem distinctione utimur in hac specie. Sciendum, servo proprio inutiliter legatur sine libertate, et legatum non convalescit, etiamsi ante diem legati cedentem ad libertatem perveniat, *l. servus, C. de leg.* Inutiliter etiam legatur, etiamsi libertas sub conditione data sit, si scriptus sit hæres necessarius, hoc quoniam si statim decederet testator, is servus

hæredis fieret statim, et ideo inutile foret legatum. Aliud si e xtraneus scriptus sit, quoniam fieri poterit ut ante aditionem extranei, conditio libertatis existat, ideo non prorsus inutile foret legatum, quoniam posset conditio libertatis ex stere ante aditionem, *l. quæsitum* §. 1. *inf. hoc tit. l. Julianus, inf. de condit. et demonstrat.* Eadem distinctione utimur in *l. si optio, inf. de opt. leg.* Servo legato, alteri recte legatur. Hoc casu servi legati dies cedit a morte, et acquiritur adita hæreditate. At legatum servo legato relictum non cedit a morte, sed ab adita hæreditate, *l.* 69. *in princ. hoc tit. l. hæredis, in fin. inf. quando dies legat. ced. l. un.* §. *libertatibus*, *C. de caduc. tollend.* Illud legatum igitur non cedit a morte, quoniam tum esset inutile, quia servo hæredis non potest legari. Si dixeris, cedere ab adita hæreditate, erit utile, et acquiretur legatario. Hæc dicuntur, scr pto hærede extraneo: nam si necessarius sit scriptus, tam legatum ipsius servi, quam legatum servo legato cedet a morte testatoris, et erit utile. At servum legavit cum optione. quo casu singuli servi videntur legati sub conditione, *l.* 3. *qui et a quibus.* Eidem servo legavit pure, et necessarium hæredem scripsit, inutile est legatum, propter regulam Catonianam, quoniam si statim decessisset testator, servus fuisset factus hæredis, et ideo inutile foret legatum, proinde non convalescet ex post facto. Aliud si fuerit scriptus voluntarius: nam fieri potest ut ante aditionem, conditio legati servi existat, et sic nunquam fiat servus hæredis. Vel etiam optione servi legata, fieri potest ut ante aditionem extranei, familia defuncti ad eum servum redigatur, ceteris mortuis: quo casu hic qui superest, pro pure legato habetur, quoniam solus est, qui possit optari, et sic legatum ei relictum valet. Sed necessario in h s quæstionibus separantur extranei a necessariis, quoniam hi existunt ipso jure. Opponitur huic *l.* 68. *l. peculium* 65. §. *ult. inf. tit. prox.* Legatus est servus Titio, idem post mortem Titii legatarii liber esse jussus est: utrumque valere dicit lex: libertas post mortem legatarii; legatum ab adita hæreditate, *l. qui filio, l. idemque est, sup. de hæred. instit.* Hoc pugnat cum fine hujus legis, quæ ait, *esse inutile, quoniam certum est diem venturam*. Igitur libertas erit potior legato. Verum considerandum in fine hujus *l.* tres poni species: in prima legatus est servus pure, et libertas data sub conditione; hic legatum etiam videtur conditionale. Hoc casu legatum pendet sicut libertas, *l.* 4. §. *ult. sup.* Secundus casus: legatus est servus pure, libertas adscripta ex die: legatum est inut le, quia diem libertatis venturam certum est. Tertius casus, legatus est pure, manumissus post mortem legatarii, inutile est legatum eadem ratione. Itaque his duobus postremis casibus non pendet legatum: primo pendet: in posterioribus ideo non pendet, quod omnino sit prævalitura libertas, et servum legatario adeptum iri.

Ad §. 1. *Si servum L. LXIX.*

§. 1. *Si servum sub conditione legatum hæres alienaverit, deinde conditio exstiterit, potest nihilominus a legatario vindicari, nec exstinguitur legatum.*

Si testator rem legatam sua sponte alienaverit, non coacte, plerumque legatum extinguitur, quia mutata videtur voluntas. Non sic, si hæres rem alienavit, *l. cetera, sup.* Hæres tamen alienare poterit, si sub conditione legata fuerit res, quia interim pleno jure est hæredis, sed etiam frustra alienat, quia eam legatarius vindicare potest, existente conditione, ut ostenditur in §. 1. eaque ratione frustra manumittit servum legatum, nec competet libertas, ne fiat injuria legatario *l. servum. inf. de manumis.* Idem olim non obt nuit in fideicommissis, *l. quidam* §. *pen. ad Trebell.* nam erat permissa alienatio rei per fideicommissum relictæ, *l. si servum,* §. *de illo, de verb oblgat.* nec etiam in legatis damnationis, sed hodie idem est in omnibus, *l. ult.* §. *sin autem sub conditione*, *C. comm. de leg.* igitur sive rogatus sit hæres specialiter, sive universe sub aliqua conditione, interim frustra alienat.

Ad §. 2. *Si testator.*

§. 2. *Si testator quosdam ex hæredibus jusserit æs alienum solvere, non creditores habebunt adversus eos actionem, sed cohæredes, quorum interest hoc fieri, nec solum hoc casu alius habet actionem, quam cui testator dare jussit sed aliis quoque, veluti si filiæ nomine generi, aut sponso dotem dari jusserit. Non enim gener, aut sponsus, sed filia habet actionem, cujus maxime interest.*

In hoc §. duo paradoxa explicabuntur. Interdum evenit, ut alius habeat actionem ex testamento, quam is cui testator dari jussit, et sic fit, ut legatarius non sit is, cuius nomen scriptum est, sed alius, cujus mentio nulla facta est. Hujus rei duo sunt exempla. Testator jussit unum ex hæredibus creditori suo solvere: hoc casu creditor non habet actionem ex testamento, quia nihil ejus interest; verum cohæredes habent ut creditori solvatur, quia eorum interest, creditori solvi, *l. non solum* §. *sed si duobus, de liberat. legat. l. nomen*, §. *ult. inf. de leg.* 3. Species: scripsit hæredes filium et filiam æquis partibus, singulis prælegavit prædia et

quædam nomina debitorum, deinde rogavit filium, *ut si quid eveniret æris alieni, si quod in tempus testator mutuo sumpsisset*, id omne ipse filius solveret, et adjecit *hoc se velle, ut ad filiam integra pars hæreditatis perveniat.* Quæritur, an qualicunque ex causa debeat testator, id omne filius cogatur solvere? Videtur dicendum, filium non cogi, quoniam dixit, *si quod in tempus promutuo accepero.* Igitur locutus est tantum de mutuo. At respondetur, filium debere solvere omnia debita, et sororem omni debito liberare, quia adjecit, *ideo se onerare filium, ut filia integram partem retineat.* Porro integram non retinebit, nisi filius omne æs alienum solvat. At quæritur, quid in ea lege sit *promutuum.* Est specialis quædam debendi causa. Aliud est mutuum, aliud promutuum. Promutuum est, cum quid ante diem repræsentatur, *avancer*, ut si officiariis sequentis anni accommodetur salarium, id accipiunt promutuum: quoniam fieri potest, ut sequenti anno suo officio non fungantur, et ideo nihil eis debeatur, et tunc prorogatum erit in causa crediti, et quasi mutuum repetetur, et sic cum quid prorogatur contrahitur quodammodo mutuum. Seneca in 3. de beneficiis, *l. ex conducto §. item cum quidam, sup. loc.* Nauta conduxit aliquid vehendum, nondum id vexit, sed vectura est ei prorogata, si vehat, quod conduxit vehendum, eam pecuniam retinebit quasi mercedem: si non vehat, pecuniam repræsentatam debebit quasi mutuam. Harmenopul. εν προχειχία melius, προχεία. Sic in *l. Sticho, §. item quæro, de statulib. Promutuum.* Ex his apparet, promutuum esse specialem quandam debendi causam. Verum in ea specie omne debitum solvet. Soror habet actionem, quamvis ei dari nominatim non jusserit, sed creditoribus, *l. nomen, §. ult. de legat.* 3. Alterum exemplum. Pater jussit *filiæ nomine dotem dari genero vel sponso.* Gener non habet actionem ex testamento, sed filia, quoniam ejus interest. Male ad leg. *cum pater, de jur. dot.* Græci lib. 38. Basilicon hunc §. citantes, dicunt filiæ dari actionem ex testamento soluto matrimonio. Hoc non est admittendum: nam et ante matrimonium, et constante matrimonio filia agit ex testamento, *l. Titio, §. si post divortium, inf. de condit. et demonstrat.* Opponitur lex *SC. de dot. promiss.* Species: pater pro filia stipulanti marito dotem promisit, mortuus est pater: maritus aget adversus hæredes soceri ex stipulatu, filia non aget. At nos filiæ actionem damus. Breviter dicendum, illam legem loqui de actione ex stipulatu, non ex testamento. Accurs. Actio ex testamento datur ei, cujus contemplatione legatur. Legatum est beneficium et liberalitas. In beneficiis mens spectanda est dantis. Igitur actio ex testamento datur ei, cujus nomine relinquitur. Actio ex stipulatu non item. Nam ei non videtur promitti, cujus nomine fit promissio. Quæritur, an gener habeat actionem ex testamento: nam diximus filiam habere? hoc negatur hac lege. Obstat lex *tali §. ult. inf. de jure dot.* lex *Titio §. Titio genero, de conditionib. et demonstrationib.* Ubi dicitur, etiam generum agere ex testamento: hoc distinctione explicandum est. Aut pater legavit dotem, quam jam debuit ex stipulatione; tum gener non habet actionem ex testamento, quia legatum est inutile. Verum filia habet actionem ex testamento, quia ejus interest, ut dotata sit: gener aget ex stipulatione, sed necesse est, ut alterutra actione maritus et uxor sint contenti: nam uterque dotem non petet, *l. hujusmodi §. cum pater, in fin. hoc tit.* Aut pater legavit dotem, quam non debuit, et tum legatum in utriusque persona consistit. Addenda exempla ex *l.* 49. §. *si, Titio sup.*

Alterum paradoxon est, interdum evenire, ut alius teneatur ex testamento, quam is, quem testator dare jussit. Exemplum hujus rei unum exposuimus in *l.* 11. *sup.* Aliud est exemplum in *l. si servus legatus, §. pen. inf. hoc tit.* Testator creditorem pignoratitium rogavit, ut pignus venderet, et superfluum filiæ restitueret: creditor hoc casu non tenetur fideicommisso, quia in ejus persona non consistit, quia nihil accipit ex testamento, sed hæres filiæ tenetur, ut ei cedat actionem pignoratitiam, quam adversus creditorem de superfluo habet. Dices: immo videtur etiam creditor obligari: quoniam creditor hic, est debitor superflui. At debitore fideicommissum relinquitur ex constitutione Divi Pii, *leg. si peculium, inf. hoc titul. leg. si quis decedens, §. pater, de leg.* 3. Verum dicendum, hunc creditorem non fuisse debitorem defuncti, sed hæredi tantum cœpit debere superfluum. Sic etiam in *leg. cum pater, §. qui dotale, tit. prox.* emptor non fit debitor, ideo non obligatur fideicommisso. Similiter fideicommissum valet, et debetur ab hærede: licet non sit cum hærede locutus testator, ut, peto ut rem illam accipias, re illa sis contentus, *l. miles, l. peto inf. tit. prox. l.* 18. §. *si quis ita, inf. de leg.* 3. Notandum etiam, fundo legato usumfructum tradi debere, et ideo si forte ususfructus alienus sit; hæres cogitur eum redimere, aut æstimationem præstare. Fundo legato, plena proprietas legatur, *l. Mævius* 66. §. *fundo, l. cum pater, §. dominus, tit. prox.* quia ususfructus est instar partis rei, nihil videtur tradi legatario sine usufructu. Similiter tradi etiam debet possessio vacua, quoniam nihil dari videtur sine possessione. Ideo si in fundo legato quidam habeat jus emphyteuticum, vel superficiarium, debet hæres ejus juribus immunem fundum præstare, ut legatarius possessionem va-

cuam obtineat. Sic etiam tradere debet fundum liberum nexu pignoris, alioqui potest evocari actione Serviana. Ceterum non cogitur tradere liberum a servitutibus, ut itinere, actu, via, sed talem dabit, qualis erit, nisi testator dixit, *ut præstetur fundus optimus.* Quæ verba significant, ut fundus præstetur liber, immunis, solutus omni jure. Additur in §. *fundo, d. leg. Mævius. Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.* Videtur rectius in aliis codicib. legi: *Præter istas causas.* Ut sit sensus: res mea mihi legatur inutiliter, nisi ususfructus sit alienus, *leg. recte de verb. signif.* Excipitur etiam, si res mea sit pignori obligata, et tum hæres teneatur eam luere. Idem si rei meæ possessio sit aliena, ut si quis in re mea habet jus emphyteuticum (nam dominium et possessio nihil habent commune) hæres tenetur rem illis juribus liberare, *l. si tibi homo, §. ult. hoc tit. l.* 71. §. *ult. inf. l.* 1. *inf. de liberat. leg.* At præter istas causas legatum rei meæ non valet, etiamsi res mea debeat vicino iter, vel actum, vel etiam servitutem. Nam servitutes prædiorum separandæ sunt a ceteris causis.

§. *pen.* exposuimus in *l.* 67.

§. *ult.* in *l.* 38. *sup.*

Legem 70. in *l.* 38.

L. 71. initium in *l.* 13. §. 1. in *l.* 45. §. *ult.*

Ad §. 2. In pecunia.

§. 2. *In pecunia legata, confitenti hæredi, modicum tempus ad solutionem dandum est, nec urgendum ad suscipiendum judicium. Quod quidem tempus ex bono et æquo Prætorem observare oportebit.*

Ad hunc §. notandum: hæres adita hæreditate, statim conveniri potest legatorum nomine, nec ei est præstitutum tempus ad præstanda legata, nullæ sunt induciæ, nisi forte testator præscripserit annuam, bimam, trimam diem: verum non est urgendus hæres; datur enim ei modicum tempus arbitratu prætoris. Quæritur, an cogatur hæres, rem ipsam, quæ legata est, præstare, an liberetur præstita æstimatione? Placet cogi præcise, ut rem ipsam præstet, §. *qui confitetur, et §. prox.* nisi scilicet legatus sit homo, et is forte sit frater naturalis hæredis, aut pater, aut mater, tunc non cogetur dare, si paratus sit solvere æstimationem. Hoc duntaxat in homine receptum est. At ceteras res cogitur omnimodo præstare. Quæritur, an venditor cogatur rem venditam tradere? Sed dicendum est exemplo hæredis, quoniam venditor obligatur ad rem, §. *aliæ, Instit. de donat.* ait, *venditorem necessitatem in se habere traditionis.* Paul. in 1. *Sentent. tit.* 14. Ut igitur hæres præcise obligatur, sic et venditor.

Ad L. LXXII.

Si quis legaverit fundum Cornelianum, exceptis vineis quæ mortis ejus tempore erunt: si nullæ vineæ erunt, legato nihil decedit.

Sciendum, legatum esse inutile si legetur id, quod non est in rerum natura, *l. si servus legatus, §. qui quinque, hoc tit.* Similiter inutilis est exceptio, et legatum non minuit, si excipiatur quod legato non inest, quodque non est in rerum natura: ut legavit fundum exceptis vineis: nullæ sunt vineæ: illa exceptio legato nihil derogat.

Ad L. LXXIII.

Si hæres jussus sit facere, ut Lucius centum habeat, cogendus est hæres centum dare, quia nemo facere potest ut ego habeam centum, nisi mihi dederit.

§. 1. *Vicis legata perinde licere capere: atque civitatibus rescripto Imperatoris nostri significatur.*

Facere interdum habet dandi significationem, ut *hæres meus facito, ut Titius habeat.* 10. id est, dato Titio 10. Nec obstat *l. ult. in fin. sup. de reb. cred.* Non est dicendum, separanda legata a stipulationibus, sed dicendum in illa *l. ult.* promissorem ita non promisisse, *faciam ut habeas* 10. sed hoc modo, *curabo tibi dari decem:* poterit promissor delegare aliquem, qui det, nec ipse dare cogitur. Quod sequitur, est explicatum in *l.* 32. §. *ult. h. t.* et ibidem *l.* 74. explicata est.

Initium *l.* 75. est expositum in *l.* 43.

Ad §. Si mihi L. LXXV.

Si mihi quod Titius debet fuerit legatum, neque Titius debeat: sciendum est, nullum esse legatum. Et quidem si quantitas non sit adjecta, evidenti ratione nihil debebitur: quia non apparet, quantum fuerit legatum. Nam et si quod ego Titio debeo, ei legavero quantitate non adjecta, constat nullum esse legatum, cum si decem, quæ Titio debeo, *legavero, nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum, ut in legato dotis Julianus respondit.*

Quæstio hujus §. tractatur etiam in *l. legavi, de liber. leg.* Testator legavit nomen debitoris his verbis: *Quod mihi Titius debet, Cajo dato,* vel expressa quantitate: *decem, quæ mihi Titius debet.* Legatum valet, si Titius debeat, et hæres tenetur legatario cedere actionem adversus Titium;

legari enim videtur actio, non summa. Ideoque si testator eam pecuniam vivus exegerit, extinguitur legatum, quia periit substantia debiti, §. *si mihi* Nec obstat *l. cum filius*, §. *hæres*, *inf. tit. prox.* quod Accurs. explicat. Nam in specie §. *hæres*, idem manet debitor, et creditor idem, causa tantum obligationis mutatur. Igitur et legatum permanet, quamvis ita legavit, quod Titius mihi debet, adjecta causa debiti, scilicet ex testamento, et Titius desierit debere novata obligatione, scilicet si in stipulationem convertatur; hoc non perimit legatum. Addendum: legatum etiam valere, si quis Titio debitori suo leget id, quod debet, et tunc hæres cogitur eum liberare. At quid si Titius nihil debeat? Ut legavit Titio quod is debet, vel quod Titius debet, legavit alteri, Titius nihil debet. An valet? Placet inutile esse legatum, idque sive adjecerit quantitatem sive non, vel 10. quæ mihi Titius debet, peti nolo, utroque casu legatum est inutile, si Titius nihil debeat. Obstat quod dicitur, *falsam demonstrationem legato non nocere*: hæc verba, *quæ mihi Titius debet*, sunt demonstrationis loco. Non adscripta summa facile admitto, nihil deberi: at quantitate adscripta, ea videtur deberi, atque ita si is, qui nihil debet Titio, ita ei legavit, *Titio quod debeo*, *lego*, nullum est legatum. Verum si adscripta quantitate ita legavit, *Titio decem, quæ illi debeo, lego*, legatum valet, etiamsi illi nihil debeam, *l.* 2. *C. de fals. caus. adi. l. legavi* 25. §. *ult. inf. de liberat. leg.* Idem in dote legata. Nam si vir uxori leget dotem simpliciter, ut, *dotem lego*, quam nullam accepit, legatum non valet: at si ita legavit: 10. *uxori lego*, *quæ dedit in dotem*, legatum valet, etiamsi ea uxor non dederit in dotem, §. *sed uxori*, *de legat. l.* 3. *C. de fals. caus. adi. leg. l. quibus ex duobus*, §. *dotalem*, *inf. de condition. et demonstrat.* Cur igitur non valet etiam legatum, si quis legaverit Cajo decem, quæ sibi Titius debet, etiamsi non debeat, quasi falsa demonstratione adjecta? Similiter cur non valet, si quis legaverit Titio 10. *quæ is sibi debet*, quamvis non debeat? Dicendum, his duobus casibus hæc verba: *quæ debet*, proprie demonstrationem non facere, sed exprimere vim et conditionem et causam legati, id est, id ipsum quod legavit. In hoc §. causa legati non est ratio legandi: nam hæc quoque legato non nocet, sed causa legati, id est, legatum ipsum. Illis casibus igitur hæc verba exprimunt causam legati cum demonstrationem dicimus, supervacuam accipimus, et sic accipimus illam regulam. Notandum: demonstratio alia est superflua, id est, quæ additur rei certæ et satis demonstratæ, hæc frustra additur, *l.* 1. §. *si quis uxori*, *de dot. prælег.* Igitur quæ frustra additur vera sive falsa, legato nihil obstat. Sic in *l. si servo*, *de adimend. legat.* Scriptura supervacua legato non nocet, *l. non solent*, *de regul. jur.* Non solent, quæ abundant vitiare. Alia est demonstratio necessaria, sine qua, quid sit legatum, intelligi non potest. Hæc vim causamque legati omnem continet: hanc veram esse oportet; et si sit falsa, nullum erit legatum: ut, *lego uxori vestem meam illam purpuream*, rem legatam satis demonstro, adjicio, *quæ uxoris causa parata est*, hæc adjectio etiamsi sit falsa, legato non nocet. Debebitur vestis illa, etiamsi non uxori sit parata. Supervacuæ adjectionis ratio non habetur. At dixit, lego uxori vestem, quæ ejus causa parata. Hoc casu requiritur vestis uxoris causa parata, et si quæ sit ejus causa parata, præstabitur: si nulla sit, nihil debebitur, *l. Quintus*, *de aur. et arg. legat.* Igitur si demonstratio hæc non constat, nec legatum constat. Aliud exemplum: *Lego decem nummos Titio.* Legatum est certæ quantitatis. Addo, *quæ illi debeo*: Hoc frustra est: et ideo, etiamsi hoc sit falsum, non obstat legato, *d. l. legavi*, *in fi.* At dixi: *Lego Titio decem, quæ in arca habeo*, vel, *quæ ille in sacculo obsignata apud me deposuit*, his verbis, non quantitatem lego, sed corpus, *l.* 51. *sup.* His verbis non additur certæ quantitati superflua demonstratio, sed certa nummorum corpora certo loco designantur: ideo nisi eo loci inveniantur, nihil debebitur, si arca inanis fuit, videbitur legatum corpus, quod non erat in rerum natura, *l.* 1. §. *adeo*, *de dot. præleg.* Eadem est ratio, si dixit: *Lego Cajo decem*, *quæ mihi Titius debet*, non lego quantitatem, sed jus. Id ostenditur in *l.* 44. §. *eum qui chirographum*, *sup.* Id est, lego obligationem, actionem, ideo hæres non tenetur legatario, nisi actionem cedere. Si igitur nulla sit actio, nullum erit legatum, quia causa legati deficit, id est, id ipsum, quod legatur. Eadem ratio est, si dixero: *Lego tibi decem*, *quæ mihi debes*, hic non lego quantitatem, sed jus liberationis, ideo hæres non tenetur, nisi tibi acceptum facere. Igitur si tu nihil debeas, inutile est legatum liberationis. Duobus modis legatur liberatio, uno sic: *Decem*, *quæ mihi Titius debet*, *hæres damnas esto non petere.* Hoc casu dici non potest, si nihil debeat Titius, nihilominus hæredem ei decem dare debere, quia non est jussus dare, sed non petere. Ita legendum in *dict. l. legavi. Sed non poterit hoc dici, si ita legavit, etc.* Altero modo: *Decem, quæ mihi Titius debet*, *hæres damnas esto ei dare*, quia dixit, *damnas esto dare*, dici potest, falsa demonstratione adjecta certæ quantitati legatæ, decem nihilominus esse Titio numeranda, etiamsi nihil debeat. Verum hoc non placet Paulo in *d. l. legavi.* Verbum *dandi*

hunc habet sensum, id est, damnas esto eum liberare ab illis decem, *l. ult.* §. 1. *de liberat. leg.* Igitur, sive hoc modo, sive illo legetur liberatio, si Titius nihil debeat, inane est legatum. At cum dicit: *Lego decem, quæ illi debeo*, his verbis non legat jus, sed quantitatem. Hæc quantitas ex numero satis demonstratur. Igitur quod additur, quæ illi debeo, frustra additur, et licet falsum sit, nihil nocet legato.

Ad §. 1. *Proinde.*

§. 1. *Proinde si Stichum legaverit, cum ille ei Stichum aut decem deberet, incerti actio legatario adversus hæredem competit, ut scripsit Julianus lib. 33. Digestorum, per quam actionem compellat hæredem experiri. Et si Stichum consecutus fuerit, præstabit ei. Si decem? nihil consequetur, secundum quod erit in arbitrio debitoris, an sit legatarius, cui Stichus legatus est.*

Sciendum, quod si tibi legavero, *quod mihi Titius debet*, videor legare actionem, ideoque ex hoc legato hæres meus nihil amplius præstabit quam actionem. Finge nunc: Titius mihi debet ex stipulatu Stichum aut decem, utrum elegero, utrumque est in obligatione alternatim, *l. si duo rei*, *inf. de verb. obligat.* Ego reservavi mihi electionem, alioquin esset promissoris. *Nunc quod mihi Titius debet*, *lego*, legatario erit cedenda actio, ut Stichum, aut decem, utrum voluerit, petat. Nam sicut ego electionem habeo, ita et legatarius. Verum si legavero tibi Stichum, quem mihi Titius debet, cum tamen etiam decem debeat, hoc casu ipse videor elegisse Stichum, ideo erit tibi actio cedenda, ut Stichum petas. Quæritur etiam, quid si non reservavi mihi electionem, atque ita sit promissoris? Hoc casu tibi est actio cedenda, ut petas Stichum aut decem sub disjunctione: nam ita mihi Titius debet, nec poteris alterum tantum petere, quia nec ego potui, §. *huic autem*, *de actionibus*. At quid dicemus, si legavi *Stichum*, *quem mihi Titius debet* sub disjunctione? Hoc casu non agetur ex testamento, ut ibi cedatur actio, qua petas Stichum, quia nulla talis actio mihi competit, sed ages ex testamento, ut hæres agat cum Titio, et petat Stichum aut decem. Et si promissor elegerit Stichum, et solverit, Stichus tibi præstabitur: sed si elegerit decem, nihil tibi præstabitur. Electis decem extinguetur legatum Stichi. Igitur in potestate erit promissoris, an legatum tibi debeatur. Idem ostenditur in *l. ut hæredibus*, §. 1. *inf. tit. prox.* (alias *lex si Titius*, sed debet esse §. legis *ut hæredibus*) Hæc actio, quæ legatario competit, appellatur *actio incerti*, quia non agit ut det, sed ut hæres suo arbitratu agat cum Titio, agit, ut agat hæres. Sicut in *l.* 2. §. *idem Nerva, ne quid in loco publico*, *l. Julianus* §. *pen.* §. *sup. de action. emp. l. si tibi* §. *pen. de opt. leg.* (Est etiam actio ex testamento incerti, si agat cum hærede, ut sibi actionem cedat) vel potest dici legatarium etiam hoc casu posse agere cum hærede, ut sibi cedat actionem alternatam, quam habet, *l. prox.* non ut sibi cedat actionem, qua Stichum pure petat, verum ut vel agat ipse hæres, vel actionem alternativam cedat, quin etiam si agat cum hærede ut is agat cum Titio, hæres non cogetur agere, si paratus sit actionem cedere *l. quod debetur, sup. de pecul.* Actio igitur ex testamento alias est certi, alias incerti. Certi, ut si petantur 100. quæ legata sunt, vel fundus, vel Stichus. Incerti, ut si petatur servitus, *l.* 1. *inf. de usufr. leg.* Idem si petatur liberatio, *l. non solum* 2. §. *pen. inf. de liber. leg.* Item si petatur actionem cedi oportere, vel si petatur, ut hæres agat cum debitore defuncti. Verum quid dicemus de specie legis 76. Finge: Titius debet mihi Stichum aut 10. vel Stichum aut Pamphilum, et electio est promissoris (errat Accursius, qui stipulatoris electionem ponit, adversantur verba, tum etiam ea, quæ præcedunt) Ego deinde lego Primo *Stichum*, *quem mihi Titius debet*, Secundo autem 10. *quæ mihi Titius debet*, cum Titius utrunque non debeat nisi sub disjunctione. Quæritur, an legatum in utriusque persona consistat? Lex ait, consistere, at hæredem debere uni actionem cedere, alteri dare æstimationem litis. Et est simile quiddam in *l. non quocunque* §. *qui Cajum*, *hoc tit.* Verum opponitur lex *ut hæredibus* §. 1. *tit. prox.* Ibi proponitur eadem species: Testatori deberi *Stichum aut* 10. *a Titio*, alii legasse Stichum, alii 10. Lex ait, ex eventu solutionis legatum valere, id est, si promissor solverit Stichum, Primi legatum valet, Secundi exstinguitur: contra si elegerit 10. Secundi legatum valet, Primi extinguitur. Exspectandus est igitur eventus solutionis, et electio promissoris. Hæc lex nostra onerat hæredem, ut utrique teneatur, illa exonerat. Hæc est Juliani, illa Marcelli. Marcellus est perpetuus Juliani adversarius. Verisimile est Marcellum hac in re dissentire a Juliano; et verior videtur sententia Marcelli: nam quod Julianus admisit in uno, cur non admittetur in diversis? Si is, cui debetur Stichus aut 10. uni leget Stichum, legatum pendet ex eventu conditionis; neque enim aliter valebit, quam si promissor solverit Stichum. Cur igitur si diversis legaverit, alii Stichum, alii decem, non dicemus legatum pendere ex eventu solutionis? Huc adjungenda quæ diximus in *l.* 33. *sup.* Notandum etiam *l.* 78. conjungendam cum *l.* 9. *inf. de usufr. leg.* fideicommissum relictum a legatario

non debetur, si legatum ad legatarium non pervenerit, ut si legatarius repudiaverit, *l.* 78. Verum debetur ab hærede, apud quem remanet legatum. Idque etiamsi testator sit miles. Onus impositum legatario, eo repudiante, in hæredem transfertur etiam ex testamento militis, quod repudiatur, apud hæredem remanet, *l.* 12. *sup.* Verum quod morte legatarii vivo testatore deficit, est in causa caduci, et fisco vindicatur, non tamen in testamento militis, in quo puto non fuisse locum caducis vel quasi. Idque indicat ea lex quæ est maxime notanda. Ergo si vivo milite, legatarius moritur, legatum remanebit apud hæredem. Addendum: si quis legavit ita, Primo et Secundo decem lego, et concurrant, singulis tantum quinque debentur *l.* 79. Aliud est decem, aliud dena. Si dixerit *Primo, et Secundo dena*, singulis debentur quinque. Idem in stipulationibus *l. eum qui ita*, *l. si mihi et Titio*, *inf. de verb. oblig.* At testator habet tantum 30. in bonis, legat Primo 30. Secundo 20, Tertio 10. quid fiet? Legata sunt reducenda ad rationem hæreditatis, eadem proportione servata inter legatarios. Inter Primum et Secundum est proportio sexcupla. Inter Secundum et Tertium est proportio dupla, quando Secundus plus duplo habet. Igitur Primo dabimus 15. Secundo 10. Tertio 5. Verum ex illis legatis hæres detrahit Falcidiam analogos. Falcidia autem 30. sunt 7. et semis. Igitur hæres ex Primo, qui habet 15. detrahet 3. et dodrantem unius. Ex Secundo duo et semissem, ex Tertio unum et quadrantem unius. Atque ita sibi colliget septem et semis, quæ est quarta.

Ad L. LXXXI.

Si fundum sub conditione legatum, hæres pendente conditione, sub alia conditione alii legasset et post existentem conditionem quæ priore testamento præposita fuisset, tunc ea conditio, sub qua hæres legaverat, exstitisset, dominium a priore legatario non discedit.

Sciendum, hæredem rem legatam sub conditione, quamvis sit interim dominus, frustra alienare, *l.* 69. §. 1. *sup.* aut frustra manumittere servum. Item, hæredem frustra eam rem pignori obligare: nam finietur pignus existente conditione; frustra ei servitutem imponere, frustra mortuum inferre, nec enim religio occupat fundum, nisi conditio deficit, *l. grege* §. 1. *de pignor. l. si fundum*, *inf. de cond. et demostr.* Frustra etiam interim legare eam rem, *l. si sub condit. in pr. sup. quibus mod. ususfruct. amit.* Igitur hæres non potest interim legatario injuriam facere, si quid secus egerit, existente conditione, rescindetur, et dominium transibit ad legatarium, *l. arboribus* §. *Julianus,* alias, *l. si fur. de usufr.*

§. 1. est de servo communi, de quo dictum est *sup.* in *l.* 26.

Ad §. 1. *Stichum.*

§. 1. Stichum Sempronio do lego, si Sempronius Stichum intra annum manumiserit, eundem Stichum Titio do, lego: *Quæsitum est, quid juris esset? Respondi Sempronium interim totum habiturum, et si quidem intra annum manumisisset, liberum eum effecturum. Sin autem hoc non fecisset, ad Titium pertinere.*

Notandum hunc §. conjungendum esse cum *l. Stichum*, *inf. de manumiss. testam.* Si servus legatus post mortem legatarii liber esse jubetur, utrumque valet: libertas post mortem legatarii, legatum eo vivo, *l.* 68. *sup.* Similiter, si servus legatus post annum, nisi eum manumiserit legatarius, liber esse jubeatur, utrumque valet, *d. l. Stichum,* et est libertus Orcinus. Interim legatarius eum habet, et si manumittat, acquiret sibi libertum. Ceterum si exierit annus, libertas ei competet directo ex testamento. At finge: servum legatum testator liberum esse non jussit: sed nisi legatarius eum manumitteret intra annum, eundem Titio legavit. Hoc casu prior legatarius servum totum habebit: sed eo non manumittente, et præterito anno, quæritur, utrum Titius posterior legatarius admittatur quasi conjunctus, an quasi substitutus? Et hic §. ostendit, quasi substitutum admitti, priore excluso. Igitur post annum totus ad Titium pertinebit. Ut hæredi potest substitui, sic et legatario, et donatio causa mortis, *l. ut hæredem, tit. prox. l. verbis*, *de verb. signif. Paterfamilias uti legassit*, *ita jus esto.* Lex ait, his verbis potestatem dari plenissimam hæredes instituendi. Addendum, et substituendi: nam vulgaris substitutio est ex *l.* 12. *tab.* Ait, *legata dandi*, addatur et substituendi legatariis. Item ait, dari latissimam potestatem tutoris instituendi, ac etiam substituendi, *l. pen. sup. de testam. tut.* Non obstat *l. nemo potest*, *sup. hoc tit.* Nam additur, eam latissimam potestatem postea fuisse coangustatam legibus et Constitutionib. Verum adversus hunc §. *Stichum,* Accursius opponit Constitutionem D. Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum. Colligit, servum legatum ut manumittatur intra certum tempus, si manumissus non fuerit, continuo ex Constitutione liberum fieri ipso jure. Igitur non pertinebit ad posteriorem legatarium. Dicendum, eam legem tantum pertinere ad conditiones contractuum, ad servos venditos ea lege, ut manumittantur, nec

pertinet ea Constitutio ad donationes, *l. qui Roma*, §. *Flavius*, *de verb. oblig. l. Paulus*, *inf. de liber. caus.* Nec pertinet ea constitutio ad contractum do decem, ut servum manumittas, *l. naturalis*, §. *at cum do, de præscript. verb.* Nec etiam est porrecta ad servos legatos. Itaque suis finibus contineatur. Præterea in proposita specie non proponitur palam legatus servus ut manumittatur, nec plane testator eum liberum voluit esse. Ideoque manumittendi onus non censetur injunctum Titio, quia nec fuit injunctum priori nominatim, sed totum Titius habebit.

Ad §. 2. *Qui fundum.*

§. 2. *Qui fundum, excepto ædificio, legat, appellatione ædificii, aut superficiem significat aut solum quoque, cui ædificium superpositum est. Si de soli superficie exceperit, nihilominus jure legati totus fundus vindicabitur, sed exceptione doli mali posita, consequetur hæres id, ut sibi habitare in villa liceat. In quo inerit, ut ita quoque et actum in ea habeat. Si vero solum quoque exceptum fuerit, fundus excepta villa vindicari debebit, et servitus ipso jure villæ debebitur. Non secus ac si duorum fundorum dominus alterum legaverit ita, ut alteri serviret: sed inclinandum est, testatorem etiam de solo cogitasse, sine quo ædificium stare non potest.*

Sciendum, fundum non intelligi sine villa, legato fundo videtur legari villa. Retro, legata villa, videtur legatus fundus, *l. uxori*, *inf. de usuf. leg.* Paulus *in* 3. *Sent. tit. de legat.* Villis vel agris legatis, alterum alteri cedere. Plerumque villa est accessio fundi, *l. fundi, sup. quib. mod. ususfruct. amit.* Interdum fundus est accessio villæ, *leg. qui tamen*, *eod.* ut cum quis minus erat, quam verrat. Plinius *lib.* 18. *cap.* 6. Quod fit cum villa caret fundo. Villa est ædificium rusticum, quod constat solo et superficie. Alias enim ædificium pro superficie tantum accipitur. Villa significat utrumque solum et superficiem: nunc si quis legaverit *fundum excepta villa*, quod fit exceptum non dubitatur. At quid si legetur *fundus, excepto ædificio?* Verbum ædificii ambiguum est; itaque dubitatur, an sit villa, an superficies tantum excepta: nam si censeatur excepta villa, hæres erit dominus villæ, et ex voluntate defuncti ipso jure, id est, jure civili debebitur hæredi iter, actus ad villam, et legatarius non potest vindicare villam, quoniam et solum et superficies est hæredis. Verum, si videtur tantum excepta superficies, hæres erit superficiarius, solum erit legatarii. Atque ideo etiam superficies ipso jure erit legatarii, quoniam cedit solo: igitur legatarius erit utriusque dominus, quia testator facere non potest ut solum sit sine superficie, *l. obligationum fere* §. *placet*, *inf. de obligat. et action.* Sciendum, superficiario non dari vindicationem, nec deberi iter vel actum ad ædificium superficiarium ipso jure, quia solis dominis prædiorum debentur. Igitur videtur inutilis esse illa exceptio in ea specie: sed prætorio jure superficiarius tuendus est quasi dominus, datis actionibus utilibus in rem, dato interdicto uti possidetis utili, et Publiciana utili, et servitutum vindicatione utili, *l.* 1. §. *ult. inf. de superfic.* Ideoque si legatarius vindicet fundum cum villa, opposita exceptione in factum, vel doli, hæres consequetur ut legatarius sibi cedat superficiem, itemque iter et actum ad eam. Itaque multum interest, an villa, an superficies excepta sit. Verum in dubio melius est dicere exceptam videri villam, atque ita plene accipiemus voluntatem defuncti. Inde Accursius quærit: quid si quis legaverit nucem, id est, arborem juglandem, vel oleam, quercum, legatarius eam excidit postea arbor radice emisit stolones, id est, repullulavit. Quæritur, an stolones pertineant ad legatarium? Quam quæstionem tractat plenius Accursius in *d. l. obligationum fere*, §. *placet*. Itaque quæstio in eo est, an videantur etiam radices legatæ, id est, an videatur solum legatum. Exemplo ædificii videtur necessario dicendum, legatarium posse arborem radicitus exstirpare, secundum *l. in testamentis de regul. juris.* Cujus legis exemplum est ex *l. plenum*, §. *sed si pecoris, de usu et habit.* Legatus est nudus usus pecoris, utetur eo ad stercorandum, non autem lacte nec agnis: nam hoc est frui. Imo modico lacte, ut aliquanto plenius accipiatur voluntas defuncti. Sic igitur sequitur quod si arborem non extirpaverit, repullulantem arborem vindicaturum. Pullulare, quod frequentes exeant, id est, πολλοὶ, nam Græce θαμνοι quod etiam frequentes significat. Stolones vocant παραφυάδας

Ad §. 4. *Si libertus.*

§. 4. *Si libertus patronum ex septunce hæredem scripserit, alios ex ceteris, et ita legaverit*: quisquis mihi alius ex suprascriptis cum patrono meo hæres erit: servos illum et illum Titio lego quos æstimo singulos vicenis aureis. *Intelligendum erit a cohærede patroni duntaxat legatum datum, et ideo Titium non amplius quincuncem in servis vindicare posse. Adjectio autem illa,* quos æstimo singulos vicenis aureis, *non mutat legati conditionem, si legis Falcidiæ rationem habere oporteat: nihilominus enim pretium verum servorum in æstimationem deducetur.*

Libertus patronum hæredem instituit ex septunce, extraneum ex quincunce. Deinde legavit, *quis-*

quis mihi alius cum patrono meo hæres erit, Titio lego servos. Lex ait hoc legatum non videri relictum a patrono, qui dixit : *quisquis mihi alius*, sed cohærede scripto ex quincunce, ideoque legatarius non poterit vindicare, nisi qincuncem in servis, atque ita servi erunt communes inter patronum et legatarium pro portionibus. Aliud, si legavit quantitatem ab extraneo : nam solidam quantitatem extraneus præstabit, quoniam omnis quantitas sumi potest et confici ex portione extranei, *l. deducta*, §. *nummis, inf. ad Treb.* Et hoc probatur *l. ab omnibus in princ. inf. hoc tit.* Verum addendum generaliter, ex legato damnationis et actione ex testamento, si ab hærede uno tantum legata sit res vel quantitas, in solidum tenebitur, non pro parte adscripta, *l. si tibi homo*, §. 1. *hoc tit. l. Mævius*, §. *eum qui*, *tit. prox.* At eum per vindicationem servum legavit ab uno hærede scripto ex quincunce, non poterit legatarius amplius, quam quincuncem vindicare : quoniam ad eum tantum modum constitit legatum vindicationis. Verum testator in proposita specie adjecit, singulos servos se æstimare vicenis aureis. Lex ait, hoc nihil mutare conditionem legati, id est, statum et causam legati, id est, legatum ipsum. Sic in *l.* 75. §. *si mihi*, *sup.* ait, conditionem sive causam legati : dixit hæc duo pro eodem. Conditio ibi non significat casum suspensi legati, nec causa rationem legandi: sed illis duobus verbis significatur ipsius legati status ac substantia, ut hoc loco. Igitur illa æstimatio non mutat causam legati, quia in ponenda ratione Falcidiæ, quæ ponitur separatim in singulis hæredib. servi legati æstimabuntur, quanti sunt revera: sequemur igitur æstimationem veram, non eam, quæ præscripta est a testatore, et sic ostendit *l. cum pater*, §. *pater qui filio*, *tit. prox.*

Ad §. 5. *Titio.*

§. 5. Titio fundum do, lego, si hæredi meo decem dederit. *Si decem hæres Titio debuisset, et ea Titius accepta ei fecisset, fundum vindicare potest.*

Notandum, eum non videri proprie decem dare Titio, qui quæ sibi Titius debet, ei accepta facit, quasi datio est. Dos constituitur datione, constituetur etiam acceptilatione ; nam similis est dationi, *l. licet*, *sup. de jure dot.* Igitur si cui legatum ita fuerit ; *si hæredi decem dederit*, is conditionis implendæ causa decem, quæ sibi hæres debet, accepta faciat, non videtur implere conditionem hac ratione, quasi dederit, sed alia ratione videtur implere, quia per hæredem, qui tantundem legatario debet, fieri videtur quo minus decem illi dentur. Ideo conditio pro impleta habetur, *l. Julian. ait de cond. et demonstr.*

§. *Si Titius*, exposui in *l.* 38. *et l.* 44. §. 1. §. *Si paterfamilias* in *l.* 32. *et* 53.

Ad §. 6. *His verbis.*

§. 6. *His verbis* Lucio et Titio eorumve cui fundum do, lego, *utiliter legatur*, *et si utrique vixerunt*, *utrique*: *si alter*, *alteri totum debebitur.*

Finge: Testator ita scripsit, *Lucius et Titius uterve eorum hæredes sunto.* Si uterque vivat, ambo hæredes erunt, altero autem mortuo, superstes ex asse hæres erit, quia his verbis videtur alter alteri substituti, *l. Titius*, *et l. seq. sup. de hæredib. instit.* Additur in *l. idque*, *eod. tit.* Senatum idem censuisse in legato eodem modo relicto, quod est explicandum ex hoc §. Igitur legavit sic : *Lucio et Titio utri eorum lego*, vel *eorum cui*, quod idem est, vel, *eorum uni.* Si uterque vivat, ambo perveniunt ad legatum, altero autem mortuo superstes totum legatum obtinebit. Dices : idem dicendum, etiamsi non sint addita illa verba : *uterve eorum*, aut similia. Atque ita est prorsus. Cur igitur ita ponitur species? est hoc discriminis, quoniam non additis illis verbis, superstes quidem totum obtinebit, verum partem institutionis jure vel legati, partem accrescendi jure. Ceterum additis illis verbis, partem habet institutionis aut legati, partem substitutionis jure, *l. hæredes*, §. *ult. ad Trebell.* Differentia hæc est, quia substitutum onus sequitur, *l. licet sup. h. t.* Conjunctum autem, cui pars accrescit, onus non sequitur, *l.* 16. *sup.* Hinc apparet hunc §. pertinere ad substitutionem, quæ fit inter legatarios. Eodem pertinet *et* §. *Stichum sup.* Tradam hoc loco summatim, quale sit jus substitutionis. In *l. ut hæredib. tit. prox.* traditur, ut hæredibus, ita et legatariis substitui posse. Sed aliqua est differentia : nam substitutionis hæredum casus duo sunt. Primus non acquisitæ hæreditatis, secundus acquisitæ hæreditatis. In primum casum potest substitui hæredi ex 12. tabul. In secundum non potest substitui directo, sed per fideicommissum, hoc modo : *postquam hæres exstiterit*, *restitues Titio hæreditatem post annum.* Directo etiam potes pupillo in secundum casum usque ad pubertatem: id quod moribus est inductum. Poteris etiam substituere directo furioso, mentecapto, ex Constitutione Justin. alias non poteris directo. In legatis autem non omnino ita : nam in primum quidem casum recte substituemus, *l. cum pater*, §. *pater*, *tit. prox.*, *l. Publius* §. 1. *l. avia*, *de cond. et demonstr.*

At poteris etiam in secundum casum legatario substituere, id est, in casum acquisiti legati, ut in specie §. *Stichum.* Ut *lego primo, et si intra annum non manumiserit, lego secundo:* intra annum habebit legatum, post annum devolvetur ad substitutum. Sic etiam traditur de donatariis causa mortis, eis posse substitui non tantum in primum casum, id est, si non ceperint, sed sub qualibet conditione, *l. ei cui, de mortis caus. donat.* Ratio differentiæ summa est: heredi non substitituitur directo in secundum casum, quoniam substituere in secundum casum, est alteri testamentum facere, quod non fit jure, nisi pupillo. At legatario substituere in secundum casum, non est ei testamentum facere, sed datur tantum qui ei in re succedat, non successor juris. Deinde etiam meminisse oportet, ut §. seq.

Ad §. 7. Cum statuliber.

§. 7. *Cum statuliber sub conditione legatus est, et pendente conditione legati, conditio statutæ libertatis deficit, legatum utile fit. Nam sicut statuta libertas tunc perimit legatum, cum vires accipit, ita legatum quoque non ante perimi potest, quam dies cesserit ejus.*

Rem legatam sub conditione frustra alienari initio *h. l.* Inter ea, quæ ibi diximus, est differentia quædam: nam frustra hæres mortuum infert in locum letum, quia religio locum non occupat, *l. si fundum de condit. et demonstrat. l. si locus sup. de relig.* Idque nisi inferat ipsum testatorem, cum non est opportunior locus: tum enim locus fiet religiosus, et legatario tenebitur tantum ad pretium loci, *l. quid ergo* 55. §. 4. *sup.* Similiter hæres frustra manumitti servum legatum, quia non fit liber, *l. generaliter in fin. qui et a quib. man.* Similiter frustra interim alienat, legat, pignori dat, servitutem imponit. Sed hæc alia ratione, quia scilicet existente conditione, hæc finiuntur et revocantur. At religio et libertas ne incipiunt quidem, quia hæc vix revocantur, si semel incœperint. Tarde concedendum est, quod datum non adimeretur. Statuliberum, id est, eum, cui est libertas data sub conditione, interim hæres frustra legat, nec interest pure, an sub conditione, quoniam existente conditione statulibertatis, legatum perimtur, et servus fit, *l.* 44. §. *pen. sup.* At deficiente conditione, legatum perpetuo valet, interim etiam valet, nec perimitur, antequam dies libertatis cesserit. Non statulibertas legatum perimit, sed libertas. Finge: filius impubes hæres institutus est, et ei substitutus datus, ab institutionis gradu servus legatus est, a subtitutione autem liber esse jussus est. Inest conditio libertati, substitutionis scilicet. Igitur inest etiam legato relicto in primis. quoniam videtur legatus servus sub contraria conditione, *l.* 68. §. *ult. sup.* Igitur deficiente conditione substitutionis, legatum erit utile; existente autem perimetur, et competet libertas ex secundis tabulis, *l.* 2. §. *plus, inf. de statulib. et* §. *ult. h. l.* Huc addi possunt quæ diximus in *l.* 19. Hoc quoque notandum ad §. *his verb.* Legavit Titio et Lucio utrive eorum. Senatus censuit altero mortuo totum ad superstitem pertinere, *l. idque sup. de hæred. inst.* Multa SC. fuere facta circa legem Papiam, *l.* 1. §. *cum igitur, C. de caduc. tol'.* Unum est in *l. Julian. tit. prox.* Alterum in *l. Senatus, de donat. caus. mort.* Est et aliud in *d. l. idque*, quo Senatus censuit, ut si deficiat pars unius ex illis legatariis, videlicet eo moriente vivo testatore, post testamentum, ea non fiat caduca, sed pertineat ad superstitem, quia pro substituto, habetur, substitutio præfertur caduco. Et hunc proprie casum arbitror fuisse illo SC. comprehensum: nam si unius pars sit pro non scripta, ut si unus mortuus fuerit tempore testamenti, certissimum est eam non fieri caducam. Ea quæ pro non scriptis habentur, nullo jure caduca fuerunt.

Ad L. LXXXII.

Non quocunque modo si legatarii res facta fuerit, die cedente obligatio legati exstinguitur. Sed ita si eo modo fuerit ejus, quo avelli non possit. Ponamus rem, quæ mihi pure legata sit, accipere me per traditionem, die legati cedente ab eo hærede, a quo eadem sub conditione alii legata fuerit: nempe agam ex testamento: quia is status est ejus, ut existente conditione discessurum sit a me dominium. Nam etsi ex stipulatione mihi Stichus debeatur, et is cum sub conditione alii legatus esset, factus fuerit meus ex causa lucrativa: nihilominus existente conditione ex stipulatu agere potero.

§. 1. *Si ex bonis ejus, qui Reipub. causa aberat, rem usu acquisierim, et ea antequam evinceretur, recte ex testamento petam, eam mihi dari oportere.*

§. 2. *Fundus mihi legatus est, proprietatem ejus fundi redemi detracto usufructu, postea venditor capite diminutus est, et ususfructus ad me pertinere cœpit. Si ex testamento egero, judex tanti litem æstimare debebit, quantum mihi aberit*

§. 3. *Marcellus: idem erit, et si partem redemero, pars mihi legata est, aut donata, partem enim duntaxat petere debebo.*

§. 4. *Julianus: quod si legatum mihi est, quod ex Pamphila natum erit, ego Pamphilam mercatus sum, et ea apud me peperit. Non possum*

videri, partum ex causa lucrativa habere: quia matrem ejus mercatus sum. Argumentum rei est, quod evicto eo, actio ex empto competit.

§. 5. *Qui Gajum et Lucium ejusdem pecuniæ reos habebat, si ita legaverit:* Quod mihi Gajus debet, id hæres meus Sempronio damnas esto dare: quod mihi Lucius debet, id hæres meus Mævio damnas esto dare: *eam conditionem hæredis sui constituit, ut is necesse habeat, alteri actiones suas, alteri litis æstimationem præstare. Si tamen vivus testator Gajo acceptum fecit, necesse est ut Sempronii et Mævii legatum inutile sit.*

§. 6. *Cum mihi Stichus aut Pamphilus legati fuissent, duorum testamentis, et Stichum ex altero testamento consecutus fuissem, ex altero Pamphilum petere possum. Quia etsi uno testamento Stichus aut Pamphilus legati fuissent, et Stichus ex causa lucrativa meus factus fuisset, nihilominus Pamphilum petere possem.*

Regula juris est, duas lucrativas causas non posse in eundem hominem, eandemque rem concurrere, *l. omnes, de oblig. et act.* Ad eam pertinent fere omnia, quæ *hac l.* traduntur. Secundum eam cessat actio ex testamento, et legatum perimitur ipso jure, si rem mihi legatam jam nactus fuero ex causa lucrativa eo tempore, quo dies legati cedit: nam inutiliter cedit dies, quia jam rem habeo ex causa lucrativa. Quod postquam cessit dies legati, rem jam acquisiero ex causa lucrativa, puto ipso jure exstingui actionem ex testamento. Legendum est in *h. l. Si legatarii res facta fuerit, die legati cedente, obligatio exstinguitur.* Id indicat *l. 12. sup. hoc t.* interpungendum post verbum, *cedente.* Ita est, secundum eam regulam: *si duorum testamentis eadem res mihi legetur, et ex uno testamento eam consecutus fuero, postea ex altero non agam, quoniam duæ lucrativæ causæ non possunt concurrere.* Causæ lucrativæ, ut hæreditas, legatum, donatio, fideicommissum, stipulatio interposita donationis causa, usucapio pro derelicto, pro donato, pro hærede. Causis lucrativis annumerantur etiam partus vernarum, item consolidatio ususf. Non lucrativæ, ut emptio, permutatio. Recte in ea regula scriptum est, *in eandem rem,* id est corpus. Nam in quantitate cessat illa regula, *l. 34. sup.* Recte etiam in *eandem*: in diversis enim cessat regula. Eadem res non videtur legata, si unius testamento mihi legetur pars Stichi, et alterius testamento pars ejusdem Stichi, quoniam eadem pars non videtur legari. Itaque ex utroque testamento est actio, *l. 85. inf. l. Mævius, §. duorum, tit. prox.* Non videtur esse eadem res, si Stichus aut Pamphilus mihi legatus sit, et Stichum acquisiero antequam dies cedat ex causa lucrativa. Eum quidem Stichum non vindicabo, sed Pamphilum qui superest, quoniam alia res est. Idque si ipse habeo electionem. Alias erit in potestate promissoris, vel Pamphilum præstare, vel Stichi æstimationem, *l. 84. §. si Titio Stichus, inf. et §. ult. h. t.* Notandum etiam superiori regulæ locum non esse, si alia sit voluntas defuncti, *l. nutu §. 1. de leg. 3. l. si alii, in fi. de usufr. sup.* Item locus non est regulæ, si legatarius ita rem sit nactus ex causa lucrativa, ut tamen eam non possit retinere. Acquisitio lucrativa, cujus ea est causa ut duratura non sit, non perimit legatum. Hujus exempla sunt. Res aliena mihi pure legata est testamento Primi: eadem res testamento Secundi veri domini legata est Tertio sub conditione; ea pendente hæres Secundi eam rem mihi donavit, atque ita eam accepi ex causa lucrativa. Verum infirma est donatio: nam finietur existente conditione legati, *l. 69. §. 1. sup.* Res legata alienari non potest. Igitur ea donatio non obstat, quin petam legatum actione ex testamanto Primi, si conditio existat; nam ea deficiente actio perimitur, quia tum rem plenissimo jure obtineo. Idem in stipulatione interposita ex causa lucrativa: ut puta, res aliena mihi debetur ex stipulatione, eam verus dominus legat Titio sub conditione, hæres ejus eam mihi donat; si extiterit conditio legati, erit mihi salva actio ex stipulatu, quia donationis causa non duravit: sed si defecerit conditio legati, erit mihi salva actio ex stipulatu, quia donationis causa non duravit: sed si defecerit conditio, perimitur actio ex stipulatu, *l. si servus legatus, §. Stichum h. t.* Aliud exemplum: rem absentis Reipub. causa usucepi, puta pro derelicto. Acquisitio lucrativa est, sed rescindi potest usucapio per restitutionem in integrum ex edicto, *ex quib. caus major.* Igitur ea acquisitio imbecilla est. Eadem res post usucapionem mihi legata est, quia non videtur mea fuisse, quam retinere non potui. Hinc notandum, absentibus adversus præsentes dari restitutionem in integrum, *l. ab hoste, C. de postlim. revers. l. nullo, C. de rei vindic. l. 1. ex quib. caus, maj. sup.* Notandum etiam, legatarium, qui rem legatam ita nactus est ex causa lucrativa, ut tamen eam retinere non possit, ea amissa, recte eam petere actione ex testamento, quia non videtur ad eum pervenisse. In summa, ut videatur quis acquirere ex causa lucrativa, hæc requiruntur: ut alienum acquirat. Is, cui solvitur sua pecunia, eam non habet ex causa lucrativa, *l. ex promissione, inf. de obl. et act.* Paul. *in tio 4. Sent.* Item ut nihil propterea acquirenti absit: emptor, cui pretium abest, rem emptam non habet ex causa lucrativa, *l. si servus legatus, §. Stichum, inf. l. 34. §. quod si rem, sup.* Eadem ratione interdum ha-

reditas et donatio non sunt causæ lucrativæ, quoties scilicet adjunctum eis onus est, *d. §. Stichum l. inter stipulantem, §. si rem, inf. de verb. obl.* Postremo exigitur ut dominium apud eum sit perpetuo remansurum. Si igitur rem legatam acquisiero ex causa lucrativa, exstinguitur legatum: si ex non lucrativa, non exstinguitur. Ut puta, emi rem legatam antequam dies legati cederet, et traditam accepi, non exstinguitur actio ex testamento. Verum non agam ad rem, nec ad verum rei pretium, sed ad pretium, quo rem illam emi. Satis est me indemnem servari, *l.* 45. *sup.* At quid fiet si rei legatæ partem acquisiero ex causa lucrativa, ut res aliena mihi legata est, et ejus proprietatem nudam emi a vero domino, ipse retinuit usumfr. is finitus est capitis diminutione venditoris, consolidatur mihi, et quidem ex causa lucrativa. In hac specie rei proprietatem habeo ex causa non lucrativa: quid consequar actione ex testamento? Agam tantum ad pretium proprietatis nudæ. Vel res mihi legata est, antequam dies legati cederet, ego partem illius rei emi a vero domino. Altera pars mihi donata est, vel acquisivi ex alterius testamento: non agam ex priori testamento, nisi ad pretium partis emptæ §. *fundus.* At quid si partem acquisivi ex causa lucrativa, alteram autem nullo modo acquisivi? tunc actio ex testamento mihi competet ad rei partem alteram, *d. l. servus legatus, §. Stichum.* At legatus est partus futurus ancillæ, per damnationem scilicet. Ego ancillam prægnantem emi, et eo pluris quod esset prægnans, ea peperit apud me, non concepit: nam alias fuisset causa lucrativa. Quæritur, an partus hic quoque videatur ad me pervenisse ex causa lucrativa? Resp. non videri. Nam partus pars est ancillæ: ancilla empta est, partum etiam videor emisse. Id ex eo apparet, quod evicto partu, habeo adversus venditorem actionem ex empto; non autem ex stipulatione duplæ, *l. venditor, l. si prægnans sup. de evict.* Sic conciliandæ sunt, ut etiam recte Accurs. Itaque actione ex testamento agam ad pretium partus; quod mihi abest, et æstimabitur partus officio judicis, *l. si quod ex Pamphila, tit prox.* Dixi partum esse partem ancillæ. Obstat *l. partum, de verb. sign.* Breviter dicendum, eam legem pertinere ad quæstionem usucapionum, et id referri ex sententia Scævolæ, qui reprehenditur a Marcello in *l. si aliena, §. ult. de usucap.* Itaque verius est per omnia partum esse ancillæ partem.

§. *pen.* exposui in *l.* 33. *et l.* 75. §. *simili.*

L. 83. exposui in præcedenti.

Ad L. LXXXIV.

Hujusmodi legatum, si Titius hæredi meo caverit, centum Mevio se daturum, et hæres meus Titio centum dato, *utile legatum est. Quemadmodum quod alicui legatum ex causa fideicommissi restituatur.*

§. *Ædes* exposui in *l.* 38. §. *qui servum* in *l.* 45. §. *cum pater* in *l.* 69. §. *si testator*, §. *si ita*, in *l.* 44. §. *eum qui* §. *si Titio* in *l.* 6. Alterum §. *si Titio*, in *l.* 82. *et ult.* in *l.* 1.

L. 85. in *l.* 16. *et* 33.

Initium *L.* 86. *et ult.* in *l.* 69.

§. 1. in *l.* 34. *et* 81.

§. *cum servus*, in *l.* 38.

Restat ex *L.* 84. initium.

Legatarius fideicommisso onerari potest; potest etiam cautione, ut si caverit hæredi, *se Titio centum daturum*, hæres ei centum dato: vel si caverit, *se opus facturum.* Similiter hæres, ut legato seu fideicommisso, ita cautione onerari potest, *l. Ballista, ad Trebell.* In specie proposita dicitur si caverit, *hæredi se Titio daturum*, videtur inutilem cautionem fore; nam nemo alteri cavere aut stipulari potest. Imo hæres potest stipulari ei, cui testator consultum voluit, ut impleatur voluntas defuncti, et ex ea cautione legatarius tenebitur hæredi, *l. Titio centum, de condit. et demonst. l. si tibi legatum, inf. l.* 3. Publice expedit voluntatem defuncti servari, *l.* 5. *sup. quemad. test. aper.* Item si caverit se centum daturum, centum dato, videtur esse inutile, *l. si fundus, inf. ad leg. Falcid.* Si Titio legata sint centum, *si dederit centum hæredi*, inutile est legatum. Verum si legetur fundus, qui est dignus centum: si dederit centum, utile est, quia plerunque interest legatarii fundum potius habere, quam centum, *l. si cui fundus, inf. tit. prox.* Opinione enim et affectu fundus pluris esse potest, quam centum. Verum cum legantur centum, si dentur centum, inutile est. Dicendum inutile esse legatum, si legentur centum, si det centum. At legatum non est inutile si quis non dat centum præsentia, sed caveat, ut protinus centum accipiat.

Ad §. 1. Eadem.

§. 1. *Eadem ratione hoc quoque legatum utile sit, si Titius hæredi meo caverit, se in municipio ex centum aureis opus facturum, tum ei centum aureos hæres meus dare damnas esto.*

Si unius testamento eadem res mihi bis legetur, semel tantum debebitur: itaque si ab hærede æstimationem consecutus fuero, nulla superest rei petitio, *l.* 34. §. *si eadem, sup.* Secus si duorum testamentis legetur. Nam si ex uno æstimationem consecutus fuero, petam ex altero rem, non autem

contra, ne duæ causæ lucrativæ concurrant, §. *si res aliena*, *Instit. eod.* Verum hoc non procedit in specie *hujus* §. Ab hærede meo post biennium quam mortuus fuero, Titio fundum dari jussi, hæres eundem fundum intra biennium eidem Titio pure legavit et decessit: Titius ex testamento hæredis consecutus est æstimationem: deinde agit ex meo testamento ad rem. Agit quidem jure, sed repellitur exceptione doli, si fundi pretio contentus non erit. Cur ita? Nam quod hæres meus ei eandem rem pure legavit, id fecit repræsentandi tantummodo legati causa, non quod vellet duplicari legatum. Quin etiam legatum illud ab hærede relictum non est utile, nisi propter commodum repræsentationis. Nam si hæres pure legaverit, quod a se pure legatum est, legatum est inutile, sicut cum debitor legat creditori. Sic etiam si quod ab hærede legatum est sub conditione, hæres suo testamento leget sub eadem conditione, inutile est: *l. unum in prin. tit. prox. l. si mihi Sempronius*, *inf. h. tit.*

Ad §. 3. *Si cui.*

§. 3. *Si cui homo legatus fuisset, et per legatarium stetisset, quo minus Stichum cum hæres tradere volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali hæredi proderit.*

Pertinet ad legatum damnationis, secundum ea, quæ sunt tradita *in l.* 13. Hæres damnatus est hominem dare, ejus est electio. Hæres offert Stichum legatario, legatarius eum recusat sine justa causa. Deinde mortuus est Stichus sine culpa hæredis: hæres censetur liberatus, quia habetur pro soluto, in quo accipiendo legatarius moram fecit, *l. ult. C. de cond. incert.* Verum hic hæres non liberabitur ipso jure, sed opposita exceptione doli. Nam si agat legatarius, repelletur exceptione doli, eam oportet opponi. Nam actio ex testamento est stricta, *l. interdum* §. *ult. de verb. obl.* Aliud in judiciis bonæ fidei, ubi debitor ipso jure liberatur, quoniam inest exceptio doli illis judiciis, §. *qui servum inf. l. sed et si ideo, sol. matr. l. si is cui, inf. de furt.* Græci ad *l. si mulier* §. *dos quod met. caus.* Et hanc differentiam proponit JC. inter actionem creditæ pecuniæ et actionem dotis, *l. qui decem de solut.* Quod diximus de legato generaliter, idem obtinet in legato alternatim, §. *Stichum h. l.* citatur in *l. statulib. in fi. tit. prox.* Pomponius multum sumit ex Juliani scriptis: Finge: legavit *Stichum aut Pamphilum* per damnationem, hæres offert Stichum, recusatur, moritur deinde, hæres liberatur opposita exceptione doli. Verum in §. Stichum ita proponitur legatum, *Stichum aut Pamphilum utrum hæres volet dato.* Legavit per damnationem: nam *dato*, est damnationis verbum; frustra videtur igitur adjecisse, utrum hæres volet; nam et eo non adjecto, hæredis est electio. Imo non frustra: nam cum nominatim datur debitori optio, non potest variare ubi semel elegit, alioqui potest variare, *l. qui certum* §. *ult. de verb. obligat.* At cum non nominatim data est, semel tantum elegit. Sic etiam creditor, cujus est electio, potest variare, debitor potest variare quoad solverit, nisi nominatim ei data sit electio. Sic creditor potest variare, quoad judicio egerit, nisi optio sit ei nominatim data, *l.* 5. *sup.* Contra hoc opponitur *l. si quis stipul. de verb. obl.* Creditor, id est, stipulator sibi excepit electionem nominatim, et tamen variare potest. Non quidem si ita sit stipulatus, *Stichum aut Pamphilum, quem voluero,* tum enim semel eliget, nec mutabit. Illo verbo *voluero*, certum momentum temporis significatur. Verum si sit stipulatus *Stichum aut Pamphilum, quem volam*, potest variare usque ad litem contestatam. Nam illa verba, *quoad volam*, sunt extensiva, παραστατικά, id est, habent tractum temporis; quædam sunt extensiva in præteritum, ut *volebam*, quædam in futurum, ut *volam.* Quæro cur etiam non liceat legatario variare, si ita ponatur legatum, *Stichum aut Pamphilum utrum Titius volet?* nam sicut volam est extensivum, ita et volet, *l. filii*, *inf. ad Tertyll.* Dicendum, idem esse in legato, quod in stipulatione, videlicet, si legatario sit data electio per damnationem, ut *Stichum aut Pamphilum utrum Titius volet, illi dato.* Hoc casu dico legatarium posse variare, quoniam non prius ei acquiritur Stichus, quam hæres tradiderit, secundum ea quæ diximus in *l.* 58. Igitur res est integra, si nondum sit traditus Stichus, itaque si semel elegit, potest variare. At cum legatum est per vindicationem, is quem primum eligit, continuo ei acquiritur ipso jure. Igitur satisfactum est legatario, nec est res integra. Nec obstat §. *Stichum h. l.* ubi dixit, *volet;* et tamen non potest variare: et est legatum damnationis. Nam §. *Stichum* non loquitur de creditore, sed de debitore id est, hærede, hic semel tantum velle potest, quoniam dum Stichum eligit, ei se dando obstringit, et jus acquiritur statim legatario in eo Sticho. Itaque non per omnia idem est in debitore et creditore. Finge: testator legavit *fundum, et quæ in eo essent mancipia mortis tempore.* Ancilla quædam mortis tempore est in fuga. Quæritur an ancilla debeatur legatario? Item, an partus debeatur, si pepererit in fuga. Respondeo, deberi ancillam, quod casu abest, non eo minus debetur, quod ipso vivus exemit, non debetur, *l. servus, inf. lib.* 3. Igitur partus etiam debebitur: nam partus sequitur matrem. Est hæc *l.* notanda ad *l. partum, C. de rei vind.*

Ad L. LXXXVII. LXXXVIII, et LXXXIX.

L. LXXXVII. Filio pater, quem in potestate retinuit, hæredi pro parte instituto legatum quoque reliquit, durissima sententia est existimantium denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hæreditate: non enim impugnatur judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hæreditariis implicari.

L. LXXXVIII. Sed si non alias voluit pater habere cum legatum, nisi hæreditatem retineat, tunc neque adversus cohæredem dandam ei legati petitionem, secundum Aristonis sententiam constat: cum ipsi filio non videretur esse solvendo hæreditas. Et hoc ita est, licet non conditionaliter expressisset, intellexisse tamen manifestissime approbetur.

L. LXXXIX. Nam nec emancipatus hæreditate omissa legatum ab hærede petere prohibetur. Prætor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hæreditate paterna, manifestum facit, jus se in persona eorum tribuere quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hæreditatis habuissent.

Filius emancipatus est patri hæres extraneus: filius autem familias est suus hæres, nec adit, nec repudiat. Adire et repudiare sunt verba juris civilis. Suus ipso jure hæres fit, at jure prætorio vel immiscet vel abstinet, et eum, qui abstinet, prætor non habet hæredis loco, *l. filius, de interrog. in jur. fac.* Tantundem in suo valet immistio, quantum aditio in emancipato. Item abstentio, quantum repudiatio, *l.* 86. *inf. l. pro hærede*, §. *pen. sup. de acquir. hæred.* Si emancipatus ex parte hæres scriptus legatum etiam accepit, repudiata hæreditate, non prohibetur legatum petere. Igitur et si suus institutus sit pro parte, et legatum acceperit, deinde abstinuerit, non prohibetur legatum petere. Et vero suus totum legatum petet, *l.* 17. *sup.* non obstante regula Catoniana: nam licet hæredi inutiliter legetur a semetipso, et legatum illud non valeat, nisi pro parte cohæredis et tamen is, qui repudiat vel abstinet, pro hærede non habetur, et ei relictum legatum totum ab initio constitisse intelligitur. Nec possis dicere: eum qui repudiat, impugnare judicium defuncti, ideo legati petitionem denegandam esse. Impugnat qui testamentum inofficiosum dicit, vel qui falsum, hic legatum amittit. At is qui repudiat vel abstinet, ne implicetur molestiis hæreditariis, dum putat hæreditatem non esse solvendo non impugnat judicium defuncti, imo hoc vocatur providentia hæredis in *l.* 99. *inf.* Providentia est non impugnandæ voluntatis supremæ studium. Similiter ut in *l. ante pen. inf. de his quæ ut indig.* filius non impugnat judicium patris, si neget testamentum esse factum, id est, non solemniter. Ideoque legatum relictum non amittit, quia disputat tantum de jure testamenti, non impugnat judicium patris. Ei *l.* opponitur *l. pen. in princ. inf. de except. rei judic.* Species: Cajus agnatus testatoris, et ideo, qui ab intestato succedere potuit, scriptus est hæres ex sextante; adjectus ei cohæres ex dextante, puta Titius alius agnatus ejusdem gradus. Cajus dixit testamentum esse injustum, id est, non solemne, atque ita directo non impugnat testamentum. Atque hac ratione fretus vindicat a cohærede semissem hæreditatis: vincitur. In ea vindicatione videtur etiam partem dimidiam sextantis sui vindicasse: ideoque si eam petat, repelletur exceptione rei judicatæ. Verum supererit ei vindicatio alterius partis, id est, unciæ ex testamento. Igitur, unam partem sextantis non amittit; alteram autem ideo amittit, quod temere in judicium deduxit. Ex eo intelligitur nihil obstare. Dixi eum, qui omisit hæreditatem, non repelli a legato. Opponitur *l. si non solus*, §. 1. *sup. si Quis omis. caus.* Species: Instituto datus est substitutus vulgaris, ab instituto plurimis legavit, et inter alios substituto, si hæres non esset ex substitutione. Post mortem institutus omisit causam testamenti, et ab intestato possedit hæreditatem tanquam agnatus. Idem fecit substitutus: nam omisso testamento ab hærede instituto, potuit ex substitutione venire, sed noluit; sed quia etiam erat ex agnatis ejusdem gradus, possedit hæreditatem ab intestato. Sciendum, institutum teneri legatariis ex edicto: *si quis omis. caus. testam.* perinde ac si adiisset, ne fiat fraus legatariis. Quæritur an teneatur etiam substituto legati nomine? Videtur dicendum teneri: nam non ideo repellitur a legato, quod omisit hæreditatem. Verum hoc negatur in ea *l.* Ratio hæc est, quia etiam ipse substitutus, omissa causa testamenti, ab intestato possedit hæreditatem: quid igitur ex testamento petit? non probe petit, qui maluit sequi causam intestati, *l. bon. inf. de legat. præstand. l. quidem, si quis om's. caus.* Verum is, qui omisit testamentum, nec ab intestato possedit hæreditatem, non vetatur ex testamento legatum petere. Igitur qui omisit hæreditatem ex testamento, si nec ab intestato accepit, non repellitur, videlicet, si ea fuerit mens patris, ut filius non aliter perveniat ad legatum, quam si et hæres extitisset. Non exigimus hac in re expressam voluntatem aut ut sub ea conditione ei legaverit: sufficit tacita voluntas, modo sit evidens, *l.* 88. An est evidens, si filio instituto pater ita subjungat: *hoc amplius filio modo fundum illum do, lego?* An videtur hac ratione legatum annecti et hæreditati? Minime. Hæc

verba, *hoc amplius*, repetunt institutionem, non etiam legato devinciunt. Itaque ex his verbis voluntas non constat, *l.* 98. Verum erit evidens voluntas, si pater plures filios instituerit datis prælegatis, ut patrimonium inter eos divideret; nam tum pater prælegando videtur fungi arbitro dividendæ hæreditatis, *l. Marcellus*, §. *pen. inf. ad Trebell.* Ideoque, qui se abstinet hæreditate ex voluntate defuncti, illis etiam prælegatis abstinet, et amplius ea non potest petere, quoniam si petat, videtur petere partem hæreditatis a qua se abstinuit. Hic manifestum est patrem voluisse hæc separari *in l.* 90. *in fin.*

Initium *L.* 91. exposui in *leg.* 25.

§. 1. explicatus est in *l.* 98. *et l.* 5.

§. *duobus* exposui in *l.* 17.

Ad §. 3. *Servo L. XCI.*

§. 3. *Servo legato legatum datum est, si alienatus a testatore fuisset, legatum ad emptorem pertinebit.*

Notandum, servo legato recte legari in *l.* 68. *sup.* Nec obstat regula Catoniana, ut ostendimus. Præterea legatarius servi potest rogari, *ut eum servum vel id, quod ei servo legatum est alteri restituat*; vel etiam ipsi servo, cum liber erit, §. *cum servus h. l.* At servo legato legavi, vivus eum servum vendidi, extinguitur legatum servi, si ultro vendidi. At legatum ei relictum non extinguitur, sed acquiritur emptori, die cedente, aut servum manumisi, tum legatum acquiritur manumisso, *l. cum legato, quand. dies leg. ced.* quæ est conjungenda cum hoc §. *servo.* Illo lib. 36. Julianus tractavit plenissime de regula Catoniana. Ad eam regulam omnes quæstiones hujus legis referendæ sunt. Aliud tamen est in servo proprio, cui legatur sine libertate; nam ab initio legatum non valet, et si eum servum testator vel vendat, vel manumittat, non eo magis valet propter regulam Catonianam, cui in hac specie locus est, *l. servis, C. de legat.* A Titio legatus est mihi servus, idem Titius ei servo non legavit, sed alius, dies legati relicti cessit vivo Titio: legatum acquiretur Titio, et eo mortuo statim transibit in hæreditatem, mihi non acquiretur, sed hæredi. Quoties idem legat servo legato, legatum sequitur servum: quoties alius non sequitur servum. Idem si mortuo Titio cesserit dies legati servo relicti ante aditam hæreditatem: nam id etiam hæreditati acquiritur, *l. quod servus, inf. tit. prox.* Post aditam autem hæreditatem et post moram acquiritur mihi legatario in §. *ult. h. l. et l.* 59. §. *fructus*, *sup.* Item si Titius, qui servum mihi legavit, eum vendiderit aut manumiserit, cum jam cessisset dies legati retinebit legatum, cujus dies apud eum cessit. Ita his casibus legatum ab alio servo legato relictum, non semper sequitur servum vel dominum servi.

Ad L. XCII.

Si fundum per fideicommissum relictum unus ex hæredibus excusso pretio secundum reditum ejus fundi, mercatus sit propter æs alienum hæreditarium, præsente et assignante, cui fideicommissum debebatur: placet non fundum, sed pretium ejus restitui debere. Marcellus *notat*: *Si fundum restituere malit hæres, audiendum existimo.*

Initio legis proponitur hæc species exsolvendi æris alieni hæreditarii causa: unus ex hæredibus fundum Titio relictum per fideicommissum emit, constituto pretio secundum quantitatem prædii et redituum, ut fieri solet, *l. si quos C. de rescind. vend.* Item hæredes illum fundum vendiderunt, ipso Titio præsente et venditionis istrumentum obsignante. *Adsignante*, id est, signante, *l. cum pater*, §. *pater plurib. tit. prox. l. qui off.* §. *ult. sup. de contr. empt.* Res videtur tradita quam emptor signavit, *l. quod si æque, de peric. et comm.* Sic in *l.* 6. *C. de fideicom. adsignavit* pro signavit. Quæritur an Titius fideicommissi persecutionem amiserit, quod venditioni quasi testis adfuit? Lex ait, non amisisse. Verum fundum ipsum non persequetur, sed pretio ejus contentus erit, alioqui ipsam rem per fideicommissum relictam, hæres omnino cogitur prestare, *l.* 71. §. 1. *sup.* Nec liberatur pretio præstito. At quia hoc casu Titius signavit, ipsum fundum non habebit. Si tamen hæres malit ipsum fundum præstare, audietur. Opponitur *l. nihil*, §. 1. *inf. h. t.* Si fideicommissarius consensit venditioni, nullam fideicommissi petitionem habet. Nullam id est, nec rei nec pretii. Opponitur etiam *l. Lucius* 88. §. *insulam. tit. prox.* fideicommissarius consensit venditioni ab hærede factæ, dicitur fideicommissarium nec ad pretium quidem acturum. Dicendum, illas leges loqui de fideicommissario qui consensit. *Consentire*, est palam et diserte consentire. Hic consensus in totum præjudicat ei. At testis vel signator qui tacet, non consensit, ideo testi præsentia vel signatori signum non præjudicat, *l. Cajus sup. de pign. act. l. Titia* 1. §. *Lucia*, *tit. prox.* Nec obstat *l. fidejussor*, §. *pen. sup. de pign.* Ex qua colligunt testis præsentiam, vel signum, consensum imitari. Male: nam ille §. non loquitur de teste, sed de eo qui sua manu scripsit domum suam pignori futuram. Nec etiam obstat *l. sicut*, §. *non videtur*, *et l. Titius*, §. *ult. quib. modis. pign.* Illæ leges non loquuntur de signatore, sed de subscriptore: subscriptio præjudicat. Plus est subscribere quam subsigna-

re. In testamentis exiguntur signa testium, idque ex jure prætorio. Constitutiones exigunt ut adhibeantur etiam subscriptiones: signa sunt ex jure Prætorio.

Ad §. 1. *Julianus*

§. 1. *Julianus: Si Titio pecunia legata fuerit, et ejus fideicommissum, ut alienum servum manumitteret, nec dominus eum vendere velit: nihilominus legatum capiet: quia per eum non stat, quo minus fideicommissum præstet: nam et si mortuus fuisset servus, a legato non summoveretur.*

Species: legatarium testator rogavit per fideicommissum, ut servum alienum manumitteret: dominus non vult eum vendere, ideoque legatarius non manumittit. An perdit legatum? Minime, quoniam per eum non stat: aut servus mortuus est, ideo manumitti non potest, non ideo legatum perdit. Igitur a contrario sensu legatarius per quem stat quo minus fideicommissum præstet, legatum perdet: quod falsum est. Nam legatum ei non est relictum sub conditione aut modo, ut servum manumitteret, sed datum est pure, adjecto onere fideicommissi: fideicommissum separatur a modo, *l. cum ii*, §. *sed et si certa*, *sup. de transact.* Hodie quidem ita procedit ex *Nov.* 1. ut legatarius legatum perdat, si non præstet fideicommissum. Sed hoc non obtinebat olim. Cogebatur legatarius fideicommissum præstare extra ordinem. Dicendum, huic legato fuisse implicitum modum: nam legavit nummos, ut emat servum alienum, et emptum rogavit ut manumitteret, *l. non tantum*, §. *si alienum*, *inf. de fideicom. libert.* Igitur si legatarius possit hunc modum implere, nec impleat, a legato summovetur, *dict. l. non. tantum*.

Ad §. 2. *Sicut conceditur.*

§. 2. *Sicut conceditur unicuique ab eo, ad quem legitima ejus hæreditas, vel bonorum possessio perventura est, fideicommissum dare: ita et ab eo ad quem impuberis filii legitima hæreditas, vel bonorum possessio perventura est, fideicommissa recte dabuntur.*

Certum est, fideicommissum posse relinqui, non tantum ab hærede scripto, sed et ab intestato, dum scilicet hæredes, qui sunt sucessuri, rogantur a me aliquid dare vel facere: nam videntur quodammodo hæredes scribi, ideo possunt fideicommisso onerari, *l.* 2. *sup. de jure codicill.* quæ est conjungenda cum hoc §. *ult.* Eadem ratione sicut possum fideicommissum relinquere a substituto dato filio meo impuberi, ita nulla facta substitutione, recte fideicommissum relinquam ab ejus hærede legitimo. Possum a meo hærede, vel scripto vel legitimo fideicommissum relinquere: ita etiam a filii mei hæredibus quia dum non facio substitutionem, sponte mea videor ejus hæreditatem hæredi legitimo relinquere, ideo eum onerabo, ac si substituissem. Verum hoc fideicommissum finietur pubertate, sicut in substitutione, *l.* 39. *h. t.* Inde filio impuberi hæredem dare possum, *l.* 2. *de vulg. et pup. subst.* videlicet si intra pubertatem decesserit. Item hæredem filii mei impuberis, *si intra pubertatem decesserit*, onerare possum, vel eum, quem testamento dedi, vel eum, qui lege vocatur. At puberi hæredem dare non possum: cui non possum hæredem dare, nec ejus hæredem fideicommisso onerare possum. Igitur pubertate permitur fideicommissum. Et hæc verissima sunt si filium meum impuberem mihi hæredem instituero. At quid si exhæredavero? An ab ejus hærede legitimo, si intra pubertatem moriatur, potero fideicommissum relinquere? Minime, quia possum quidem substituere exhæredato, §. *non solum*, *Inst. de pupill.* Ceterum a substituto ejus non possum legatum relinquere, etiamsi filius exhæredatus aliquid legati jure a me acceperit, *l.* 11. *sup.* Igitur nec a legitimo exhæredari potero, *l. ab exhæred. inf. h. t.* Duo tantum sunt casus, quibus a substituto impuberis exhæredati legatum relinquitur. Primus, si filius exhæredatus patri hæres extiterit ex substitutione vulgari: tunc legatum a substituto relictum valet. Igitur hoc etiam casu, si nulla sit impuberi facta substitutio, poterit fideicommissum relinqui ab hærede legitimo filii impuberis. Dixi, si extiterit hæres ex substitione vulgari, atque adeo directo, id est, patris judicio et beneficio, et per interpositam personam, ut si fuerit hæredis patris hæres. Vulgo dicitur *hæres hæredis, est hæres testatoris*: non quidem directo, sed alieno beneficio: si hoc modo bona paterna pervenerint ad filium exhæredatum, fideicommissum relictum ab ejus hærede non valet, *l. qui fundum*, §. *qui filios*, *ad l. Falcid. l. ult. in principio lib.* 5. In cujus initio legendum, *instituit*, pro *substituit.* Alter casus: si substitutus exhæredato patri ejus ex institutione hæres exstiterit, ut quia eum sibi hæredem instituit: tunc ab eo substituto exhæredati, qui et institutus est, relictum legatum valet. Igitur si legitimus hæres exhæredati sit patris testamento institutus, ab eo relictum fideicommissum valebit, *l.* 94. *in princ. nisi idem*, *etc. h. e.* substitutus, et in eam rem Julianus citatur in *l. in ratione*, §. *ult. inf. ad leg. Falcid.*

Ad L. XCIV. Plane si filium.

De §. 1. dictum est in l. 11.

Ad. §. 2. *Si cui Stichus L. XCIV.*

§. 2. *Si cui Stichus aut Dama legatus esset,*

electione legatario data et fidei ejus commissum esset, ut Stichum alteri præstaret, si Damam vindicare maluerit, nihilominus Stichum ex causa fideicommissi præstare debebit. Sive enim pluris est Dama, compellendus est Stichum redimere, sive minoris, æque Stichum juste dare cogetur, cum per eum steterit, quo minus ex testamento haberet, quod fideicommissum fuerit.

Regula juris est, fideicommisso legatarius non obligatur ultra vires legati, §. *solum, de sing. reb. l. filiusf.* §. *apud Marcellum, inf. h. t.* Species: Legavi Primo fundum, et eum rogavi ut eum post mortem suam restitueret Secundo: item ut post mortem suam daret Tertio 100. Si Primus statim accepto legato moriatur, fideicommissum Secundi valet, Tertii non, quia non potest quis plus rogari dare, quam ei legatum sit: fidicommissum Tertii excedit vires legati. Verum, si Primus, antequam moriatur, percipiat 110. ex fructibus fundi legati, utriusque legatum valebit. At quid si Primus pure jussus sit dare Tertio 100. non collato fidicommisso in tempus mortis, Secundo autem fundum post mortem suam, an Tertio solvet statim 100? Lex ostendit, statim solvenda, exacta tamen cautione, *quanto amplius cepit, reddi*, quæ cautio committetur, si legatarius prius decesserit, quam centum perceperit, vel Primus illi cedet toto fundo, exacta cautione, de restituendo fundo, cum perceperit 100. Notandi duo casus, quibus legatarius ultra vires legati obligatur. Primus, si legatarius rogetur rem suam alteri restituere, vel servum suum manumittere, et legatum agnovit: nam cogetur eam rem fideicommissario præstare, quamvis pluris sit, quia agnoscendo legatum, quod rei suæ præstandæ fideicommisso onustum est, non videtur pluris rem suam æstimasse *l. sed si non fundus, inf. ad l. Falcid. l. Imperator* §. *si* 100. *tit. prox. l. generaliter* §. *si quis alienum, inf. de fideicomm. libert. l. si ea, C. ad l. Falc.* Alter casus proponitur in hoc §. Species: legavit *Stichum aut Pamphilum* per vindicationem: legatarii est electio. Eundem legatarium rogavit, ut Stichum daret alteri. Stichus est pluris quam Pamphilus; legatarius tamen Pamphilum elegit. Quæritur an cogatur Stichum redimere et fideicommissario præstare? Lex ait, cogendum. Atqui Pamphilus non est tanti, quam Stichus. Igitur tenetur ultra vires legati. Ratio eadem est, quæ superioris, quia tanti videtur Pamphilum æstimasse, dum potuit Stichum eligere, et Pamphilum maluit.

Ad §. 4. *Qui testamento.*

§. 4. *Qui testamento manumittitur, et neque legatum, neque hæreditatem capit, fideicommissum præstare cogendus non est: ac ne is quidem qui servum legatum rogatus fuerit manumittere: is enim demum pecuniam ex causa fideicommissi præstare cogendus est, qui aliquid ejusdem generis vel similis ex testamento consequitur.*

Notandum eum qui solam libertatem consecutus est ex testamento, vel directo vel per fideicommissum, non posse fideicommisso onerari: libertas non potest onerari, hæres, legatarius, fideicommissarius onerari possunt, hæres usque ad dodrantem, legatarius et fideicommissarius usque ad assem, non tamen ultra. Idem in donatore causa mortis. Item in eo, cui datur aliquid conditionis implendæ causa. Hic etiam in assem onerari potest, *l.* 96. §. *ult. inf.* At supra assem non possunt onerari. Multo minus onerari possunt, si nihil ad eos pervenerit, *l.* 58. *sup.* Ideo si servus legatus decesserit, antequam pervenerit ad legatarium, vel antequam commodum ad legatarium perveniret, fideicommissum ab eo relictum est inutile, *l.* 96. §. *si tibi*. Eadem ratione, si legetur fundus dignus 100. Si dederit 100. fideicommissum ab eo inutiliter relinquitur, quia nihil videtur capere, *l. civitatib.* §. *ult. inf. h. t.* Similiter si legatarius servum pure legatum rogetur manumittere, non potest alio fideicommisso onerari, §. *ult. h. l.* Dices: imo videtur capere, nam sibi libertum facit manumittendo: juris patronatus multa sunt commoda, verum nihil videtur capere, qui libertum acquirit, *l.* 2. *inf. quibus ad libert. proclam. non licet.* Ut libertas non potest onerari, ita nec jus patronatus. Neutrius horum æstimatio est, *l. naturalis in fin. de præsc. verb.* quorum nulla est æstimatio, eis onus non potest adjici, onus adjicitur pro modo æstimationis.

L. 95. exposui in *l.* 55.

Ad L. XCVI.

Quidam testamento vel codicillis *ita legavit*: aureos quadringentos Pamphilæ volo dari ita, ut infra scriptum est, ab Julio actore aureos tot, et in castris, quos habeo tot, et in numerato, quos habeo tot. *Post multos annos, eadem voluntate manente decessit, cum omnes summæ in alios usus translatæ essent. Quæro an debeatur fideicommissum? respondi: vero similius est patremfamilias demonstrare potius hæredib. voluisse, unde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris contrahere possint, quam conditionem fideicommisso injecisse, quod initio pure datum esset. Et ideo quadringenti Pamphilæ debebuntur.*

Initio *l.* 96. proponitur hæc species. Per fideicommissum legavi Titio aureos 400. legavi pure, deinde aureos designavi. Ab actore meo 200. id

est, ab eo, qui negotia mea administrat. *Et in castris quos habeo* 100. forsitan legendum *in creditis*, quoniam subjicit, *et in numerato quos habeo tot*, sic in *l. magis*, §. *non passim*, *de reb. eor. sup.* In nominibus in credito dixit *l. Quintus*, §. *argento*, *inf. de aur. et arg. leg.* Igitur testator aureos designavit, post testamentum testator eas pecunias in alios usus convertit. Quæritur, an sit exstinctum fideicommissum, quasi mutata voluntate? lex ait, non esse exstinctum: nam designatio illa non est habenda pro conditione, ut debeantur, si sint ita ut descripsit testator. Nam initio pure legavit, ei legato non temere est addenda conditio, *l. pen. C. quan. dies legat. ced.* quæ est exposita in *l.* 49. Hac igitur demonstratione, non additur conditio legato, sed ostenditur solum unde hæredes pecuniam conficere possint.

§. 1. exposui in *l.* 16.

Reliquos §§. in *l.* 94.

Ad §. 1. *Si Scriptus.*

§. 1. *Si scriptus ex parte hæres rogatus sit præcipere pecuniam, et eis quibus testamento legatum erat, distribuere id, quod sub conditione legatum est, tunc præcipere debebit, cum conditio extiterit. Interim aut ei, aut his, quibus legatum est satisdari oportet.*

Notandum est, unum ex hæredibus, qui jussus est præcipere pecuniam, et eam distribuat legatariis conditionalibus, non posse eam pecuniam præcipere, antequam conditio legatorum extiterit. Verum interim legatariis præstabitur cautio vulgaris, ex *tit. ut legator. nom.* vel ipsi hæredi ea cautio præstabitur. At proprie non est legatarius, alioquin præciperet statim, sed est dispensator et divisor legatorum. Igitur ea cautio præstatur etiam dispensatori, de eo dixi in *l.* 11. *sup.* Notandum etiam legato diminuto per Falcidiam, minui etiam pro rata fideicommissum relictum, *l.* 92. *et l.* 11. *sup.* legatarium uti Falcidia ex persona hæredis, id est, si hæres utatur, non ex sua persona. Notandum etiam, ei qui est apud hostes, recte legari, et valere legatum, si redierit. Verum si ibi decesserit, pro non scripto habetur, et remanebit apud hæredem sine onere, *l.* 10. *in fine*. Citatur Julianus in *l. pen. de his, quæ pro non script.* et sane eo libro plene tractavit de his quæ pro non scriptis habentur. Ait Julian. id legatum esse nullius momenti, id est; pro non scripto, ut in *l.* 102. Postremo notandum: servo proprio inutiliter legari sine libertate, legari etiam inutiliter servo manumisso inutiliter, ut si manumittatur a minore viginti annis, §. *eadem*, *Qui et quib. ex caus. manumit.* nisi manumittat vindicta, causa probata in concilio. Quid si postea alienetur a minore et manumittatur, an ad legatum perveniet? Minime. Obstat regula Catoniana, quia ab initio non constitit: itaque illud etiam legatum habetur pro non scripto. Quæ legantur servis propriis sine libertate, item servis inutiliter manumissis, pro non scriptis habentur, *l. si in metallum*, *de his, quæ pro non scrip.*

Legem 98. exposui in *l.* 9.

Legem 99. in *l.* 5.

Legem 100. in *l.* 84. §. 1.

Legis 102. initium, in *l.* 12.

Ad L. CIII.

In tacitis fideicommissis fraus legi fieri videtur, quotiens quis neque testamento, nec codicillis rogaretur, sed domestica cautione vel chirographo obligaret se ad præstandum fideicommissum ei, qui capere non potest.

Tacitum fideicommissum est, quod secreto incapaci relinquitur in fraudem legum. Secreto incapaci reposita tacita fide, qua hæres promittit se fideicommissum incapaci restituturum. Huc pertinet lex 3. *in princip. de jur. fisc.* In ea *domesticæ cautionis* verbo significatur repromissio non scripta. Hujus rei duo proponuntur exempla. Primum de uxore. Uxor non potest hæres institui testamento viri, ex lege Jul. et Papia. Verum si alio hærede scripto uxori fideicommissum hæreditatis palam relinquatur, fideicommisso quidem non obligatur hæres, id tamen præstabit si volet, nec locus erit fisco, cum scilicet palam relictum est. Et etiam olim, cum nullis fideicommissis hæredes obligabantur, testatores sæpe scriptorum fidei committebant palam, ut restituerent incapaci hæreditatem, in §. 1. *de fideicommiss. hæreditat.* Ceterum hæredes ea fideicommissa inviti non præstabant. Verum, si hæres scriptus tacite rogatus sit se uxori hæreditatem restituturum, ea hæreditas ei aufertur et fisco vindicatur, quia tacitam fidem accommodavit testatori in fraudem legum. Cum palam rogatur, retinet hæreditatem; cum autem tacite rogatus est, aufertur a fisco, quia fuit minister fraudis. Non potuisse uxorem capere ex testamento mariti probatur ex *l.* 1. *C. de his qui se def. lib.* 10. Hodie autem capit ex constitut. Theodosii. Idem ostenditur in *l. ult. inf. de his quib. ut indig.* Species: non licet mihi per legem Papiam uxorem hæredem instituere, socrum tamen meam possum instituere. Finge: patrem uxoris institui, an ex eo inducemus statim suspicionem taciti fideicommissi, quasi scilicet socer genero promiserit tacite, se hæreditatem filiæ redditurum? Minime.

Denique hoc esset probandum manifestissimis probationibus, non suspicionibus, *l. 3. §. tacita, de jur. fisc.* Aliud exemplum de filio naturali: filius naturalis ex tantibus legitimis, non potest ex asse hæres institui testamento patris: nam unciæ tantum capacitatem habet, *tit. de natural. lib. C.* Verum si alius sit hæres scriptus, et palam rogatus restituere hæreditatem filio naturali, id fit impune, *Nov. 89. §. discretis*, et est in potestate scripti eam hæreditatem restituere, vel sibi retinere, si malit: nam fideicommisso non obligatur, nec fisco hic locus est. Verum si tacite rogatus sit restituere, atque ita se facturum promiserit, fraus fieri videtur constitutionibus. Ideo fiscus hæredi, qui fraudem participavit, hæreditatem aufert. Denique fraus est, si quis rogetur tacite, non etiam palam; hoc ita, si hæres extraneus, non si suus vel necessarius: nam extraneo hoc potest objici, cur testatori ministerium præbuisti? cur te obligasti? Est quædam tacita obligatio, etsi non probata jure, quam plerique spectant religiose. Exempla sunt apud Herodianum, et in *Nov. de lenonib.* 14. Idem non potest objici suo vel necessario, quoniam hi necesse habent parere domino vel patri imperanti propter jus potestatis. Ideoque tacitum fideicommissum eis non aufertur, *l. in fraudem*, *§. pen. de his quib. ut indig. l. si tacitum, inf. ad leg. Falcid.* Ergo extraneo scripto fraus est, si rogetur tacite: fraus non est, si rogetur palam, etiamsi idem rogetur tacite, *l. 3. §. si quis palam, de jur. fisc.* Igitur potest esse tacitum fideicommissum sine fraude, videlicet si idem palam relinquatur, aut si capaci relinquatur, *l. 1. C. de delat.* Pecunia potest mutuo dari tacite sine fraude. At plerumque in libris nostris cum dicimus *tacita*, fraudes, astus dicimus, tacita pecunia, quæ creditur, cui vel a quo non licet, Gellius *l. 12. c. 12. l. emptor*, *§. Lucius, sup. de pact.* Tacita pactio, quæ fit in fraudem legum vel personarum, *l. pen. §. 1. inf. de bon. libert.* Plinius initio 5. *Epist.* Igitur multum interest, utrum fideicommissum palam, an tacite relinquatur incapaci. Si palam, remanet apud hæredem: si tacite, ad fiscum transit. Sic etiam, si quis palam cognatam, vel adfinem uxorem ducit, non punitur, aut lenius saltem, quasi erraverit. At qui ducit clam, gravius punitur, quasi juris non ignarus, *l. ult. sup. de ritu nuptiar.* Seneca in 15. *Epist.* Similiter multum interest, utrum incapaci palam relinquatur. Nam quod relinquitur palam, pro non scripto est, ideo apud hæredem remanet, nisi velit præstare, *l. filius*, *§. 1. infr. ad leg. Cornel. de fals. l. 1. C. de hæred. instit.* Idem ostendit *l. ult. in fin. inf. de his quib. ut indig.* Sententia ejus legis est: fideicommissum, quod incapaci propalam relinquitur, est pro non scripto, et apud hæredem remanet, nec transit ad fiscum. Item, fideicommissum quod vivo testatore deficit, morte fideicommissarii est in casua caduci, ideo transit ad fiscum. Nunc pone, utrumque intervenisse, scilicet incapaci fideicommissum relictum, et eundem decessisse, vivo testatore: quæritur utrum id fideicommissum remaneat apud hæredem, quasi pro non scripto sit, an ad fiscum pertineat quasi caducum? Lex ait, hæredem præferri initio inspecto, fiscum excludi. In dubiis quæstionibus contra fiscum respondemus, *l. 2. de advoc. fisc. C. Theodos.* At quod tacite relinquitur, aufertur hæredi quasi indigno, qui secretum suscepit, auferturque omne id, quod rogatus est restituere; hæc est pœna hæredis. Nam nihil retinet ratione Falcidiæ, *l. beneficio, ad leg. Falcid. l. 3. C. eod. et l. hæres, l. si quilibet, de his, quæ ut indign.* Præterea nihil retinet ex eo, ratione caduci, videlicet si sit ex liberis vel parentibus usque ad tertium gradum, qui habent jus antiquum in caducis; ut puta si fideicommissarius decesserit post mortem testatoris ante apertas tabulas, fideicommissum est caducum, et fisco vindicatur, si extraneus sit scriptus; at si suus, usque ad tertium gradum retinet, Ulpian. in *Fragm. tit. de fideicomm. in fi.* Præterea non retinebit fructus ante litem perceptos; quia habetur pro malæ fidei possessore *l. prædonis, sup. de petit. hæred. l. cum quidam, §. in tacito, sup. de usur. l. eum qui, inf. de his, quæ ut indig.* Denique omne emolumentum hæredi aufurtur. Certum etiam est, ei nihil posse accrescere, quia jus accrescendi est reale, id est, rei non personæ accrescit; at rem fiscus habet. Hic pugnat *l. 3. in princ. de jur. fic.* cum *l. ita fidei, eod tit.* Species, quidam scripsit: rogo vos hæredes mei, ut in eo, quod a vobis petii, fidem præstetis, nec apparet, quid petierit. Quæritur, an palam datum videatur fideicommissum? Lex ita ait, palam datum non videri, legi fraudem factam esse, fisco locum esse, hæredem teneri pœna taciti fideicommissi. Obstat omnino *l. 3.* quæ ait legi fraudem factam non esse. Hoc ita explicandum. In *l. 3.* quæritur primo, an fideicommissum videatur datum palam? Resp. non videri, quia non apparet, quid ab hæredibus petierit. Altera quæstio est, an fraus fiat legi? Lex ita definit, tum fraudem factam videri, cum hæres non rogatur testamento vel codicillis, sed obligat se privata cautione vel chirographo. Ex ea definitione colligit, dici posse fraudem non factam videl. si hæres nulla tacita conventione se obligaverit. Nam ea sola verba idoneam taciti fideicommissi suspicionem non faciunt. Verum si constat, hæredem tacitam fidem interposuisse, ea verba non excusabunt hæredem, quo minus fraus facta videatur, *d. l. ita, et l. Lucius, §.*

ult. inf. hoc tit. Tacite rogavit legatarium, deinde ita scripsit, *rogo te, ut ea quæ tibi legavi, reddas sine ulla mora*, adjecit, *ei reddas ipse*, id est, etiam tu ipse tua sponte ei reddas. Quæritur, an palam fideicommissum relictum videatur? Sane non videtur, quia non apparet, cui relinquitur. Igitur illa scriptura fraudem distringit potius, quam dissolvit. Est et alia pugna *l. in fraudem*, §. 1. *inf. de his, quæ ut indig.* cum *l. 3.* §. *quando, inf. de jur. fisc.* Rogavit tacite restituere incapaci hic, mortis tempore est capax, quid fit? Exitum spectabimus. Itaque cessabit pœna taciti fideicommissi, quoniam ex tempore, quo competit fideicommissum, invenietur capax, *l. non oportet, inf. tit. prox.* Ait, non oportet de conditione cujusquam quæri, antequam legatum vel hæreditas ad eum pertinet. Hoc intelligendum est, a fisco scilicet, fiscus exitum exspectat. Verum fideicommissarius hoc casu non capiet fideicommissum ob regulam Catonianam, sed remanebit apud hæredem. Igitur consilium taciti fideicommissi nihil nocet, nisi sequatur exitus. Verum quid si rogetur tacite restituere capaci, et mortis tempore sit incapax? *l. 3.* §. *quando*, ait, finem etiam hoc casu spectandum, quoniam ait lex, *vel contra*, id est, idem esse ex contrario. Igitur videtur fraus intervenisse, si finem spectamus. Verum *l. in fraudem*, §. 1. hoc negat, quæ ait, fraudem non intervenisse, et fideicommissum apud hæredem remanere, nec vindicatur fisco quasi ex causa taciti fideicommissi: posset vindicari fisco quasi in causa caduci, sed apud hæredem remanet. Dicendum in §. *quando*, cum dicitur, hoc etiam casu exitum spectari, ita accipi debere, si consilium etiam intervenerit, quod non negatur in *d. l. in fraudem*. Nam solus exitus sine consilio hæredem pœnæ non subiicit. Sic etiam fraus accipitur in edicto de non fraudandis creditoribus, §. *in fraudem, qui et a quib. manum. non licet.*

Leg. 104. *pr.* explicatum est in *l.* 81. §. *si libertus, sup. eod.*

§. 1. expositus est in *l.* 44. §. *eum qui sup.*

§. *etiam* explicatus est in *l.* 9. *sup.*

§. *si Attio cum seq.* explicatus est in *l.* 17. §. *ubi sup.*

§. *ult.* expos. in *l.* 23. *sup.*

Ad §. *pen. Cum quidam. L. CIV.*

§. pen. *Cum quidam hæredem instituit, quandoque mater ejus decessisset, deinde secundus hæres scriptus fuisset, et ab eo legata ei, qui sub conditione hæres institutus fuisset, relicta essent, isque viva matre decessisset, postquam dies legati cesserit, quæsitum est, an hæredi ejus legata deberuntur. Verius est legatum hæredi deberi, sive pure a substituto legatum datum est primo hæredi, sive sub hac conditione, si hæres non fuerit: quia moriente eo, conditio impletur.*

Legata relicta a substituto vulgari, cedunt a morte testatoris. Item legata conditionalia cedunt moriente legatario, si conditio impleatur eo moriente: nam momentum moriendi vitæ imputatur. Titius hæredem instituit, quandocunque mater ejus decessisset. Conditionalis est institutio; sicut si dixerit, quandocunque liberos habuerit, *l. is cui ita, quand. dies leg. ced. et l. pen. eod.* Hic solus articulus facit conditionem; significat enim tempus incertum, ut si ita legavit: *quandoque Titio restituas*, fideicommissum est conditionale, et *quandoque* significat, cum tibi erit commodum, *l. rogo, d. tit.* Ergo si Titius sub tali conditione institutus sit, deinde ei substitutus Cajus, et a Cajo eidem Titio sint legata centum, et Titius post mortem testatoris viva matre decessit, ita deficit conditio. Itaque substitutus hæreditatem vindicabit. Quæritur an Titius sibi legatum a Cajo relictum ad hæredem transmiserit? Institutionem defecisse constat. Lex ait, transmisisse, idque sive pure legatum sit, id est, non expressa conditione substitutionis vulgaris, sive sub conditione, si hæres non fuerit, quoniam hæc conditio tacite inest, cum legatur a substituto vulgari. Igitur si exprimatur, legatum non facit conditionale, denique cessioni moram non facit, *l. 3. sup. hoc tit.* Vel si dixeris, esse conditionale (idem potest dici, si testatori animus fuerit faciendæ conditionis) dicam conditionem impleri legatario moriente, quoniam eo moriente certum esse incipit, eum ex institutione hæredem non fore. Igitur legatarius illud legatum transmittit, quasi illo vivo conditio extiterit. Similiter legata relicta a substituto pupillari, cedunt a morte testatoris quasi pura, *l. 1. l. hæredes, inf. quand. dies legat. ced.* licet quantum ad alia, id est, excepta cessionis causa, videntur esse conditionalia, *l.* 19. *et* 81. §. *ult. sup.*

Lex 105. exposita est in *l.* 75. §. *si mihi sup.*

Lex 106. est satis aperta.

Ad L. CVII.

Si a pluribus hæredibus legata sint, eaque unus ex his præcipere jubeatur et præstare, in potestate eorum, quibus sit legatum, debere esse ait, utrumne a singulis hæredibus petere velint, an ab eo, qui præcipere sit jussus. Itaque eum qui præcipere jussus est, cavere debere cohæredibus, indemnes eos præstari.

Est de dispensatore legatorum. Species: legata

a pluribus hæredibus relicta sunt: ea unus ex hæredibus præcipere jussus est, puta Titius, et distribuere, ut in *l.* 96. §. *pen. sup.* Hoc casu legatarii possunt agere cum singulis hæredibus legatorum nomine, vel etiam agent cum solo Titio in solidum, id est, cum dispensatore. Si Titius ea legata præcipiat distribuenda, debet cavere suis cohæredibus *indemnes eos præstari*, videlicet ne inquietentur a legatariis: nam possunt eos etiam convenire. Præcipiet autem ea legata officio judicis famil. ercisc. Nam et officio ejusdem rei præstabitur cautio, si sit conditionale, vel in diem, *d.* §. *pen.* At quæritur, an hic dispensator actionem habeat, qua petat legata illa, maxime, si sit extraneus electus minister? Negant actionem dari. Actio datur legatario, fideicommissario; ministro non datur, *l. Lucius*, §. 1. *ad Trebell.* Officio judicis dabantur ei legata distribuenda. Ceterum ei hac de re non est prodita actio. Excipiunt causam pietatis, ob quam aget in factum, ut ea distribuat, ut pro redemptione captivorum, *l. nulli*, *C. de Episcop. et cler.* Item causam alimentorum, *l. alio hærede, inf. de alimen. leg.* Ex aliis causis negant actionem dari, *d. l. alio*, in verbis, *quod de superfluo probari non potest.* Species: scripsit hæredem Primum ex asse, deinde a Secundo, quem hæredem non scripsit, petiit *ut quicquam redigeret pecuniarum ex hæreditate*, *ex ea præstaret alumnis suis annuos denos*, alimentorum nomine scilicet. Adjecit: *se velle ut Secundus haberet eam summam penes se, ut scilicet ex ejus incremento*, id est, usuris aleret alumnos. Adjecit: *se petere*, *ut reliquum restitueret Tertio*, *quod superesset ex usuris.* Lex ait, Secundum non posse bona vendere, et pecuniam redigere invito Primo hærede, sed petet pecuniam destinatam alendis alumnis, ut eam servet, et distribuat quotannis. Idem probari non potest de superfluo, id est reliquo, quod supererit, de incremento, quod relictum est Tertio. Igitur hic Secundus, qui est dispensator, ob causam tantum alimentorum actionem habet. Verum notandum multum interesse, utrum quis sit electus dispensator legatorum, an constituatur, ut alimenta quotannis distribuat: nam si sit electus dispensator legatorum, cujus opera præsens est et momentanea, id est, statim exequitur voluntatem defuncti, *l. pecuniæ, de aliment. legat.* Hic dispensator cavere debet, se hæredi redditurum deficientium legatariorum partes. Idem non cavebit is, qui electus est ad distribuenda alimenta, quod est ex constitutione Divi Pii, *l. Divus*, *inf. si cui plus, quam per leg. Falcid. et d. l. pecuniæ.* Ratio cur hic non oneretur cautione, hæc est, quia satis oneratur præstatione alimentorum quotannis, vel quot mensibus, cujus etiam verecundia, nisi præstiterit, pulsatur, id est infamia quodammodo notatur, qui alimenta non præstat. Igitur valde hic oneratur. Imo dicemus, dispensatorem hunc si qui forte alimentari deficiant, eorum partes retinere, nec reddere hæredi, et ob id etiam actionem habet, quoniam potest ex ea dispensatione fructum facere, si quis forte deficiat. Idem non est in dispensatore alimentorum, qui est constitutus arbitrio judicis, voluntate hæredum: nam hic deficientium partes non lucrabitur, *l.* 3. §. *debebit*, *de adim. leg.*

Ad §. 1. *Si quis servum.*

§. 1. *Si quis servum, cui aliquid sine libertate legaverit*, cum morietur ipse servus, *leget, minime dubitandum quin utile legatum futurum sit*, *propterea scilicet quod moriente servo*, *id quod ipsi legatum erit, ad eum cui ipse legatus fuerit*, *perventurum sit.*

Notandum de servo; servo proprio sine libertate inutiliter legari: eodem modo servo hæredis. Item servo pure legato utiliter legatur. Item legatum relictum servo legato, cedere ab adita hæreditate extraneo scripto, aut a morte testatoris suo scripto *l.* 68. *sup.* Finge: legatus est servus sub conditione: ei legatum est pure, an dicemus, legatum ei relictum cedere a conditione, quæ in ejus legato adscripta est? Minime, quia purum est legatum, eorum autem cessio ultra aditionem non profertur: dicemus illud legatum esse inutile suo vel necessario scripto: extraneo autem scripto esse utile, quoniam potest habere effectum, si conditio existit ante aditionem extranei. Legavit servum, *cum is morietur*, legatum est conditionale. Eidem legavit centum, hoc inutiliter suo vel necessario scripto: at extraneo utile est ab initio, quamvis non semper habeat effectum. Non idem, si servo pure legato legatur aliquid cum morietur. Nam hoc legatum utile est omnimodo, et cedit ab adita hæreditate extraneo scripto, aut a morte in suo, et acquiritur legatum legatario servi, moriente servo. Hoc proponitur in fine hujus legis, sed ita est distinguendum. *Si quis servum cui*, etc.

L. 108. *prin.* explicatum in *l.* 36. *sup. hoc tit.*

Ad §. 1. *Si id quod L. CVIII.*

§. 1. *Si id quod ex testamento mihi debes, quilibet alius servo meo donaverit*, *manebit adhuc mihi ex testamento actio, et maxime, si ignorent meam factam esse, alioquin consequens erit*, *ut etiam si tu ipse servo meo eam donaverit invito me libereris*, *quod nullo modo recipiendum est*, *quando ne solutione quidem invito me facta libereris.*

Notandum: duas causas lucrativas non posse

concurrere in eandem personam. Hæc sententia vitiari videtur in specie §. 1. Species: Domino debetur aliquid ex testamento; est causa lucrativa. Eadem res donatur servo ejus. Igitur acquiritur statim domino, etiam ignoranti et invito, *l. etiam, de acquir. rer. dom.* An ideo minus eam rem petet ex testamento? Minime: si quidem eo sciente et volente donetur servo, non aget ex testamento, quoniam tunc plane ipsi directo donari, videtur. Verum, si eo ignorante donetur servo, non amittit actionem. Nam etiamsi servo hæredis ea res solvatur eo ignorante, non ideo minus habet actionem ex testamento: nam hæres non liberatur, *l. 4. C. de solut.* Igitur non efficiet factum servi, ut dominus amittat actionem ex testamento, quamvis ignoranti ipso jure per servum acquiratur.

Ad §. 2. Cum homo, et §. 3. Huusmodi.

§. 2. *Cum homo Titio legatus esset, quæsitum est, utrum arbitrium hæredis est, quem velit dandi, an potius legatarii, respondi verius dici electionem ejus esse cui potestas sit, qua actione uti velit, id est, legatarii.*

§. 3. *Hujusmodi legatum: illi aut illi uter eorum prior Capitolium ascenderit, utile esse evidenti argumento probari ait, quod constet usumfructum liberis legatum, et qui eorum supervixerit, proprietatem utiliter legari, idque et de hærede instituendo dicendum existimavit.*

Inutiliter legatur incertæ personæ, videtur autem incertæ personæ legari, cum ita legatur: *Illi aut illi uter prior Capitolium ascenderit*, quia certum non est, quis prior sit ascensurus. Sic si leget *libertis* usumfructum, *et ei, qui novissimus decesserit*, proprietatem videtur legare incerto. Verum negandum est hoc: imo videtur legari omnibus sub conditione. Itaque non est incerta persona, *l. quoties, infra, de reb. dub.*

§. *Stichum* exposui in *l.* 82. *in princ. sup.*

§. *Sed si cum* explicavi in *l.* 9. *in princ.*

§. *Si ei in l.* 19.

§. *Qui quinque* explicavi in *l.* 72.

De §. *si servus* dixi ad *l.* 26. §. 1.

Ad §. Cum quid.

Cum quid tibi legatum, fideive tuæ commissum sit ut mihi restituas: si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato: alioquin etiam culpam te mihi præstare debere existimavit, sicut in contractibus fidei bonæ servatur: ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa: sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur.

Legatarius oneratur fideicommisso: non præstat fideicommissum, nisi legatum acceperit, at debet legatum petere, nisi repudiaverit. In petendo autem debetne præstare culpam? Periculum litis omne non debet præstare, sed præstat tantum periculum, quod dolo ejus contigit, ut si passus sit se vinci per collusionem, *l. si legatarius, tit. prox.* Idque si nihil emolumenti capiat ex legato, ut si tantum cogatur restituere, quantum accepit. Verum si ex legato aliquid apud eum remaneat, debet in exigendo etiam culpam levem præstare, cum utriusque versetur utilitas, argumento contractuum, *l. contractus, de regul. jur.*

§. *Qui margar.* expositus est in *l.* 69.

Ad §. Avidius.

Avidius filii sui fidei commisit, ut certam pecuniam quatuor libertis suis mutuam daret, et usuras leviores taxaverat: placuit hoc fideicommissum utile totum esse.

Postremo utile est fideicommissum, si hæres rogetur, *ut Titio det mutuam pecuniam sub usuris levioribus*: nam facile non inveniuntur pecuniæ sub levibus usuris, *l. fideicommissa*, §. *hæres, tit. prox.* Usuræ leviores, id est, trientes usuræ, *l. si legatum, infra, de operis lib. l. cum quidam*, §. *ult. sup. de usur.*

Ad L. CIX.

Si quando quis uxori suæ, quæ vivus donaverat, vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de his, quæ jure valituræ non sunt: alioquin et frustra legaturus sit: atque si ita exprimat: Quæ uxori jure donavero, *vel ita.* Quæ uxori manumissionis causa donavero, ea ei lego. *Nam inutile legatum futurum est.*

Sciendum, donationem inter virum et uxorem non valere. Excepti sunt quidam casus, qui comprehenduntur in *tit. de donat. inter vir. et uxor.* Ut si donetur causa sepulturæ, vel etiam manumissionis causa. Hodie quælibet donationes silentio et morte confirmantur, id est, si donator non mutaverit voluntatem. Id ex oratione Antonini, de qua in *l. cum hic status, de donat. inter vir. et uxor.* Confirmantur etiam in testamento expressa voluntate ex eadem oratione. Verum ante eam orationem non confirmabantur, vel silentio, vel voluntate expressa: sed qui donaverat, si nolebat hæredes suos revocare, legabat uxori hoc modo: quæ vivus uxori donavi, do lego. Ille erat modus

legandi vulgaris in *l. uxori , de aur. et argen. leg. l. uxori*, §. *uxori , inf. lib.* 3. Et ea quidem verba pertinebant ad donationem, quæ non valebat jure civili: nam si valebat, ut si donatus fuisset servus manumissionis causa, inutiliter ita legabatur; at cum donatio non valebat, utiliter legabatur, ne donata hæres revocaret. Similiter donatio a patre in filiumfamil. collata non valebat, sed qui vivus donaverat, ita legabat: quæ vivus filio donavi, do, lego, *l. Lucius Titius, in princ. tit. prox.* Ait, *quæ dedi, donavi, concessi.* Concessa, sunt in usum concessa. Data, sunt ex causa aliqua, et peculii causa filiofamilias data. Illis verbis, *quæ vivus donavi* : constituebatur legatum aut fideicommissum, donatio non confirmabatur : itaque donata non possidebantur donationis jure, sed legati aut fideicommissi. Verum post orationem Antonini illis verbis hodie interpretabimur, donationem confirmari, *l. ex his verbis, C. de donat. inter vir. et uxor.* quæ videtur pugnare cum hac lege. Sed hæc lex est secundum illud tempus, quod obtinuit ante orationem Antonini. Itemque in *d. l. uxori*, §. *ult.* illa verbe legatum faciebant, hodie post illam orationem dicimus, illis verbis donationem confirmari. Multum autem interest: nam confirmatio donationis retrotrahitur, ideoque medii temporis fructus pertinent ad donatarium : *l. donationes* 1. *C. de donat. inter vir. et uxor.* At legatum ex die tantum mortis, commodum adfert legatario. Multum igitur interest, ex qua causa habeatur res.

Ad §. 1. *Hæres.*

§. 1. *Hæres cujus fidei commissum erat, ut mihi fundum aut centum daret, fundum Titio vendidit : cum electio ei relinquitur utrum malit dandi, ut tamen alterum solidum præstet : prætoris officio convenire existimo, ut si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem : ita enim eadem causa constitueretur, quæ futura esset, si alienatus fundus non fuisset : quando etiam adversus ipsum hæredem officium prætoris, sive arbitri tale esse deberet, ut si fundus non præstaretur, neque pluris, neque minoris quam centum æstimaretur.*

Alia species, ex qua colligitur, cum relinquitur per fideicommissum, *illud aut illud*, electionem esse hæredis, sicut si legetur per damnationem. Finge : reliquit : per fideicommissum *fundum aut centum.* Hæres fundum vendidit priusquam conveniretur. Lex significat, persecutionem fideicommissi (quoniam olim non fuit actio ex fideicommisso, sed persecutio extraordinaria) dari non tantum in hæredem, sed etiam possessorem fundi. Verum Titius possessor fundi liberabitur offerendo centum, quia electio fuit auctoris, id est, venditoris. Eadem utetur emptor. Idem erit omnino, si agatur adversus hæredem. Notandum ex hoc loco, in fideicommissis electionem esse hæredis : fideicommissa plerumque comparantur legatis damnationis : inter eos non est jus accrescendi, sic nec inter fideicommissarios. Sic etiam, sicut, in legatis damnationis est hæredis electio, ita observatur in fideicommissis. Persecutio fideicommissi datur in quemlibet possessorem. Persecutio est remedium extraordinarium, et quidem reale. Prætor cognoscit de fideicommissis. Erat Prætor specialis, qui dicebatur fideicommissarius. Addendum, hunc prætorem etiam debere fideicommissis arbitrum dare. Ait enim *prætoris , sive arbitri.* Hic arbiter non dabatur rei cognoscendæ vel judicandæ causa ; nam prætor eam non mandabat alteri, sed datur excutiendi et æstimandi fideicommissi causa, *l. penult. inf. de confess.* Notandum, eum qui debet *illud aut illud*, et electionem habet, non posse partem ex uno solvere, partem ex altero, sed debet alterutrum præstare ex solido in *l.* 8. §. *ult. sup.*

Leg. 110. exposui in *l.* 13. *et l.* 45. §. *hæres.*

Ad L. CXI.

Etiamsi partis bonorum se excusaverit tutor (puta Italicarum vel provincialium rerum) totum quod testamento datum est, ei auferetur. Et ita DD. Severus et Antoninus rescripserunt.

Notandum : Tutorem, qui se excusat et quidem jure, repelli a legato, si quid ei relictum sit, quia quod legatur, videtur legari remunerationis causa. Si igitur detrectat tutelam, repellitur, nisi evidenter aliud exprimat testator, veluti si dicat, *se velle tutori dari, etiamsi tutelam non administret* : hunc enim casum exprimere testator debet, *l. sed hæc , de excusat. tutor.* Quæritur, quid sit dicendum, si excuset se pro parte ? Potest enim hoc, quod notandum, ut potest se excusare ab administratione rerum Italicarum, an tunc repelletur a legato in solidum ? Hoc non videtur dicendum. Verum constitutum est, eum amittere totum legatum, favore pupillorum, quia pro parte deserit utilitatem pupilli, ideo totum amittit. Lex ait, ei auferri. An igitur applicatur fisco ? Minime. Habetur pro non scripto, et remanet apud pupillum, si hæres sit : aut apud alium hæredem scriptum, *l. tutor petitus* §. 1. *de excus. tut. l. pen. C. de legat.*

Ad L. CXII.

Si quis inquilinos sine prædiis, quibus adhærent, legaverit, inutile est legatum ; sed an æstimatio debeatur, ex voluntate defuncti statuen-

dum esse Divi Marcus et Commodus rescripserunt.

Notandum, Inquilinos non posse legari sine prædiis, quibus adhærent. *Inquilinos* quos vocat? An ædium conductores? Minime, sed eos, quos veteres appellarunt *operarios*, quorum opera prædia custodiebantur, et colebantur. Hi prædiis perpetuo adhærebant cum progenie sua. Postea appellavere inquilinos, vel colonos, *l. forma*, §. *si quis, de censibus*, *l. non tantum*, §. *ult. de excusat. tut. l. possessioni*, *C. comm. utr. jud. l.* 6. *et l. servos et l. definimus, de agricol. et censit. lib.* 11. Hodie dicuntur *adscriptitii*, quasi adscripti prædio, ἐναπόγραφοι. Hi non possunt separari a prædio, nec vendi sine prædio, *l.* 7. *eod.* Nec item legari sine prædiis, quibus adhærent. Hi sunt servi prædiorum potius quam hominum, *l. ut diutius, eod.* At si sint legati inquilini sine prædiis, debebitur ne æstimatio? Voluntatis est quæstio, non juris. Si ea fuit mens testatoris, debebitur.

Ad §. 1. *Cum servum*, §. 2. *Si ita legatum*, §. 3. *Si quis*, *et* §. 4. *Divi*.

§. 1. *Cum servum suum hæres damnatus dare, eum manumiserit tenetur in ejus æstimationem. Nec interest, scierit, an ignoraverit legatum. Sed et si donaverit servum hæres, et eum is cui donatus est, manumiserit, tenetur hæres quamvis ignoraverit a se eum legatum esse.*

§. 2. *Si ita legatum fuerit: Titio cum Sejo do lego: utrisque legatum est, sicut utrumque legatum est, cum fundus cum domo Formiana legatus est.*

§. 3. *Si quis scripserit testamento fieri quod contra jus est, vel bonos mores, non valet: veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum prœtoris, vel etiam turpe aliquid.*

§. 4. *Divi Severus et Antoninus rescripserunt. jusjurandum contra vim legum, et auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti.*

Notandum ex §. 1. legari posse servum hæredis, quod tantum fiebat per damnationem, et sinendi modo: hæres eum manumisit, vel sciens vel ignorans: nam lex ait, hac in re non esse utendum distinctione, tenetur ad æstimationem servi. Idem est si donaverit, et donator manumiserit, §. *si res legata, Institut. de legat.* Quod si vendiderit, minime dubitandum est, quin hæres teneatur ad pretium. Verum opponitur *l. hæres, inf. qui et a quibus manum.* quæ ait, hæredem manumittendo servum proprium a se legatum *nihil agere*. Igitur libertas ei servo non competit: poterit igitur agi ad servum, quia manumissio non valet. Hoc certum est in servo testatoris ab hærede manumisso, etiamsi manumiserit pendente conditione legati. Verum de servo proprio hæredis dubitatur. Lex hæc dicit, eum tantum teneri ad æstimationem servi. Illis verbis, *nihil agi*, certum est significari, ut liber non fiat. Id enim indicat titulus. Dicendum igitur legatarii electionem esse, ut vel agat ad æstimationem, vel ad rem. Idque sumpto argumento ex *l. illud*, §. *ult. de donat. caus. mort.* juncta *l. si filiof. res mortis caus. eod tit.* Ibi tractatur alia species. Verum ait, donatorem agere ad pretium, non ad rem. Ea lex explicanda est ex *l. illud*, ut agat ad pretium, si hoc elegerit, alioquin et rem ipsam poterit petere. Græci 47. Basilicon notant eam *l. si filiof.* explicandam ex *l. illud.* Notandum, testatoris voluntati parendum non esse, si quid jubeat fieri contra leges aut edicta, aut bonos mores. Id non potest facere, ne leges locum habeant in testamento. Itemque si quid inepte præcipiat, ut de immodicis sumptibus in sepulturam impendendis, *l. prox.* §. *ult. l.* 113. Addendum iis de reb. jusjurandum adactum, nihil valere, *l. jurisgentium*, §. *generaliter*, *sup. de pact.* Ait, non legari contra leges, nec jusjurandum de hoc adactum valere. At quæritur, quomodo illud jusjurandum testamento scribatur? Ut si injiciatur conditio hæredi contra leges, ut si juraverit, se sororem ducturum. Ita jusjurandum scribitur illicite, vel turpiter. Atqui quælibet conditio jurisjurandi remittitur etiamsi sit de re honesta et licita, quid ergo opus fuit hoc scribi de jurejurando illicito? Dicendum, non remitti jure civili, sed jure prætorio, *l. quæ sub conditione, de condit. inst.* Nec semper tamen remittitur jure prætorio, *l. quæ sub conditione*, *eod. l.* 12. *de manum. test.* nisi scilicet sint contra auctoritatem juris. Notandum, servo proprio recte legari cibaria ex *l.* 113. §. 1. sine libertate. Non debentur quidem jure civili, sed extra ordinem præstabuntur, idque favore alimentorum. Ideoque si servus jubeatur esse liber post tempus, interim ei servo alimenta præstare cogetur, *l. servos*, *de alim. leg.* Sic servo pœnæ, id est, in metallum damnato, *l.* 3. *de his, quæ pro non script. habent.*

L. 113. *pr.* exposui in *l.* 12. §. *regula, sup. h. tit.*

§. *Si quis*, *et* §. *pen.* exposui in *l.* 52. et in *l.* 53. *sup.*

§. *ult.* in *l.* 112. §. *ult.*

L. 114. §. *apud Marcellum*, exposui in *l.* 94. §. *si cui Stich. sup.*

§. *Si quid* in *l.* 40.

§. *Ædes*, in l. 41. *et l.* 34. §. *idem servus*, *sup.*

Ad L. CXIV.

Filiusfamilias miles vel veteranus, licet sine

testamento decedat, potest fideicommittere a patre: quia etiam testamentum facere potest, etc.

Ex initio notandum, fideicommissum etiam ab intestato relinqui a legitimis hæredibus, ut agnatis, ita tamen ut falcidiam salvam habeant. Patroni quoque sunt legitimi heredes ex lege duodecim tabular. et ex l. Papia. Ab iis etiam fideicommissum relinqui potest, ita tamen ut tertiam suam salvam habeant. Fiscus item est legitimus hæres, lege Julia cum bona vacant, id est, α᾽κλυρονομήτων. Ergo si bona mea in ea causa sunt, ut nullo facto testamento futura sint vacantia, quia fiscus succedet, potero a fisco fideicommissum relinquere: potest etiam ab intestato fideicommissum relinqui a bonorum possessoribus, *l.* 92. *sup. l.* 1. §. *pen. inf. lib.* 3. Potest etiam fideicommissum relinqui ab alterius nominis successore, id est, qui nec sit hæres, nec bon. poss. ut a patre, qui filio intestato defuncto succedit in peculium castrense, quod jure peculii occupat. Igitur a patre poterit filius fideicommissum relinquere. Denique ab omnibus successoribus ab intestato fideicommissum relinqui potest.

Ad §. Ut quis

Ut quis hæredem instituat aliquem, rogari non potest, etc.

Non potest hæres rogari per fideicommissum, *ut aliquem, puta, Titium, sibi hæredem faciat*, ut scilicet constringatur libera testandi facultas, quod fieri non potest jure: verum tamen ex SC. hoc fideicomm. valet et defenditur, quasi videatur testator his verbis rogare, ut hæres restituat hæreditatem a se acceptam. Atque ita per hanc interpretationem fideicommissum defenditur, *l. ex facto, inf. ad Treb. l. Imp.* §. *pen. t. prox. l. quidam, in pr. ad Treb.* Quidam scripsit filium et filiam hæredes. De filia ita cavit, *mando tibi non testari donec liberos susceperis.* Hoc mandatum est incivile, quia libero homini aufertur testamenti factio. Defenditur tamen quasi rogarit filiam, *ut hæreditatis suæ portionem fratri restitueret.* Additur in *d. l. ex facto*, hæredem etiam scriptum posse rogari, *ut hæreditatem ab alio acceptam restituat*, non tantum a testatore, sicut rogari potest, *ut rem legatam quam ex alterius testamento cœpit, restituat.* Idque ex Juliani *lib.* 40. *ff. ex l. ita tamen*, §. *Treb. eod.* Item ut quis hæredem possit rogare, *ut hæreditatem propriam post mortem suam restituat*, sicut potest rogari, *ut rem propriam restituat*, et utrobique eatenus hæres obligatur fideicommisso, quatenus hæreditas testatoris patitur salva Falcidia.

Ad §. Quid ergo.

Quid ergo si hæres post mortem suam rogatus fuerit hæreditatis suæ partem quartam restituere? Verius esse existimo, quod et Scævola notat, et Papirius Fronto scribit, valere fideicomm. atque si de hæreditate sua restituenda rogatus esset, etc.

Sequitur alia quæstio in §. *seq.* cujus initium est faciendum a verbis: *secundum vulgarem formam juris*: quæ verba male superiori §. applicantur; an hæres per fideicomm. rogari possit *ut filios suos emancipet.* Secundum vulgarem formam juris non potest, id est, recto et ordinario jure non compellitur: quoniam patria potestas inæstimabilis res est, nullo commodo pensari potest. Recte ait, *secundum formam juris.* Nam extra ordinem compelli potest, ut emancipet, videlicet si agnoverit hæreditatem, cui id onus injunctum est, *l. si cui legatum, de cond. et demonst.* Paul. 4. *Sent. tit.* 13. In ea lege hoc confirmatur rescripto Severi. Species hæc est: filium et nepotes ex eo, qui in ejus potestate erant, hæredes instituit, eosque invicem substituit vulgari modo, atque ita etiam patrem substituit filiis, qui tamen patri omnimodo erant suas portiones acquisituri, si jussu ejus adirent. Veruntamen hic substituitur pater filiis, et quidem jure: nam vel pater jubebit eos adire, atque tum ex persona filiorum portiones eorum capiet, vel non jubebit adire, et tum portiones capiet substitutionis jure, *l. Jul. si quis omis. caus. test.* Addendum, eundem testatorem rogasse etiam filium, *ut nepotes emanciparet*, nec rogavit, ut portiones eorum sibi quæsitas restitueret. Dicemus, tacite rogatum videri et portiones illis restituere, et ad utrumque compelletur, idque etiamsi pater portiones filiorum ceperit ex sua persona, id est, substitutionis jure.

Ad §. Divi.

Divi Severus et Antoninus rescripserint, eum, qui rogatus est sub conditione fratris sui filiis restituere, ante diem fideicommissi cedentem, ne quidem ex voluntate eorum posse restituere his in potestate patris agentibus, etc.

Quæritur: an fideicommissum relictum sub conditione, repræsentari possit, id est, an possit ante conditionem restitui? Non utique semper. Ut si relictum sit filio, qui est in patris potestate. Cur id? Quia fieri potest ut antequam conditio existat, filius sui juris fiat: tum existat conditio, et ei fideicommissum acquiratur, quod repræsentatum patri acquireretur. At ne voluntate quidem filii ei repræ-

sentari potest: testator conditionem hanc non frustra adscripsit. Adscripsit enim, forte sperans interim fore, ut filius sui juris fieret, cui potissimum acquiri voluit. Idem si pluribus sit relictum fideicommissum sub conditione: nam hoc non repræsentabitur, quia scilicet fieri potest: ut unus ex iis interim moriatur, et ceteris accrescat, quod repræsentatum non accresceret. Ait, *ne voluntate quidem filii fideicommissum repræsentari.* Hoc videtur falsum: nam spem fideicommissi posse pactione remitti certum est ex *l.* 1. *l. cum proponas* 1. *C. de pact. l. de fideicommisso*, *C. de transact.* et nominatim de filiof. in *l. et hæredi* §. *pen. sup. de pact.* Cur igitur non poterit ejus voluntate repræsentari? Respondeo, fideicommissi spem pacto remitti posse, id est, hæredem qui oneratus est, posse liberari pacto, ut non præstet. At in hac specie hæres non liberatur, hærede non liberato, id fieri non potest, ut contra providentiam testatoris restitutio fiat. Denique his casibus fideicommissum repræsentari non potest. Obstat *l. post mortem Cod. de fideicommiss.* Ait, eum, qui rogatus est hæreditatem restituere post mortem suam, est hoc fideicommissum conditionale, an poterit hoc præsenti die præstari? Dicendum, hoc ita procedere, ut possit repræsentari, si rogetur uni et ei quidem patrifam. restituere. Quo casu cessant rationes hujus §. Dicemus tamen, et hoc casu in eum, cui repræsentatum fuerit, non transferri actiones ex SC. Treb. antequam conditio existat, quia hæreditas non restituitur, uti testator rogavit, translationem actionum nondum admittemus, *l. sed et si ante. inf. ad Treb.* Idem dicemus, si quis rogatus sit filiofam. non sub conditione, sed in diem certum restituere, hoc repræsentari potest, quoniam hujus dies statim cedit a morte testatoris, etiamsi non venerit adhuc, nec illo casu pertinere potest ad filium, licet sui juris efficiatur, et repræsentatio nihil mutabit. At fideicommissi conditionalis dies non cedit, antequam dies existat, ideo fieri potest, ut filio interim liberato potestate acquiratur, ob id inhibenda est repræsentatio. Male putant *d. l. post mortem*, similem esse *l. patrem inf. quæ in fraud. cred.* In ea enim pater non repræsentat fideicommissum, sed jam debitum præstat. Species: pater rogatus est hæreditatem maternam filio restituere, quam habebat in potestate, post mortem suam. Pater eum filium emancipavit, et mox restituit hæreditatem, fideicommissum non repræsentavit, sed jam debitum præstitit. Nam mater, quæ vult restitui filio in casu mortis patris, vult etiam tacite filio restitui quocunque modo sui juris fiat, sicut morte patris sui juris fit, *l. si ita esset, inf. quan. dies leg. ced.* Igitur post emancipationem filio restituenda est hæreditas Si restituitur, debita restituitur, non repræsentatur: nam alias fraus fieret creditoribus in tempore, *l. ait prætor*, §. *si cum in diem, quæ in fraud. cred.* At in ea l. negatur fraus fieri creditoribus, quia debita hæreditas restituitur, non repræsentatur: denique sit hæc prima conclusio, fideicommissum relictum filiofamil. sub conditione, hæres repræsentare nec potest, nec cogitur; altera: fideicommissum relictum filiofam. in diem certum, hæres repræsentare potest, nec tamen cogitur. Idem dici potest in servo; tertia et ultima, utroque casu hæres cogitur præstare cautionem fideicommissi, nomine, quæ dicitur *vulgaris cautio* de qua *tit. ut legat. nom. cav.* præstabit eam cautionem patri vel domino, *l.* 1. §. *plane, et* §. *ult. ut legat. nom. cav.* Quod si nolit cavere, tum mittitur filius in possessionem cum patre aut pater mittetur, scilicet hæreditarium rerum, et mittetur, non ut possideat et hæredem expellat; sed custodiat ea bona, et quasi pignoris loco teneat, *l. is cui, ut in poss. leg.* 2. *inf. pro hærede, l. cui legati, C. ut in poss. legator.* Item ut fructus custodiat et colligat, *d. l. is cui.* Atque ita filius, cui fideicommissum est relictum, fructus per patrem consequetur, vel etiam servus per dominum, id est, misso patre vel domino, ipse filius vel servus videtur esse custos et observator.

Ad §. *Cum erit.*

Cum erit rogatus, si sine liberis decesserit, per fideicommissum restituere: conditio defecisse videbitur, si patri supervixerint liberi. Nec quæritur, an hæredes exstiterint.

Hæc conditio *si sine liberis decesserit*, extitisse videtur si liberos, quos habuit, vivus amisit et ideo erit fidecommissi persecutio, *l. ex facto*, §. *pen. ad Treb.* nisi alia sit voluntas testatoris, ut in *l. hæredi, in princ. eod.* tunc videtur deficere conditio si mortis tempore liberos habuerit: idque etiam si liberi illi, quos reliquit, hæredes ei non exstiterint, ut in hoc §. ostenditur. Nam hæc conditio, *sine liberis*, non est accipienda de liberis hæredibus. Satis igitur est liberos supervixisse nec necesse est exstitisse hæredes, nec liberi illis verbis ad hæreditatem invitantur. Liberi qui sunt in condictione, non sunt in dispositione, *l. Gallus*, §. *in omnibus*, §. *idem credendum, de lib. et post. l. si quis eum*, §. *ult. sup. de vulg. subst.* Nec obstat lex 1. *C. de cond. insert.* Rogatus est restituere, *si sine liberis decederet:* si vel unum filium relinquat, deficit conditio. Ponit etiam, eum hæredem filium instituisse. Hoc vero, quod ita acciderit, non quod sit necesse eum institui, ut submoveatur fideicommissarius. Itaque etiam si filius ille exhæredatus

sit, excludetur fideicommissarius. E contrario aliud est; nam hæc conditio, *si sine hæredibus decesserit*, accipitur de liberis. Vix enim fit ut quis sine hærede moriatur. Itaque si liberos non habeat, hæredes habeat videtur extitisse conditio, *d. l. ex facto §. ult.*

Ad §. Divi.

§. 5. *Divi Severus et Antonius rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum præceptum reliquerint: quia talem legem testamento non possunt dicere, etc.*

Quæritur de prohibitione alienationis testamento, aut codicillis scripta: ea prohibitio non valet, si fiat sine causa et specie fideicommissi. Testator non potest simpliciter precipere, *ne fundus alienetur*, nisi significet, *se velle fundum eum remanere in familia*. Quo casu videtur familiæ fideicommissum relinqui. Si hac ratione prohibeatur, alienatio non erit nuda. Ita accipitur nudum præceptum in hoc §. *et l. pater*, §. *Julianus, inf. lib.* 3. Plerunque autem exprimitur hæc causa, *ne de nomine meo exeat*, quibus verbis testator id facit, ut res conservetur iis, qui sunt de suo nomine. Familiam et nomen pro eodem accepimus, *l. omnia*, alias, *cum ita §. ult. titul. prox.* Ita exprimit, ne de familia exeat, ne ex nomine Familiæ, aut familia nominis *l. pater, l. is qui cum plures, inf. lib.* 3. et in antiquis inscriptionibus. His primum verbis videtur fideicommissum relinqui agnatis: quamobrem re alienata extra familiam, contra voluntatem testatoris, agnatorum proximiori competit fideicommissi persecutio *l. peto*, §. *fratre, inf. tit. prox.* Sed necesse est, ut caveat se cum morietur, familiæ eandem rem restituturum, quæ cautio extorquetur, opposita exceptione doli mali: omissa autem cautio non condicetur, ut alias fieri solet, quia licet cautum non est, re alienata extra familiam, competit persecutio fideicommissi sequentibus agnatis. Additur hanc exigi exceptione doli, etiamsi nullus alius supersit ex familia: frustra quidem; sed hoc ita fit in dubio. Quæritur, an *familiæ* nomine etiam invitentur cognati? Non omnes, nam emancipati continentur, quia emancipatione nomen familiæ non amittunt, *d. l. cum pater, l. pen. in fin. tit. prox.* At cognati, qui idem nomen non habent, non vocantur, multo minus affines. Excipiuntur gener et nurus ex nova Constit. Justin. *l. ult. C. de verb. signific.* Non est dubitandum quin etiam adoptivi vocentur; quoniam sunt ex nomine testatoris, idque retinent etiam post mortem adoptatoris. Puto etiam vocari alumnos, quia sunt liberorum loco et ex nomine educatoris, *l. Lucius*, §. *Lucius, inf. tit. proxim. l.* 16. *sup.* Item eos, qui testamento jussi sunt ferre nomen et imagines testatoris, quoniam hi videntur adoptari. Hæc autem conditio omnino implenda est, nisi sit nomen famosum: nam tunc remittitur, *l. sed sciendum, l. facta*, §. *si vero dominus, ad Trebell.* Forsitan remittetur etiam ea conditio, si quis testamento mulieris jubeatur mutare nomen. Cicero *lib.* 7. *ad Atticum.* Igitur hi omnes vocantur, alienata re. His deficientibus vocantur liberti: hi enim sunt ex nomine et familia patroni, *l. cum pater*, §. *ab instituto, tit. prox. l. de bonis, de liber. causa, in fin. l. ult. Cod. de verb. signif.* Tertullian. in lib. de resurrect. carnis, *l. quæro*, §. *Lucius, de testament. tut.* Lucius Titius Erotem servum instituit sine libertate his verbis: *Lucius Eros tutor esto.* Paulus ait, videri ei rel etiam directam libertatem. Hoc quia eum duplici nomine nuncupavit, suo et servili, et præterea tutorem fecit: servi unum tantum nomen habebant, idque non erat simile liberorum nomini, *l. cum precum, Cod. de liber. causa.* Quæritur, an liberti etiam libertorum ad fideicommissum vocentur? Placet hos etiam invitari, *d. l. pater*, §. *duobus, lib.* 3. quia sunt ejusdem nominis. An etiam vocabitur is qui ab hærede extraneo, id est, qui non est ex nomine testatoris, fideicommissariam libertatem accepit? Hic non est libertus testatoris, sed hæredis extranei, placet tamen hunc etiam admitti, *l. cum pater*, §. *fidei hæredum, tit. prox.* Inde constat, eos qui manumissi essent, per fideicommissum conjunctim ex testatoris et hæredis utriusque nomen habuisse, quasi uterque dedisset libertatem: nam necesse est, ut qui vocantur sint ex eodem nomine, alias non admittuntur ad hoc fideicommissum. Objicitur *l. cum pater*, §. *cum inter, tit. prox.* filium libertæ vocari ad fideicommissum, id est, ad rem, quam testator vetuit alienari de nomine familiæ. Vocatur quidem liberta, sed filius libertæ non est de nomine matris. Cur igitur adjicitur? Plerumque filius matris nomen assumebat. Is §. pendet ex paragraph. qui præcedit, §. *libertis*, scilicet. Ut intelligatur, quomodo ponenda species, sciendum est, testatorem, qui vetat alienationem rei immobilis, quia de illis fiebat tantum prohibitio, vel toti familiæ suæ consulere, quo casu omnes vocantur, de quibus dictum est, gradatim scilicet, vel prohibitione prospicit parti tantum, ut familiæ liberorum tantum, *l. qui solidum*, §. *pen. lib.* 3. Et eo casu soli liberi invitantur, vel etiam consulit familiæ posterorum, id est, posthumorum, sicut in *fin. hujus* §. vel familiæ hæredum tantum suorum, vel familiæ libertorum, ut in eo §. *libertis*, vetat alienare ex familia libertorum. Finge: legavit fundum Primo, Se-

cundo, Tertio, Quarto, collibertis, ita ut ne alienaretur extra familiam eorum. Primus alienavit: hoc casu reliqui tres admittuntur, et vindicabunt jure fideicommissi, si post Secundus etiam alienaverit suam partem, Tertius tantum et Quartus vocabuntur, non Primus. Is enim fideicommisso excidit, quia contra voluntatem testatoris fecit. Sed si omnes simul alienaverint, nihil etiam petent. Sic etiam consentientes alienationi, non habent persecutionem fideicomissi, non etiam adsignantes *Nov.* 159. *l. quoties, Cod. de fideicommis.* Hoc cognito: pone: legavit libertis ita, *ne alienarent ex familia libertorum.* Inter libertos est liberta. Quæritur, an filius libertæ si hæres matri extiterit, partem ejus retineat quamvis non sit ex ejus nomine? Videtur quod non: nam qui prohibetur alienare, prohibetur etiam vendere, donare, commutare, in hæredem extraneum transferre, *d. l. peto*, §. *frater*, *tit. prox.* nisi prohibeatur quoad vixerit, *l. pater*, §. *fundum*, *lib.* 3. filius libertæ est hæres extraneus. Igitur non poterit partem libertæ retinere. Aliud tamen respondetur in §. *inter.* Ad hoc respondetur. Non prohibetur in ea specie generaliter et in infinitum, ne fundus exeat de familia, sed ne exeat de familia ex corpore libertorum. Hic præceptum strictus accipitur. Ideo libertorum quidem nemo partem suam alienare potest, aut si alienet, ceteri vocantur: at quisquis suis hæredibus suam partem relinquere potest, licet sint extranei. Confirmatur hoc *l. pater*, §. *filiam*, *inf. lib.* 3. Instituit quis hæredem filiam, deinde cavit, *veto fundum alienare de nomine meo, sed ad libertos pertinere volo.* Soli liberti videntur esse legatarii, id est, fideicommissarii. Pone hæredem scriptum decessisse, deinde libertos. Unus tantum remansit. An hic totum fundum obtinebit? Minime, sed virilem tantum partem obtinebit: nam reliqui videntur portiones suas in suos hæredes transmisisse. Eadem est ratio §. *quindecim*, *d. l. cum pater.* Vetuit quis libertos fundum alienare aliis, qui non essent ex eodem corpore, hoc est, collibertis. Unus ex iis partem suam vendidit colliberto secundo. Secundus hæredem extraneum reliquit, an in eum partem transmiserit, quæritur? Lex ait, transmissam eam partem in hæredem, quia et partem suam videtur transmisisse. Nam non est distinguendum inter partem suam et partem emptam. Igitur hæc præcepta videntur conferri in personas certas, et strictim accipiuntur, sicut si testator nominatim legasset certis personis ex familia. Verum si testator certis nominatis, etiam familiæ legaverit, hoc fideicommissum late patet, dicemus esse in rem et generale: verum nominati priores admittentur, tum sequentes, ut quisquis proximior fuerit, nisi alia fuerit mens defuncti, *l. omnia*, §. *ult. inf. tit. prox. et l. is, qui cum plures, lib.* 3. Igitur præcepta hæc sive prohibitiones, vel generaliter, et in rem concipiuntur, vel in personas certas, inter quæ differentia est. Hic notanda sunt duo. Primum ex *Nov.* 159. *de restitut. fideicommiss.* quod etiamsi præceptum hoc conceptum sit generaliter, tamen non extenditur ultra quartum gradum. Secundo, hoc præcepto etiam prohibitam videri Falcidiam, *Nov.* 119 §. *ult.* His verbis prohibetur permutatio, venditio, donatio, in hæredem extraneum transmissio. Item pignus, *l. ult. Cod. de reb. alien. non alienand.* Hypotheca, emphiteusis, ususfructus constitutio, servitutis impositio. Etiam Falcidia prohibetur, nam potest hodie prohiberi ex *Nov.* 1. et videtur prohiberi, si fundum ab hærede legatum nolit alienari: nam non poterit hæres ex eo legato Falcidiam detrahere, quia Falcidiæ detractio est alienatio partis. Nunc nudum præceptum definiamus. Est autem nudum præceptum, quod vim non habet fideicommissi, ut si simpliciter vetet alienari, et non appareat neglecto illo præcepto, ad quem rem illam velit pertinere. Ex 12. tabulis potest pubes civis Romanus hæredem testamento instituere, tutorem dare, libertatem dare, legare, fideicommittere. Hæc præcepta de non alienando frustra dat, nisi in casum fideicommissi. Præceptum valet, si fiat respectu familiæ liberorum, posthumorum, libertorum, hæredum, ut *in l. pen.* §. *instituto, tit. prox.* Itemque in *leg.* 2. *Cod. pro empt.* Præceptum etiam valet, si fiat respectu fisci vel civitatis, id est, si rem alienatam significet velle se ad fiscum pertinere, *l.* 1. *C. debitor. vendit. pignor, imped. non poss. l. pater*, §. *fundum*, *inf. lib. tert.* respectu Reipublicæ, *d. l. pater*, §. *quindecim.* Nudum autem a fideicommisso præceptum nullius est momenti: nam consilium est potius: ita appellatur in *leg. generaliter*, §. *petitum, inf. de fideicommiss. lib.* Quia consilium dabat hæredi, talem servum retinere, cum scilicet simpliciter vetaret servum alienari, *l. cum pater* §. *mando*, *titul. proxim.* Ideo qui facit adversus nudum præceptum, non videtur facere adversus voluntatem testatoris *l. pater*, §. *Julius*, *in fin. lib.* 3. Idem ostenditur in *l. pater*, §. *Julius, et l. Lucius*, *in princip. eodem*, Species: Julius primipilaris, id est, erat functus primipilo, *l.* 8. §. *ultim. de excusat. tutor.* Primiplus erat, ad quem pertinebat distributio annonæ militaris, inde pastus primipili in *l.* 3. *et* 7. *C. de cohortalib. lib.* 13. id est, annona. Græci lib. 9. Basilicon titul. 9. sic definiunt: πριμιπιλόν ἐστι τὸ τοῖς πρώτοις ἀκοντισταῖς στρατιώταις διδόμενον σιτηρέσιον ὥστε διανέμειν τοῦτο αὐτοῖς. *Primipilus est quæ primis hastariis militibus legioni datur annona, ut distribuatur militibus.* Primipilaris instituit hæredem filiam, et cavet, *ne alienaret reliquias suas*, id est, momentum et prædium suburbanum, non ad-

jecit, ut illa in familia remanerent. Nudum est præceptum. Ideo si qua huic filiæ institutæ neptis hæres extiterit, et extraneus nepti, hic præfertur Juliæ dominæ, quæ habuit Julium Agrippam patruum majorem, idque ideo, quia præceptum nullius momenti est. Est etiam nudum præceptum in *l. pater*, §. *pen. lib.* 3. filios hæredes scripsit, et cavit, *ne alienarent prædia, ut ea conservarent successioni suæ*: Adjecit *ut de eo filii inter se caverent*. Quæritur, an videantur illa prædia relicta per fideicommissum? Scævola ait, de fideicommisso nihil ostendi. Igitur nudum est præceptum. Dicendum, testatorem non habuisse rationem certæ personæ, sed incertæ, id est, successionis. Incertum autem quis sit successurus, *l. sciendum, de verb. signific. l. qui liberis*, §. *hæc verba, de vulg. et pupill. substit.* Nudum etiam erit præceptum, si dixit, *lego tibi fundum, nec alienato fundum, si alienaveris Cajo* 100. *dari volo*, nudum est, quia non ille ipse fundus Cajo relinquitur, sed 100. quæ Cajus etiam non capiet jure antiquo quia sunt relicta pœnæ causa, §. *ult. de legat.* At si in casum alienationis illum ipsum fundum reliquerit Cajo, nudum est præceptum, *l.* 1. *C. deb. vend. pign. imped. non. poss.* Videtur igitur hoc modo olim pœnæ causa relictum valuisse; sed exigimus, ut in eum casum eum fundum relinquat a legatario: nam si in eum casum, quo alienaret legatarius eum fundum reliquerit ab hærede, tum hæres oneratur, non legatarius, et primum tenetur legatario, deinde legatario alienante, tenetur fideicommissario. Ideoque hoc casu hæres debet sibi cautione prospicere, id est, non debet dare legatario, nisi caveat de non alienando, *l.* 3. §. *si quis ita, de adim. leg.* Ait in vers. *Sed hæc neque creditoribus, etc.* prohibitionem alienationis creditoribus nocere non debere. Ideoque rem pignori obligatam a defuncto creditor vendere potest, licet debitor eam alienari prohibuerit, quia hæc prohibitio non potest creditori damno esse, et si ita res sit alienata ex necessitate ob æs alienum defuncti, hæres vel emptor non tenentur fideicommissario, *l. qui solidum*, §. *ult. tit. prox. l.* 1. *Cod. deb. vend. pign.* Alioquin re alienata contra præceptum testatoris, fideicommissario persecutio, tam in hæredem, quam in emptorem hoc casu non dabitur. Nam hæc prohibitio non potest minuere jus creditoris. Idem si propter testatoris creditores bona hæredis veneant. Sciendum, creditores defuncti, cui hæres aliquis existit, posse bona non quidem defuncti nomine, sed hæredis vendere, quoniam hæres succedit in omne jus defuncti. Hærede latitante, possunt creditores bona vendere ex edicto prætoris, sed ea vendunt hæredis, non defuncti nomine, §. 1. *de hæred. qual. et differ.* Tenetur etiam hæres ultra vires hæreditarias, *l. quæ dotis sup. sol. matrim.* Ideo ait in h. §. *hæredis bona*, id est, hæredis nomine. Si igitur bona vendi prohibita, hoc modo venierint distrahentibus creditoribus, cessat petitio fideicommissi, quia alienatio necessaria est nec potuit testator jus creditorum deterius facere. Quin etiam hæres poterit ea bona ultra alienare æris dissolvendi causa, si aliter non posset, *l. pater*, §. 1. *inf. lib. ter.* Denique hæc prohibitio alienationis creditoribus fraudi esse non debet. Ait *fideicommissarii*, id est, ii, ad quos testator bona pervenire voluit, si alienarentur. Hi communem fortunam sequuntur, id est, in eodem sunt casu, distractis bonis a creditoribus, quo et hæredes ipsi, commune est damnum, communis fortuna. Male quidam legunt ita: *Nam si propter hæredis creditores bona testatoris venirent*: Primo enim fieri non potest ut propter creditores hæredis, testatoris bona veneant, quæ jam sunt facta hæredis propria. Testatoris bona venire, est nomine testatoris venditionem fieri: hoc vero tantum abest ut fiat propter hæredis creditores, ut nec propter testatoris creditores fiat. Præterea propter creditores hæredis facta alienatione bonorum verum quidem est, sustineri et cessare interim fideicommissi petitionem, eo tamen mortuo peti poterit. Ita Azo et omnes fere accipiunt *l. peto*, §. *prædium, inf. tit. prox.* Igitur retineamus Florentinam lectionem: *nam si hæredis bona propter testatoris creditores venirent.* Ait præterea §. hujusmodi præcepta nec fisco fraudi esse debere. Accursius ita accipit: fisco, creditori scilicet hæreditario. Reprehenditur recte: nam lex ait, neque creditoribus, neque fisco. Si non adjecisset, neque fisco, tum fiscus fuisset creditor. Alii sic accipiunt, fisco scilicet vindicante bona quasi publicata. Hoc non probo: nam si ponas bona publicata ex delicto testatoris, totum testamentum irritum est, *leg.* 6. *sup. de inj. rupt.* testamento toto irrito, ineptum esset disputare de parte, veluti de prohibitione alienationis. Quod si ponas bona publicata ex delicto hæredis, id etiam non convenit: nam si creditores accipis pro creditoribus hereditariis, consequenter debes etiam accipere fiscum eodem modo, cui scilicet res sit cum hæreditate ipsa, non cum hærede. Præterea bonis publicatis ex delicto hæredis non omnino repelluntur fideicommissarii, maxime venientes post mortem hæredis. Hi enim evincent a fisco, *d. l. peto*, §. *prædium*, *l. Statius, in fin. inf. de jure fisci*, *l. cum pater*, §. *hæreditatem*, *tit. prox.* Ego puto, hunc locum esse interpretandum ex jure antiquo, relicto per Tribonianum per incuriam. Fiscus ex omnibus hæreditatibus lege Julia capiebat vicesimam partem, nisi liberis aut parentibus institutis, hi habeant assem. Plinius in Panegyrico ad Trajanum. Dicitur hæc vicesima, necessarium vectigal,

Paul. in 4. *Sentent. tit. de vices.* Huc spetat *l. ult. de edict. D vi Adrian toll.* Plinius in 7. Epist. *quanti a publicanis vicesimam emisti ?* Igitur prohibita alienatione bonorum, tamen fiscus semper vicesimam capiet. Ea semper intelligitur excepta. Sicut ante *Nov.* 119. quod facta fuisset alienationis prohibitio, non ideo minus hæres Falcidiam detrahebat. Igitur hæc præcepta non sunt fraudi creditoribus, quominus pignus distrahant, non etiam fisco, quominus vicesimam detrahat ex jure antiquo nec etiam fraudi hæredi, quominus quartam partem detrahat. Species: filium instituit hæredem, ex quo erant tres nepotes, filii fideicommisit, ne alienaret fundum, et in familia relinqueret. His verbis palam reliquit fideicommissum nec est nudum præcetum, ut in *l. pater*, *ad leg. Falc.* Postea hic filius duos ex nepotibus hæredes instituit, unum exhæredavit, et fundum extraneo legavit. Instituti hæredes contra voluntatem legantis nihil tentabunt, verum exhæredato dabitur persecutio fideicommissi, quia et legatum et donatio prohibita intelligitur. Atque ita etiam locum facient ceteris. Ita refertur rescriptum ab Imperatoribus. Additur idem omnino scripsisse Marcellum, si unum instituit, et duos exhæredavit, et fundum extraneo legavit; nam exhæredatis hoc casu dabitur petitio fideicommisi, licet sint emancipati, quoniam hi nomen non amittunt. At finge: tres illos nepotes filius hæredes instituit, neque eum fundum legavit extraneo: satisfecit voluntati defuncti. Nam fundus perveniet ad nepotes. Verum in ponenda ratione Falcidiæ hæredes solent deducere, quod defunctus eis debuit, licet obligatio aditione confusa sit. Sed cum est ineunda ratio Falcidiæ, id quod hæredibus deducitur, ab iis quasi præcipuum retinetur, tum ex reliquo Falcidia deducitur, *l. in ponenda, C. ad leg. Falcid.* Hoc igitur casu in ponenda Falcidia, deducent illum fundum quasi debitum omnibus a patre, *d. l. pater fundum*. Quid dicemus si illi nepotes sint instituti ex disparibus partibus, an poterit institutus ex minore parte petere fideicommissum a reliquis, ut scilicet habeat æqualem partem? Minime. Quia filius hic satisfecit voluntati defuncti, fundum reliquit in familia. Itaque cessat fideicommissum. At vero potuit hic filius uni ex filiis suis relinquere hunc fundum in solidum. Igitur non debet queri, sicque non debetur omnibus; nam si omnibus deberetur, omnibus esset relinquendus: quin etiamsi unum ex nepotibus instituerit hæredem, ceteros exhæredaverit, et fundum extraneo non leget; exhæredatis non dabitur petitio fideicommissi, quoniam fundus est in familia, et per consequens pertinet ad hæredem. Hic quærunt Interpretes, an testator possit etiam vetare, *ne hæres alienet rem propriam?* Nihil est, quod facilius possit expediri. Hæc prohibitio est fideicommissum. Res hæredis potest per fideicommissum relinqui. Igitur poterit vetare ne hæres rem alienet, servet quibusdam. Denique potest hæres prohiberi, ne servum proprium manumittat, *l.* 9. *in fin. de manumiss. testam.* Cur igitur non poterit prohiberi, ne rem suam alienet? Male enim Interpretes statuunt differentiam inter servos et fundos, *l. generaliter*, §. *si petitum, de fideicommiss. lib.* Hoc tantum proprium est in servo, ut possit ejus alienatio prohiberi, etiamsi non fiat alterius respectu: tractant etiam hic Interpp. de prohibitione alienationis in contractu facta, cujus quæstionis locus est in *l. ea lege, C. de cond. caus. dat.*

Ad L. CXV. et CXVIII.

L. CXV. Etiam hoc modo, cupio des, opto des, credo te daturum, *fideicommissum est.*

L. CXVIII. Et eo modo relictum: exigo, desidero uti des, *fideicommissum valet. Sed et ita:* volo hæreditatem meam Titii esse, scio hæreditatem meam restituturum te Titio.

Est de verbis fideicommissorum, quæ dicuntur precaria vel inflexa, ut *fideicommitto*, *rogo*, *peto*, *volo*, *mando*, §. *ult. de singul. reb. per fideicommiss. l.* 2. *C. comm. de leg.* Directa sunt, do, lego, damnas esto, præcipito, sumito, habeto. Quibus verbis etiam leges solent scribi. Habentur etiam pro precariis hæc, cupio, opto, credo, scio, confido, exigo, desidero, non dubito, deprecor, injungo, impero, jubeo. Hæc enim sunt precaria vel optativa: nam jubeo, id est, rogo. Jubeo te solvere. Paulus 4. *Sent. tit.* 1. *l. alumnæ, de alim. legat.* Certus sum (ubi adjicitur hic modus, quamdiu advixerit, id est, vixerit. Quidam faciunt unum verbum, *advixerit*. Dicendum, *quamdiu ad*: sicut quoad, *l. Aurelius*, §. *testamento* 2. *de liber. leg. Donec ad*, *dum ad*) In *l. generali*, *in princ. inf. de usufr. leg.* nullum est fideicommissum, quia nullum est tale verbum, quod inducat persecutionem, sed dixi tantum puto, non scio, credo, confido. Illud verbum relinquitur arbitrio hæredis, sicut commendo, *l. ex verbo*, *C. de fideicomm. libert. l. Thais*, §. *Lucius*, *inf. hoc tit. l.* 11. §. *si ita quis, inf. lib.* 3. Paulus etiam loco citato, ait, verbum *relinquere*, non facere fideicommissum. Quod tamen non sequimur. In *l. testato rem*, §. 1. *inf. lib.* 3. nullum etiam est fideicommissum, quia non sunt talia verba, tantum dixit, dirigens sermonem ad libertos. *curate agros attendere, ita fiet, ut filius meus filios vestros vobis condonet*. Filiis libertorum non videtur relicta fideicommissaria libertas. Videbitur

quidem relicta si de mente constet, licet desint verba: nam et nutu relinqui potest. In *l. pater*, §. *pen. lib.* 5. nullum etiam est fideicommissum, hoc ideo, quoniam ibi testator habuit rationem incertæ personæ.

L. 116. *princ.* explicatum est in *princ. h. t.*

§. 1. in *l.* 17. §. *ult. sup. eod.*

§. *pen. et ult.* in *l.* 38. §. *si legatum, sup.*

Ad §. 2. *Alienus L. CXVI.*

§. 2. *Alienus servus hæres institutus legari ipse a se nec totus, nec pro parte potest.*

Notandum, alienum servum recte hæredem institui, et ab eo legari, sed an ipse servus a seipso potest alteri legari? an quid potest ab eo legari? Minime, quia natura non videtur pati ut idem sit hæres et res legata, sed aliud est hæres, aliud res legata, aliud legatarius. Notandum tamen a domino hujus servi, hunc servum posse alteri per fideicommissum relinqui, quia tale fideicommissum ex persona domini vires accipit. Eadem ratione licet servo hæredi instituto a seipso non possit legari, poterit tamen a domino ejus fideicommissum ei relinqui, *l. cum filiof. sup. h. t.*

Ad L. CXIX.

Si servus vetitus est a testatore rationes reddere, non hoc consequitur, ut ne, quod apud eum sit, reddat, et lucrifaciat, sed ne scrupulosa inquisitio fiat, hoc est, ut negligentia ratio non habeatur, sed tantum fraudum. Ideo et manumisso non videtur peculium legari per hoc, quod vetitus est rationes reddere.

Notandum, quæ sit vis hujus præcepti, si testator *vetet servum actorem testamento manumissum rationes reddere*: an videtur ei legatum peculium? Minime: in *l. dominus Sticho*, §. *ult. inf. de pec. leg.* In ea specie servos actores jussit esse ἀνεξετάστους, id est, solutos rationibus reddendis: ait, eis non videri legata peculia. Verum, an videntur eis remissa reliqua rationum? aut an videtur remissum, quod servus dolo malo intercepit? Minime. Itaque reddet reliqua, reddet etiam quod ejus fraude interversum est. Habet igitur eam vim, ut ab eo rationes scrupulose non exigantur. Idem generaliter dicendum, si rationem redditio remissa sit procuratori, tutori, curatori, negotiorum gestori, *l. cum tale*, §. 1. *de cond. et demonstr. et tit. de liberat. leg. l. Aurelius.* §. *Mevia*, Testator voluit tutorem suum liberare actione tutelæ, dixit, rationem tutelæ ab eo reposci nolo. Quæritur, an pecunia, quæ ex tutela remansit, possit repeti, an vero possit eam retinere? Respondet Scævola, nihil proponi, cur ea pecunia legata videretur. Id Scævola scribit libro Digestorum. Aliud scribit libris Responsorum. In *l. ult.* §. *Titia, eod.* ponit omnino eandem speciem iisdem verbis: nam Scævola, quæ scripsit libris Digest. repetiit libris Responsor. Sic est *l. pater*, §. *Julius, et l. Lucius, lib.* 3. Igitur eadem est species. Respondet tamen, nihil proponi, cur non pecunia legata videretur. Verum illa negatio delenda est. Id suadent principia juris.

Ad L. CXX.

Nihil proponi, cur prohibeatur hæres ædificia distrahere, quorum reditus sportulæ sunt relictæ: salva tamen causa legati.

Ex principio notandum, sportulas fuisse legatas ex reditu ædificiorum: in alimenta puta puerorum, vel puellarum plebejarum. Sæpe alimenta relinquuntur a re certa, ut in *l.* 7. §. *pen. sup. de usufr.* (*une rente*) Sic in *l. cum mihi*, §. 1. *sup. de transact.* Legavit igitur sportulas pueris, vel etiam sacerdotibus. Diaria sacerdotum sunt sportulæ in *l.* 5. §. *ultim. et l.* 6. *sup. de don. inter vir. et uxor.* Dicit sportulas, et appellat ibi id, quod novus decurio, dum recipitur in curiam, dat commilitonibus pro introitu. Quæritur autem hic, an hæres possit distrahere ea ædificia, ex quorum reditu sunt sportulæ? Ait, posse vendi cum sua causa, id est, onere sportularum.

§. 1. expositus est in *l.* 92. *in princ. sup.*

Ad §. *ult. Fructus.*

Ex fine legis notandum, ex legato vindicationis vindicari fructus a legatario ab adita hæreditate, *l.* 39. §. *fructus, sup.* Additur, legatarium, cui legatus est fundus, colonum etiam posse expellere, vel legatarius ædium poterit expellere inquilinum. Et hoc detrimentum erit hæredis: nam hæres tenebitur colono ex conducto. Ceterum legatarius eum expellet jure, *l. qui fundum, sup. loc.* Emptor etiam jure expellet colonum, nisi ea lege emit, ut relinqueret eum, sed colonus habet actionem adversus venditorem, in *l. si merces*, §. *fundum, eod. l. emptorem, C. loc.* Sic etiam fructuarius jure expellit colonum, *l. arbores*, §. 1. *sup. de usufr.* Nec mirum: nam colonus conductor non habet jus in rem, tantum agit in personam. Ex eo paret emphyteutam non posse expelli: nam habet jus in rem. Quin etiam conductor ædium non poterit expelli, si ædes illæ sint ei specialiter obligatæ conductionis nomine, id est, nisi staretur locationi: tunc enim habet jus in rem. Jus pignoris habet et

vindicationem, hoc est, Servianam, quæ fuit sententia Bart. et Joan. Papon.

L. 117. exposita est in *l.* 52. §. *ult. sup. eod.*

§. 1. in *l.* 16. §. 1. *sup.*

§. *ult.* in *l.* 26. in *princ. sup.* explicatus est.

Ad L. CXXIII.

Lucius Titius cum duos filios hæredes relinqueret, testamento ita cavit*: Quisquis mihi liberorum meorum hæres erit, ejus fidei committo, ut si quis ex his sine liberis decedat, hæreditatis meæ bessem cum morietur, fratribus suis restituat. *Frater decedens fratrem suum ex dodrante fecit hæredem, quæro, an fideicommisso satisfecerit. Marcellus respondit, id quod ex testamento Lucii Titii fratri testator debuisset, pro ea parte qua alius hæres extitisset peti posse: nisi diversum sensisse eum probaretur: nam parum inter hanc speciem interest: et cum alias creditor debitori suo extitit hæres. Sed plane audiendus erit cohæres, si probare possit, ea mente testatorem hæredem instituisse fratrem suum, ut contentus institutione, fideicommisso abstinere deberet.

Species: Primus frater rogatus est Secundo fratri restituere partem hæreditatis post mortem suam. Deinde Primus secundum hæredem instituit ex parte, adjecto cohærede alio. Notandum, non ideo minus Secundum posse petere fideicommissum, licet sit institutus a fratre, nisi probet cohæres, Secundum fuisse institutum a fratre compensandi fideicommissi causa: hoc nisi probet, Secundus capiet hæreditatem fraternam, at hoc amplius petet fideicommissum pro parte cohæredis: nam pro sua parte confunditur obligatio. Idem, in quolibet creditore instituto ex parte: nam nisi probetur testatorem compensare voluisse, creditor pro parte cohæredum, habet crediti petitionem *l. si compensandi, Cod. de hæred. institut.*

§. 1. expositus est in *l.* 103. *sup. eod.*

Ad L. CXXV.

Si hæres centum præcipere jussus sit, et restituere hæreditatem, et patronus bon. poss. cont. tab. petierit: sicut legata, ita præceptio pro parte, quam patronus abstulit, minuetur.

Species: Patronus preteritus est testamento liberti, alio hærede instituto ex asse: hoc casu patronus habet bon. poss. contra tab. in semissem ex jure antiquo, hodie in trientem. Hæc ablatio semissis minuit legata. Item, præceptiones, id est quod hæres præcipere jussus est a fideicommissario: nam si hæres sit rogatus restituere hæreditatem præceptis 100. hoc casu non præcipiet nisi 50. quia et semissem tantum restituit. Idem est in lege Falcidia. Lex Falcidia minuit legata, minuit etiam illas præceptiones: nam si hæres sit rogatus præceptis 100. et utatur Falcidia, non præcipiet nisi 75. *l. Plautius in fin. ad leg. Falc.* ibi citatur Neratius: qui etiam citatur in *l. facta* §. *si Titius, ad Trebell.* Hæ præceptiones non capiuntur conditionis implendæ causa: ea enim sine ulla diminutione capiuntur, *d. l. Plautius.* Similiter, si legata sint diminuta per legem Falcidiam, diminuitur etiam fideicommissum a legatario relictum, *l.* 97. *sup.*

Ad L. CXXVI. §. 1. Huc pertinet *l. ult.* §. *ult. lib.* 3. qui depravatissimus est, ut ostendi Observat. 3. cap. 9.

Ad L. CXXVII.

A fratris posthumo fideicommissum dari potest. Sola enim voluntas servatur in fideicommissis. Et obtinuit Galli sententia, alienos quoque posthumos legitimos nobis hæredes fieri.

Fideicommissa possunt relinqui ab intestato, an et a posthumo ab intestato? Sic sane, si modo natus nobis sit futurus hæres ab intestato *l.* 1. §. *pen. inf. lib.* 3. Idque, sive sit posthumus suus, sive alienus, ut fratris posthumus, qui mihi suus non est, sed agnatus. Hic ab intestato mihi succedere potest, etiam si mortis meæ tempore natus non fuerit, succedet lege, ut Gallus ait. Igitur posthumus alienus non tantum est bon. poss. ab intestato, sed etiam hæres. Poterit igitur ab eo fideicommissum relinqui. Paul. 4. *Sent. tit* 1. Idque, sive sit suus, sive alienus. Nam alienus posthumus, licet non possit esse hæres ex testamento (suus autem potest, et posthumus Vellejanus) tamen institutus erit bon. poss. *l. posthumus, inf. de inoff. test.* Potest autem a bon. poss. ab intestato fideicommissum relinqui, *l.* 3. *sup. de jure codicill.* Cur igitur non poterit etiam a bon. possessore ex testamento fideicomm. relinqui? Igitur a posthumo instituto, sive suo, sive alieno potest fideicommissum relinqui, sicut et ab eo, qui venturus est ab intestato. Et quod utitur auctoritate Galli, nihil habet commune cum *l. Gallus, de liber. et posthum.* hæc l. est de posthumis alienis. Item *l. Gall.* est de posthumis instituendis, hæc est de posthumis succedentibus ab intestato, a quibus dicitur fideicommissum reliquisse.

L. ult. exponetur in *tit. de his, quib. ut indign. l.* 2.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. I. Libri XXXI. Digest. De Legatis 2.

Ad L. I.

In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio, potest: quid enim interest, si Titius in Capitolium ascenderit, *mihi legetur*, *an*, si voluerit?

§. 1. *Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillæ*, arbitrio tutorum: *neque conditio inest legato, neque mora, cum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum, pro viri boni arbitrio accipi; quæ enim mora est in boni viri arbitrio, quod injectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii.*

In l. 1. lib. 2. de legat. vertitur hæc species, an legatum possit conferri in arbitrium alterius: cujus distinguendæ causa Ulpianus separat liberum arbitrium ab arbitrio justi et boni viri, et de arbitrio libero ait, *in arbitrium alterius, etc.* Sequitur de arbitrio boni viri, *sed cum ita legatum sit, etc.* Igitur priori loco Ulpianus ait, in liberum arbitrium conferri legatum posse hoc modo, *si Cajus voluerit* Titio fundum do lego; aut, *si Cajus in Capitolium ascenderit Titio fundum do lego;* nihil enim referre hoc an illo modo legetur. Adversatur *l. nonnunquam, inf. de condit. et demonstr.* in qua Modestinus multum referre ait: si his verbis mihi legetur, *si Cajus voluerit*, aperte legatum poni in voluntatem Caii, et hoc fieri inutiliter: illis autem verbis, *si in Capitolium ascenderit*, recte et obscure poni in voluntatem Caii, et hoc fieri utiliter, *l. servo 47. in fine, de condit. et demonstrat. l. si quis Sempronium inf. de hæred. instit.* orationis forma mutat effectum rei, mitigat sæpe tristitiam aut turpitudinem rei, ut in actione rerum amotarum, et actionibus in factum, quæ verbis temperantur ne sint turpes, licet res de qua agitur sit turpis: eademque ratione Modestinus putat referre, *si Cajus voluerit: an, si Capitolium ascenderit.* Itaque videtur hac in re Ulpiani cum Modestino esse magna altercatio. Ulpianus ait, ut le esse legatum, si mihi legetur hoc modo, *si Cajus voluerit*: contra Modestinus ait, inutile esse. Ulpianus ait nihil referre, *si Cajus Capitolium ascenderit*, an *si voluerit.* Modestinus contra: omnem pugnam dirimunt hæc Ulpiani verba, *veluti conditio*, quæ sunt in hac *l. 1. legatum potest conferri in liberum arbitrium, veluti conditio*: secundum quæ verba ita distingue: aut principalis origo et constitutio legati ponitur in mera voluntate alterius, ut is sit auctor dandi legati, et hoc si sensit is qui sic mihi legavit, *si Cajus voluerit*, is si totum posuit in voluntate Caji, inutile legatum est, *d. l. nonnunquam*, quia cum testamentum sit voluntatis nostræ testatio, quæ in eo scripta sunt, non aliter rata testamentove scripta videntur, quam si ex nostra voluntate originem capiant: aut his verbis, *si Cajus voluerit*, injicere testator conditionem voluit legato, et hoc casu valebit legatum: legatum enim non tantum eam conditionem recipit quæ in casum confertur, et vulgo casualis appellatur, sed etiam eam quæ confertur in factum alterius, veluti, *si Cajus Capitolium ascenderit*, vel quæ in voluntatem alterius, *si Cajus voluerit*, et conditionem facit voluntas defuncti sola, non figura verborum, *l. in conditionibus*, §. 1. *inf. de condit. et demonstr.* Nam non ad verba, sed ad ea quæ ex verbis testator intelligi voluit, testatori obtemperandum est: atque ita fit ut hæc verba, *si Cajus voluerit*, ex mente defuncti accipienda sint, et modo faciant conditionem, modo non faciant. Porro si his verbis, *si Cajus voluerit*, testator in conditione legatum ponere voluit, non in mera voluntate alterius, valebit legatum, quia ex arbitrio et mera voluntate testatoris proficiscitur. Hæc autem conditio *si voluerit*, hanc vim habet, ut voluntate testatoris, non accedente voluntate Caji legatum conferatur, ut non accedente voluntate Caji, legatum non debeatur, et hoc est quod ait in hac lege conferri posse legatum, velut conditionem, id est, in vim conditionis, sive conditionaliter, non aliter: et idem ait *l.* 46. §. 1. *inf. de fideicomm. libert.* valet libertas, *si Titius voluerit*, quia conditio potius est. Et ita quoque intelligendus §. *letum l. senatus, de legat* 1. legatum poni posse in voluntate aliena, videlicet si pro conditione id habeatur, et ita Joannes sensisse videtur. Rogerii error manifestior est, quam ut argumento convinci debeat: respondebo breviter. Nos priorem partem hujus legis facimus de libero arbitrio, posteriorem de arbitrio boni viri: Rogerius priorem partem facit, *si Cajus arbitratus fuerit, Titio do lego*: posteriorem de hac oratione, *arbitrio Caji, Titio do lego*, ergo utraque pars, atque adeo tota lex est de arbitrio boni viri: nam his verbis: *Si ille arbitratus fuerit*, significatur arbitrium boni viri, *l. ii*, §. *quanquam autem, inf. lib.* 3. Perspicuum est totam legem non esse de arbitrio boni viri. Idem hæc verba, *quid enim interest, si Titius in Capitol. ascenderit*, ait non esse interrogantis, et *quid* accipi, pro *aliquid*: ac si diceret Ulpian. aliquid interesse, *si Cajus voluerit*, et *si in capitolium ascenderit*, quod est

falsum. Quis præter eum idem senserit, non invenio. Acc. inter Joannem et Rogerium interponit se medium, et quasi temperatorem. Quod autem nove Anton. Augustinus scripsit, Ulp. in hac l. 1. loqui de voluntate legatarii, aperte est falsum: repugnant enim hæc verba, *quid enim interest, etc.* ponit mihi legari, et legatum poni in voluntate Titii, non mea, loquitur ergo de voluntate extranei; et sane tota lex est de voluntate extranei, non hæredis, non legatarii, de quibus infra. Idem etiam falso opinatur ex *cap. cum tibi est de testamentis*, hodie institutionem collatam in arbitrium alterius valere: neque enim id in universum eo capite definitur, quod species indicat, benigne datum hoc erat Episcopo Altissidiorensi, ut clericorum intestatorum bona dispensaret suo arbitratu. Quidam clericus non hæredem sibi scripsit, sed dispensatorem, cui rerum suarum divisionem et erogationem permisit, an est intestatus? jure est intestatus qui hæredem non scripsit: sed in hac causa, ne dispensationem sibi vindicet Episcopus, pro intestato non habebitur. Est igitur in d. constitutione pro privilegio Episcopo concessa contra rationem juris scripti dispensatio; sed persequamur quod est de arbitrio boni viri, et utamur utriusque arbitrii collatione inter se: liberum arbitrium, quod ἀντεξουσίαν vocant, voluntate libera, nulla necessitate continetur, arbitrium boni viri vinculo æquitatis continetur: liberum arbitrium alterius, vel quasi conditio legato injicitur, vel quasi mora: puta donec ille auctor et fundus dandi legati fuerit, arbitrium boni viri neque conditionem, neque moram facit, ut si arbitrio tutoris pupillo sint legata alimenta, vel si arbitrio tutoris pupillæ legata sit dos, quia modus legati viri boni arbitrio constituendus est, statim constat alimenta deberi, et dotem pro dignitate natalium, pro numero liberorum; hæc enim est constitueudæ dotis ratio æquabilis, et hoc genere nemo dubitat legatum posse conferri in arbitrium alterius: in liberum arbitrium non potest, nisi ut conditio, in liberum arbitrium conferatur arbitrium boni viri, sic confertur arbitrio illius dati: nam in testamentis arbitrii vocabulum pro boni viri arbitrio sæpe accipitur, idque constat inter omnes, et hoc est quod definitur hac lege, *cum placeat legatum, etc.* non dicit placere legatum, sed placeat omnibus prudentibus, quod confirmat *l. si filiæ inf. lib. 3. l. 5. inf. de alim. leg.* ait, *in testamentis*: non enim sic fit in stipulationibus, arbitrii vocabulum non semper accipitur pro arbitrio boni viri, *l. 43. inf. de verb. oblig.* Hæc satis de arbitrio extranei. Videamus jam de arbitrio hæredis et legatarii: constat legatum posse conferri in arbitrium legatarii etiam his verbis, *ei si volet, do lego*, quia in legatario hæc verba sæpe pro conditione accipiuntur, *l. si ita legatum, §. 1. sup. lib. 1. l. si ita expressum, inf. de condit. et demonstr.* in hærede distinctione utimur, nam in arbitrium hæredis fatemur tacite legatum conferri posse, *l. 3. hic*, lex ait, *si ita legatum sit, hæres dato, si Capitolium non ascenderit*, quamvis sit in potestate hæredis ascendere, vel non, tamen legatum valet quando conditio est, et quando propalam non est positum in plenam voluntatem hæredis: ideoque, si cum primum potuerit hæres, ascenderit, non debebitur legatum: si non ascenderit, debebitur: et hoc vult lex 3. expressim autem legatum potest conferri in liberum arbitrium hæredis, nam in hærede qui solet obligari præstandis legatis hic sermo, *si voluerit hæres*, non accipitur pro conditione, sed pro principali dispositione, ut in potestate sit hæredis an debeat, an obligatus sit, quod est inutile. Igitur si quis ita legaverit Titio *si hæres voluerit*, non est conditio, *l. utrum, §. cum quidam, de reb. dub. l. senatus, §. legatum, lib. 1.* Non est conditio, ergo est inutile legatum: nam ut in extraneo, ita in hærede sic definiendum est, legatum posse conferri in liberum arbitrium extranei quasi conditionem, simpliciter et absolute non posse: vel sic: legatum poni posse in voluntate extranei, quasi conditione, non quasi principali origine legati: in hæredis autem voluntate semper positum videri quasi principali conditione, ut in ejus sit potestate an debeat. Igitur legatum non potest valere ex nutu hæredis, idemque in fide commisso juris est, *l. 10. et 11. §. sic fideicommiss. lib. 3.* Excipitur tamen fideicommissaria libertas, quæ sola in testamentis valere potest ex nutu hæredis, *l. 46. in princ. inf. de fideicom. libert.* Favor libertatis benigniores sententias exprimit, *l. pœnales infra ad leg. Falcid.* Igitur in fideicommissaria libertate, *si hæres voluerit*, ea verba pro conditione accipi possunt, nisi omnino auctorem dandæ libertatis testator voluerit facere; nam inutile est, *d. l. 46.* et hoc de libero arbitrio hæredis: nam in arbitrium hæredis tanquam boni viri constat indistincte conferri posse legata et libertates, et arbitrii vocabulum esse, arbitrio hæredis dari *l. 5. inf. de aliment. et cib. leg.* aut his verbis, *si hæres arbitratus erit, tibi decem lego, si tibi utile videbitur, si voluntatem meam approbaveris, si te meruerit, si te non offenderit*: nam his verbis videtur intelligi arbitrium boni viri *d. l. 46. d. l. 11. §. sic fide commiss. l. si sic legatum, lib. 1.* Notandum est inter superiores formulas arbitrii boni viri hanc poni in *d. §. sic fideicommissum, si arbitratus fueris*, unde apparet nihil interesse dixerit testator arbitrio hæredis, *an si arbitratus fuerit*: proinde nihil interest dederit arbitrium extraneo, his verbis, *arbitrio Titii, an si Ti-*

tius arbitratus fuerit: nam uterque sermo est purus et pro viri boni arbitrio sumitur, in quo Accursius aberravit, qui hanc orationem conditionalem esse ait, *si Titius arbitratus fuerit*, hanc puram, *arbitrio Titii*, et in priori parte hujus legis agi de priori formula, *si Titius arbitratus fuerit*, cum liquido constet in ea parte agi de mero et libero arbitrio, his verbis, *dato si volueris*. Ergo non agitur in ea parte de hac conditione, *si arbitratus fuerit*, sed *si voluerit*, ad quæ verba dum supplet Accursius *arbitratu*, male facit: hæc verba Accursius contraxit partim ex Joanne, partim ex Rogerio, debuit Joannem totum amplecti, debuit perseverare in eo quod scripserat in *l.* 16. *qui hæres, sup. de acquir. hæred.* hanc esse puram, *si ille arbitrabitur, tibi do lego*: est enim pura, et sive dixerit, *arbitrio illius*, sive *si ille arbitratus fuerit*, utraque oratio est pura, et pro viri boni arbitrio erit. In §. *sic fideicomm. l.* 11. docet, utile esse fideicommissum, si quis ita scripserit, *illi decem dare volo*, nisi *hæres meus noluerit*, quia scilicet non in dando legato, sed post datum legatum mera voluntas hæredis inseritur: plerumque arbitrium quod in dando legato inseritur, pro conditione non habetur, et vitiat legatum, quæ conditio post datum legatum inseritur, vim conditionis habet, et hærede nolente, legatario obstat exceptio doli, si petat legatum, *lege obligationum*, §. *conditio infra de obligationibus, et action.* Ubi tamen hæres voluerit, habet crediti petitionem, *l. si compensandi, C. de hæred. inst.* et constituerit dare, hoc postea non poterit variare: docet etiam recte conferri in arbitrium hæredis, et recte præstari legatum: quod est proditum in *d. l.* 11. §. *quanquam*, et ea quoque verba, *cum voluerit*, legatum faciunt conditionale, sed hoc distat a superioribus verbis, *nisi noluerit*, semel tantum duntaxat velle, aut nolle potest. His autem verbis, *cum voluerit*, hæres subinde mutare sententiam potest, quoniam hæc verba extensiva sunt, id est, tractum temporis habent usque ad supremum vitæ exitum: vivo hærede, licet variare: si vivus nihil constituerit, atque ita decesserit, hæres ejus non tenetur, *l. centesimis*, §. 1. *de verb. obligat.* si constituerit se velle, licet non dederit, hæres ejus non tenetur, *d.* §. *sic fideicommiss.* Inde constat interesse mihi legetur *cum voluerit*, an *si noluerit*: *cum voluerit hæres* mihi legatur recte, et conditionale est legatum: *si noluerit hæres*, mihi legatur inutiliter, quia conditionale non censetur esse legatum, in potestatem poni hæredis ut debeat, *cum voluerit*: in potestatem poni hæredis quando debeat, si voluerit constituit: legatum *cum voluerit*, constitutum legatum in longum profert pro commodo hæredis, si pro ἐὰν, est conjunctio συναπτικὴ, *cum* pro ἐπὰν: et *si* συναπτικὴ, dubitationem significat, *cum*, comprobationem: docet igitur in hæredis arbitrium quasi boni viri omnimodo conferri legatum posse his verbis, *si arbitratus fueris*, vel, *si is meruerit*, *illi dato*, sic legendum in eo §. et in *d. l.* 46. *et l. Thais*, §. 1. *et l. servos*, *de fideicommiss. libertat.* Item his verbis, *si æstimaveris*, *et* aliis similibus in *d.* §. *sic fideicommissum*, *d. l.* 46. *et l. si sic legatum, lib.* 1. item his verbis in *l. Thais*, ἐὰν ἀρέσωσιν. Variis itaque modis conferri potest in arbitrium hæredis tanquam boni viri, non tanquam hæredis, quod utique fit jure, quia collatum videtur in arbitrium æquitatis: æquitas prope est certa.

Ad L. II. IV. V. et VI.

L. II. Quotiens nominatim plures res in legato exprimuntur plura legata sunt: si autem suppellex, aut argentum, aut peculium, aut instrumentum legatum sit, unum legatum est.

L. IV. Neminem ejusdem rei legatæ sibi partem velle, partem nolle, verius est.

L. V. Sed duobus legatis relictis, unum quidem repudiare, alterum vero amplecti posse, respondetur.

§. 1. *Sed si unum ex legatis onus habet, et hoc repellatur: non idem dicendum est: pone eum, cui decem et Stichus legatus est, rogatum servum manumittere, si Falcidia locum habet, ex decem utriusque legati quarta deducetur: igitur repudiato servo, non evitabitur onus deductionis, sed legatarius ex pecunia duas quartas relinquet.*

L. VI. Grege autem legato, non potest quædam sperni, quædam vindicari, quia non plura, sed unum legatum est. Itemque dicemus peculio legato, aut veste, aut argento, et similibus.

In *l.* 2. Paulus docet, enumerationem singularum rerum sive de re legata genus contrahere, et ideo si plures legatæ sint specialiter, plura esse legata, si generaliter, unum. *Quoties*, inquit, *nominatim*, *etc.* Est autem ex Pauli *lib.* 75. *ad ed.* qui totus fuit proprie de stipulationibus, et ideo cum eo libro Paulus id scripsisset de stipulationibus, idem enim valet in stipulationibus, *l. quod dicitur, de verb. obligation.* tot esse stipulationes, quot sunt res quæ stipulatione nominatim exprimuntur, et crediderim Paulum subjecisse quod est in hac lege. Idem dicendum in legatis tot esse legata quot res, quæ nominatim in legato exprimuntur, communem sive generalem dationem unum legatum esse. Effectus autem liquet ex l. 4. unum legatum pro parte scindi non potest, nec divisionem admittit, ut si grex legatus sit, non possunt quædam ejus peti, quædam repudiari. Idem est,

si armentum legatum sit, si polia, vel si chorus, aut familia, idem est, *si supellex*, ut ait *l.* 2. *vel aurum vel argentum*, id est, vasa aurea, vel argentea, *un buffet d' argent*, si peculium aut vestis, aut instrumentum: nam hæc omnia vocabula sunt περιληπτικὰ, et unum legatum constituunt, videnda *l.* 6. *grege legato*, *et idem*, inquit, *dicemus peculio legato*, *aut veste*, est *ex lib. sing. ad l. Falcid.* Quid vero illa sententia Falcidiam? ut scilicet intelligatur, si grege legato legatarius quædam capita respuerit, et repudiaverit, nihilominus hæredem totius gregis quadrantem detracturum, quod indicat *l.* 5. *hic*, *et l. si legatar o*, *inf. de fideicomm. libert.* Unde apparet ad legem Falcidiam hoc maxime pertinere, ut sciamus quando sit unum legatum, vel quando plura, non debet autem nos movere quod dicitur in *l. si chorus in princ. inf. lib.* 3. si chorus, aut familia legetur, perinde esse quasi singuli homines legati sint. Ergo, inquit, sunt plura legata, si chorus legetur; et chorus quid sit ibi Accursius nescit: Ammonius recte, χορὸς δὲ τὸ σύστημα τῶν ᾀδόντων, et quod ibi de choro, idem de grege dici potest, grege legato perinde esse quasi singula capita legata sint, quia scilicet singula debentur, et singula ab hærede peti possunt; non tamen quod singula vindicentur, sequitur plura esse legata. Quinimo id legatum chori scindi non potest: sicut et ex eo quod dicitur in *l. Mævius*, §. *eadem*, *hic*, hominis legatum orationis compendio singulos homines continere, non recte colligas homine legato plura hominum legata esse. Igitur recte Accursius in *d. l. si chorus*, perinde esse quasi singuli homines legati sint, *quoad hoc*, inquit, *ut simul peti possint*, et legato cedant quoad aliquid, sic loquitur more Philosophorum suæ ætatis. Aliud est in *d. l.* 6. neque enim poterit scindi legatum: his addi volo, interdum unum esse legatum, etiamsi testator non sit usus vocabulo generali, generali sermone, qualia sunt suppellex, peculium, argentum, ut si legaverit octo lecticarios servos, unum est legatum, si legaverit octo servos, qui non sint lecticarii, octo sunt legata: si legaverit octo lecticarios unum est legatum, *l. si ex toto*, §. *ult. lib.* 1. Quod perinde est atque si nomine generis usus esset, legassetque octophorum, id est, qui legat octo lecticarios videtur legare octophorum, Mart. 9.

Octo Syris suffulta datur lectica puellæ.

Catullus, *non possem octo homines parare rectos*, significat octophorum, et ob id si legaverit quis octo lecticarios, non liceb t partem repudiare, partem agnoscere, quia unum legatum est. In his libris de legatis et fideicommiss. quoties quid asseritur de legatis, necessario incidunt fere semper quæstiones hujusmodi, an idem sit in stipulationibus, an idem in hæreditatibus, quas debemus breviter pertractare. Idem vero diximus jam quod dicitur hic de legatis obtinere in stipulationibus: idem dicimus multo magis obtinere in hæreditatibus: ut non possit is cui delata est tota hæreditas eam scindere, et pro parte adire, quoniam unius pecuniæ plures dissimilibus de causis hæredes esse non possunt, ut ait Orator. In legatis quæsitum aliquando fuit; sed Paulus in *l.* 4. hic, ait verius esse legatarium ejusdem rei legatæ partem agnoscere, partem repudiare non posse. Ait verius est, id est, quæsitum aliquando fuit, sed judicium defuncti, aut omnino amplecti, aut repudiare oportet, et honorem delatum non fastidire superbe, aut inconstanter: idem Paulus 3. *Sent. tit. de legat.* ait, ejus rei quæ legata est, exemplo hæredis legatarium partem agnoscere, partem repudiare non posse. Et ideo sicut hæres ex asse, qui ex parte se pro hærede gessit, et ex parte adiit hæreditatem, in assem pro hærede gessisse videtur, *l. si ex asse*, *inf. de acquir. hæred.* quod et in institutione hæredis sequimur, ut qui unum tantum hæredem scribit ex parte, videatur scripsisse ex asse, quoniam non potest unius pecuniæ unus hæres esse ex causa testati, alter ex causa intestati, et causa testati trahit causam intestati. Ita vero qui rem legatam aliqua ex parte agnovit, ut qui ex choro legato cantorem unum sibi vindicavit, totum chorum videtur acquisiisse, *l. si cui res* 58. *hic*: et hæc de uno legato: nunc de pluribus. Si sunt plura legata, constat a legatario unum sperni, alterum vindicari posse: si fundus et homo legetur unum licebit amplecti, alterum repellere: verum in *l.* 5 hic additur hæc exceptio; nisi legatum quod spernitur fideicommissariæ libertatis onus ad unctum habeat, hoc casu qui unum legatum agnovit, cogitur et alterum agnoscere, nec licet plura legata separare et disjungere: inspiciamus verba leg. 5. *sed duobus legatis, etc.* sequitur exceptio: *sed si unum ex legatis onus habet*: ponamus speciem: mihi decem et Stichus legatus est, duo sunt legata, unum x. alterum Stichus: sed legato Stichi testator adjunxit onus fideicommissi, ut eum manumitterem. Finge legem Falcidiam locum habere, legis Falcidiæ rationem habere oportere, deducetur Falcidia ex legato pecuniæ, ex legato decem non deducitur: tamen ex legato Stichi, ne impediatur fideicommissaria libertas, quoniam si Falcidiam admiseris in legato Stichi, communem feceris Stichum inter me et hæredem, *l. Plautius*, *ad leg. Falcid.* Eidem autem servo unus ex dominis libertatem dare non potest, aut non potuit ante constitutionem Justiniani; non potero ergo servum ex fideicommisso manumittere, si interveniente Falcidia factus sit mihi communis cum hærede. Igitur ne impediatur fideicom-

missaria libertas, melius erit ex legato pecuniæ duas Falcidias retinere, *l. sed si non servus*, §. *si solus, inf. ad leg. Falcidiam.* Cum tamen alias ex singulis rebus legatis soleat detrahi Falcidia, *dict. leg. Plautius.* Sed hoc casu conservandæ libertatis causa, ex legato pecuniæ, et ipsius pecuniæ et servi Falcidia retinebitur. Atque ita sine controversia: si ego utrumque legatum agnovero, ex legato pecuniæ deducetur duplex Falcidia, et servus fiet legatarii in solidum, et ab eo manumittetur. At quid si ego legatum pecuniæ agnovero, servum autem repudiavero, quod fecero libenter: nam servum amissurus sum, et repudiato servo, quadrantem pecuniæ præstabo, si existimavero me pro pecunia tantum retenta, quartam hæredi laturum, sed fallor: nam repudiatio Stichi pro nulla habetur, et cogar Sticho quasi meo servo libertatem dare, et cum pecuniæ legatum agnoverim, duplex quarta ex pecunia deducetur, perinde ac si servum repudiassem: eadem est ratio *l. si legatario, inf. de fideicommiss. libert.* species est: quidam Titio legavit fundum, et hoc amplius pretii nomine ei legavit decem in hoc ut servum suum manumitteret, agnovit legatum fundum, legatum pecuniæ propter interventum Falcidiæ non vult agnoscere, quia scilicet pluris æstimat servum suum, quam id quod deducta pecunia superent, et ideo respuit legatum pecuniæ, ut retineat servum suum, quem pluris facit, quam id quod restat deducta Falcidia, an audietur? Non: quia cum semel agnoverit legatum fundi, quod erat sine onere, cogendus erit agnoscere legatum pecuniæ, habita ratione Falcidiæ, et servo præstare libertatem. Inde igitur concludamus, non posse legatarium ex duobus legatis, quorum unum est sine onere, alterum cum onere fideicommissariæ libertatis, illud accipere, hoc repudiare: quod equidem non ausim ad alia onera, quam fideicommissariæ libertatis producere. Bartolus produxit nimia licentia ad istas leges, quæ de onere fideicommissariæ libertatis non loquuntur. Idem Bartolus ait, in specie *l.* 5. repudiationem servi valere, cum tamen repugnent hæc verba, *non idem dicendum est*, quibus significatur repudiare non posse. Utrumque legatum amplectendum est. Hoc primum proposuit, unum vindicari, alterum repudiari posse; sed deinde addit exceptionem, si id quod repudiatur onus habeat: nam his verbis *non esse idem, dicendum*, significat, repudiari non posse. Idem Bartolus hoc posito, repudiationem servi valere, subjicit, servum remanere apud hæredem cum onere fideicommissariæ libertatis, et cogi hæredem præstare libertatem, quod ei si concesseris, primum est falsissimum: nam legatum quod repudiatur, apud hæredem remanet sine onere fideicommissariæ libertatis. Item intelligitur ex hoc, cum qui repudiat legatum cui est onus adjunctum fideicommissi, fideicommissario, vel ei cui fideicommissarius voluerit, cogi actiones suas cedere, id est, actiones legari, ne pereat fideicommissum a legatario relictum, nisi legatarius cesserit suas actiones fideicommissario, *l. Imperator, hic, l. si filius, inf. de fideicomm. libert.* esset autem hæc cessio inutilis, si fideicommissi persecutio adversus hæredem remaneret, sed quoniam non competit adversus hæredem fideicommissi persequutio, necesse est fideicommissario competere remedium cessionis. Hinc apparet legatum quod repudiatur hæredi cedere sine onere, et fideicommissum non conservari sine onere. Repudiata portio hæreditatis cohæredi accrescit cum onere legatorum, quasi substituto, *l.* 1. *C. lib.* 1. *l. si Titio et Mævio*, §. *ult. l. mortuo, hic.* Sed non idem est in legato; nam legatum, quo se abstinuit legatarius in hæreditate, remanet sine onere, *l. unica*, §. 1. *Cod. de cad. toll.* Sed in eo distat legatum quod repudiatur, et legatum quod habetur pro non scripto, quod repudiato legato non erat annexa vis fideicommissi: fideicommissaria libertas conservatur per cessionem actionum: legato autem pro non scripto habito, ut si relictum sit ei qui non est in rebus humanis vel, incapaci, hic nullus est legatarius, qui habeat actiones quas possit cedere fideicommissario, vel ei cui fideicommissarius voluerit, et vero intercidit fideicommissum pecuniarium, sola libertas conservatur, fideicommissum pecuniarium non præstat hæres, licet legatum apud hæredem remaneat, libertatem præstat, *l. cum vero*, §. *si pro non scripto*, *de fideicomm. libert.* cetera fideicommissa intercidunt. Itaque quod attinet ad speciem legis, ita rem omnem distingui velim: aut unum est legatum servi, quem legatarius rogatus est manumittere: et hoc legatum repudiari potest, si modo actiones legati legatarius cedat ei cui servus voluerit, ut ab eo manumittatur, ne pereat libertas *d. l. si filius*, §. *ult.* Aut duo sunt legata, unum pecuniæ sine onere, alterum servi cum onere præstandæ fideicommissariæ libertatis; et hoc casu in l. 5. non licet agnito judicio defuncti in legato pecuniæ legatum servi repellere: atque ideo si legatarius dixerit se nolle servum, cogetur eum manumittere, vel si frustretur, fiet liber ex Senatusconsulto Rubriano, neque opus erit cessione actionum.

Ad L. VII.

Si Titio et ei, qui capere non potest, decem legata sint: quia duobus hæres dare damnatur,

et unus capere non potest, quinque sola Titio dantur.

Pugnant admodum inter se *l. plane*, §. *si conjunctim, libro* 1. *et l. conjunctim*, *lib.* 3. *itemque l. legatum*, §. 1. *lib.* 1. *et l. ult.* §. *Sejo*, *hoc tit.* conjungi et aliæ plures inter se pugnantes possunt, quarum explicatio non est difficilis, si partiamur ita. Aut legatum relinquitur per vindicationem, aut per damnationem, dices non esse perfectam divisionem, quod et relinqui possint sinendi modo, aut per præceptionem, aut per fideicommissum. Respondeo, legatum præceptionis plerunque, et hac in re maxime imitari legatum vindicationis, cetera legatum damnationis, ut satis sit partiri legatum vindicationis, et damnationis quasi summa genera legatorum. Et ut a legato damnationis incipiam, sciendum inter collegatarios conjunctos re et verbis per damnationem non esse jus accrescendi, ut si ita legetur, *illi et illi damnas esto dare*: non est inter eos jus accrescendi, et ideo deficiens collegatarius, qui vel repellitur vel repellit legatum, ei qui non repellit, nec repellitur, facit partem, id est, persona ejus numeratur in partibus faciendis, licet nullam partem ferat, et portio deficiens ei cui admittitur non accrescit. Finge: mihi et Titio conjunctim decem legata sunt per damnationem, ego sum capax legati, Titius est incapax, quoniam legibus ex testamento capere vetatur, pars ergo Titii habetur pro non scripta, Titius habebitur pro non scripto, *l. filius*, § *sequens inf. ad leg. Cornel. de fal.* Non tamen accrescet mihi pars Titii, ergo Titius mihi partem facit, non tantum si admittatur ad legatum, sed etiam si non admittatur, quoniam solam meam partem habebo, et pars ejus in hæreditate remanebit, quia quæ pro non scriptis habentur, apud hæredem remanent, §. *in primo*, *C. de cad. toll.* Ejus, inquam, pars in hæreditate remanebit, mihi non accrescet, fisco non cedet; et hæc est species hujus *l.* 7. verba hæc sunt, *si Titio, et ei qui capere non potest, etc.* Notanda verba illa quoniam duobus hæres dare damnatur, loquitur ergo de legato damnationis, filio spectat naturam ipsius legati dum ait, *quia damnatur.* Atque ita de hoc genere legati est accipienda *l. si duobus, in princ. lib.* 1. Testator per damnationem legavit conjunctim mihi et ei qui non erat in rerum natura eandem rem, hic pro non scripto habetur, et tamen mihi facit partem, ego solam partem meam capiam, non rem totam: nihil enim mihi accrevit ob id quod collegatarius non est, aut non fuit in rerum natura: eadem est ratio *l. plane*, §. *si conjunctim*, *libro primo.* Ubi si legetur conjunctim, per damnationem scilicet, et servo proprio sine libertate, pro parte servi legatum est pro non scripto, et inutile. Servo proprio inutiliter legatur sine libertate, ergo pro parte servi legatum non consistit, et tamen servus ille mihi partem faciet, id est, pars servi mihi non accrescet: eadem est ratio *l. hujusmodi*, §. *si Titio*, *eodem.* Quidam conjunctim per damnationem legavit mihi et Titio Stichum, qui erat proprius Titii; ex persona Titii legatum est pro non scripto, et non valet, quia ei legata est res sua. Ego tamen ideo non petam æstimationem totius servi, sed petam tantum æstimationem partis servi, quia Titius etiamsi non admittatur ad legatum, mihi faciet partem, perinde atque si admitteretur. Et hoc ita procedere in legato tantum damnationis Ulpianus declarat aperte in *frag. titul. de legat.* Ratio est: cum enim duobus conjunctim legatum per damnationem, *illi et illi damnas esto dari*, singuli ab initio divisim partes æquas habere videntur, *dicta lege plane*, §. *si conjunctim.* Videntur divisi et disjuncti esse, et ideo non est portio vacans, quod non accedat alteri, sed in hæreditate potius remanet, sive repudietur legatum, sive habeatur pro non scripto, vel cadit in fiscum. Si alia ratione deficiat legatum ex lege Papia, jure antiquo quod valuit ante legem Papiam, quodque hodie Justinianus restituit, in tit. *de cad. toll.* quacunque ratione deficiat legatum, apud hæredem remanet, nec fisco unquam locus est. Et hæc de legato damnationis. Longe alia est conditio conjunctorum per vindicationem, ut si duobus ita legetur, *illi et illi do lego*: nam inter eos est jus accrescendi, quoniam singuli ab initio habent solidum, concursu faciunt partes inter se, et ideo qui non concurrit, non facit partem. In legato damnationis partes fiunt ab initio, in legato vindicationis concursus solus partem facit. Et ideo si duo sint legatarii, et unus non concurrat, totum remanet apud alterum, et ita de hoc genere legati est accipienda *d. lex conjunctim*, et *lex si duobus, paragrapho ultimo, libro primo*, quæ et de vindicatione loquitur aperte: ait enim *totum vindicabit legatarius*, fuit ergo legatum vindicationis genere, alioquin non competeret vindicatio. Itemque *l. si servo sub conditione, infra de statulib.* quæ aperte ponit exemplum in legato vindicationis, et sic in specie *l. ultim. paragrapho Sejo, hic*, cum legatur Sejo substituto hæredi, si hæres non erit, et uxori ejus his verbis, *Sejo si hæres non erit, quem substituerat hæredi instituto, et uxori ejus dari volo.* Sejo hærede existente pro parte ejus deficit legatum nec accrescit uxori, cui tamen dimidia partis legatæ debetur, quia conditio quæ maritum tenuit, mulierem non tenuit neque videtur uxori adscripta. Ideo autem portio viri non accrescit uxori, quia utrique per damnationem conjunctim legatum proponitur his verbis *dari volo.* Quæ verba vel accipiuntur pro

damnatione, vel pro fideicommisso, *leg. quidam testamento, libro primo, l.* 11. §. *si fideicommiss. libro* 5. Est enim volo, precarium verbum potius quam directum, et significat cupio, opto, desidero; fideicommissorum autem hac in re, et aliis plerisque idem jus est quod legatorum per damnationem; inter fideicommissarios conjunctos non est jus accrescendi. Sed si per vindicationem legatum sit extraneo, et hæredi conjunctim, portio hæredis vocans accrescit extraneo, *leg. legatum*, §. 1. *libro* 1. quæ loquitur aperte de vindicatione, et ita accipe *d. l. plane*, §. *si duobus.* Et hæc hujusce quæstionis mihi verior esse definitio videtur. Porro refellam Interpretes per Satyram. Et primum Accursius *huic legi* 7. opponit legem *unic.* §. *in primo, et* §. *pro secundo, Cod. de cad. toll.* Ubi Justinianus, non tantum ex se sed etiam ex jure antiquo decernit portionem deficientem accrescere collegatario, quod negatur in hac lege, respondet Accursius, speciale esse in hac lege et similibus, ut non accrescat collegatario: probo speciale esse in legato damnationis scilicet, sed hoc non est Accursii, qui primum in hac lege speciale esse comminiscitur hac ratione, quia in hac lege legatarius, qui non admittitur ad legatum, fuit in spe capiendi, non omnino incapax, ut quia fuit sub conditione institutus vel quia fuit in utero, et adjicit eundem esse casum *l. si duobus in princ. et* §. *ult. libro primo*: videamus in paucis verbis quot et quanta peccaverunt; falsum est conditionem adscriptam legato incapacem reddere legatarium; est enim utique capax quoniam in ejus persona consistit legatum, licet differatur in casum: incapacem faciunt leges, non voluntates defunctorum: falsum est, incapacem esse eum qui est in utero: est enim cum eo testamenti factio; capax est igitur, non incapax. Deinde ait Acc. ut quia fuit sub conditione institutus, debuit dicere, ut quia fuit ei sub conditione legatum, quod est apertissimum: nam hic sermo habetur de legato, non de institutione, cum ait eundem esse capacem, *leg. si duobus, lib.* 1. quod totum non est nisi agatur in eo principio de eo qui est in spe capiendi, a quo tamen abest ea lex ut nominatim de eo agatur, qui omnino capere non potest, ut puta de eo, qui non est in rerum natura: quibus verbis significatur, qui vel ne conceptus quidem aut nondum natus est, et hic dicitur facere partem. Idem Accursius male conjungit initium *d. leg. si duobus* cum §. *ultimo*, cum invicem se impugnent. Nam in principio, *l. si duobus*, qui non admittitur ad partem non facit partem quoniam §. *ultim.* est de vindicatione ut apparet ex verbo *vindicabit*: initium accipi debet de damnatione ex *hac lege*, *et Ulpiano in frag.* Et omnem hanc Accursii sententiam Bartolus etiam respuit sed nihilo meliorem introducit. Ait igitur in *dicta lege unica* §. *primo, et* §. *pro secundo*, legatum omnino deficere, et accrescere conjuncto, in hac lege legatum non omnino deficere, et ideo collegatarium partem facere: valere enim legatum in specie *l.* 7. ab initio, sed eripi quasi indigno; et ideo non conjuncto accrescere, sed fisco accedere: quantum erraverit Bartolus, lex ipsa declarat, quæ ait, legatum fuisse relictum incapaci: incapaci autem relicta pro non scriptis habentur, et deficiunt statim ab initio, et vitio laborant, atque adeo deficiunt omnino, et ad hæredem, non ad fiscum revertuntur. Et hoc distat tit. *de his, quæ pro non scriptis habentur*, a tit. *de his quibus ut ind. leg. auf.* tit. *de his, quæ pro non script.* est pro hærede, tit. *de his quibus ut ind.* pro fisco, quos titulos Bartolus confundit, dum eundem incapacem et indignum vocat, et dum hanc legem in breve contrahit hoc modo: qui non capit partem, quia indignus, facit partem, hoc est delendum, quia non potest idem esse incapax et indignus. Proinde errat etiam in exemplo suæ sententiæ apponendo: nam inter indignos numerat deportatum. Hic vero non est indignus, sed incapax, *l.* 1. *Cod. de hæred. inst.* quoniam est peregrinus: et quod ei relinquitur est pro non scripto, ereptitium non est. Ereptitia sunt quæ auferuntur indigno, quo vocabulo usi sunt veteres Jureconsulti, et ereptitia eripit fiscus, quæ pro non scriptis sunt, retinet hæres. Utitur etiam alio exemplo Bartolus, ut inquit, si ei qui contra mandata uxorem duxit, legetur testamento uxoris, hic certe est indignus, sed incapax non est, et *lex* 2. *inf. de his quæ ut ind.* non dicit, eam capere non posse ex testamento uxoris, sed retinere eum non posse: eripi enim ei legatum, quod fuit utile ab initio, et ideo quod ei relinquitur fisco cedit, non hæredi, id est, ereptitium est, non pro non scripto. Nunc ad Accursium revertamur in *l. plane*, §. *si conjunctim, lib.* 1. quæ congruit cum hac lege, cum dicat servum testatoris, cui testator legavit sine libertate, partem facere conjuncto, ejus, inquam §. Accurs. hanc rationem esse ait, quia non omnino inutile fuit legatum in persona servi: et ideo non mirum est, si partem faciat conjuncto, imo vero omnino fuit inutile, quoniam lex dicit in persona servi non consistere legatum, hodie fateor ex æquitate sustineri ex constitutione Justiniani in *l. pen.* § *illud*, *C. de necess. servis*, qua constitutione Justinianus non hæc introduxit, ut si servo proprio legetur sine libertate, servus maneat, sed ne ei negetur legatum: sed ante Justinianum prorsus inutile erat legatum, et quid erit si novas constitutiones committimus cum veteribus? nihil erit absurdius: nihilo felicior est in reddenda ratio-

ne *l. hujusmodi*, §. *Titio*, *lib.* 1. vulgo in glossa legitur: *item illius legis hæc est ratio*, corrigendum: item *illius legis hujus est ratio*, et intelligit *l. hujusmodi*: in ea lege is cui res sua legata est facit partem conjuncto, quia vitium legati, inquit Accursius, est in re legata non in persona legatarii: hoc vero nihil mutat: nam sive vitium sit in re, sive in persona, utrobique prorsus inutile est legatum, et etiamsi vitium sit in persona, constat ex hac lege eandem personam partem facere, et subjicit vitium etiam esse in re in specie *l. antepen. inf. de liberat. leg.* quod est etiam ineptum: nam ea lex loquitur aperte de incapaci, ergo de vitio personæ, non de vitio quod rei insit. Et quia species ejus legis *antepen.* non est sine mendo, perstringam eam breviter: duo sunt rei debendi, qui mihi debent centum: ego testamento hæredem meum damnavi ut utrumque liberaret, et unus est capax; finge, alter incapax, atque ita legatum liberationis in unius persona non consistit, quid fiet? an exitum aliquem habebit voluntas? lex ita distinguit; aut illi duo rei debendi sunt socii, aut non: si socii sunt, res est in facili: nam hæres liberabit tantum capacem, et eo liberato, per consequentiam per acceptilationem, et vi ipsa socius liberabitur, qui non poterat liberari jure legati: quod per se non potest habere, habebit per socium necessaria consequentia quadam: nam idem etiam dicendum est, si capaci tantum testator legasset liberationem: nam eo liberato, liberabitur et alter propter societatem: at si socii non sunt, liberato capaci, non liberabitur incapax, sed ut defuncti voluntas sit rata et ut leges faciunt, accipiamus strictius, utemur hoc remedio: is qui est incapax debet delegari capaci, ut ipse correo debeat. Et deinde capax petens liberationem ab hærede, non aliter eam impetrabit, quam si etiam ipse conreum sibi delegatum liberaverit; sic eveniet ut commodum ad capacem perveniat, *et ipse qui capit liberetur*, desideratur negatio, *et ipse qui non capit liberetur.* Quod mendum jamdiu a me est animadversum: hæc species non est de vitio, sed de incapacitate personæ. Accursius huic legi 7. opponit leg *si post mortem*, §. *liberi inf. de bonor. possession. contr. tab.* et satis habet respondere, hic esse speciale, nulla ratione reddita, quod ridiculum est: debuit separare legata ab hæreditatibus legitimis vel honorariis, de quibus in *d.* §. *liberi*, in cujus specie is qui non admittitur ad hæreditatem, non facit partem, et cur non faciat partem, ut intelligatur, species ponenda est: tres sunt fratres præteriti testamento patris, extraneus hæres scriptus: unus ex fratribus est deportatus, hic bonorum possessionem contra tabulas quæ datur præteritis habere non potest, *l.* 1. §. *pen. eod.* alii duo sunt cives Rom. his datur bonorum possessio contra tabulas quasi præteritis inique, et possessoria hæreditatis petitio ex hac causa. Sed utrum hi duo fratres qui capaces sunt, et admitti possunt ad bonorum possessionem contra tabulas, totam hæreditatem vindicabunt, quasi deportatus partem non faciat: an bessem tantum vindicabunt quasi deportatus partem faciat? et constat, ut ait lex, deportatum fratribus partem non facere: cui enim bono erit si dixeris, facere, qua ratione lex utitur: non erit bono deportato qui capere non potest; non erit bono extraneo hæredi scripto, quem jure optimo liberi excludunt per bonorum possessionem contra tabulas, quæ quidem bonorum possessio contra tabulas extranei hæredis institutionem in totum rescindit. Restat igitur, eos assem vindicaturos quasi peregrinus frater partem non faciat: idemque servabitur in querela inofficiosi testamenti: neque enim incapax ceteris partem faciet: in utroque igitur juris remedio, id est, bon. possessionis, et inofficiosi, incapax ceteris partem non facit, item in utroque remedio capax frater qui repudiavit querelam, vel bonor. possessionem, ceteris partem non facit *l.* 12. *in princ. inf. de bonor. possess. contra tab. l. qui repudiantis*, *sup. de inoff. test.* Sed si unus ex fratribus capax nondum repudiaverit: sed omiserit querelam, aut bonor. possessionem contra tabul. id est, si agentibus ceteris fratribus ipse distulerit agere, et tacuerit, proculdubio partem faciet ceteris, *l. Papinianus*, §. *quando*, *de inoff. testam. sup.* id est, hoc tacente ceteri agentes querela inofficiosi testamenti, vel possessoria hæreditatis petitione, et obtinentes, totam hæreditatem sibi non retinebunt: servabunt ei qui tacuit suam partem, et victoria eorum qui egerunt, proficiet ei qui non egit, quique non repudiaverat: alioquin ut incapax, ita qui repudiavit in his juris remediis ceteris non facit partem: at in legatis longe aliter res geritur: nam si duo sunt legatarii conjuncti re et verbis, unus capax, alter incapax, vel si unus amplectatur legatum, alter repellat: quamvis respectu incapacis, vel repudiantis legatum stulte quærat, an partem faciat, qui nihil est habiturus, tamen respectu hæredis interest scire, cur portio vacans hæredi cedat potius quam collegatario accrescat, et in legato damnationis in hac lege respondetur, inter collegatarios per damnationem cessare jus accrescendi, et eum qui non capit partem conjuncto facere partem, id est, hæredi prodesse, conjuncto obstare, et inde apparet in hac quæstione non temere esse permiscendas hæreditates legitimas cum legatis. Stipulationes melius comparamus legatis in hac quæstione, quod et Accursius tentat, citata *l. si mihi et Titio*, *inf. de verbor. obligat.* Nam si mihi et Titio stipuler x.

licet Titio inutiliter stipuler, quamvis pro parte Titii inutilis sit stipulatio, tamen Titius mihi facit partem, quia mihi ab initio partem tantum acquirere volui, et ideo sola quinque mihi debentur, *d. l. si mihi, et Titio:* sed si solidum habere nolui, ut si res in stipulationem deducta talis est, ut commode dividi non possit, ut si stipulatus sum viam mihi et Titio, Titius mihi partem non facit, id est, mihi totum debetur, *l.* 5. *sup. commun. præd. l. fundus, inf. de contr. empt.* Quæ distinctio voluntatis facit etiam ut separentur legata per vindicationem a legatis per damnationem, et ideo non male hac in re legata cum stipulationibus comparavit Accursius, cum huic legi opposuisset *l. unicam*, §. *in primo*, *et* §. *pro secundo*, de qua *d. l. si post mortem*, §. *liberi*, et respondisset speciale hic esse, et in legibus huic similibus, subjicit, *sed illud hodie corrigitur*, *ut C. de cad. toll. l. unica*, §. *in primo*, atque Accursius adfert §. *pro secundo.* Et vix inveniet statim eum §. Nam est particula alterius: de hoc §. sic constituo. Quæstio §. hujus aliena est a quæstione hujus legis, et earum quæ congruunt, et quæ opponuntur huic legi, nihil ergo corrigere potest earum. Quæstio hujus legis, et similium hæc est: an is qui non admittitur ad partem, faciat partem. Quæstio §. *in primo* est, an id quod habetur pro non scripto conjuncto accrescat, vel substituto obveniat, vel in hæreditate remaneat sine onere: et ait remanere sine onere, exceptis casibus quibusdam relatis in eo §. et ibi Accursius recte duos tantum casus exceptos notat, quibus quæ pro non scriptis habentur, remanent cum onere: unus in *l. cum vero* 1. §. *si pro non scripto, inf. de fideicomm. lib.* alter in *l. ult. inf. de his quæ pro non script. hab.* Ceterum quæstio ejus §. est aliena a proposito nostro, nihil igitur mutat ex proposito nostro: possis tamen dicere, hodie indistincte legatum quod pro non scripto habetur, quodve alia ratione deficit, conjuncto accrescere, quia hodie sublata est differentia legatorum, et adæquata sunt fideicommissis constitutione Justiniani. Est igitur jus accrescendi etiam inter collegatarios per damnationem, et per vindicationem, et fideicommissarios: atque adeo correcta est hæc lex 7. et ceteræ omnes quæ hoc dicunt quod est verum, nam et vindicatio datur ei cui legatum est per damnationem, et omnium legatorum, et fideicommissorum hodie una est natura, *l.* 1. *C. commun. de leg.* sed ad hanc constitutionem novam non possis accomodare omnia capita Digestorum: nam restant in numera vestigia antiquæ differentiæ legatorum in his potissimum de legatis libris, et inter cetera in *l.* 1. §. *si quis ex mortis, inf. quod legat.* ubi cum locutus esset de legato præceptionis, subjicit idem dicendum esse si alio genere legati legatum sit. Probat igitur varia legatorum genera, quæ non distinguerentur nisi in re ipsa differentia quædam inter eos intercederet. Alterum in *l. Stichus servus de man. test.* Ubi comparatur legatum libertatis dationi, quod et Græci notarunt lib. 48. Basilicon, et non potest dici de omni legato: quæritur enim ibi an servo alieno possit dari libertas directis verbis: præcariis potest, et ait, non posse, et similiter legari non posse rem alienam per vindicationem scilicet hoc modo: *illam rem do lego:* nam per vindicationem poterat legari tantum res testatoris propria, per damnationem etiam aliena. Igitur hac in re libertati non possis comparare nisi legatum vindicationis: sed hodie quocunque genere res aliena vel heredis legatur. Postremo Accursius putat, huic legi 7. congruere *l. mulieri*, *et Titio, inf. de condit. et demonstrat.* Fateor eam huic legi in eo congruere, quod legatarius, qui non venit ad legatum, facit partem conjuncto, sed inter eos in genere legati est dissimilitudo, nam hic duobus proponitur legatum relictum per damnationem et dicitur, inter eos non esse jus accrescendi: idem in *l. mulieri*: sed responso locus est quodcunque genus legati sit, et est singularis species, et ratio hujus legis, quæ proponit, et inter collegatarios per vindicationem non esse jus accrescendi. Sciendum autem est, conditione viduitatis injunctam mulieri remitti l. Julia Miscella, quam abrogavit Justinian. et tandem approbavit, itaque hodie etiam valet, ut si legetur mulieri sub hac conditione, si non nupserit, etiamsi nubat, capiet legatum, quia conditio utilitati publicæ contraria remittitur. Ceterum si quis non mulieri, sed extraneo ita legaverit, *lego Titio si Caja non nupserit*, non remittetur conditio, quia non indicit mulieri viduitatem, sed in eum casum Titio legat si mulier non nupserit. Hoc cognito sic est species fingenda. Quidam legavit conjunctim per vindicationem, vel alio modo, nihil refert, mulieri, et Titio usumfructum sub hac conditione, si ea mulier non nupserit: conditio utrumque tenet, et mulierem, et Titium: sed mulieri remittitur lege Julia. Et ideo etiamsi nupserit mulier, capiet partem suam, id est, ususfructus dimidiam pertem: Titio tamen non remittitur hæc conditio, et ideo videtur Titius admitti non posse ad legatum quia condictione defectus est nubente muliere. Sed rursus si Titium excluseris, mulier totum usumfructum vindicabit, quod lex Julia non vult: nam lex Julia vult hoc tantum habere mulierem, quæ nupsit, quod haberet, si conditioni paruisset, id est, si non nupsisset: ea vero haberet partem duntaxat, Titio non ex-

cluso: ergo etsi nupserit, solam partem habebebit, perinde atque si vidua mansisset, Titius alteram partem retinebit, *quandiu* inquit, *vivet, et in eodem statu erit*, quod dicit lex, quia ususfructus legatus proponitur qui finitur morte, vel mutatione status. Morte igitur Titii vel capitis minutione finietur ususfructus, et recurret ad hæredem, id est ad proprietatem. Ergo lex Julia etiam sub hoc modo mulieri remittit conditionem, ut non plus habeat sua parte, et consequenter Titio eandem remittit. Est quidem revera Titius conditione defectus, sed beneficio legis cum muliere concurrit, ne plus habeat mulier sua parte contra sententiam legis. Qua de causa, et repudiante Titio potest repudiare legatum illud mulier non inutiliter, quia licet conditione excludatur, tamen legatum sustineri videtur lege Julia, et conditio remitti. Denique legatum defertur Titio l. Julia: ergo non inutiliter repudiatur. Ceterum Titio repudiante, portio ejus non accrescet mulieri, sed remanebit apud hæredem. Ratio est, ne plus habeat sua parte quæ contra voluntatem testatoris ad legatum pervenit beneficio legis, non observata viduitate, et conditione non impleta. Accursius hic aliam rationem attulit ex *l. Titiæ si non nupserit, inf. de cond. et demonst.* quod ridiculum sit eandem, et ut viduam, et ut nuptam admitti ad legatum: quæ ratio merito improbatur a Bartolo, nam aptari nullo modo potest casui proposito *in d. l. mulieri.* Nam in ea *l.* etiamsi dixeris mulierem partem suam capere suo jure, et partem Titii jure accrescendi, eam non admiseris ut viduam, et ut nuptam, quia si mansisset vidua, deficiente Titio totum habuisset: at beneficio l. Juliæ quæ nupsit contra judicium defuncti in hoc tantum habetur pro vidua ut capiat suam partem, non etiam ut partem collegatarii quasi repudiantis, vel quasi conditione defecti: et ideo Bartolus magis amplectitur rationem nostram, dum ait verius esse, ideo mulieri non accrescere partem legatarii, quod veniat jure speciali, id est, beneficio legis, cum judicio testatoris contenta sit modico lucro, et sua parte quæ venit contra voluntatem defuncti: in specie leg. *Titiæ, si non nupserit* vitiatur illa absurditas, ne veniat ut vidua, et, ut nupta, cum non possit esse utrumque: nam ita proponitur testatorem legasse, secundum Flor. Pand. *Titiæ si non nupserit ducenta lego, si nupserit centum lego*: plus dat viduæ quam nuptæ, viduæ legat ducenta, nuptæ centum: hoc casu Titia beneficio l. Papiæ capiet ducenta, quia remittitur conditio viduitatis: at vult etiam capere centum judicio defuncti quod nupserit: in quem casum ei sunt legata centum, an audietur? non: quia ridiculum esset eam admitti, et ut viduam, et ut nuptam: aut contenta esse debet beneficio legis, aut voluntate testatoris. Ceterum huic absurditati non erit locus in *d. l. mulieri.* Ceteras leges exposuimus supra.

Ad L. VIII.

Si quis servum hæredis, vel alienum legaverit, et is fugisset, cautiones interponendæ sunt de reducendo eo, sed si quidem vivo testatore fugerit, expensis legatarii reducitur, si post mortem, sumptibus hæredis.

Quæstio est de servo legato qui est in fuga, sed et de re qualibet legata quæ non comparet, eadem quæstio institui potest, *l. cum res, lib.* 1. Ejus autem definitio hæc est, aut servus legatus fugit culpa hæredis, aut sine culpa, vel dolo hæredis: si sine culpa hæredis fugit, hæres non tenetur ex testamento in æstimationem rei vel servi, ad hoc plane solum tenetur, ut caveat de perquirendo, et reducendo et ubi inventus fuerit, de præstando sive restituendo servo, cavendo absolvitur, *l. servo legato*, §. *ult. lib.* 1. et in hac *l.* 8. et inde statim existit hæc quæstio cujus sumptibus reducatur, et requiratur ab hærede, et hæc lex ita distinguit: aut vivo testatore servus fugit, aut post mortem testatoris: si vivo testatore, reducitur sumptibus, et periculo legatarii, idque aperte proditum *l. si servus legatus, in princ. lib.* 1. si servus legatus fugit vivo testatore, quia hæres non cogitur eum præstare alio loco, quam quo fuit tempore mortis; tempore autem mortis fuit peregre, non cogitur reducere suis sumptibus, *leg. cum amplius*, §. 1. *eodem* si fugit post mortem testatoris reducitur sumptibus hæredis tantum eadem ratione. Eum igitur debet ipse requirere et reponere in locum suum quo fuit mortis tempore, suis sumptibus, et ita accipere *l. cum servis, in princ. lib.* 1. quamvis non dicat aperte servum fugisse post mortem, omnino tamen intelligenda est de servo qui fugit post mortem testatoris. Item Harmenopul. *tit. de leg.* qui *d. l. cum servus* quæ vult servum requiri sumptibus hæredis, conjungit cum *l. si servus legatus, eod.* quæ contra dicit servum requiri sumptibus legatarii, non conjungit leges contrarias; sed cum *l. si servus* loquatur de eo qui fugit vivo testatore, *l. cum servus*, de eo qui testatore mortuo fugit, intelligi voluit secundum distinctionem *l.* 8. et hoc si absit dolus vel culpa hæredis: sed si dolo hæredis servus fugerit, et sit in fuga, vel si culpa hæredis res legata non appareat, hæres omnimodo tenetur in æstimationem rei legatæ, nec cautio sufficit, id est, oblata cautione de requirendo servo non absolvetur, *d. l. cum res*, §. *itaque si sic servus, lib.* 1. quem casum hæc lex non attingit: nam est de hærede qui

culpa vacat, et a quo nihil præter cautionem amplius exigitur, litis æstimatio non exigitur: et ait, *si quis servum hæredis, vel alienum*: Accursius recte, et multo magis si suum legaverit, *d. l. cum, res*, a servo proprio testatoris ad alienum, et ad hæredis servum exemplum pervenit, ut scilicet etiam hæres de alieno servo, aut de suo proprio qui est in fuga requirendo, reducendo, persequendo, deque eo præstando ubi apprehensus fuerit cavere debeat, vel ejus æstimationem præstare. In his omnibus utimur subdistinctione *d. l. cum res*. Et male Accursius in specie hujus legis ait, servum fugisse culpa hæredis, quo casu hæres non absolveretur oblata cautione, non sufficeret cautio, sed damnaretur omnino hæres in æstimationem litis, *d. l. cum res*. Hæc lex ait, sufficere cautionem, nullam ergo arguit esse culpam in hærede: nam si est in culpa hæres, non sufficit cautio, sed inferenda est æstimatio litis. Idem Accursius male hæredem qui culpa vacat cavere tantum de restituendo si servus redierit, non de reducendo, non de perquirendo, cum tamen de utroque hæredem cavere, quamvis culpa careat, probet *d. l. servo legato*, §. *ult. et d. l. cum servus*, in qua idem Harmenop. ut id apertius demonstraret, voluit exprimere his verbis, ὁ κληρονόμος διδόναι ἀναγκάζεται etc. ac proinde cavet non tantum de præstando eo, sed etiam de reducendo. Idem Accursius male ad hæc verba hujus *l. si post mortem*, addit, et ante aditam hæreditatem, non post aditam hæreditatem, quia etiamsi post aditam hæreditatem servus legatus fugerit, sumptibus hæredis persequendus et reducendus est, quoniam præstandus ab hærede ibi est, ubi fuit mortis tempore: debet ergo ipse eum reducere suis impensis: nec obstat quod ipse legatarius eum persequi potest quasi dominio jam quæsito ab adita hæreditate: quid enim si ipse legatarius nolit persequi et malit eum sibi præstari ab hærede, et in hanc rem operam abuti. Hæredis proprium munus est, legata præstare, et ab hoc proposito est aliena *lex inde Neratius*, §. 2. *sup. ad l. Aquil.* et alienior mente Bartolus, qui eam legem huic adversam facit, et quasi adversæ respondet, in *d. l. inde Neratius*, §. 2. servum fugisse post aditam hæreditatem, hic ante aditam hæreditatem, Primum, hic nihil interesse jam ostendi, fugerit ante aditam, hæreditatem, an post, et modo fugerit post mortem testatoris, satis esse in hoc ut hæres sumptum facere cogatur in eo reducendo, et requirendo. Et præterea ea lex *inde* non est adversa: non enim loquitur de servo qui in fuga est, nec de servo legato, sed de domino hærede instituto sub conditione, si servum suum manumitteret, et de eo servo occiso post mortem testatoris ante aditam hæreditatem a domino non post aditam, ut Bart. ait, habendam esse rationem ad-missæ hæreditatis: ea species nihil habet commune cum nostra.

Ad §. 1. *Si ita.*

§. 1. *Si ita legetur*: Sempronio decem, aut si noluerint, hominem Stichum lego: *hoc casu duo legata sunt, sed uno contentus esse debet*.

Ita legavi illi decem, aut si noluerit hominem Stichum lego: hoc casu, inquit, duo sunt legata: obstat valde *l. 27. inf. eod. l. 8. §. ult. l. 1.* si illud aut illud legatum sit, unum est legatum, hic decem aut Stichus legatus est: ergo unum est legatum: respondeo, notanda esse hæc verba hujus §. *hoc casu*, quæ significant alias unum legatum esse: ratio autem hujus casus pendet ex his verbis *si noluerit*. Item, *decem lego*, quæ quidem verba efficiunt, ut Stichus peti non possit nisi repudiata pecunia; cedit ergo dies pecuniæ legatæ primum: et illa repudiata tum cedit dies legati servi: duo sunt dies, duo ergo legata, unius legati duo dies, quibus cedat, esse non possunt. *Sed*, inquit, *unico contentus esse debet*, propter disjunctionem. Flo. legitur, *sed uni contentus*, ego lego, *sed unico contentus*, quasi verbum *contentus* absorbuerit syllabam *co*: hanc rationem hujus casus Accursius subsensit, a quo tamen Bart. discessit perperam, qui alia ratione dixit duo esse legata, quod scilicet duæ res sint enumerata pecunia, aut Stichus, quod est falsum perspicue: nam enumeratio quidem plurium rerum conjunctivo modo comprehensa plura facit legata, ut si dixerit illud et illud, et illud *l. 2.* hic et disjunctivo modo comprehensa plura non facit legata, *l. cum illud, in princ. inf. quando dies leg.* Ratio quam attuli est evidens: nam si ponas testatorem non dixisse, *aut si noluerit*, sed ita legasse, *pecuniam aut Stichum do lego*, unus dies legati erit, atque adeo unum legatum alterutrius rei. Idemque erit si disjunctivo modo sub contrariis conditionibus, diversis diversas res a diversis hæredibus legaverit, quod proponitur in *d. l. 27. hic*. Finge, ita dixit: si Nerva consul factus fuerit, Titius hæres meus Cajo dato decem, aut si Nerva consul factus non fuerit, Sempronius hæres meus Lucio dato Stichum. Legavit diversis sub contrariis conditionibus res diversas, et disjunctim, et a diversis hæredibus, et tamen unum legatum est, non plura, quia semel tantum cedet dies alterutrius legati, nec sunt duæ cessiones, ut in specie §. 1. verum præter casum propositum in hoc §. 1. est etiam alius casus ejusque ratio difficilis, quo etsi legetur illud et illud, duo legata esse censentur, *l. plane*, §. *pen. lib. 1.* ut si legetur eidem personæ fundus, aut ususfructus, duo sunt legata: fundi nomine significatur plena proprietas semper, id est

proprietas et ususfructus. Igitur si eidem fundus aut ususfructus legetur, duo sunt legata : cur ita ? Ideo duo sunt legata, inquit, quia est in arbitrio legatarii an velit legatum fundi scindere, et usumfructum tantum vindicare : si unum legatum esse censeretur, in alterutra causa non posset fundi legatum scindi pro parte : sicut si fundus tantum legatus esset, legatarius non posset usumfruct. amplecti, et proprietatem repudiare, *l.* 6. *hic*; sed cum fundus aut ususfructus legatur adjectio ususfructus facit ut legatarius possit scindere legatum fundi, quasi duo legata sint, et hoc solo respectu dicuntur duo esse legata, eo quod divisio legati admittatur, ut indicat lex 23. *hic*, *l. si Titio inf. de usufr. leg.* alioquin si dixeris non esse duo legata, si unum esse dixeris, cogetur legatarius plenam proprietatem amplecti, et vindicanti tantum usumfructum objicietur; scindis legatum fundi, non potest scindere unum legatum, hoc non posse objici dicimus, cum dicimus duo esse legata, si cui legetur grex aut quinque oves : poterit enim legatum scindi pro parte, vel si cui legetur familia, aut dispensator, scindetur legatum familiæ electo dispensatore, quia duo legata sunt, non unum legatum.

ad §. 2. *Si quis.*

§. 2. *Si quis legaverit ex illo dolio amphoras decem : etsi non decem, sed pauciores inveniri possint ; non extinguitur legatum : sed hoc tantummodo accipit quod invenitur.*

Quidam legavit ex dolio amphoras decem : ex dolio diffunditur vinum in amphoras, ex amphoris promitur in usum: tot amphoræ non sunt in dolio, an extinguitur legatum ? quasi videatur legata res quæ non est in rerum natura : lex ait, legatum non extingui, et deberi quæ inveniuntur, quia qui decem legare voluit, et pauciores voluit.

Ad §. 3. *Si inter.*

§. 3. *Si inter duos dubitetur de eodem legato, cui potius dari oportet : ut puta si Titio relictum est, et duo ejusdem nominis amici testatoris veniant, et legatum petant, et hæres solvere paratus est, deinde ambo defendere hæredem parati sint : eligere debere hæredem cui solvat, ut ab eo defendatur.*

Cum §. *si inter* pugnare videtur *l.* 3. §. *si duobus, inf. de adim. legat.* Testator legavit Titio : duo sunt Titii amici testatoris pari charitate et necessitudine conjuncti, quod hic §. dicit, ut indicet inter eos omnem æquitatem : et vix potest dignosci, de quo Titio testator senserit, et uterque petit legatum, et uterque paratus est hæredem defendere adversus alterum, et de indemnitate cavere, quid fiet ? lex ait, legatum neutri deberi, legatum esse inutile propter incertum, eos invicem sibi obstare : quod usque adeo verum est in legatis, ut obtineat in libertatibus, ut si detur libertas Sticho, et duo Stichi sint, nec consentiant, ad libertatem neuter perveniet, *l. cum ex pluribus, inf. de man. test. l. si fuerit*, et *l. si quis de pluribus, inf. de rebus dubiis.* Idem procedit in hæreditatibus, *l. in tempus*, §. *ult. sup. de hæred. inst.* Et longe aliud respondetur in hoc §. Nam ait, legatum si legetur Titio, et duo sint Titii, nec constet de quo senserit testator, jure legatum valere, et hæredem eligere debere cui solvat ut ab eo defendatur et indemnis præstetur. Sic igitur statuo: in hac specie ei Titio debetur legatum, de quo probatur, vel apparet testatorem sensisse, *d. l. si fuerit, et d. l. in tempus*, sed id nondum liquet. Finge : nondum liquet quid senserit testator, nondum etiam rei explicatio explorata est: sed duo Titii inter se contendunt de legato, et disceptant de voluntate testatoris, et utuntur argumentis et signis voluntatis : interim dum duo Titii disceptant de voluntate testatoris, hæres paratus est uni solvere, eliget cui solvat, et ab eo defendetur obtinente altero. Verum interim non cogetur solvere et eligere cui solvat, hoc esse verum constabit ex simili electione, quæ datur hæredi in §. *pen.* hic : species est non tantum in hæreditatibus, sed etiam in legatis fieri posse substitutionem, imo et in fideicommissis, et in mortis causa donationibus, quæ sunt instar legatorum, fieri posse substitutionem, *l. ut hæredibus*, *l. cum pater*, §. 1. *hic*, *l. ei cui, inf. de mortis causa donat.* Et legatariis quidem substitui potest in utrumque casum directo, sive non agnoverint legatum, sive agnoverint sub conditione aliqua, *l. si fundum sub condit.* §. *Stichum*, *lib.* 1. hæredibus tamen constat non posse substitui directo, nisi si hæredes esse noluerint, excepto pupillo, cui etiam potest substitui in secundum casum verbis directis, si hæres extiterit, et decesserit intra pubertatem : verbis precariis in omnem casum substituimus hæredibus omnibus. Finge : legatario certæ pecuniæ datus est substitutus : inter legatarium et substitutum ejus est controversia de legato, cui potius debeatur : substitutus dicit, extitisse conditionem, primus legatarius negat: res est in obscuro, et habet disceptationem judicis : interim dum ea de re litigant, hæres neutri cogitur solvere legatum, donec lis finita sit, donec conveniat inter eos, quia invicem se impediunt, *l. quoties*, *sup. de usufr.* Sed si hæres paratus sit interim uni solvere legatum, et ambo parati sint cavere de indemnitate hæredi, hæredis erit electio ut solvat cui volet, peu-

dente controversia, licet agi non possit, et defenditur ab eo cui solverit, et ut ait §. *pen.* in pari causa si neutrius manifesta est, id est, si uterque videatur habere justam causam litigandi, primo legatario potius solvendum est, quam substituto ejus. Nam si legatarius manifesto calumniari videtur, non ambigitur substituto ejus solvendum esse. Accurs. et Bart. male substitutum accipiunt pro fideicommissario, cui legatarius est rogatus restituere rem legatam, hic quidem substitutus dici potest: si fuit hic fideicommissarius substitutus, non potuit electio hæredi dari, quia soli legatario hæres obligatur, legatarius fideicommissario, non hæres: ergo uterque non potest petere ab hærede. Cum igitur uterque petat ab hærede in specie §. *pen.* servus legatarius et substitutus, et cum lex aperte nominet servum legatarium, sequitur substitutum esse secundum legatarium, et ita Jaco. R. sensit: calumniari legatarium Accurs. interpretatur, qui quod petit legatum statim sit consumpturus, nec fideicommissario servaturus, quod quidem labe prioris sententiæ subruitur satis: nec enim substitutus hic fuit fideicommissarius. Calumnia ergo substituti nihil aliud est quam iniqua petitio legati et malitiosa vexatio. Lex ait, *certam pecuniam legatam si et legatarius et substituti*, malim, *substitutus*, quia postea dicit *ambo*: dum ait, *si certam pecuniam* respicit ad formulam actionis si certum petetur, quæ datur etiam legati causa, *l. certi, sup. de reb. cred.* formula est, certam pecuniam legatam, ut in mutuo, vel stipulatione certam pecuniam creditam peto. *Tull. pro R. Comœdo*: *petita est pecunia certa crediti*, et paulo post: *certa pecunia credita, quæ nunc petitur per judicem.* Quintilianus *cap. 2. lib. 4. certam pecuniam peto ex stipulatione, l. creditorem, infra, hic.* Ex his intelligitur similem electionem dari utroque §. Neque adeo difficile esse dissolvere pugnam illam.

Ad §. 4. Si cui L. VIII. et ad L. IX.

§. 4. *L. VIII. Si cui certam partem hæreditatis legavero, Divus Hadrianus rescripsit, ut neque pretia manumissorum, neque funeris impensa deduceretur.*

L. IX. Cum autem pars bonorum ita legatur, bonorum meorum, quæ sunt, cum moriar, dos et manumissorum pretia e medio deducenda sunt.

Junge l. 9. quæ conjunctio inter hæreditatem, et bona differentiam constituet, et erit universa quæstio de legato partitionis: sed verba videamus: *dos et manumissorum pretia, etc.* Sic legendum est: fideicommissum aliud est rerum singularum, aliud universarum; ita legari non modo res singulæ possunt, sed etiam universitatum summa, veluti pars hæreditatis, aut bonorum, hoc modo: Mævius hæres meus hæreditatem meam cum Titio partitor dividito, quo casu dimidia pars hæreditatis legata videtur, et debetur legatario dimidia, si testator non caverit, ut hæres aliquid deduceret: Eaque species legati appellatur partitio in jure civili, ut et Tullius scribit 2. *de legibus.* Cum scilicet tantundem legatarius capit, quantum hæres nulla deductione in testamento scripta: potest tamen et alia pars legari, velut tertia, aut quarta aut maxima pars, et erit etiam partitio, *l. 25. lib. 1. l. 164. §. partitionis, de verb. signif.* Tull. pro Cæcinna: *Marcus adolescens mortuus est. Hæredem Cæsennium fecit, matri bonorum partem majorem legavit*; et deinde legatum illud partis bonorum vocat partitionem, *cum esset auctio hæreditaria constituta versabatur in partitione*, in *d. l. 164.* antequam prodiissent Pandectæ Flo. vulgo male *portionis*, pro *partitionis*: atque ita liquido non constabat eum §. pertinere ad legata; sed pertinet omnino ad hoc partitionis legatum: quoniam et tota lex hæc ad legatum pertinet: initium ad legatum relictum filiabus, quo plerumque contineri ait etiam posthumas, *l. qui filiabus, lib. 1.* quæ habet eandem inscriptionem. Quod sequitur in *ead. l. §. partitionis* pertinet ad partitionis legatum, §. *ult.* in quo dicitur, *habere sicut pervenire cum effectu accipiendum*, pertinet ad stipulationes partis, et pro parte, quæ inter legatarium et hæredem partiarium interponebantur, vice mutua de lucro et damno communicando: stipulatio partis est quam legatarius partiarius de hærede stipulatur hoc modo, *quam pecuniam ex hæreditate illa habueris ejus mihi partem dari.* Stipulatio pro parte quam hæres de legatario stipulatur, hoc modo: *pro qua parte hæreditatis legatum ceperis, pro ea æs alienum, et si quid æris alieni loco est*, solvi: in stipulatione autem partis *habere* cum effectu accipitur: neque enim videtur hæres habuisse quod solvit creditoribus hæreditariis, vel quod ejus hæreditatis nomine præstaturus est; quoniam id habet prima facie, non cum effectu. Et ita in stipulationibus emptæ et venditæ hæreditatis verbum *pervenire* cum effectu accipitur, *l. 2. §. illud de hæred. vend.* quæ lex tota pertinet ad stipulationem venditæ et emptæ hæreditatis, in quo §. ait, verbum *pervenire* accipi cum effectu, non si quid pervenerit prima facie, vel prima ratione, quod est Hermogeni κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, qua loquendi formula utitur in *l. utrum, de petit. hæredit.* Harum autem stipulationum omnium, puta partis, et pro parte, et emptæ ac venditæ hæreditatis exemplo et imitatione in restituendis fideicommissariis hæreditatibus stipulationes interponuntur. Nam ubi retenta quarta ex SC. Pegasiano restituitur hæreditas fideicommissaria: inter hæredem et fideicommissarium it-

terponuntur stipulationes ad exemplum stipulationum partis et pro parte. Ubi autem non retenta quarta ex SC. Pegasiano restituitur hæreditas, inter hæredem et fideicommissarium interponuntur stipulationes emptæ et venditæ hæreditatis, §. *post quod SC. Inst. de fideic. hær.* et sicut in stipulationibus emptæ et venditæ hæreditatis verbum *pervenire*, sic in stipulationibus partis et pro parte, *habere* cum effectu accipitur: et hoc est quod ait in *d. §. ult. sicut pervenire, etc.* Habere in stipulationibus partis et pro parte, sicut *pervenire* in stipulationibus emptæ et venditæ hæreditatis: idem de verbo pervenire subjicitur in *l.* 65. *de verb. sig. venisse ad hæredem nihil intelligi, etc.* quod etiam retulerim ad stipulationes partis et pro parte, ut si ita legatarius partiarius stipuletur: *quæ pecunia ad te de L. Titii hæreditate venerit, ejus partem dari:* nam eo lib. unde sumpta est *d. l.* 65. Pomponium tractasse de partitione indicat *leg.* 26. §. *ult. lib.* 1. *sup.* Sunt qui existimant, ad legatum partitionis etiam pertinere *l.* 19. §. 1. *inf. ad Treb.* Quod ibi proponatur hæredem fuisse rogatum hæreditatem cum Titio partiri: sed equidem non ideo arbitror esse partitionem, aut simile partitioni fideicommissum, quia ibi loquitur de hæreditate fideicommissaria, vel hæreditatis parte restituenda ex Trebelliano, et fideicommissarium Trebellianum partiarium esse, aut loco partiarii legatarii non concessero: nam si hoc concessero, facile dixero, eum fideicommissarium exemplo legatarii partiarii oneribus non adstringi hæreditariis pro parte et pro rata, nisi remedio cautionum partis et pro parte, quod falsum est: nam hic fideicommissarius ipso jure ex Treb. alligatur oneribus hæreditariis, ut in eo §. dicitur quæ sunt necessariæ stipulationes partis et pro parte. Est igitur potius hæredis vice, cum ipso jure obligetur, quam legatarii partiarii, qui non obligatur nisi interventu stipulationum: cessante SC. Trebell. et ex SC. Pegasiano restituta majori hæreditatis parte, fateor eum fideicommissarium cum quo hæres jussus est partiri dodrantem, sive majorem partem hæreditatis, loco legatarii partiari haberi. Sic statuo: Trebell. fideicommissarium hæredam imitari, non legatarium partiarium: atque ita omnes leges quæ dicunt fideicommissarium esse hæredis loco loquuntur de Trebell. *l. si necem* §. *ult. de bonis libert. l.* 5. §. *ult. Quod cum eo.* Fideicommissarium autem Pegasianum dico imitari legatarium partiarium non hæredem. Hodie tamen quia jus novum supprimi non oportet, si respicias ad constitutionem Justiniani, hic definies, eum cui pars hæreditatis, aut legati vel fideicommissi relinquitur, ipso jure subjici oneribus hæreditariis, et vice hæredis haberi, nec necessarias esse stipulationes partis et pro parte: et hoc ita procedit si universarum rerum pars legetur hæreditatis verbo, hoc modo: *hæreditatis partem do, lego hæreditatem meam partitor cum illo.* Nam ita legatarius vel remedio cautionum, vel hodie ipso jure agnoscet onera hæreditaria, pro portione scilicet data velut æs alienum, et impensam funeris, servorum manumissorum pretia, hæc onera eo modo necessario non deducuntur ante partitionem, sed nulla facta deductione partiuntur inter se hæres et legatarius partiarius tam onera quam lucra. Proinde partiarius legatarius de sua parte debita solvit et sumptum funeris facit, et redimit servos alienos, quibus relicta est fideicommissaria libertas, non obligatur quidem jure veteri ipso jure pro sua parte, sed per stipulationes partis et pro parte. Nam hoc nomine interponebantur mutuæ stipulationes partis et pro parte, ut partiarius incommoda sentiret pro parte, quia et hæres cavet se daturum partem pecuniæ ejus quam habuerit, vel quæ venerit in hæreditate: quæ verba cum effectu accipiuntur. Quicquid æris alieni fuerit, vel cujus alterius oneris hæreditarii, quod solutum aut deductum non erit, id vicissim legatarius partiarius pro sua parte soluturum et suscepturum se cavere debet: atque ita interponuntur mutuæ stipulationes et restipulationes, arg. *l. qui concubinam* §. 2. *inf. lib.* 3. dixi legata parte hæreditatis necessario non deduci debita: excipienda sunt ea quæ defunctus hæredi debuit, a quo legavit partem hæreditatis, quoniam ea non possunt servari nisi per deductionem et retentionem eorum: et illa est ratio, quoniam obligatio sublata est confusione sive aditione hæreditatis, et non continetur stipulationibus partis et pro parte: perierunt ergo hæredi nisi ea duduxerit ante partitionem, et hæc est ratio *l. ab omnibus* §. 1. *sup. lib.* 1. Quid fiet si sub bonorum appellatione testator omnium rerum suarum partes legaverit hoc modo, *bonorum meorum quæ erunt partem lego?* hoc casu deducuntur onera priusquam fiat partitio, priusquam præstetur legatum, sicut fieri solet in legatis rerum singularum: nam legata rerum singularum non præstantur nisi deductis oneribus, eodem modo legatum partis bonorum nisi deductis oneribus non præstabitur, deducentur primum onera: deinde si lex Falcidia locum habeat, deducetur Falcidia: legatarius sustinet onus Falcidiæ, cetera onera non sustinet, nec fiunt stipulationes partis et pro parte. Interest ergo bonorum an hæreditatis partem testator legaverit: hæreditatis nomen complectitur commoda et incommoda: bonorum autem sola commoda. Et de hæreditatis legato est locus in *l. cum filius* §. 1. *inf. eod.* Quidam qui hæres extiterat Mævio, et præterea alia quædam propria sibi bona habebat, hæredem scripsit

extraneum, et ei legavit hæreditatem Mævianam: lex ait, eum legatarium suscepturum onera hæreditatis Mævianæ, quæ in diem mortis testatoris perseveraverunt, non etiam persoluta, sicut et omnia commoda. Ex quo intelligitur hæreditatis nomen etiam damna complecti: Bonorum nomen lucra tantum complectitur plerunque. Quintil. in debitores adulteros 273. declamat. *bona*, inquit, *mea id est, quod liberum in patrimonio meo, et quod proprie meum *ad te transire debet.* Non inficior in jure prætorio bonorum appellationem complecti etiam damna, ut in tractatu de bon. poss. idem complecti quod hæreditatis nomen, quod intelligerent veteres, malebant dicere hæreditatis poss. quam bonorum, vel bon. et hæreditatis possess. *l.* 3. §. *hæreditatis*, *inf. de bon. poss.* Illud notandum in hac *l.* 8. §. *ult.* onera quædam hæreditaria quæ æris alieni loco sunt, enumerari exempli tantum causa, quia sunt et multa onera: solum onus est æs alienum de quo nihil dicitur, quoniam de eo nihil dubitabatur. Cetera onera hæreditatis sunt æris alieni loco, ut impensa funeris: adjungi potest impensa auctionis hæreditariæ, *l. quantitas*, *inf. ad l. Falc.* *l.* 19. *in fin. inf. ad Treb.* et impensa publicati testamenti et conscribendi inventarii, *l. ult.* §. *in computatione*, *C. de jure delib.* his etiam lex nova proxime adjungit dotem, nec curavit repetere impensam funeris, quod hæc recenseantur tantum exempli causa: et de dote loquitur non quæ jam est in ære alieno, sed quæ est æris alieni loco: sumi debet species ex *l. si dos socero*, *inf. ad l. Falc.* quæ ostendit filiumf. hæredem institutum a patre, cui nurus dotem dederat, non marito, licet dies reddendæ dotis nondum venerit, nondumque debeatur, filium tamen uxoris suæ dotem in ponenda ratione legis Falc. deducere æris alieni loco, ne uxorem indotatam habeat. Hic tractari potest, an bonorum parte legata, partes rerum debeantur, an æstimatio, et utrum ex singulis rebus an ex certis rebus sumatur pars, quod dilucide explicatur *l.* 26. §. *ult. et* 27. *lib.* 1. et breviter ostenditur, electionem esse hæredis, ut partiario præstet vel rerum partem, vel æstimationem partis legatæ, vel ex singulis rebus, vel ex una, vel ex paucioribus, et rem communem dirimi auctoritate judicis, accersito hærede et legatario, atque ita aliqua ratione legatario satisfieri, et Paulum hæc tractasse conjunctim arg est *l.* 27. quæ eandem inscriptionem habet quam *l.* 8. certum est legatarium partiarium non habiturum partem ex eis rebus quas ex hæreditate amoverit vel subtraxerit *l. non dubium est*, *C. de legat.* quæ lex est intelligenda de partiario legatario: vulgo de singulari legatario accipitur, et ob id ve at se Accur. in ea concilianda cum *l.* 1. *quod legat.* frustra, cum nulla sit ratio sedandæ pugnæ: lex non est dubium non est accipienda de singulari legatario, sed de partiario, idque Harmenop. scribit *tit. de legat.* et partiarium negat partem habiturum in his rebus quas subtraxit, quod comparatum est exemplo hæredis, cui etiam non habet portionem l. Falc. in eis rebus quas ex hæreditate amovit, *l. rescriptum*, *inf. de his quib. ut ind.* Et ut hæredis pars quam habuisset in eis rebus si eas non amovisset, ereptitia fit, id est quasi indigno aufertur a fisco: ita dicendum est partem quam legatarius partiarius habuisset in rebus subtractis, ereptitiam fieri exemplo hæredis: differentiam hæreditatis et bonorum Azo et Bartolus retulerunt.

Ad L. X.

Cum fundus nominatim legatus sit, si quid ei post testamentum factum adjectum est, id quoque legato cedit, etiamsi illa verba adjecta non sint, qui meus erit, *si modo testator eam partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adjunxit.*

Est hæc lex de augmento legati, et ait, augeri legatum fundi, si fundo Titiano legato testator post testamentum partem aliquam adjecerit, quam fundo Titiano destinarit, etiamsi, inquit, illa verba adscripta non sint legato, *qui meus erit*, quæ postrema verba scrupulum non parvum evellent quem injicit. Bart. apposita *l. si ita*, *inf. de auro et arg. leg.* quæ lex negat, augeri legatum si legavero vestem meam, id est, vestes omnes meas, vel argentum meum, vel servos meos, familiam meam: id enim duntaxat deberi legatario quod fuit in veste, vel in argento testamenti tempore, non etiam quod postea adjectum est: quia hæc demonstratio *meum*, ut ait *l. si ita*, præsens, non futurum tempus significat. Hoc igitur hæc lex ait, adjectione augeri legatum facta post testamentum: lex *si ita* negat augeri adjectione. Et mihi quidem res omnis explananda est hoc modo: aut legato testator hæc verba adscripsit, *qui meus erit*, aut adscripsit hæc verba, *qui meus est*, vel hanc demonstrationem, *meam*, *aut meam*, aut neque hæc, neque illa verba adjecit testator, sed simpliciter ita fundum nominatim legavit, *fundum Titianum dato*, nullo alio adjecto: Primo casu hæc verba, *qui meus erit*, quoniam futuri temporis significationem habent, augmentum et diminutionem recipiunt, ut scilicet adjectione augeatur legatum, detractione minuatur quæ fiat post testamentum, *l.* 6. *lib.* 1. *l. scribit*, §. *ult. de auro et arg.* sicut nos enumeravimus: secundo casu hæc verba, *qui meus est*, vel hæc demonstratio *meum*, quod præsens tempus significat, augmentum et diminutio-

nem non recipiunt, et id tantum debetur legatario quod fuit testamenti tempore, non quod accessisset postea, *d. l. si ita*, *d. l. scribit*, §. *item scribit*. Tertio casu, id est, si testator simpliciter fundum Titianum legaverit sine ulla adjectione, dicemus ampliatione fundi augeri legatum, perinde atque si hæc verba apposuisset, *qui meus erit*, et eam partem quæ adjecta est fundo legato, in legati causam venire, si modo ut ait *l.* 10. testator *eam partem universitati prioris fundi*, id est, συνθέσει, *adjunxit*, si eam partem fundo Titiano destinavit, si eam possedit sub nomine fundi Titiani, *l.* 24. §. *ult. lib.* 1. non si separatim eam possedit, ita ut alius fundus esset, et ut possederit ex rationibus ejus constabit, *l. prædiis*, §. *Titio*, *lib.* 3. Eodem vero modo si testator fundo nominatim et simpliciter legato postea detraxerit partem, vel si postea ejus fundi partem ultro alienaverit, diminuitur legatum quasi ademptione facta, et detractione partis alius fundus constitutus videtur, id est, unus fundus in duos divisus censetur. Idem erit si natura aliquid fundo accesserit vel decesserit, puta alluvione, *l.* 16. *inf. lib.* 3. Igitur sive fundum simpliciter testator legaverit, sive his verbis appositis, *qui meus erit*, legatum decessionem et augmentum recipit, et hæc est sententia *l.* 10. Aliud dicendum, si testator hæc verba opposuerit, *qui meus est*, vel *meum fundum dato*, quæ verba nec augmentum nec deminutionem recipiunt, et ita est componenda *l. si ita* cum hac *l.* 10. quod scilicet hic fundus legetur simpliciter sine ulla adjectione, ibi autem legetur cum hac adjectione *meum*. Bartoli conciliatio non placet, hic legari certum corpus veluti fundum, ibi legari corpus incertum, sive rem universam veluti, vestem, id est, omnem vestem, argentum, id est, universa vasa argentea, aurum, vel familia, aut servi: displicet hæc distinctio: nam cum in veste et argento et similibus legatis adjecta hac demonstratione *meum*, hæc sit ratio, quod verbum *meum* demonstrationem præsentis temporis contineat, non futuri, non futuræ adjectionis, *d. l. si ita*, et *d. l. scribit*, §. *item scribit*, eademque ratio interveniat, si fundum meum legavero: nam et hic demonstratio *meum*, futurum tempus non comprehendit, sed præsens tantum sequitur, ut in fundo legato idem debeat existimari, et ut alia in re Pomponius non probavit differentiam inter certum et incertum corpus, quam quidam ita constituebant, ut fundo meo legato, videretur legatus non omnis tantum qui revera meus esset, sed etiam alienus, quem meum existimassem, veste autem mea legata, hæ demum vestes quæ meæ essent, legatæ viderentur: ut dixit Pomponius, eam differentiam defendi non posse, *l. nuper lib.* 3. Ita hac in re dicemus, a Bart. differentiam inter fundum et vestem inductam defendi non posse, et non ex discrimine corporum sumi eam oportere, sed ex forma loquendi. Aliud enim est, fundum simpliciter legare, vel qui meus erit: longe aliud legari fundum adjecta demonstratione, vel præsentis temporis consignificatione qui meus est.

Ad L. XI.

Statuliberum ab hærede ne nunc quidem cum dubia sit ejus ex testamento libertas, legatum sine libertate accipere posse Labeo ait: quia servus ejus esset. Sed si hæres eandem conditionem legato inserat, quæ libertati a testatore data præposita fuerit: valet legatum: nam etsi cum moreretur hæres, servus liber esse jussus esset, recte sine libertate ei ab hærede legari posse constitit: quia supervacuum sit, ei libertatem dare, quam ex testamento hæredis capturus non sit, sed ex testatoris habet.

§. 1. *Stichum aut Pamphilum, utrum hæres meus volet Titio dato, dum utrum velit dare eo die quo testamentum meum recitatum erit, dicat. Si non dixerit hæres, Pamphilum an Stichum dare malit: perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit. Si dixerit, se Stichum dare velle. Sticho mortuo liberari eum si ante diem legati cedentem, alter mortuus fuerit, alter qui supererit, in obligatione manebit: cum autem semel dixerit hæres utrum dare velit, mutare sententiam non poterit: et ita et Juliano placuit.*

Duæ sunt quæstiones: prior est de legato relicto servo proprio sine libertate, quod constat esse inutile, *l. servus*, *C. de leg. l. plane*, §. *si conjunctim*, *lib.* 1. si dixeris utile, eundem communem feceris petitorem et debitorem legati, id est, hæres legatum sibi ipsi debebit, quoniam dominus fit servi aditione, et a servo jure dominii legatum in persona servi proprii sine libertate non valet, hodie tamen beneficio Just. illud legatum valet, quod relinquitur servo proprio sine libertate. At quomodo vitatur illa absurditas, ut idem sit actor et reus? conniventibus scilicet oculis beneficio Justin. servus legatum capit, *l.* 4. *inf. de manumiss.* et id legatum per servum non indebitum acquiri novo domino, id est hæredi: neque novum est, hæc ita introduci, cum et olim conniventibus oculis legatum alimentorum relictum servo sine libertate valeret: non erant igitur omnino servi exsortes testamentorum; *l. servos*, *de alim. leg.* Symmachus 1. epist. *servis testamentorum justa commoda non negantur*: commoda, alimenta dicimus. Sed hodie ex const. Just. fit generaliter, qui voluit, ut ne hæres idemque dominus servi mi-

nueret legatum relictum servo a priori domino, et ut cogi possit extra ordinem, *l. pen.* §. *illud*, *C. de necess. servis.* Ceterum regula juris antiqui hæc est, servo proprio inutiliter legari sine libertate, ad quam regulam si referas quæstiones multas, non erit difficile tenere jus: una quæstio est an statulibero possit legari sine libertate, statuliber ex hac l. est is cujus dubia est ex testamento libertas, dubia, id est, suspensa die vel conditione: vel sic, statuliber est servus cui implicitus casus libertatis, *l. ult. sup. si ex noxal. ca. ag.* mitto vulgares definitiones an: igitur statulibero hæres recte legat sine libertate, non, quia interim dum est in dubio libertas, servus est proprius hæredis, *l.* 12. *in fi. sup. famil. ercisc.* idque proponitur hac l. Altera quæstio est an statulibero hæres sine libertate possit legere sub ea conditione, sub qua prior dominus ei libertatem dedit? pure non potest legare, sub alia conditione non potest: sed an sub ea sub qua libertas data est priori testamento? posse respondetur; quoniam legatum confertur in tempus libertatis, eademque ratione statulibero cui libertas ita relicta est, *cum morietur hæres, liber esto:* hæres recte legavit sine libertate, quia quo tempore ei deferetur legatum testamento hæredis, deferetur et libertas testamento prioris domini. Et hæc est sententia hujus legis in principio: notanda verba quæ continent definitionem statuliberi: *libertate a testatore data præposita fuerit*, id est, data, et præposita; recte ait *conditio data præposita* ἀσυνδετῶς, nam conditio dari dicitur, id est, apponi, et eleganter *præponi*, ut *l. cum fundus*, *et l. si fundum*, *de condit. et demonstrat. et proponi*, *l. penult. eod.* et προστιεμένη, *l.* 6. *de excusat. tutor.* conditio enim efficax solet præponi, non postponi, hoc modo: *si navis ex Asia venerit, dato*, inefficax postponitur: *dato*, inquit, *si navis ex Asia venerit*, *l. obligationum* §. *conditio*, *de oblig. et act.* est inefficax, quia extinguit legatum, si deficiat, ipso jure, nec necessaria est exceptio: efficax præponitur sæpe, id est, in dando legata apponitur, non post datum legatum. ἐν ἀρχῇ, non ὕστερον: altera quæstio est de electione, si legetur illud aut illud cujus sit electio: qua in re necessario separari debet legatum per vindicationem et per damnationem: nam si per vindicationem legetur hoc modo, *illud aut illud*, legatarii est electio, *l.* 23. *hic*, *l. plane*, §. *pen. lib.* 1. si per damnationem legetur, *illud aut illud dato*, *illud aut illud damnas esto dare*, electio est hæredis, *l. si ita relictum*, §. *ultim hic*, quæ aperte loquitur de damnatione, ut superiores de vindicatione, et hæc quæ loquitur de damnatione ait quod si legentur quindecim aut decem, sola decem debentur, quoniam in arbitrio est hæredis quid velit dare: porro daturus est minorem summam: vel si eodem genere legetur post biennium vel post annum, in longiorem diem legatum videtur, quia longiorem diem electurus est hæres, in cujus electione legatum fecit, posuitque testator verbis damnationis: et ita hanc differentiam constituit *l.* 19. *hic* cujus sententia est, comparari hæredem legatario recte hac in re, quod si illud aut illud legatum sit per vindicationem, et legatarius elegerit Stichum per errorem cum putaret solum Stichum sibi legatum; quod si non putasset, forsitan elegisset Pamphilum, legatarium tamen mutare factum suum non posse erroris specie: eodemque modo ait, *si post damnationem legetur Stichus aut Pamphilus*, quo casu electio est hæredis, et hæres captus eodem errore dederit Stichum cum nesciret sibi permissum vel Pamphilum dare, quia electio illi competit jure: eum inquam hæredem mutare sententiam non posse, et ideo Stichum solutum condicere non posse, et in hac quæstione conditionis, an hæres Stichum quem per errorem solvit, cum posset Pamphilum eligere, possit solutum condicere, dissentit Celsus a Juliano, qui condictionem dabat hæredi, *l. cum is*, §. *ult. de cond. ind.* quæ cum *d. l.* 19. in concordiam adduci sine calumnia non potest. Et vero ipse Just. in *l. pen. C. de cond. ind.* testatur, in consimili specie dissentire Celsum a Juliano. Si hæres qui damnatus est dare Stichum aut Pamphilum, utrumque dederit per errorem, cum alterum tantum dare teneretur, condictionem ei dabat Jul. aut electionem repetendi quem vellet: negabat Celsus, et Jul. sententia ubique probatur. Verum ad rem: si per damnationem legetur illud aut illud, hæredis est electio, quem velit dare: addenda est vulgaris exceptio, nisi aliud testator dixerit, ut si ita Stichum aut Pamphilum, utrum Titius volet Titio dato, idque est certissimum: totum facit in testamentis voluntas defuncti: potest igitur testator electioni hæredis injicere condictionem ita, Stichum aut Pamphilum dato si modo eo die, quo testamentum meum recitabitur dixeris quem velis dare, ut proponitur in hac *l.* §. *ult.* Quare si eo die non eligat hæres, tranferetur electio in legatarium ex sententia defuncti, quasi adempta electione hæredi: sed si eo die hæres eligat Stichum, Stichus erit periculo legatarii, id est, mortuo Sticho liberabitur hæres, nec cogetur Pamphilum dare qui superest: sed si Stichus moriatur ante recitatum testamentum, et antequam eligat hæres, perit hæredi, et ideo Pamphilus qui superest, debetur; sed hic rursus est periculo legatarii, id est si pereat, peribit legatario: hæres autem eligit non utique dando, sed etiam constituendo et dicendo quem velit dare, quod semel duntaxat contestari potest, nec enim mutare voluntatem potest, quod hic Jul. placuisse scribitur: locus est Jul. in *l. hujusmodi*, §. *Stichum*, *lib.* 1.

non oportet amplius quam semel optare: qui potest eligere, potest semel. Seneca controv. 14. et hoc in debitore, id est in hærede vel promissore, cui nominatim data est electio præstandi illud aut illud, est indistincte verum, et non licere amplius quam semel optare, quia in ea re quam optaverit semel, statim jus acquiritur creditori, quod et invito deinde exigi non potest, *l. eum qui*, §. *ult. inf. de verb. oblig.* in creditore, id est, in legatario vel stipulatore distinguendum videtur. Ita igitur distinguere reservari sibi electionem his verbis: *Stichum aut Pamphilum quem volueris promittis?* quo casu stipulator prima electione consumit jus omne crediti, nec potest variare: an vero reservarit sibi optionem his verbis: *quem volam*, quæ verba quia tractum habent et extensiva in futurum tempus, stipulator variare potest, et subinde mutare sententiam usque ad litem contestatam, *l.* 112. *inf. de verb. oblig.* unde non est dubium quin ita distinguendum in legatario, sed constituta differentia inter legatum damnationis, et vindicationis hoc modo, ut si dixerit, *Stichum aut Pamphilum utrum Titius volet, Titio dato* quod est legatum damnationis, quia verbum volet est extensivum, *l. filii*, *inf. ad Tert.* poterit legatarius variare ante traditionem, quia et ante traditionem non acquiritur legatario is quem optavit, et ideo res est in integro, ut possit alium optare, et a priori recedere: sed si ita legetur, *Stichum aut Pamphilum utrum Titius volet, Titio do lego*, quod est vindicationis legatum, non poterit amplius quam semel optare, licet usus sit verbo extensivo *volet*, quia scilicet prima electione dominium servi acquirit statim, quod non potest amittere nuda voluntate: dominium non amittitur nuda voluntate, *l. apud*, *de opt. leg.* Verum si dixerit, *quem voluerit legatarius*, illud est verum indistincte, non posse eum amplius optare quam semel: sequor opinionem quam Accurs. ultimo loco attulit, cetera improbant verba testatoris, si non eo scilicet die, antequam eligeret. *Juliano placuit*, *dict. l. hujusmodi*, §. *Stichum.*

Ad L. *XII.*

Si pecunia legata in bonis legantis cum sit, solvendo tamen hæreditas sit, hæres pecuniam legatam dare compellitur, sive de suo, sive ex venditione rerum hæreditariarum, sive unde voluerit.

§. 1. *Quod ita legatum est: hæres cum morietur, Lucio Titio dato decem, cum incerta die legatum est, ad hæredes legatarii non pertinet, si vivo hærede decesserit.*

In hac l. duo proponuntur: unum est de pecunia legata, id est, de nummis legatis et non inventis in hæreditate: hanc pecuniam deberi ait: *si modo solvendo sit hæreditas*: recte, si modo solvendo sit hæreditas: quoniam etsi æs alienum hæres qui adiit hæreditatem, debeat ultra vires patrimonii; legata tamen non debet hæres ultra vires patrimonii: æs alienum dissolvit de suo qui adiit; etiamsi hæreditas non sufficiat, legata non solvit de suo. Verum hodie, ut recte Accurs. ex *Nov. de hæred. et Falcid.* legata etiam debentur supra vires patrimonii, omisso inventario, facto non item. Igitur si nummi legati fuerint qui domi non erant sacculis plenis aranearum, nihilominus si solvendo sit hæreditas, hæres solvere eam pecuniam debet, vel ex suo sacculo, vel ex venditione rerum hæreditariarum, vel unde poterit. *Si solvendo*, *etc.* Ratio legis hæc est, quia non corpora nummorum, sed quantitas videtur legata, ut in aliis plerisque causis: in pecunia non corpora spectamus, sed quantitatem, *l. si is cui nummos*, *inf. de sol. l. si servus*, *de reb. cred.* quantitas autem inesse videtur hæreditati, si tanti sit hæreditas, vel multo pluris, si tantundem ex hæreditate refici possit. Valet igitur legatum pecuniæ etiamsi nulli nummi in bonis fuerint, *l. hæredes* §. *ult. sup. famil. ercisc.* non idem est in fundo legato, vel in domo legata, nam si non sint, inutile est legatum et derisorium, ut ait lex *si domus*, *in princ. lib.* 1. scilicet quia non apparet quid legatum sit. Eodemque modo si species nominatim legata, veluti lanx, scyphus, patera non inveniantur in hæreditate, nihil debetur, *l. omnia*, §. *species*, *hic*, quia scilicet et res quæ non inveniuntur in hæreditate, non intelliguntur esse: pecunia autem etiamsi non inveniatur in hæreditate, inesse intelligitur: elegans differentia inter pecuniam et fundum, similesque res, ut Celsus declarat in *l.* 88. *inf. de ver. sig.* quæ lex proprie pertinet ad hanc quæstionem, de qua tractamus. Igitur hoc vult ea lex, pecuniæ legatum valere etiamsi pecunia non sit in hæreditate, quoniam *tantum*, inquit, *quisque pecuniæ relinquit*, *quantum ex bonis ejus refici potest*: et in usu est, ut centies aureorum dicatur habere, qui tantum in prædiis ceterisque similibus rebus habet: legatum autem fundi non valere, si nullus sit fundus in hæreditate, nec quicquam facere, quod potest fundus parari pecunia hæreditaria: neque enim videtur quis habere quicquid sua pecunia parare potest. Et in usu non est, ut dicamus eum, qui habet centies aureorum, habere in bonis quicquid ea pecunia comparari potest. Licet contra is qui habet bona ex quorum venditione centies aureorum redigere et conficere potest, recte dicitur habere in bonis centies aureorum, atque ita luculenter demonstrat, cur pecuniæ le-

gatum valeat non inventa pecunia, fundi non valeat, si nullus in bonis fundus fuerit. Initio illius legis vulgo legitur, *propemodum tantum quisque pecuniæ relinquit quantum*, atque ita Græci legunt: σχεδὸν τοσαῦτα ἕκαςοι χρήματα καταλιμπάνειν: abest tamen a Florent. qui non consentiunt vulgaribus et aliis plerisque. Itaque non male vulgo legitur *propemodum*. Nam hoc fictionem quandam inducit, neque revera ita est in contextu ejusdem legis, vulgo legebatur: *Si dicimus centum aureos habere eum qui tantum in prædiis habeat*, rectius Flor. *qui centies aureorum habeat*, id est centies centena millia aureorum. Iidem Græci probant qui vertunt, ἑκατοντάκις ἑκατὸν χρυσοῦς, in contextu etiam illius legis et in Flor. et in aliis male addunt, *alieno*, cum docuisset initio legis, pecuniæ legatum valere, etiamsi nulli sint nummi in bonis: subjicit differentiam legati: *non idem est in fundo*, delenda est igitur vox *alieno*: legatum enim fundi alieni valet, et Celsus non loquitur de legato fundi quod valet, sed de legato fundi quod non valet, ad differentiam pecuniæ legatæ. Non loquitur ergo de fundo alieno legato, sed de fundo incerto et generaliter legato, quod legatum non valet, si nullum fundum habuerit testator, licet locuples sit, in pecunia autem legatum valere etiam si pecuniam non habuerit, modo mobilia aut immobilia possederit, ex quibus pecunia confici possit. Alterum quod proponitur in hac l. est de legato collato in tempus mortis hæredis, post mortem hæredis secundum jus antiquum legari non potest, ne ab hærede hæredis legari videatur, ne legatum quod hæres non debuit, hæredis hæres incipiat debere, quod juris civilis regula non patitur; in tempus mortis hæredis legari potest sic: *hæres cum morietur, Titio dato*, est hoc legatum conditionale, et ideo non transmittitur in hæredem legatarii, si hæredi a quo legatum relictum est, legatarius supervixerit, *l.* 1. §. *dies, inf. de cond. et demons*. Et in hoc loco aperte distat legatum a fideicommisso: nam fideicommissum relinqui poterat non tantum in tempus mortis hæredis, sed etiam post mortem, *l. si fuerit*, §. 1. *inf. lib.* 3. Quod hodie etiam ex constitutionibus Just. procedit in legato. Redigitur enim hac in re legatum ad exemplum fideicommissi. Hodie igitur legari potest post mortem hæredis, eodemve modo, non tamen in tempus mortis legatarii legatum vel fideicommissum relinqui potest, ut debeatur hæredi quod non fuit debitum defuncto, sed huic legato quod confertur in casum mortis legatarii inest mora, non conditio, illi legato quod confertur in casum, mortis hæredis inest conditio, *l. hæres meus, inf. de cond. et demonst.* Differentia est inter moram, et conditionem, *l.* 1. *hic*, mora non est impedimento quo minus legatum transmittatur in hæredem legatarii, conditio est impedimento.

Ad L. XIII.

Qui duos reos ejusdem pecuniæ habet, Titium atque Mævium, ita legavit: Quod mihi Titius debet, Mævio hæres meus dato: quod Mævius debet, Sejo dato: *his verbis onerat hæredem: nam cum actiones suas hæres Mævio præstiterit adversus Titius videtur Mævius facto ejus liberatus esse, et idcirco Sejo hæres tenebitur.*

§. 1. *Si is qui unum reum habebat, quod is sibi deberet duobus in solidum separatim legasset, oneratur hæres duobus satisfacere, uni actione cedendo, alteri pecuniam solvendo.*

Est de nomine legato duobus disjunctim Finge: duo sunt rei debendi, id est, qui singuli in solidum mihi debent eandem summam; Titius et Mævius, damno hæredem meum, ut quod Titius mihi debet, id det Mævio conreo Titii: quibus verbis videor legasse actionem creditæ pecuniæ, quæ mihi in Titium competit in solidum, *l. si sic* §. *pen. et ult. l. legatum ita erat*, *lib.* 1. Et ideo ex hoc legato nihil amplius quam actionem suam cedere hæres debet, non aliter quam si nomen legatum fuisset, vel chirographum, ex quo legato hæres in hoc tantum tenetur ut actiones mandet, *l. servum*, §. *eum qui, lib.* 1. *l. qui chirographum lib.* 3. Ergo damnans hæredem meum, ut quod Titius mihi debet, id det conreo Titii, id est Mævio, rursus quod Mævius mihi debet cui legavi nomen Titii damnans hæredem meum ut det Sejo, ego videor etiam Sejo legasse actionem creditæ pecuniæ, quæ mihi competebat in solidum in Mævium: nam duo erant rei debendi, singuli mihi tenebantur in solidum: denique ejusdem nominis duo sunt legatarii disjuncti Mævius et Sejus per damnationem, nomen non potuit legari nisi per damnationem, *l. non quocunque*, §. *qui Cajum, lib.* 1. vel per fideicommissum, *l. nomen in princ. lib.* 3. Generaliter quodcunque poterat legari per damnationem poterat per fideicommissum relinqui, *Ulp. in Frag.* sed quia in *d. l. nomen* est locus singularis, species ponenda est: legavi Titio decem aureos quos Cajus mihi debebat, legavi nomen Caji, et sum usus his verbis, *Titio dari volo decem aureos quos Cajus mihi debet*, quæ verba *dari volo*, sunt verba fideicommissaria, non directa *l.* 11. §. *sic fideic. lib.* 3. *l. quidam testamentum*, *lib.* 1. Et ob id fideicomm. etiam appellatur in ea l. Porro adjeci, ut Titio legatario adversus Cajum mandaretur actio, et ut ei traderentur pignora debitoris: quæritur

an hæres legatario decem tantum aureos dare debeat; an vero debeat actiones cedere legatario in omne debitum, id est, et in usuras? Resp. universam nominis obligationem fideicommisso contineri, id est, et sortis et usurarum. Sed deinde quærit, quid sit dicendum si ignorante patref. testatore, servus actor testatoris præpositus Calendario ejus in provincia, ab eo debitore adjectis sorti usuris decem stipulatus sit post testamentum: quæritur an hoc incrementum veniat in causam fideicommissi? Resp. hoc etiam venire, videtur idem rursus quærere de usuris an veniant in fideic. quod tamen non est ita. Quid igitur intelligit, si adjectis sorti usuris actor decem stipulatus sit? Est novum incrementum debiti, cum scilicet usuræ vertuntur in sortem novatione facta, stipulatione usurarum transfusa in aliam stipulationem quasi sortis: usuræ enim usurarum non debentur, *l. si non sortem*, §. 1. *de cond. ind.* sed usurarum in sortem deductarum novatione facta usuræ debentur, quoniam illæ usuræ quasi sors jam debentur, quod tamen Just. sustulit *l. ult. C. de usuris*, sed ante Just. usuras recte redigi in sortem, et eorum porro usuras exigi *d. l. nomen* singulariter probat. Nunc ita constituamus, ubi quid disjunctim sive separatim per damnationem duobus legatur jure antiquo singulis debetur solidum; cum sint plane disjuncti, uni debetur res, alteri æstimatio, constitutione Just. concursus partes faciunt, *l. unica*, §. *sin autem disjunctim, C. de cad. toll.* ubi hæc verba quæ sunt in hoc §. *in uno tantum genere legati*, quibus significat in uno tantum genere legati hoc fuisse receptum, ut disjunctis singulis, deberetur solidum, ea verba Accurs. retulit ad legatum vindicationis. Ulp. Paul. Cajus docent, ea verba referenda esse ad legatum damnationis, et omnibus quibus legabatur per damnationem disjunctim, singulis debebatur solidum, quibus per vindicationem legabatur eadem res disjunctim, singulis concurrentibus non solidum, sed partes debebantur, et debentur hodie non tantum ex legato vindicationis, sed ex legato damnationis, et ex fideicommisso, nisi perspicue appareat, testatorem voluisse singulis legatariis solidum dari ex *constitut. Justin. de cad. tollend.* cujus sententiam ut ex stylo conjicere licet Trib. inseruit in *l. si plures*, *lib.* 1. et secundum eandem constitutionem in hac *l.* 13. §. *ult.* adjecit hanc vocem, *in solidum*, ut invitos JC. Just. conjungeret, et in *l.* 20. *lib.* 3. secundum eandem constitutionem adjecit hæc verba, *non communicandi animo, sed utrique in solidum*, ad eam constitutionem detorsit in *l. duo, de usu et us. leg.* Igitur si duo sint conrei Titius et Mævius, et creditor nomen Titii Mævio, et nomen Mævii Sejo legaverit per damnationem, onus est hæredis primum, ut Mævio cedat actiones in solidum adversus Titium, quo facto liberatur Mævius qui erat conreus, cui ceditur jus omne crediti. Deinde onus est hæredis, ut Sejo præstet æstimationem totius nominis, quia liberato Mævio, nullam actionem potest cedere Sejo adversus Mævium, si posset cedere, liberaretur cedendo: sed quoniam evanuit actio, sequitur, Sejo debere præstari æstimationem totius nominis, et hoc utique procedit omnino secundum jus antiquum in hac specie, imo et secundum novum, quia satis aperte testator singulis solidum nomen legavit. Et hoc aperte proponitur in hac l. Idem dicendum est si testator qui habebat duos reos Titium et Mævium. Titii nomen Primo, Mævii nomen Secundo legaverit per damnationem: utrique solidum debetur, *d. l. non quocunque*, §. *qui Cajum*: sed addatur idem etiam esse, si is qui unum tantum reum debendi habebat, ejus nomen duobus legaverit disjunctim per damnationem: uni enim cedetur actio in solidum, alteri præstabitur æstimatio integra nominis: quod procedit jure veteri etiamsi testator non expresserit, ut singulis præstaretur integrum nomen. Hodie id exprimi necesse est, et ob id Justinian. etiamsi non dixisset in solidum, singulis solidum debebatur. Nihil pertinet ad quæstiones hujus *leg. l. uxorem* §. 1. *lib.* 3. Est enim quæstio nostra de eadem re duob. legata disjunctim, quod si factum sit per damnationem, vel per fideicommissum, dicemus jure veteri posteriori legato prius non minui: in *d. l. uxorem* agitur de universa re uni, et de particula ejusdem rei alteri legata; quo casu posteriori legato prius minuitur, et generi per speciem derogatur; universo pars detrahitur. Priori casu oneratur hæres duplici præstatione in integrum, posteriori non oneratur hæres,

Ad L. XIV.

Si idem servus et legatus et liber esse jussus sit: favor libertatis prævalet: sin autem et in posteriore scriptura legatus est, et evidens ademptio libertatis ostenditur, legatum propter defuncti voluntatem prævalebit.

Id explicari debet hoc modo, si idem servus liber esse jussus et legatus sit; non sequimur ordinem scripturæ: solet in testamentis posterior scriptura potior esse priore, non tamen posterior scriptura legati servi potior erit datione libertatis quæ præcessit, idque receptum est favore libertatis, ut ait, quia et alias benigniores sententias exprimit contra juris rigorem, *l. pœnales, in fin. inf. ad l. Falcid.* et hoc ita si in posteriori legato non sit evidens ademptio libertatis: nec enim datione legati sola videtur adempta libertas, adimi semel data libertas ei non potuit: quia erat multo amplior

libertatis favor: hodie adimi potest, ut tamen eodem modo adimatur quo ei data est, *l. si peculium* §. 1. *inf. de man. test. l. si servus legatus*, *inf. de fideic. lib. l. un. de adempt. lib.* et Ulp. in *Frag. tit. de statulib.* danda est libertas nominatim l. Fusia: ergo et nominatim adimenda est, vel manifestissimis rationib. probare hæres debet, testatorem per legatum adimere libertatem voluisse. Restat itaque tantum favor hic libertatis, ut non legatum servi ademptum censeatur posteriore datione libertatis: non tamen libertas statim posteriore legato adempta intelligitur, nisi adimendæ libertatis evidens et manifestissima voluntas fuerit in obscuro: quod sic interpretor, id est, si dubitetur, adimere libertatem testator voluerit, an onerare hæredem redemptione servi legati quasi ex fideicommisso relicta libertate? ita si res sit in dubio, efficacior erit libertas legato novissimo, quæ scilicet utiliter data erit, *l. qui testamento inf.* Hic inutiliter datæ libertatis nullus effectus est, nisi quod argumentum præbet mutatæ voluntatis, si legatum præcesserit, id est, quo servo legato postea adscribit libertatem, licet adscribat inutiliter: hæc efficit ut nec legatum debeatur, nec libertas: nam inutilis adscriptio libertatis argumentum est adempti legati, *l.* 3. §. *ult. inf. de inst. et instrum. leg.* hæc autem in hac *l.* 14. *et d. l. si peculium* §. 1. dicuntur de libertate directa, idem dicemus de fideicommissaria, si idem servus legatus et per fideicommissum liber sit, *d. l. si servus*, dummodo legetur servus ab hærede, et ab eodem relinquatur fideicommissaria libertas: nam si fideicommissaria libertas relinquatur ab eo cui servus legatus est, utrumque valet legatum: servus debetur legatario, et servo legatarius debet fideicommissariam libertatem.

Ad §. 1. *Servo.*

§. 1. *Servo alieno hærede instituto post mortem domini ejus, cui acquisita hæreditas, et libertatem fideicommissariam dari posse constat.*

Sententia hæc est: non potest statim a domino servi hæredis instituti, per quem domino acquiritur hæreditas, eidem servo legari: et sicut hæredi a semetipso non potest legari, ita hæredi a domino vel patre cui hæreditatem acquirit, quoque jubente acquirit hæreditatem, legari non potest, fideicommissum tamen ab eo domino, eidem servo hæredi scripto relinqui potest, *l. cum filius*, *lib.* 1. Ulpian. in *Frag. tit. de leg. et tit. de fideic.* Ergo potest etiam a domino eidem servo relinqui fideicom. libertas. A quo autem fideicom. relinqui pure potest, poterit et post mortem ejus quod censetur conditionale, ut scilicet hæres ejus incipiat debere, *l. si fuerit*, §. 1. *lib.* 3. Ergo sicut a domino servi hæredis instituti (idem de patre dici potest) eidem servo potest relinqui pure fideicommissaria libertas, ita et post mortem domini relinquetur utiliter, hoc modo: *cum mortuus fuerit dominus libertatem tibi dari volo*, et hæres domini debebit libertatem quam dominus non debuit.

Ad L. XV.

Si quis duobus hæredib. institutis, ita legaverit; Stichum aut decem hæredes danto. *Non potest alter hæredum quinque alter partem Stichi dare: sed necesse est, utrumque aut Stichum totum, aut decem solvere.*

Duo sunt hæredes scripti, a quibus testator legavit decem aut Stichum, his verbis: *hæredes mei Stichum aut decem illi danto*, vel: *Titius et Mævius Stichum aut decem illi danto*, quo genere non constituuntur duo rei debendi, id est, singuli hæredes non tenentur in solidum legatario; sed debent aut hæreditarias partes, aut viriles hæreditarias, si hæredes nominaverit, *ut hæredes mei*: viriles, si nomina propria expresserit sic, *Titius aut Mævius*, et si ea nomina expresserit et conjunctivo modo, *l. turpia*, §. *ult. l. si hæredes nominatim*, *lib.* 1. *l. ita liber*, *in fi. inf. de statulib. l. si communis servus*, *de stipul. serv.* In hoc igitur casu singuli hæredes debent partes legatario, non totum: sed an potest unus ex hæredibus solvere partem Stichi alter partem pecuniæ: lex ait, aut utrumque integram pecuniam præstare debere pro partib. virilib. aut integrum Stichum, et nihil agi si unus offerat partem pecuniæ, alter partem Stichi, quia unum legatum est, non duo, unum pro solido, quod nisi solvatur, liberatio non contingit hæredibus, et est hæc lex ex *lib.* 6. *dig. Celsi*, quo libro idem Celsus scripsit de stipulationibus, *l. si non sortem*, §. *ult. scilicet lib.* 6. *de cond. indeb.* in qua dum ait, *idem ait*, Celsus *sup.* Digest. quem citaverat in § *pen.* ejusdem legis. Igitur si duo sunt promissores pecuniæ aut servi, non tamen conrei, vel si unus sit promissor pecuniæ aut servi, vel si unius promissoris duo sunt hæredes, unus non potest defungi solutione pecuniæ pro parte, alter solutione hominis pro parte. Igitur si ab uno promittatur servus aut pecunia disjunctim, promissor cujus est electio in stipulationib. non potest partem Stichi dare, et partem pecuniæ, sed alterutrum dare debet pro solido. Idem dicemus si sint duo promissores, vel duo hæredes promissores, sicut et in hæredibus nihil refert fuerint duo hæredes, an unus a quo illud et illud legetur disjunctivo modo, si modo per damnationem legetur, ut in hac l. proponitur: alioquin hæredis non est electio, ut si illud

aut illud legetur per vindicationem, non poterit legatarius partem pecuniæ, vel partem servi vindicare, quia unum est legatum in alterutra causa. Ergo non potest dividere solutionem secundum *l.* 8. §. *ult. lib.* 1. Conclusio est: si illud aut illud legetur, unum esse legatum, quod neque in solvendo, neque in exigendo servo dividi potest, quod alterutrum præstari oporteat pro solido.

Ad L. XVI.

Si Titio, aut Sejo, utri hæres vellet, legatum relictum est: hæres alteri dando, ab utroque liberatur, si neutri dat, uterque perinde petere potest, atque si ipsi soli legatum foret. Nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento.

Hoc ostenditur, non tantum stipulatione duos reos credendi constitui, sed etiam testamento: conditio reorum credendi hæc est, ut singulis eadem res vel summa in solidum debeatur, sed hæc non est propria eorum conditio: nam et eadem est conditio legatariorum quibus disjunctim per damnationem legatur, id est, singulis solidum debetur, nec tamen sunt conrei: conditio reorum credendi propria hæc est, ut uni soluta integra pecunia, debitor ab utroque liberetur, quod non fit in legatariis per damnationem disjunctis, quibus singulis nisi solidum hæres solverit, uni rem, alteri æstimationem, non liberatur, et ob id non sunt conrei. Conrei sunt si uni eorum solvere oportet integram pecuniam ad liberationem rei: constituuntur autem duo rei credendi testamento sic, *Titio aut Sejo decem dato*: utrique competit exactio; et debetur solidum, sed uni si persolutum sit, jam nihil debetur alteri, et sic etiam testamento duo rei debendi ita constituuntur: *Titius et Mævius hæredes mei Cajo decem danto*: singuli debent solidum legatario, et unius solutio liberat cohæredem, *l.* 8. §. 1. *lib.* 1. *l. ille*, *lib.* 3. unde alias ostendi in *l. eandem*, *inf. de duob. reis* (quæ ait testamento etiam constitui duos reos debendi) exemplum quo utitur, ita corrigit debere, *Titius aut Mævius hæredes mei Cajo decem danto*: nam si legetur ita ut vulgo, *Titius et Mævius*, non sunt conrei debendi, ut dictum l. 15. sicut si ita legaverit, *Titio et Mævio decem dato*, non sunt conrei credendi: non constituuntur ergo testamento duo rei credendi vel debendi nisi disjunctivo modo posuimus exemplum in legato damnationis, videamus in vindicatione quid juris sit: fac ita legatum: *Primo aut Secundo decem lego:* si hæredi reservaverit electionem ut proponitur in l. 16. legatum fuisse per vindicationem duobus disjunctivo modo, atque ita constitutos duos reos credendi, sed electionem hæredi reservatam, hoc casu non est dubium quin sint duo rei credendi, sicut et in fideicommisso, et in damnatione nulla fuit dubitatio. Igitur si non reservata electione hæredi legaverit ita: *Primo aut Secundo decem lego*, cui debebitur legatum? uterque vindicat, an invicem se impediant, quod plerisque videbatur? Et fuit hæc quæstio vexata a veteribus, sed Justinianus eam definit in *l.* 4. *C de verb. signif.* ut disjunctionem pro conjunctione accipi velit, ut utrique vindicationem dari velit. Quod si disjunctio accipitur pro conjunctione, cum ita legatur, *Primo aut Secundo decem lego*, hoc perinde valet ac si legetur Primo et Secundo: non sunt duo rei credendi, quoniam concursu partes debentur æquales: neque hoc novum esse ait Justin. conservandi supremi judicii causa, cum et in re et in jure ita disjuncta accipiamus pro conjunctis, *l. sæpe*, *de ver. sign.* et contra conjuncta pro disjunctis, et soluta pro separatis et vocat soluta ἀσύνδετα, quæ et διαλυτικά: quidam corrupte ἀσύνθετα ut cum dicis *donum*, *munus*, *opera Primo, Secundo, Tertio lego* hæc sunt ἀσύνδετα sive soluta, tamen pro separatis accipiuntur, non pro conjunctis. Accurs. hoc loco errat, dum ait, unum ex reis credendi, qui exigit totam pecuniam, alteri teneri negotiorum gestorum, quod in specie proposita in hac l. locum habere nullo modo potest; et ideo a Bartolo refellitur, qui recte ita distinguit inter reos credendi socios et non socios, et inter eos qui communiter pecuniam crediderunt, et eos quibus debetur eadem pecunia ex donationis vel legati causa: socium qui exegit pecuniam socio teneri ut communicet: eum etiam qui cum alio communem pecuniam crediderit si eam exegerit, teneri alteri: sed si duo sint conrei credendi ex causa donationis vel legati, qui occupaverit agere et totam exigere pecuniam, non tenebitur alteri; quæ distinctio est elegans.

Ad L. XVII.

Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit ut ea restituat Mævio, Mæviusque fuerit mortuus: Titii commodo cedit, non hæredis, nisi duntaxat ut ministrum Titium elegit. Idem est etsi ponas usumfructum legatum.

Hujus legis duæ sunt partes, duæ quæstiones: prioris species hæc est: legavi Titio decem, eumque rogavi ut ea restitueret Mævio. Mævius post testamentum decessit vivo testatore: defecit ergo fideic. quæritur cujus commodo fideicom. quod defecit, cedat, hæredis an legatarii a quo fideicommissum relictum est, et respond. fideicommissum remanere apud legatarium, non in hæreditate, nisi Titium testator ut ministrum elegit, id est, dispen-

satorem legati, non ut legatarium, quo casu fideicommissum in hæreditate remanet, nec debetur ei, cujus ministerio uti testator voluit, cui principaliter honorem habitum noluit. Idem dicendum ait in usufructu si legetur Titio, et is rogetur eum restituere Mævio, et Mævius decedat vivo testatore post testamentum, ususfructus non recurret ad proprietatem, id est, ad hæredem, quia in legatarii persona consistit: solet autem alias ususfr. exstinctus recurrere ad proprietatem, sed hic residebat apud legatarium potius. Igitur sententia hujus partis hæc est, quod si fideicomm. relictum a legatario post testamentum deficiat, mortuo fideicommissario ante mortem testatoris, fideicommissum apud legatarium remanet jure legati, ad hæredem non redit, etiamsi hæres sit ex liberis defuncti, quod congruit cum *l. Jul. hic*, *l. pater*, §. *fidei*, vulgo, *Tusculanus*, *lib.* 4. et est hic ex SC. facto circa legem Papiam, *d. l. Jul.* denique fideicommissum illud apud legatarium et apud hæredem remanet, ergo non cedit etiam fisco l. Papia, quia ea l. ea tantum fiscus vindicat, quæ apud hæredem remansura erant, et hæredis commodo cessura. Idem dicendum est, si fideicommissum deficiat post mortem testatoris: nam et hic legatarius præfertur fisco et hæredi: de fideicommisso quod defecit statim ab initio tempore testamenti inf. videbimus. Additur autem hæc exceptio in hac *l. nisi Titium ut ministrum testator elegerit*, dandi scilicet fideicommissi, quo casu si fideicommissum deficiat, non remanet apud Titium qui non est legatarius, sed minister rerum, aut remanet apud hæredem si jus antiquum habeat, id est, si sit ex liberis defuncti, vel cadit in fiscum si hæres jus antiquum non habeat: et hi eliguntur ministri totius testamenti qui dicuntur curatores testamenti in illo antiquo Lucii Cuspidii testamento, alii eliguntur curatores funeris. *l. si quis sepulchrum*, §. *funus*, *de religios.* in eodem testamento Cuspidii. *Cajus*, inquit, *Capito et Sextus Ælius curam habeat sepulturæ et funeris*: alii eliguntur distribuendis legatis vel omnibus, vel quibusdam qui omnes dispensatores dicuntur, *Nov. Martiani de testamentis cler.* et ἐπίτροποι *Nov. Leo.* 68. et hi qui eliguntur distribuendis legatis merito in hac lege separantur a legatariis, cum hi et ministri non habeant petitionem legatorum jure ordinario, ut Accurs. docet recte: legatarii habent petitionem, ministri non habent jure ordinario, nisi forte actionem in factum eorum legatorum nomine quorum pia causa est, ut si quid legetur pro redemptione captivorum, *l. nulli*. *C. de episc. et cler.* habent etiam petitionem alimentorum quæ rogati sunt quotannis distribuere certis personis, vel quot mensibus, quæ etiam pia causa censentur, *l. alio hærede*, *inf. de alim. legat.* habent etiam dispensatores ipsi petitionem legatorum si nominatim jussi sint legatum capere et dispensare, *l. quidam*, §. *pen. l. si a pluribus*, *lib.* 1. Alias vero petitionem ordinariam non habent, extraordinariam quam dat Bartolus, hic do libenter. Accursius autem ordinariam actionem deficere probat male ex *l. Lucius*, §. 1. *inf. ad Treb.* quia ea lex non loquitur de curatoribus testamenti, vel de dispensatoribus legatorum, sed de curatoribus bonorum adolescentibus testamento datis: constat non jure dari testamento curatores, *l.* 1. *sup. de confirm. tut.* tutores jure dantur his qui sunt in potestate, et ab eis tutoribus fideicommissa relinquuntur recte, quia videntur relinqui a pupillis hæredibus scriptis, et tutores eorum fideicommissorum petitionem habent, ut fidem impleant, *l. etiam*, *C. de fideicommiss.* Scripserat autem testator in specie illius legis, se curatores daturum bonis suis aut filiis adolescentibus si licuisset, jure non licebat: sed quia non dedit eos curatores, lex ait, eos neque confirmari auctoritate prætoris, neque fideicommissorum petitionem eis dari: denegat fideicommissorum petitionem curatoribus adolescentum, quibus scripsit se daturum, si licuisset, nec dedit: non tractat de curatoribus testamenti: idem dici male probat ex *l. pen.* §. 1. *inf. de adim. leg.* quæ lex, ut etiam Bart. animadvertit, loquitur aperte de legatario, non de dispensatore. Scripsi matrem hæredem ex parte, eique prælegavi quatuor prædia, et fidei ejus commisi, ut ex eis prædiis duo restitueret socero suo: postea codicillis socero ademi fideicommissum: quæritur, an nihilominus duo illa prædia quæ dedi per fideicommissum, et postea ademi, pertineant ad legatarium, et resp. non pertinere, quod mirum est prima specie. Hoc igitur dicit in summa, fideicommissa data a legatario et postea adempta codicillis, non cedere commodo legatarii, non remanere apud legatarium; imo videntur pertinere, quia nec videntur data, per fideicommissum adempta nec videntur data, *l.* 14. *lib.* 1. Ea tamen quæ sunt pro non datis, vel pro non scriptis, id est, quæ deficiunt statim ab initio, apud legatarium remanent, et ad eum pertinent. Verum hoc ita procedit, ut hæc quæ pro non datis habentur, quæ deficiunt statim ab initio, pertineant ad legatarium a quo sunt relicta retentionis tantum jure, ut ea possit retinere ope exceptionis, si nactus sit eorum possessionem: petitionem enim eorum non habet, et melior est hæredis conditio si ea possideat, *l. pen.* §. *Scævola hic*, quæ ab Accurs. citatur *l. codicillis*, *l. si quis eum*, *inf. de cond. et demonst.* et ita intelligenda *l. si quis quos* 31. *hic*. Qui non poterat servum aut servos manumittere, puta vetante Caninia, eos legavit, et rogavit legatarium ut ma-

mmitteret: fideicommissum statim deficit ab initio, legatum etiam deficit, nec legatum, nec libertas valet: quod ita intelligendum est, ut petitionem legati non habeat legatarius, retentionem tamen habeat, actionem non habeat, exceptionem habeat; sicut si ædes destruendæ legentur, ædium retentionem legatarius habet; petitionem non habet, et ita accipe *l. filiusf.* §. *ædes*, *lib.* 1. ita accipienda *d. l. pen.* §. 1. *de adim. leg.* ut fideicommissa adempta non pertineant ad legatarium actionis jure, exceptionis jure pertineant. Quamobrem in hac l. 17. ponendum est, fideicommissarium mortuum fuisse post testamentum factum, non tempore testamenti: alioquin inutile fuisset fideicommissum statim ab initio, quasi relictum ei qui non erat in rerum natura; et ideo legatarii commodo non cederet, nisi per retentionem, et ad summam omnia sic habent: fideicommissorum, quæ statim ab initio a legatario inutiliter relinquuntur, legatarius petitionem non habet, retentionem habet: fideicommissorum quæ a legatario utiliter relinquuntur, postea deficiunt, etiam petitionem habet. Ceterum ut ad rem redeam, dispensatori legatorum non dari petitionem legatorum ille leges quas adfert Accurs. non probant, sed *l. alio hærede, inf. de alim. leg.* quæ dispensatori docet alimentorum quæ præstare rogatus est, petitionem dari: de superfluo autem, id est, de eo quod relictum est extra causam alimentorum, quodque etiam idem ille dispensator erogare jussus est, petitionem non dari. Et perspicuum est Accurs. male hæc verba, *de superfluo*, interpretari *ultra dodrantem*, imo *de superfluo*, id est, extra causam alimentorum. Nam dispensator alimentorum quidem petitionem habet, quod distribuire jussus est, aliorum legatorum non habet. Est etiam alia differentia inter dispensatorem alimentorum, et aliorum legatorum: alimentorum est perpetuus quoad vixerint alimentarii, quoniam alimenta non semel præstantur, sed quotannis, vel quot mensibus: proinde dispensator alimentorum valde oneratur præstationibus annuis vel menstruis subinde recurrentibus, dum flagitantur plerunque non sine convicio et præcipiti festinatione: in re tam necessaria, et alimentarii ei faciunt injuriam non parvam, nisi confestim dispenset alimenta. Onus itaque hujus dispensatoris gravissimum est, et ob id non cavet hæredi deficientium legatariorum se partes hæredi redditurum, *l. pecuniæ*, *inf. de al. leg. l. hujus*, *inf. si cui plus quam per leg. Falc.* Et si non caveat de reddendis partibus deficientium, non tenebitur etiam utili actione, ut eas partes reddat, *d. l. pecuniæ*: cum tamen plerisque in causis, in quibus scilicet cavendum est, omissa cautione utilis actio dabitur, et ideo dispensator lucrabitur partes deficientium, nec hæredi restituet. Quare non mirum si ei detur petitio alimentorum, cum hoc commodum expectet, etiam remota causa pietatis. At dispensator aliorum legatorum est momentarius, ut ait *l. pecuniæ*: nam statim implet et exequitur voluntatem defuncti, et statim solvit legata et leve est onus. Et ideo hic cavet hæredi deficientium partes reddi, nihilque ex hoc officio lucratur, nisi nominatim aliquid ei relictum sit, vel si omissa sit cautio, proculdubio tenebitur utili actione, quæ est explicatio *d. l. pecuniæ.*

Ad §. 1. *Si hæres.*

§. 1. ***Si hæres damnatus esset uni ex libertis dare, et non constituerit, cui daret: hæres omnibus eadem decem præstare cogendus est.***

In posteriori parte hujus l. hoc ostenditur. Si uni ex libertis fideicommissum relinquatur vel legatum per damnationem, quo genere electio est hæredis, vel si quo alio genere legetur uni ex libertis cui hæres voluerit, non eligente hærede cui velit dare, omnibus libertis legatum debetur: si elegerit hæres, is quem elegerit, præferetur, et excludet ceteros: si neminem elegerit, omnes liberti vocabuntur ex sententia defuncti, non aliter quam si dixisset testator uni ex libertis quem hæres elegerit, vel si non elegerit omnibus ex constitutione Antonini, *l. Labeo*, *inf. de statulib.* Sed plenius hac de re disputandum est ex *l.* 24. *et* 25. *hic.* Legavi aut per fideicommissum reliqui uni ex libertis, cui hæres vellet, aut utri vellet, cum duo tamen essent liberti: vel finge: legavi uni ex libertis, cui hæres vellet, uni ex mercenariis, uni ex clientibus: varie enim hæc species formari potest: legis verbis, *cui hæres volet*, liberum arbitrium et plena potestas hæredi datur eligendi quem volet, et ideo indignum et immeritum eligere et præferre potest ceteris, id est, eum qui se vel testatorem offenderit: videtur enim testator hoc legato omnem offensam remisisse, et legatum valet, quoniam non est penitus in hæredis libero arbitrio an debeat, an det, quod fieret inutiliter, sed cui det tantum penitus est in libero arbitrio hæredis. Denique imponitur ei necessitas dandi, sed libera potestas datur dandi cui velit, *l. utrum*, §. *cum quidam*, *de reb. dub.* quod fit utiliter: quod si ita dixerit testator, *uni ex libertis quem hæres dignum putaverit*: hæc verba pro arbitrio boni viri accipiuntur, *l.* 11. §. *sic fideicommissum*, *lib.* 3. et indignum præferre non potest, quia benemeriti duntaxat his verbis invitantur qui patronum coluerunt, qui obsequentiores fuerunt, et hi quidem omnes æqualiter invitantur, et ansi æqua-

lia non sint omnium officia, *l. cum pater*, §. *rogo hic*, sicut malemeriti repelluntur omnes, licet omnes in pari offensa apud defunctum non fuerunt, quia illud ipsum offendere aut promereri semper idem atque unum est. Sed de libero arbitrio disputemus, quo quidem hæredi dato digni et indigni invitantur his verbis: *uni ex libertis cui hæres volet*: huic legato utrum conditio aut mora inest aliqua, an purum est legatum, hoc explicandum est. Et verius est, duplex esse legatum, id est, conditionale et purum: ne quis hoc dicto conturbetur, est et quandoque institutio duplex, conditionalis et pura, *l. 2. sup. de hæredib. inst.* quæ duplicem sensum habet conditionalem et purum: ut si ita dicam, *illi hæredes sunto ex partibus quas adscripsero*, quodammodo duplex est institutio, et perinde est atque si ita dilatasset orationem: *illi hæredes sunto ex partibus quas adscripsero, vel si non adscripsero, nihilominus hæredes sunto*, una conditionalis pars, altera pura: et si hæredibus non adscripserit partes, nihilominus ex posteriori parte orationis hæredes divident hæreditatem ex æquis partibus: sic et hoc genus legati, *uni ex libertis ut hæres volet*, duplex esse interpretabimur: nam si hæres eligere voluit, justum est quoddam tempus quo eligere debeat: nam non cogitur statim eligere; sed modicum tempus datur deliberandi, et consultandi causa, quod tempus si nondum præterierit nondum libertis competit petitio legati, et suspendi videtur ex voluntate hæredis, qui interim deliberat, et quærit de singulorum officiis; sed si justum tempus præterierit quo eligere debuit, nec elegit, omnibus libertis petitio competit quasi puri præsentisque legati: et retro purum fuisse intelligitur semper, atque adeo petitio in hæredes libertorum transmittitur quasi puri legati, decedentium post tempus deliberationis, nec jam hæredi amplius eligendi jus est: quæsita est enim actio libertis omnibus, superstitibus scilicet, post tempus deliberationis, vel superstiti liberto qui vixit post tempus justum deliberationis, vel hæredi ejus si post acquisitam petitionem, antequam peteret decesserit: ceterorum libertorum qui decesserunt ante tempus deliberationis pendente legato hæredibus petitio non competit, quia eo casu eove tempore conditionale fuisse legatum intelligitur, quod non transmitti constat, et ita Marcellus *lib. 15. Dig. l. 24. et 25. hic.* Hoc ergo genere legati, *uni ex libertis cui hæres volet*, hæredi datur quidem plena et libera potestas sed non perpetua dandi cui velit: et aliud est dicere, *cum volueris*, quæ verba habent tractum temporis usque ad supremum vitæ exitum: aliud dicere, *cui volueris*, quæ verba non habent nisi justum, et modicum temporis tractum, quo constituere debet cui malit dare, licet more scholastico contra disserat Quintil. 118. *declamat.* tota hac de re, contra tamen juris decreta: aliter enim in schola rhetorum agitabantur quæstiones juris, aliter in foro. Marcellum Cervidius Scævola reprehendit, ut Ulp. refert in d. l. 24. quia putabat Scævola hoc Marcellum velle, hæredem statim eligere debere sine laxamento sine intervallo ullo, et omnino purum esse legatum, et statim libertis petitionem competere: quo posito et concesso, dicebat Scævola consequens esse, omnium qui decessissent hæredibus petitionem competere, nedum superstiti vel hæredi ejus qui ultimus decessisset, cui tamen soli petitionem Marcellus dabat. Verum ita sequitur, ut si hæres debuit statim eligere sine aliquo intervallo, necesse sit confiteri, cessante hærede omnibus libertis statim actionem competere, quod si omnibus libertis, et omnibus quoque eorum hæredibus si ita sensit Marcellus, ut ponit Scævola, merito reprehensus est. Sed verisimile non est esse ita durum Marcellum, ut hæredi non dederit modicum temporis ad consultandum, quo nondum finito tempore, liberti qui decesserunt, nihil transmiserunt. Post illud autem tempus quandocunque decesserit, actionem quasi puri legati in hæredes transmiserunt, id est, qui superstites fuerunt post finitum illud tempus, hi soli vocantur. Atque ita Ulpian. satis obscure in *fin. d. l. 24.* Marcellum a reprehensione Scævolæ vindicavit. Dixi hærede non offerente uni ex libertis, omnibus libertis petitionem dari. Quid si quidam absentes sint, et soli præsentes petant legata quasi jam non possit hæres eligere, quod tantum temporis præterierit, quo debuit eligere, an habebitur ratio absentium, in judicio præsentibus solis petentibus: et ait *d. l.* 25. absentium rationem haberi oportere, id est, judicem causa cognita exploraturum an etiam absentes sint petituri legatum; atque ita habiturum rationem non tantum petentium, sed etiam non petentium, et omnium quibus legati jus competit. Itaque non præstabit pecuniam præsentibus, quæ competit absentibus: quod notandum est: ut si pluribus competat actio, et non omnes agant, habere judicem rationem oportet agentium et absentium, priusquam rem totam adjudicet præsentibus *d. l.* 25. Dixi etiam his verbis, *cui hæres volet*, hæredi non dari perpetuam potestatem eligendi, plenam dari. At in *l. unum ex familia*, §. *rogo*, *l. cum pater*, §. *rogo*, *hic*, hæredi datur perpetua potestas eligendi, quia scilicet adjecit nominatim, *cum morieris dato cui voles*, vel *quandocunque volueris dato cui voles*: hic palam datur perpetua potestas, et hoc etiam casu si nullo electo hæres moriatur, omnibus petitio competit,

atque ita fit omnibus his casibus ut omnes petant quod non omnibus datum est, et ut unus non petat quod uni datum est, unus ceteris, ut ita dicam petat, sicut in specie *d.* §. *rogo*, qua datur perpetua potestas hæredi, solus sup rsit moriente hærede, ut in specie l. 24. et hujus legis, si solus supersit finito tempore deliberationis. Illud etiam non est omittendum, *d. l.* 24. esse ex Ulp. 2. *fideic.* et aptissima conjungi his quæ eodem libro Ulp. tractavit in *l.* 11. §. *sic fideicommissum*, *lib.* 3. Ubi tractavit de his conditionibus, *nisi voluerit*, *cum voluerit*, *si voluerit*, quibus adjungi par fuit istam *cum voluerit*: *nisi* et *si*, respiciunt ad substantiam legati, *cum* ad tempus dandi legati, *cui*, ad personam legatarii.

Ad L. XVIII.

Hæredem meum ita tibi obligare possum: ut si quandoque ego moriar, tuus servus Stichus non erit: dare eum tibi damnas sit.

Rem tuam tibi lego inutiliter, si pure lego: utiliter rem tuam tibi lego, si eam lego sub conditione aliqua, et conditionis expletæ tempore tua non sit: sic enim pervenies ad legatum, quia fuit quidem res tua testamenti tempore, sed conditionis expletæ tempore aliena est. Idem multo magis erit si nominatim rem tuam legavero sub conditione hac, *si tempore mortis meæ tua non erit*, legatum valet: nec obstat regula Catoniana, quia ea regula pertinet ad legata pura, in legatis puris spectatur testamenti tempus, et quæ si eo tempore quo testatus est testator decessisset, inutilia forent legata, non convalescunt, quod diutius testator vixerit, quodque legata vitium quo laborabant, deposuerunt. Ceterum ad conditionalia non pertinet: in hujusmodi legatis non testamenti tempus sed conditionis expletæ spectamus; non pertinet illa regula ad conditionalia legata, etiamsi eorum dies cedat a morte testatoris, id est, etiamsi conditio referatur ad tempus mortis, et expleatur eo tempore, qualis est conditio proposita in hac lege, *si quandoque ego moriar tuus servus Stichus non erit*, et ita in specie *l.* 2. *inf. de reg. Caton.* si legetur filiæ sub hac conditione, *si filia Titio nupta erit*, quæ conditio ad tempus mortis relata intelligitur, *l. in conditionibus*, *inf. de condit. et demonst.* legatum valet, et sufficit si filia Titio nupta inveniatur mortis tempore, licet testamenti facti tempore nondum fuerit viripotens, quia conditionale legatum est in quo cessat Catoniana regula: nec mutat quod conditio referatur ad tempus mortis: in hac specie si rem tuam tibi legavero sub illa conditione si mortis meæ tempore tua esse desierit, quæ conditio palam refertur ad tempus mortis testatoris, utile legatum est, quod in hac l. proponitur ex *lib. Celsi lib.* 17. *Dig.* et videtur ab eodem Celso repetitum *lib.* 33. in tractatu regulæ Catonianæ, id est, in *l.* 1. §. *ult. inf. de reg. Cat.* si modo in *d. l.* hæc verba, *si eum vivo testatore alienaveris*, valeat legatum; et sufficiat fundum alienum fuisse mortis tempore, licet tuus fuerit testamenti tempore, et eam Joannis sententiam si veram putes, non repugnabo, ne si ea verba pro conditione non accipiantur, ut Rogerius, dicas eam l. pugnare cum *l. cetera*. §. 1. *lib.* 1. §. *sed si rem*, *Inst. de legat.* Et ad sententiam Joannis certe non mediocriter hæc l. 18. impellit, quæ demonstrat Celsum hoc genus legati non approbasse cum tibi res tua legatur, nisi nominatim adscripta hac conditione, *si moriente me ea res tua non erit.* Unde datur intelligi re tua tibi pure legata, etiamsi eam alienaveris vivo testatore, Celsum tibi non dare actionem legati propter regulam Catonianam quæ vult pura legata, quæ ab initio non valent, ex postfacto non convalescere: et congruit *l. mea inf. de cond. et dem.* et idem in stipulationibus locum habet, ut rem meam pure stipuler inutiliter, nec convalescat stipulatio, *si mea esse desierit*, *si eam alienavero*: ut tamen rem meam stipuler utiliter sub conditione si mea esse desierit *l.* 3. *l. existimo*, *inf. de verb. oblig. l. existimo*, *inf. de oblig. et act.*

Leg. 19. exposui in *l.* 1. *sup.*

Ad L. XX.

Et Proculo placebat, et a patre sic accepi, quod servo communi legatum sit, si alter dominorum omitteret, alteri non accrescere: non enim conjunctim, sed partes legatas: nam ambo si vindicarent, eam quemque legati partem habiturum, quam in servo haberet.

Quæstio pertinet ad tractatum de jure accrescendi, ait: *Et Proculo placebat.* Plerique Jureconsultorum filios suos doctrina juris instituerunt, ut Julius Paulus qui libros 5. Sent. ad filium scripsit, et Celsus pater, Jul. Celsum instituit præceptis suis, idemque Celsus filius hic confitetur his verbis, *a patre sic accepi*, *et l.* 29. *inf. pater referebat*: et Ulp. in *l.* 3. *sup. de cond. ct. cau. da.* Celsus patrem suum Celsum refert explicasse, si servo communi duorum legatum sit; uno ex dominis repudiante legatum alteri non accrescere, sed partem repudiantis in hæreditate remanere: hac ratione, inquit, quia non conjunctim sed separatim partes dominicæ legantur, id est, concursu domini legatum non dividunt quod servo communi relictum est, sic enim id dividerent ex æquo, sed

id dividunt pro partibus, quas in servo habent, ut si unus in servo habeat quadrantem, alter dodrantem, legatum ei servo relictum inter eos dividetur pro quadrante et dodrante: et qui prior legatum agnoverit, is pro majore parte non acquiret, quam pro dominica: sunt igitur plane separati et disjuncti in eo legato. Ex quo efficitur, inter eos non versari jus accrescendi, quod et in hæreditate similiter procedere nemo dixerit: nam si servus communis hæres instituatur ab extraneo, licet domini servi pro separatis habeantur, et hæreditatem acquirant, pro partibus dominicis utuntur inter se jure accrescendi, *l. servus communis ob extero*, *de acq. hæred.* nota est enim differentia ex *tit. de cad. toll.* hæredum et legatariorum: inter cohæredes etiam separatos, id est, ex partibus scriptos est jus accrescendi: inter legatarios separatos, id est, quibus adscriptæ sunt partes, vel intelliguntur adscriptæ, non est jus accrescendi. In legato servo communi relicto domini separati videntur: ergo non est inter eos jus accrescendi: idem ait placuisse Proculo, cujus sectam uterque Celsus sequebatur. Diversæ sectæ fuit Julianus, et diversæ etiam opinionis hac in re, *l.* 1. §. 1. *sup. de usufr. accresc.* Putat enim Julianus inter socios, id est, inter dominos ejusdem servi versari jus accrescendi, uno repudiante ad alterum pertinere totum legatum, et Julianus ita diserte respondet in *d. l.* 1. ad rationem Celsi, qui ideo non dabat jus accrescendi quod separati viderentur quasi ab initio partibus dominicis legatis, ut dicat non dominorum, sed servi personam inspiciendam esse, unam esse personam servi cui legatum est, ex qua inducitur jus accrescendi, et sicut unus est servus cui legatum est, ita dominos pro uno haberi. Porro unum legatarium scindere legatum non posse, et si forte unus legatarius partem agnoverit, partem repudiaverit, totum acquireret *l. si cui res*, *inf. hic.* Dominos igitur in legato relicto servo communi conjunctos esse, et unius personæ potestate fungi Julianus putat, *d. l.* 1. §. 2. Itaque ut in specie *d. l.* 1. §. *interdum*, Julianus et Celsus consentiunt, ut eo loco traditur, ita in specie §. 1. *et* §. 2. cum solus Julianus laudetur, videtur Celsus dissensisse. Et ita quidam ex veteribus interpretibus existimaverunt, et verum est, vel eo maxime, quod ad rationem qua utitur Celsus, hic Julianus nominatim respondet: in *dict. l.* 1. §. 1. ait, *Julianus putat*, significat rem controversam esse, aliud defendi posse; hoc enim verbo puto Jureconsulti utuntur in re dubia: et ut Demosthenem Ulp. notat νομιω, λέγεται ἐπὶ ἀμφιβόλον: male Joannes rationem conciliandæ pacis petit ex discrimine usufructus et proprietatis, in *d. l.* 1. agi de usufructu legato, hic de proprietate: verum hoc quidem est, sed non inde sumenda est conciliatio: et hoc ut verum esse intelligatur, fateor in tractatu de jure accrescendi duas esse tantum differentias inter usumf. et proprietatem: perperam quidam quatuor, sed illæ duæ differentiæ ad hoc non pertinent, idque ut tractetur, faciam quæstiones quatuor, et in duabus prioribus non separabimus usumfructum a proprietate; in posterioribus separabimus. Prima quæstio est inter quos versetur jus accrescendi, in hac quæstione nihil distat, et constat inter conjunctos per vindicationem, ut si Primo et Secundo legetur proprietas vel ususfructus, inter eos esse jus accrescendi, itemque inter eos qui pro conjunctis habentur: nam *esse* et *haberi* in hoc tractatu idem valet. In separatis distinguo: alii sunt separati quibus nominatim partes legantur: inter eos non est jus accrescendi, sicut nec inter eos quibus diversæ res legantur. Porro diversæ res legantur cum adscribuntur statim initio diversæ partes: non potest igitur inter eos constitui jus accrescendi, *l.* 1. *in princ. et l.* 6. §. 1. *eod.* Item nec inter eos qui pro separatis habentur, id est, quibus etsi non sint adscriptæ partes, adscriptæ tamen statim initio intelliguntur, quales sunt duo hæredes, a quibus deductu usufructu proprietas legatur: nam in persona hæredum ususfructus qui deducitur, statim constitui intelligitur pro portionibus hæreditariis, et ideo inter eos non est jus accrescendi, et amissa pars ususf. non accrescit cohæredi, sed consolidatur cum proprietate *d. l.* 1. §. 1. *et l.* 2. *eod.* Ejusmodi sunt hi quibus per damnationem eadem res legatur sine partibus, ut dixi *l.* 7. Alii sunt separati, quibus eadem res separata oratione legatur non adscriptis partibus, *et Primo lego fundum, Secundo lego eundem fundum*, et inter eos est jus accrescendi, sive proprietas, sive ususfructus legetur, modo per vindicationem, *d. l.* 1. §. *interdum.* Illud semper meminisse oportet, eos qui utuntur inter se jure accrescendi, ab initio solidum habere, concursu partes facere, et eum qui non concurrit partem facere alteri, id est, alterum totum vindicare, quod et ab initio totum soli relictum intelligitur: concursum autem semper facere æquas partes: et ideo in *d. l.* 1. §. 1. *non æquis partibus, sed pro dominicis*: *non æquis partibus*, id est, non per concursum: qui autem non utuntur invicem jure accrescendi, partes habent ab initio, non concursu, et is etiam qui non concurrit, partes facit, hoc est certum. Secunda quæstio est, qui pro conjunctis habeantur, ut utantur jure accrescendi, et qui pro separatis ne utantur veluti duo pluresve domini quorum servo communi legatum est utrum pro conjunctis, an pro separatis habeantur: et hac etiam in quæstione dicit, nihil distare usumfructum a proprietate: nam

qua ratione inducitur conjunctio, vel separatio in proprietate, eadem inducitur in usufructu. Et licet in hac quæstione dissideant Julianus et Celsus, non dissident, facta differentia ususfructus et proprietatis: nam ita si dissiderent, nullum esset dissidium, sed dissident omnino in re ipsa. Julian. in *dict. l.* 1. §. 1. non spectat naturam ususfructus legati, id est, non movetur eo, quod ususfructus legatus sit, sed spectat personam servi cui legatum est, quæ cum sit unica, colligit legatum non posse scindi, et eum dominum qui agnovit legatum invitum totum amplecti socio repudiante. Et sic etiam Celsus hic non movetur legato proprietatis, sed spectat personam dominorum. Et ob id eos habet pro separatis in hoc legato. Cur non ex eo quod illi non spectarunt, differentiam constituemus, et omittemus quod potissimum spectarunt? inde dissensio, non quod ibi ususfr. hic proprietas legata sit. Tertia quæstio hæc est, inter quos versetur jus accrescendi, quo tempore spectetur, an concurrant. Et in hac quæstione sit ne separandus ususf. a proprietate: si proprietas duobus legetur, an concurrant ambo, spectatur vindicandi et agnoscendi legati tempore duntaxat. Hoc enim spectatur, an uterque vindicet legatum, an aliquis repudiet vel omittat, et uno repudiante, pars ejus accrescit alteri, utroque vindicante legatum, consumitur jus accrescendi: nam si uterque vindicarit legatum, et postea unus ex eis desierit concurrere, id est, amiserit partem suam quam vindicaverat, ea pars jam alteri accrescere non potest: sed si duobus ususfructus legetur, sive vindicandi legati tempore, sive quolibet alio tempore, postea non concurrat unus, alter totum usumfructum habebit, et utroque vindicante legatum ususfructus, nondum absumptum intelligitur jus accrescendi: nam si postea unus ex eis usumfructum, quem vindicaverat pro parte amiserit non utendo, vel capitis diminutione, pars ejus alteri accrescit, perinde atque si initio repudiasset, *d. l.* 1. §. *interdum*. Et ratio differentiæ est, quia proprietas constituitur et apprehenditur semel eo solo tempore quo vindicatur, et ob id quis concurrat eo solo tempore spectatur, et qui eo tempore concurrit, concurrere deinceps videtur semper, licet amittat partem suam: atque ideo amissa pars alteri non accrescit, ususfructus autem in perceptione consistit, in facto ejus qui fruitur, *l.* 1. *in princip. sup. quando dies ususfr.* Qui legat proprietatem hoc dicit, *vindicato rem illam*, quod vulgo actu completur: qui legat usumfructum, hoc videtur dicere, *hoc et illo, et illo die, et deinceps reliquis utere fundo meo*: quod dixerit, *deinceps*, eleganter Celsus et Julianus, qui in hac re consentiebant, ajunt usumfructum quotidie *constitui et legari*, *d. l.* 1. §. *interdum*: *constitui et legari*, id est, constituti jure legati ἐν διαθήκῃ. Quamobrem quando non concurrit quis in usufructu, licet initio concurrat, videtur non concurrere in constituendo usufructu, et ideo pars ejus accrescit alteri. Unde quod ait Julianus in *d. l.* 1. §. 1. (et ad id accurate animadvertendum) *uno ex dominis repudiante, vel amittente legatum relictum servo communi, alterum totum habere*, quatenus ait, *amittente*, hoc proprie pertinet ad usumfr. legatum, nec extendi potest ad proprietatem: quatenus ait, *repudiante*, hoc et ad proprietatem et ad usumfructum pertinet: repudiatur delatum legatum in ipso initio: amittitur acquisitum jam legatum post acquisitionem: repudiantis autem portio accrescit non repudianti, sive proprietas, sive ususfructus legetur: in amittente separatur proprietas ab usufructu: nam amittentis fructuarii pars accrescit collegatario: amittentis proprietarii pars non accrescit collegatario: qua de causa etiam hæc lex 20. quæ est de proprietate legata loquitur de repudiante socio, non de amittente: ait enim, *omiserit*, quod est non agnoscere legatum in ipso initio deferendi legati. Aliud est certe amittere, aliud omittere: omittimus delata nondum acquisita, amittimus acquisita. Par autem est causa repudiantis et omittentis, repudians cum omittente conjungitur, et vere dici potest, repudiantem palam omittere, omittentem tacite repudiare. Quarta quæstio est, an collegatario qui omisit suam partem accrescere possit: et in hac etiam quæstione separatur ususfructus a proprietate: nam in proprietate ei qui amisit suam partem non accrescit pars alterius quæ postea deficit: in usufructu autem etiam non habenti suam partem accrescit: ratio differentiæ est, quia ususfructus hæret personæ, personam sequitur, cum persona finitur: et ideo personæ accrescit non portioni, deque persona accrescit etiam non habenti portionem suam, proprietas rei adhæret, et ut in *l. si Titio, sup. de usufr.* sicut alluvione portio portioni accrescit, ita jure accrescendi quod est civile, proprietatis portio portioni accrescit non personæ, proinde proprietatis portio non accrescit ei qui portionem suam amisit, *l. interdum, de usufr. accresc.* quam emendare quidam infœliciter conantur. Propositio legis hæc est: usumfructum acquiri interdum etiam non habenti suam partem, sed amittenti, quod proponitur ad differentiam proprietatis. Species est: duobus legatus est ususfructus: unus petiit usumfructum pro sua parte a possessore qui se liti obtulit: liti se offerre dicitur reus semper qui dicit se possidere. Igitur adversus eum qui se liti obtulit, id est, possessorem, unus ex legatariis petiit usumfr. pro sua parte et non obtinuit amisit partem suam, mox et confestim alter qui non est litem contestatus cum possessore, amisit etiam suam partem alia ra-

tione, puta non utendo, lex ait, hunc qui litem contestatus non est et amisit suam partem alia ratione a possessore vindicaturum partem dimidiam ususfructus quam amisit is qui cum eo litem contestatus est, quia ea pars non debet possessori cedere sive proprietario, sed debet accrescere collegatario, licet is portionem suam amiserit, quia ususfructus personæ accrescit, etiamsi amissus sit: ideoque res judicata non tam possessori proficiet, quam collegatario qui litem contestatus non est. Et hæ duæ sunt differentiæ tantum inter proprietatem et usumfr. in quæstione accrescendi, nihil vero pertinent ad quæstionem hujus legis: male igitur conciliat Joannes Proculejanos et Sabinianos.

Ad L. XXI.

Cum quidam uxori suæ dotem reddidisset: quadraginta ei legare voluisset: et quanquam sciret dotem redditam, hoc tamen prætestu usus esset, quasi dotis reddendæ nomine eam summam legaret: existimo deberi quadraginta. Etenim reddendi verbum quanquam significationem habeat retrodandi, recipit tamen et per se dandi significationem.

Species est. Qui dotem quam acceperat ab uxore, jam uxori eam reddiderat soluto matrimonio, vel constante matrimonio: nam quibusdam casibus sic dos reddi potest, *l. mutus, sup. de jur. dot.* is uxori testamento legavit his verbis: *Hæres meus reddito uxori meæ quadraginta, quæ ei debeo dotis nomine*, bis peccasse videtur: nec enim quicquam debet dotis nomine qui jam reddidit totam dotem: nec si hæres quadragiuta numeravit, reddere hoc erit, sed dare: duplex igitur vitium in hoc legato videtur esse: at nihilominus utile legatum esse Celsus ait. Idem Juliano videtur, *l. si sic*, §. 1. *lib. 1. cum quidam*, inquit, *uxori suæ dotem. etc.* non movetur Celsus his verbis, *quæ ei debeo dotis nomine*, est enim supervacua, cum initio sit expresse quantitas certa, puta quadraginta: non potest igitur hæc demonstratio vitiare legatum, *l. 3. Cod. de fals. caus. adject. l. vel fideic. l. legavi, in fine, inf. de liberat. leg.* supervacua scriptura non perimit legatum. Solent testatores hujusmodi multa legatis prætexere in quibus nihil est momenti ad legatum vitiandum, et notandum quod ait, *Hoc tamen prætextu*, et inde fit summarium legis, *Prætextu non perimi legatum.* Non movetur etiam Celsus verbo *reddendi*, quo usus est testator, quia et *dandi* significatio simplex huic verbo inest, *l. qui uxori inf. de aur. et arg. leg.* Proprie tamen *reddere* est de alieno, *dare*, de suo, *l. 1. §. eleganter, sup. depos.* quæ duo verba olim non parvam controversiam fecerunt inter Philippum et Athenienses: nam cum Alonesus insula antiquitus fuisset maris Attici, et eam invasissent latrones, et eos deinde insula Philipp. ejecisset, Athenienses eam a Philippo repetebant quasi suam, et bellum minitabantur nisi redderet, ille dicebat se non redditurum, sed daturum si vellent, ὡς ἑαυτοῦ οὖσαν. Demosthenes et Egesippus de Aloneso. Athenienses reddi sibi, non dari volebant. Cum testator legat rem propriam, vel rem quæ pecunia propria redimitur, aut peusatur, proprie dicitur dare et legare: cum uxori legat dotem, non legare dicitur, sed reddere, et relegare, quia res uxoris est, non testatoris, *l. cum pater*, §. *fidei 2. hic* et sæpe in *tit. de dot. præleg.* sive *de dote relegata*, ut malunt quidam, utrumque dicitur recte. Proinde aliud est *legatum* aliud *relegatum*: *legatum* est datio rei propriæ, *relegatum* est redditio rei alienæ cum aliquo emolumento, alioquin inane esset: aliud legare, aliud relegare, aliud dare, aliud reddere. Reddere est potius *facere* quam *dare*: in actionibus in personam solemnia sunt hæc verba, *Ajo te dare facere oportere*, damus accipienti, facimus cum reddimus recipienti: itaque in ea formula *facere* est veluti insulam ædificare. Itemque *facere* est obligationem alienam in se suscipere, *l. si mandato meo*, §. *quoties sup. mand. faciendi causa, non dandi tenetur*, id est, suscipere obligationem tenetur. *Dare* est dominium transferre in accipientem, *facere* est veluti ædificare, aut obligationem alienam in se suscipere. Itemque *reddere*, aut *restituere facere* est, *l. faciendi, inf. de verb. signif.* quæ lex est referenda ad formulam actionis in personam, ut in ea intelligatur *faciendi* verbum complecti *reddendi* causam. Itaque cum qui agit depositi, hic nimirum agit de reddenda re, recte tamen intendere ita, dare facere oportere, quia *facere* accipitur pro *reddere*. Sed ut hæc lex ait, *verbum reddendi etiam per se*, id est simpliciter, *dandi significationem recipit*. Itaque in legato hoc verbum vitium non facit ullum: et verum est quadraginta deberi uxori, quadraginta dari oportere etiamsi reddi jusserit.

Ad L. XXII.

Lucius Titius in testamento suo Publio Mævio militiam suam reliquit, sive pecuniam ejus quæcunque redigi ex venditione ejus potuerit, cum suis commodis. Sed cum supervixit testamento Lucius Titius, militiam vendidit, et pretium elegit, et dedit ei cui eam militiam vel pretium ejus testamento dari voluerit. Post mortem Lucii Titii iterum Publius Mævius vel militiam, vel pretium ejus, ab hæredibus Lucii Titii eligebat: Celsus: existimo pretium militiæ præstari non opor-

tere: nisi legatarius ostenderit, testatorem et post factam solutionem iterum eum pretium militiæ accipere voluisse. Quod si non totum pretium militiæ, sed partem vivus testator legatario dedit: reliqui superesse exactionem: nisi hæres et ab hoc decessisse testatorem ostenderit: onus enim probandi mutatam esse defuncti voluntatem ad eum pertinet, qui fideicommissum recusat.

Hæc lex est de legato militiæ: militia est officium, vel administratio quædam civilis aut Palatina qua qui fungitur, de publico annonas et salaria percipit, et ita Zonaras *Apostol. Cano.* 82. στρατείας interpretatur quaslibet administrationes civiles, et Ambros. *Serm.* 7. Salaria eorum officiorum petuntur actione extraordinaria, *l. creditor*, §. *inter*, *sup. de action. empt.* sicut procuratores privatorum petunt etiam salaria sua extra ordinem, *l. salarium sup. mand.* et generaliter salaria omnia petuntur extra ordinem, id est cognitione Prætoris aut Præsidis, non per judicem. Porro militiæ illæ vendi plerunque poterant, dignitates vendi non poterant, id est, potestates juris dicundi et pignori obligari, ut militia Silentiariorum qui excubias agunt in Palatio principis, et militia adjutorum Quæstoris, *l. ult. Cod. de pignor. l.* 5. *C. qui milit. poss. l. ult. C. de inoff. test. Nov.* 35. *et* 53. Zonaras supradicto loco numerat inter militias annonarum militarium dispensationem σιτηρεσίων στρατιωτικῶν διανομήν, hoc est primipili munus, et hanc quoque militiam vendi potuisse opinor, quin et casus hujus militiæ transmittebatur in hæredes, et in liberos etiam non hæredes, qua de causa constitutum esse arbitror, ex causa primipili a patre administrati filios teneri, etiamis patri hæredes non extiterint, *l. si tutores C. de compens. l. ult. C. de primip.* quia scilicet militia hæc, vel casus ejus militiæ ad liberos redit, etiamsi patri hæredes non extiterint, id est, etiamsi patris successores non sint, in militia tamen patris succedunt. Eodem vero modo hujusmodi militias legare quilibet potest, sive quas habet, sive quas non habet. In specie hujus legis proponitur, quemdam militiam legasse, aut pretium ejus: erat enim ejus militiæ commercium. Hoc adjecit, *cum suis commodis*, commoda vocat reliqua annonarum sibi debitarum: ut fundi solent legari cum reliquis colonorum, qua de re sunt loci innumeri: ita etiam hic militia legatur cum reliquis annonarum. Puto multum interesse militiam suam quis leget, an eam quam non habet: si quam non habet militiam legaverit, æstimationem ejus legare videtur, quanti solet emi, sicut si tribum legaverit; pretium enim quanti tribus emi potest legare videtur, *l. Patronus inf. lib*, 3. eademque est ratio tesseræ frumentariæ, ut qui legat tesseram frumentariam, videatur legare pretium ejus, *l. mortuo*, §. 1. *l. Titia Sejo, hic.* Itaque nihil refert leges tribum, militiam, tesseram quam non habes, an comparari jubeas legatario: nam hæres pretium præstare tenetur legatario, sive legaveris hoc, sive illo modo. Itemque hæres præter pretium debet præstare sportulas, quæ pro introitu erogari solent, *l. pen.* §. *pen.* et *ult. lib.* 3. hoc erat in more positum, ut pro introitu qui promovebantur in ordinem et gradum aliquem darent sportulas, dabant Senatores recentes in ipso introitu senatui universo, decuriones, sacerdotes, memoriales, et alii quicunque in militiam aliquam civilem conscribebantur, vel in tribum aliquam urbis Romæ. Hi tribubus dabant sportulas. Et porro ei cui legatur tribus vel militia non tantum et pretium debetur, sed etiam sportulæ, aut æstimatio sportularum. Non sunt tamen legata hæc tribus militiæ, tesseræ comparanda legato rei alienæ, quod videretur dicendum prima specie: quia sicut ex legato tribus, militiæ, tesseræ æstimatio debetur, ita et in legato alienæ rei, si res non possit comparari justo pretio, *l. non dubium*, §. *ult. lib.* 3. Sed in hoc est differentia, quod legatum rei alienæ consistit in corpore potius quam in æstimatione: et ideo si legatarius eam rem nactus sit ex causa lucrativa, puta ex donationis causa, legati petitio consumitur, si eam nactus sit vivo testatore, §. *si res aliena*, *de leg.* quia ejusdem corporis duæ causæ lucrativæ in eadem persona concurrere non possunt: id est, qui corpus nactus est ex causa lucrativa, non potest hic rursus nancisci, aut repetere ex alia causa lucrativa: tesseræ autem frumentariæ legatum consistit non in corpore illo tesseræ, quod est perexiguum, est enim calculus quidam: non etiam in frumenti corpore, sed in quantitate consistit inscripta tesseræ: nam exempli gratia ita erat inscriptum tesseræ, *Lucio Titio centum modios frumenti*: hanc tesseram ostendebat mensori frumentario, et modum inscriptum accipiebat de publico, et conditis in horreis publicis. *Non hac ut quisque Velina Publius emeruit scabrosum tesserula far*, Persius. Militiæ quoque et tribus legatum in certo corpore non consistit, sed in certa quantitate annonarum, quæ præbentur a principe vel republica eis quibus debentur, quod sint in eam tribum allecti, et conscripti, vel militiæ cujusdam jure: et ideo is qui tesseram, aut tribum, aut militiam legatam vivo testatore nactus est ex causa lucrativa, non prohibetur legatum petere, quia ejusdem quantitatis duas causas lucrativas in eadem persona concurrere nihil vetat *d. l. Titia*, *Sejo*, *hic.* Venales enim fuerunt tesseræ frumentariæ, annonæ civiles, panes civiles, sitarchiæ, sic appellantur varie, venalia præbenda: sic absolute etiam veteres loquebantur, Romæ primum, *l. sed*

etsi suscepit, §. 1. *sup. de judiciis*, tum Constantinopoli, *Nov.* 88. deinde Alexandriæ, *l.* 2. *C. de frum. Alexandr.* non in aliis civitatibus. Aliarum civitatum cives non alebantur de publico jure tesseræ, aut tribus, vel militiæ. Et inde in Codice tres tit. *de Can. frum. urb. Romæ*, et alius, *de frum. urb. Constant.* et alius, *de frum. Alex.* Diximus de eo qui militiam cum non haberet militiam legavit: dicamus de eo qui suam legavit: ipsa militia omnimodo præstanda est, si ejus sit capax, et si sit incapax, et incapaci sciens testator legaverit, ei debetur æstimatio: ut si servo alieno legata sit militia, constat servum non tantum armata militia, sed etiam civili arceri: et ideo si servo legetur militia civilis, et legetur a sciente conditionem legatarii qua militia fungi non potest, debetur servo vel domino ejus æstimatio militiæ: et sic accipio *l.* 11. §. *si servo alieno*, *lib.* 3. sed et hoc legatum distat multum etiam a legato rei propriæ vel rei alienæ: nam si rem, id est corpus certum legavero ei qui eam capere non potest, ne æstimatio quidem debetur, *l. mortuo*, §. *pen. hic*, *l. multum sup. de verb. oblig.* quia est illicitum legatum. Militiæ legatum in eo qui militia alienus est, non est omnino illicitum, quia hoc verbo militiæ quantitas potius et præbenda, quam corpus ullum significatur, et qui non est capax militiæ, summæ tamen capiendæ idoneus est: in specie hujus legis dubitationis summovendæ causa, id latius expressit testator, dum dixit se legare militiam, aut pretium ejus, scilicet si militiæ legatarius idoneus non esset, vel si quo alio casu militia præstari non posset; quod etiamsi non dixisset, tamen subintelligeretur. Legavit igitur testator latius vim legati exprimens militiam suam, aut pretium ejus, deinde testator post testamentum eam militiam vendidit, cum esset ex genere earum quæ vendi possunt, et redactum pretium ex militia dedit legatario; quæritur post mortem testatoris an legatario competat petitio legati, ut sibi præstetur militia vel pretium ejus, quod negandum est: quia ipsemet testator solvit legatum, ut hodie plerique faciunt, qui maxime pietatis causa relicta legata, ut et hic Bartolus refert, ipsi repræsentant et solvunt ante mortem. Utitur Celsus verbo *solvendi*, quod est notandum. Dicit testatorem ipsum solvisse legatario, in *l. hujusm.* §. *si Titio lib.* 1. testator donavit, non solvit. Species est: legavit disjunctivo modo Stichum aut Pamphilum: unum est legatum, et vivus donavit Pamphilum, post mortem ejus jure legati petiit Stichum: nec enim legatum videtur solvisse testator qui Pamphilum dedit, cum non ex legati causa quasi solveret, sed ex donationis causa: hic solutione prævenit legatum, at si repugnet legatarius, et dicat defunctum non sol vendi animo dedisse pretium militiæ: non recessisse a legato, hoc probare debet, ceterum præsumptio stat pro hærede: et contra, si in eadem specie testator qui post testamentum militiam vendidit, partem pretii dederit legatario, post mortem reliqui petitio competit legatario, nisi hæres probaverit adimere testatorem voluisse legatum aut fideicommissum, quod mera voluntate adimi potest: mutatæ voluntatis probatio ad hæredem spectat, *l.* 11. §. *si rem*, *lib.* 3. alioquin qui solvit partem legati quod reliquit, non videtur minuere legatum, præsumptio facit pro legatario. Et inde Bart. colligit; si pater filiæ legaverit ducenta dotis nomine, deinde idem pater filiam nuptum collocaverit, et dederit in dotem centum tantum, superflui petitio competit jure legati; nisi hæres probaverit patrem minuere legatum voluisse, quod optime ducitur ex hac lege, citat plures alias, ex quibus pessime idem ducit, ut ex *l. cum pater*, §. *pater certam*, *hic*, filiam exhæredavi, filium institui: filiæ legavi ducenta dotis nomine, quæ volui filium stipulari de genero sibi reddi, scilicet soluto matrimonio, post mortem patris filius sororem nuptum collocavit, et dedit in dotem centum tantum, non ducenta, quæ pater legaverat dotis causa, lex ait, constare superesse filiæ reliqui petitionem: quia scilicet hæres non potest minuere legatum: dubitatio est major in quæstione proposita de testatore, qui potest minuere legatum, an minuerit? et ut diximus ex hac lege minuisse non præsumi, probationem contrariæ voluntatis exigi ab hærede. *L.* 25. exposui in *l.* 8. §. 1. *l.* 11. §. *ult. et l.* 25. exposui in *l.* 27.

Ad L. XXVI.

Is cujus in servo proprietas erat, fructuario hærede instituto, alicui eum servum legavit, non potest hæres exceptione doli mali uti si legatarius vindicare servum vellet, non relicto hæredi usufructu.

In l. 26. species proponitur hujusmodi: cum Stichi proprietas esset mea, ususfr. tuus, te hæredem feci, et Stichum Titio legavi, quæritur utrum nuda, an plena proprietas servi Titio debeatur? an hæres possit deducere usumfr. et respondetur, plenam proprietatem deberi, quia servi appellatione plena proprietas significatur. Non poterit ergo hæres Titio petenti legatum opponere exceptionem doli, atque ea ratione deducere usumfr. qui extinctus est confusione dominii, sive aditione hæreditatis. Idem in fundo dici potest: nam si proprietarius fructuarium hæredem fecerit; et ab eo fundum Titio legaverit, Titio omnimodo debetur plena proprietas fundi: quia hæc est fundi si-

gnificatio, et in præstando legato non potest hæres deducere usumfructum quem habuit ante aditionem. An idem dicemus si plena proprietas fundi fuerit mea, et tu in eo habueris servitutem itineris, aut viæ, aut aliam similem, et te hæredem fecero, et eum fundum Titio legavero? an Titio debetur fundus optimus maximus non deducto itinere? Non: nam licebit hæredi ratione exceptionis doli deducere iter quod habuit in eo fundo ante aditionem, atque ita fundus servus præstabitur, ut fuit ante aditionem hæredis servus non præstabitur optimus maximus. Est quidem iter servitus sicut ususfr. et utraque servitus, confunditur, extinguiturque aditione hæreditatis; sed in hoc est differentia, quod iter partis fundi instar non habet, aliave servitus prædii: ususfr. partis fundi instar obtinet, *l. qui usumfr. inf. de verb. obl. l. Titio §. ult. sup. de usufr.* Quod diximus in *l.* 20. positis differentiis duabus inter usumfr. et proprietatem, in eis ususfr. partis effectum non habet: ad plurimum ususfr. partis fundi instar obtinet. Fundus porro defuncti cum hærede communis ab eo legatus si esset totus ab hærede præstandus esset: præstabitur ergo etiam plena proprietas, si nuda proprietas fundi legati defuncti fuerit, fructus hæredis; non tamen liberabitur fundus legatus servitute itineris debita hæredi: fundi appellatio excludit servitutem ususfr. non tamen excludit servitutem itineris, vel aliam similem. Denique hæres cui in fundo legato iter constitutum erat ante aditionem, sed id aditio confudit, eum fundum non aliter præstabit legatario quam si servitutem itineris confusam aditione legatarius iterim fundo patiatur imponi, et restituerit hæredi, *l.* 18. *sup. de servit. legat. §. ult. lib.* 1. Hæres autem, cujus in fundo legato ususfr. fuit ante aditiones, solidum fundum præstabit legatario, non redintegrato usufructu. Et hæc differentia inter usumfr. servitutem personalem, et servitutes prædiorum proponitur aperte in *l. cum filius, §. duob. inf. hic.* Et ibi dicitur hæc differentia pendere ex voluntate defuncti: voluntas enim defuncti declaratur ex scripto: scripta notæ sunt voluntatis, *l. illud, §. ult. sup. de jur. codic.* Porro scripsit, se fundum legare, fundi appellatio plenum significat, liberum non significat: atque ita fundo legato non potest hæres sibi servare usumfr. quem habebat in eo fundo, iter, et viam quam habebat, sibi potest servare posita exceptione doli mali. Idem omnino dicendum est, si in fundo legato usumfr. non habuerit hæres, vel aliam servitutem, sed alius quidam extraneus: nam si fundi legati alienus ususfructus sit, non hæredis, etiam plena proprietas legatario debetur, nec educendus est ususfr. ab hærede, aut præstanda est actio ejus, sicut si pars fundi legati aliena sit, id est, si fuerit is fundus defuncto cum extraneo communis, totus fundus debetur legatario, si modo ita legaverit, *fundum Titianum do lego*, totus debetur legatario, sed si adjecerit meum, pars tantum debetur quam habet in eo fundo, *l.* 5. *in fin. sup. lib.* 1. et exemplo partis, si fundi legati ususfr. alienus sit, plenus fundus debetur legatario, quia usufr. etsi revera jus sit incorporale, non corporis, id est, fundi pars, tamen partis fundi instar obtinet, propterea quod omne emolumentum fundi continet, idque proditum est in *l. Mævius, §. fundo, hic, l. servo legato, §. fundus, lib.* 1. sed non idem dicemus in servitute prædii. Nam si fundo in legato alii debeatur iter aut via, hæres hac servitute liberum fundum legatario præstare non cogitur, ut in eis locis ostenditur. Usufructui similis est possessio: nam si fundi legati proprietas testatoris, possessio aliena fuerit jure emphyteutico, vel superficiario, vel quo alio jure, utrumque legatario debetur, quia ut ususfructus, ita et possessio portionis instar obtinet, quandoquidem parum mihi profuerit proprietas nisi possedero, et fructus percepero. Ejusdem conditionis est pignus: nam et fundum legatum pignoris obligatione solvere hæres debet, quia jure pignoris avocari possessio potest, cum, libuerit creditori, *l. si cum venditor, sup. de evict.* fundi ergo nomine significatur proprietas simul et ususfructus, atque etiam possessio, et ea quidem vacua, certa, stabilis, et fundus quodammodo nomen est juris, quo non tam corpus, quam etiam jus significatur, *l. cogi; §. inde quæritur, inf. ad Trebell.* ut omnibus fere vocabulis quibus utimur, inest juris intellectus quidam, ut cum hæreditatem dicimus, aut peculium, aut dotem, non tam corpus quam jus dicimus successionis, vel peculii, vel dotis. Sequitur postea in *d. l. Mævius, §. fundo*: *Si autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit*: aut est legendum, *præter istas causas*, ut Haloander, vel tollenda est negatio. *Legatum*, inquit, *præter istas causas non valebit*, aut *legatum propter istas causas non valebit*, id est, propter causam ususfruct., vel pignoris, vel possessionis, non tamen propter causam servitutis realis: sententia est, si res mea mihi legetur pure, inutile legatum est, sed si res mea mihi legetur, cujus ususfructus alienus est, vel cujus possessio aliena est, vel in qua alius jus pignoris habet, legatum valet, quia emolumentum aliquod habet, id est, proficit in hoc mihi, ut hæres præstet mihi usumfructum qui abest mihi, vel possessionem, vel proficit mihi ad liberationem pignoris, ut hæres luat rem meam, *l. si domus §. ult. l. si tibi homo in princ. lib.* 1. *l.* 1. *inf. de liber. leg.* Eademque ratione egomet

mihi legabor recte in *l. senatus*, §. *ult. lib.* 1. ut finge, me quidam redemit ab hostibus suis nummis, recepi postliminio libertatem, vinculo tamen quodam pignoris redemptum obstrictus sum, donec pretium solvero quo me redemit, *l. qui testamento 2. sup. qui testam. fac. poss.* quod pignus naturale dicitur, *l. 2. C. de postlim. rev. et red. ab host.* quia legitimi juris ratione carere videtur liberum hominem esse pignori, neque tamen omnino abhorret a legibus antiquis, quæ et liberos homines creditoribus addici, necti, et in nexum ire volebant, et de redemptis ab hostibus eandem legem fuisse commemoratur in oratione ad Nicostratum: leges jubent, ut is qui redemerit ab hostibus redemptus sit, donec pretium reddiderit. Igitur si me redemptum ab hostib. mihi legaveris, legatum valet, et proficit ad liberationem pignoris, quo vinculo eram obstrictus redemptori? qui nunc et me mihi legat pignus remittit. Eademque ratione si rem meam mihi leget quis, quæ est ei pignori obligata, vel etiam quæ alii est pignori obligata, aut hæredi legatum est utile, et proficit ad liberationem pignoris. Diversum est si mihi legetur fundus meus in quo alius habet iter aut viam. Non legatum est inutile: fundum qui legat non optimum maximum legat, sed plenum et vacuum; quæ est summa hujus quæstionis.

Ad L. XXVII.

Si illud aut illud legatum est; si sub contrariis conditionibus aliud atque aliud legatum est, unum legatum esse arbitramur, neque refert et hæredum et eorum quibus legatum est, diversas personas esse: veluti si ita legatum est: si Nerva consul factus erit, Titius hæres Attio fundum: si non erit Nerva consul factus, ejus hæres Mævio centum dato.

Legem 27. exposui in *l.* 8. §. 1. *sup.*

Ad L. XXVIII.

Cum patronus ex debita parte institutus, fideicommissum relictum ab eo præstare non cogitur: si omiserit institutionem, qui eam partem vindicant, utrum eodem modo retinere, an vero præstare debeant fideicommissum? et magis est, deberi fideicommissum: quoniam quod illius personæ præstaretur, hoc nequaquam ad aliam pertinere deberet.

Sciendum est, patrono ex bonis libert. primo lege Papia deberi semissem; hodie constitutione Justiniani trientem: et debetur quidem patrono is semis, vel triens sine onere æris alieni, et sine conditione, sine delatione, sine mora, *l. sive patronus*, §. 1. *et* 2. *inf. de jur. patron.* et est expressum constitutione Justiniani: debetur etiam hæc portio patrono sine onere legati, aut fideicommissi, ut constat ex hac *l.* 28. Nam si a patrono scripto, ex hac parte relinquantur fideicommissa, non obligatur patronus fideicommissariis, quia hæc ei portio debetur pura sine onere ullo. Eodemque jure est portio debita liberis l. Glicia ex bonis patris. Hæc debetur etiam sine onere ullo *l.* 12. *et l.* 30. 31. 32. 36. *C. de inoff. testam.* quo exemplo fortiter defendi potest, sicut patronus qui fideicommissariis cavit se omissurum legem Papiam; sed fideicommissa a se relicta præstaturum, quæ non cogitur tamen præstare, non tenetur, *l. si patronus infr. de donat.* ita filium qui fideicommissariis cavit se omissurum legem Gliciam, qua debetur filio portio legitima, non teneri eodem exemplo dicemus. Cum tamen extraneus hæres qui cavit legatariis, aut fideicommissariis se omissurum Falcidiam, obligetur, *l. ult. C. ad l. Falcid.* sed favorabilis est patronorum, et liberorum causa: et olim in hoc tantum distabat patronus a liberis, quod libertates minuebant portionem debitam liberis, *l. Papinianus*, §. 4. *inf. de inoff. testam.* portionem debitam patrono non minuebant. Hodie tamen et hanc portionem debitam patrono libertates minuunt ex constitutione Justiniani, quæ desideratur in *tit. Cod. de bon. libert.* Item olim liberi hæredes instituti a patre ne parentibus quidem paternis vel cognatis, id est fratribus suis legata præstabant supra portionem legitimam, aut ex portione legitima, quam nec extranei eis personis præstabant supra Falcidiam, *l.* 28. *infr. ad l. Falcid. l. pen. C. de inoff. test.* Patroni tamen liberis, aut parentibus liberti præstabant legata, aut fideicommissa supra semissem, non tamen supra quadrantem, sive hæredes instituti essent patroni, sive præteriti: id est, sive peterent secundum tabulas, sive contra tabulas bonorum possess. Nam utroque casu præstabant legata, aut fideicommissa parentibus, vel liberis liberti, *l. 4. inf. de condit. et demonst. l. ex asse, inf. ad leg. Falcid. l.* 6. §. *si patronus*, *sup. si quis omis. caus. testam. l. si ejus*, §. *ult. inf. ad Trebell.* Hodie patroni etiam eis personis legata non præstant ex eadem constitutione Justiniani, §. *sed nostra*, *Instit. de success. lib.* Igitur Justinianus patronum exæquavit liberis per omnia, et in omnibus certe et in modo portionis debitæ: nam ut patrono debetur triens, ita unico filio hodie debetur triens bonorum omnium. Finge: Patronus hæres institutus est ex portione debita, eaque onerata fideicommissis relictis quibusdam personis extraneis quibus patronus non cogitur præstare ea fideicommissa: nam ex portione debita patro-

no delibari nihil potest: is patronus omisit hæreditatem liberti suo fastu, atque ideo portio ejus accrevit cohæredibus: quæritur an accreverit cum onere fideicommissorum relictorum a patrono, id est, cohæredes quibus accrescit portio patroni, an præstare debeant legata, vel fideicommissa relicta a patrono, quæ ipse non coactus fuisset præstare? lex ait, portionem patroni cohæredi accrescere cum onere fideicommissorum, licet ea non debuerit patronus: quia quod dabatur verecundiæ et reverentiæ patronali, ne subiret onera, non porrigitur ad alios: est enim beneficium personale et ideo cohæredes onerantur fideicommissis relictis a patrono. Quid igitur fiet si patronus adierit suam portionem, an fideicommissa ab eo relicta cohæredes præstabunt? Minime: idque lex indicat cum ait, *si patronus omiserit institutionem*, *utrum qui vindicant partem ejus præstare fideicommissa debeant? Quæ verba* indicant contrario casu idem quæri non posse, si adierit patronus, idemque definiri non posse: nam constat legata relicta a cohærede nominatim, alium cohæredem non præstare, si uterque adeat. Præstare si accrescat portio cohæredis quæ onerata est illis legatis. Hodie tamen, quod notandum, ex eadem constitutione Justiniani *de jure patron.* patroni qui hæreditatem adivit ex triente, quæ est portio debita, cohæres ex besse præstare debet legata a patrono relicta salva Falcidia bessis, id est, salvo sextante, quod notandum valde: nam idem trahi potest ad liberos, propterea quod Justinianus vult ut nulla sit differentia inter successionem ingenuorum et libertinorum. Igitur si filius scribitur hæres ex triente, et extraneus ex besse, filio satisfactum est; sed si ab eo filio sunt relicta legata, si triens ad scriptus filio oneratus sit legatis, ea legata præstabit cohæres filii ex besse, salva Falcidia, salvo sestante, quia Justinianus vult omnimodo exæquari successionem ingenuorum successionibus libertinorum.

Ad L. XXIX.

Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri consulis, itum in sententiam suam, ut, cum Otacilius Catulus, filia ex asse hærede instituta liberto ducenta legasset: petiissetque ab eo, ut ea concubinæ ipsius daret, et liberto vivo testatore decessisset, et quod ei relictum erat, apud filiam remansisset, cogeretur filia id fideicommissum concubinæ reddere.

Hæc lex omnium opinione est difficillima: pugnare videtur initium legis cum §. *pen. et ult.* et rursus §. *pen. et ult.* cum *l. si duobus* §. 1. *sup. lib.* 1. et aliis plerisque: initio legis hic ostenditur consules cognovisse de fideicommissis, cui convenit Justinianus in §. 1. *de fideic. hæred. ait August. jussisse fideicommissis Consules operam suam interponere*, id est, delegasse consulibus jurisdictionem de fideicommissis, quod fiebat quotannis: renovata delegatione, usque dum Claudius Imperator eam cognitionem in perpetuum Magistratibus demandavit, auctore Svetonio in Claudio. In consilio igitur Duceni Veri consulis, vel ut malo legere, re exigente id, Luc. Anni Veri consulis agitata fuit hæc quæstio, adsistente Celso patre. Quidam a filia hærede scripta liberto ducenta legavit, et eum libertum oneravit fideicommisso. Libertus vivo testatore decessit, videtur legatum liberti esse in causa caduci: nam in casu caduci sunt legata quæ vivo testatore deficiunt, moriente puta legatario ante testatorem, et ideo legatum liberti videtur redire ad fiscum lege Papia, et sane pertineret ad fiscum, si extraneus hæres scriptus esset, sed quia filia hæres scripta est, filia præfertur fisco: liberis enim hæredibus institutis vel parentibus usque ad tertium gradum *l.* Papia jus antiquum servari voluit, ut legata quæ vivo testatore deficierent, apud eos remanerent, et non caderent in fiscum, *l. un.* §. *cum lex*, *C. de cad. toll.* Ulpian. in *Frag. tit. qui habeant jus antiquum in caduc.* Pertinet ergo legatum liberti quod deficit vivo testatore ad filiam hæredem scriptam jure antiquo, cessante lege Papia: id est, excluso fisco. Sed quæritur an filiam etiam sequatur onus fideicommissi injunctum liberto, et ait, decretum fuisse in consilio consulis, legatum liberti remanere apud filiam cum onere fideicommissi. *Pater*, inquit, *meus etc.* summarium sit tale. *Legata quæ vivo testatore deficiunt*, *apud liberos hæredes institutos remanent cum onere.* Hæc vero legata dicuntur esse in causa caduci quæ deficiunt vivo testatore, itaque Bartol. summat male, *legata caduca*, *etc.* Species enim non est de legato caduco, sed de legato quod est in causa caduci: hodie ex constitutione Justin. *de caduc. tollend.* non tantum liberi, sed etiam extranei hæredes scripti excludunt fiscum sublata lege Papia: ac similiter legata quæ erant in causa caduci, apud eos remanent cum onere, olim quoque usufructu legato cessabat l. Papia, ne esset perpetuus ususfr. penes fiscum, qui nec mutatur, nec interit unquam, quod ususfructus natura non patitur, ut sit perpetuus, ne reddatur proprietas inutilis; et ideo moriente legatario vivo testatore ususfructus remanebit apud hæredem etiam extraneum, et remanebat etiam cum onere, *l.* 9. *inf. de usu*, *et usufr. leg.* Et hæc de his quæ sunt in causa caduci. Eadem est ratio caducorum, caduca sunt quæ deficiunt mortuo testatore, antequam dies legati cedat, ut si

post mortem testatoris legatarius moriatur ante apertas tabulas: nec enim transmittit legatum ad hæredem suum, sed extraneo hærede scripto, legatum pertinet ad fiscum leg. Papia, et cum onere ex Const. filio autem hærede instituto legatum pertinet ad fiscum jure antiquo cum onere. Hodie idem jus est extraneo hærede instituto quod filio, et sublata sunt caduca Constitutione ille Justin. Denique legata quocunque modo deficiant, apud hæredem remanent, sed duos tantum modos ostendi quibus legata deficiunt: nam quædam ostendi esse in causa caduci, quædam caduca: sed deficiunt legata aliis modis, in quibus et de onere quid juris sit quæritur. Quædam legata deficiunt statim ab initio testamenti, et dicuntur esse pro non scripto, et hæc hæres semper retinuit sine onere, exceptis duobus casibus quod dixi *l.* 2. *et* 7. *sup.* Quædam legata repudiantur posteaquam delata sunt, nondum acquisita: acquisiti legati repudiatio inanis est; item nondum delati legati repudiatio inanis est. Defertur legatum ex apertis tabulis l. Papia si sit purum: nam conditionalia ex conditione jure antiquo, quo utimur, deferuntur ex die mortis: atque ita quædam legata posteaquam delata sunt, repudiantur, et hæc etiam apud hæredem remanent sine onere, ut diximus in *l.* 2. *sup.* Nec obstat *l.* 9. *inf. de usu, et usuf. leg.* quæ significat legatum quod repudiatur apud hæredem remanere cum onere: sic respondeo: legatum quod repudiatur apud hæredem intelligo sine onere remanere ipso jure, remedio cessionis repudiati legati onus hæredem sequi fateor, et ita accipio l. 9. nam legatarius qui repudiat, aut vult repudiare legatum, cogitur suam actionem cedere fideicommissario adversus hæredem, *l. Imperator*, *hic*, vel si non cesserit suam actionem fideicommissario, dabitur utilis adversus hæredem, licet non ab hærede, sed a legatario qui repudiavit fideicommissum ei relictum sit, nam plerumque ubi est actio directa ex cessione, est utilis omissa cessione, *l.* 1. §. *nunc tractemus* 5. *de tu'. et rat. distr. l. si cum emptore, sup. de pact. l. ex legato, C. de legat. l.* 4. *C. si cert. petat.* Et in hoc etiam casu quo de agimus Bartolus introduxit utilem actionem in *l.* 8. §. *certum.* Conclusio sit: legata quæ repudiantur, ipso jure remanere apud hæredem sine onere remedio cessionis, vel utilis actionis, onus hæredem sequi, quod remedium non potest introduci in legatis quæ pro non scripto habentur. Quædam alia legata sunt quæ dicuntur ereptitia, quæ post acquisitionem auferuntur legatariis quasi indignis et malemeritis, et hæc plerumque auferuntur a fisco et quidem cum onere ex constitut. *l. cum secundis tabulis*, §. *ult. inf. de his quæ ut indig. l.* 2. *sup. de his quæ in testam.* quædam alia legata finiuntur, ut legatum ususfructus, quod finitur morte legatarii, et recurrit ad hæredem, et quidem sine onere, quia ut finitur legatum, ita et onus legati finitur, videturque testator qui oneravit legatum fideicommisso quod fieri potest, voluisse, aut intellexisse etiam, ut fideicommissum finem acciperet quem accepit legatum, *l. Titia*, *inf. de ann. leg. l. Stich.* §. 1. *inf. de alim. leg.* nisi aliter sensisse testatorem probetur. Postremo quædam legata adimuntur ab ipso testatore, et hæc etiam apud hæredem remanent sine onere, nisi fideicommissarius probet defunctum fideicommissum revocare noluisse, *l. si adimendo*, *inf. de adim. legat.* Quibus generibus legata deficiunt vel amittuntur, quæ ita sunt accurate distinguenda, non confundenda, ut Accursio accidit, qui legatum quod repudiatur appellat legatum caducum. Sed hæc de legatis: hæreditas eisdem modis deficit amittiturve, non tamen finitur: sed et de oneribus differentia est inter lega'a et hæreditates: legata quæ remanent apud hæredem, cum onere remanent, si defecerunt post testamentum, vel si defecerunt post mortem testatoris ante apertas tabulas: sed si initio testamenti defecerunt, vel si adempta fuerint, vel si repudiaverint ea legatarii, apud hæredem remanent sine onere. In hæreditate non idem est omnino: nam hæreditatis quidem portio quæ repudiatur, cuilibet cohæredi, id est, vel extraneo, vel filio, vel parenti accrescit sine onere, quod ei qui repudiavit, fuerat nominatim injunctum. Idem dicendum de ea portione hæreditatis quæ habetur pro non scripta, vel quæ adimitur eodem testamento, vel alio jure perfecto: et hoc est, quod ait in §. *pen. hic:* loquitur in §. *pen.* de quolibet hærede: et ideo accipiendus est de portione hæreditatis repudiata, vel adempta, vel pro non scripta, quibus casibus fiscus non vocatur, et accrescit ea portio cuilibet cohæredi, et quidem sine onere, et in eo convenit hæreditas cum legatis: sed si hæreditatis portio deficiat post testamentum, vel post mortem testatoris ante apertas tabulas, hoc casu distant legata ab hæreditate: legata cum onere remanent apud filium hæredem institutum, vel etiam hodie apud extraneum hæreditatis portio apud filium hæredem institutum remanet sine onere, et remanet jure antiquo, quod scilicet fuit ante legem Papiam, cuique filio instituto lex Papia abrogari noluit, et hoc est quod ait §. *ult. si filio*, male libri habent, *unde si filio*: non est separatus §. loquitur in §. *ult.* de filio hærede scripto, et ideo nihil refert quomodo defecerit portio hæreditatis, nam etiam si defecerit vivo testatore aut mortuo, excluditur fiscus, portio accrescit filio cohæredi. *Eam*, inquit, *cepit jure antiquo*, id est, vacat hic lex Papia, valet jus antiquum, inest ei portioni legatum quod

fuerat ab eo hærede relictum : et ideo filius capiens eam portionem jure accrescendi antiquo , capit et legatum quo onerata erat ea portio , nec tamen id præstare cogitur , itaque ei accrescit sine onere. Et ratio Celsi hæc est , quia cum testator nominatim legavit ab uno ex hæredibus , ita demum videtur voluisse præstari legatum , si ille hæres existeret , id est, illum onerare tantum voluit, non cohæredem ejus , quem dilexit magis : unde quoquo modo defecerit portio illa hæreditatis , legatum non debebitur , sive transierit ea portio ad cohæredem , sive ad fiscum : nam etiam ab extraneo hærede scripto cadente portione hæreditatis in fiscum , fiscus non debebat legatum : cui inspectioni non ita est locus in fideicommisso relicto a legatario ; nam qui relinquit fideicommissum nominatim a legatario non statim hæredem exonerari voluit si forte legatum apud eum remaneret, nec ad legatarium perveneri t. Verum his quæ diximus de cohærede, ei accrescere portionem cohæredis sine onere indistincte , obstat lex *mortuo* , §. *ult. sup. hic* , quæ ait, portionem deficientem accrescere cohæredibus pro portione hæreditaria cum suo onere : ut si , inquit , testator eum cujus portio deficit , jusserit dare aliquid , vel opus facere , vel munus edere , id præstabunt cohæredes quibus portio accrescit. Et ibi plerique notant nescisse Accursium quid esset *munus* , quod est donum , cum *munus* interpretetur esse donum et largitionem ; sed ipsimet nescierunt dum interpretantur esse *munus* , veluti gladiatorium. Latine loquentibus *munus* semper significat *venationem*. Lactant. *lib.* 6. *Instit. sed primum* , inquit , *venationes quæ vocant munera Saturno attributa sunt.* Ideoque recte in *leg. civitatibus lib.* 1. *si legetur quid ad munus agendum venationemve* , ab aliis libris illud *ve* abest , perperam : nam cum ait , *ad munus edendum venationemve* , uno alterum voluit explicare : est παραλληλισμός. Igitur si is hæres cujus portio deficit , jussus sit munus edere, munus edent cohæredes quibus ea portio accreverit. Eodem modo obstat *l. si duobus*, §. 1. *lib.* 1. et *l. si Titio* , §. *ult. hic.* Breviter conciliatio sumenda ex *d. l. si Titio* §. *ult.* Quod Celso videtur in *hac l.* §. *pen.* et *ult.* portionem hæredis accrescere sine onere: Ulpian. narrat idem visum fuisse Juliano, licet fuerit diversæ sectæ. Quod ergo Ulpianus subnectit ad Julianum illo loco : *Sed post scriptum Severi cohæredis portio, etc.* Cur nos etiam id non subnectamus ad Celsum , id est ad hanc legem , correctum hoc jus esse ex constitutione Severi ? Primum enim ex ea onera instituto injuncta substitutum sequi cœperunt *l. licet* , *lib.* 1. *l.* 4. *C. ad Trebel.* tum inductum est justa interpretatione , ut cohæredis etiam onera cohæredem quasi quodammodo substitutum sequerentur , deinde ut etiam caducorum vel eorum quæ essent in causa caduci , vel ereptitiorum onera fiscum etiam sequerentur , *l. quidam* , §. *quoties* , *lib.* 1. Ulpianus in *Frag. tit.* 17. Sed hodie fiscus omnimodo excluditur constitutione Justiniani : nulla sunt caduca , nulla in causa caduci , omnia cedunt commodo hæredis , atque etiam incomodo , exceptis illis quæ pro non scriptis habentur , vel quæ ademta sunt, vel quæ repudiantur, nisi adhibeatur remedium cessionis: atque ita sublata est illa differentia inter legata et hæreditatem : nam ut legata quæ deficiunt post mortem vel post testamentum remanent in hæreditate cum onere , ita portiones hæreditatis accrescunt cum onere , sed conflata est nova differentia , unde portio hæreditatis repudiata cohæredi accrescit quasi substituto cum onere constitutione Severi , cum legatum tamen quod repudiat legatarius non remaneat apud hæredem cum onere nisi remedio cessionis , subsidio utilis actionis in factum.

Ad L. XXX.

Quidam in testamento ita scripsit : Reipublicæ Graviscanorum lego in tutelam viæ reficiendæ , quæ est in colonia eorum , usque ad viam Aureliam : *quæsitum est an hoc legatum valeat. Juventius Celsus respondit , propemodum quidem imperfecta est hæc scriptura,* in tutelam Aureliæ viæ: *quia summa adscripta non est : potest tamen videri tanta summa legata , quanta ei rei sufficeret : si modo non apparet aliam fuisse defuncti voluntatem , aut ex magnitudine ejus pecuniæ , aut ex mediocritate facultatum , quas testatrix reliquit : tunc enim officio judicis secundum æstimationem patrimonii et legati , quantitas definiri potest.*

In hac lege quidam proponitur in hunc modum legasse, *Reip. Graviscanorum lego* , *etc.* Colonia Graviscæ, ut Livius scribit *lib.* 40. deducta est in agrum Hetruscum : viam quoque Aureliam fuisse in agro Hætrusco constat ductam a porta urbis Romæ Aurelia in Hætruriam. Legavit igitur Reip. Graviscanorum in tutelam viæ reficiendæ quæ post viam Aureliam excipiebat et ducebat Graviscas , non legavit in tutelam Aureliæ viæ , ut Accursius dixit , et paulo post Accursius legit et Flor. *hæc scriptura in tutelam Aureliæ viæ*, ubi rectius Haloander *hæc scriptura in tutelam viæ* , quia non legavit in munitionem Aureliæ viæ, quæ erat Consularis viæ et militaris, sed in tutelam et refectionem ejus viæ , quæ post Aureliam excipiebat. Legavit autem ita non adjecta certa summa : neque enim dixit , quantum legaret. Hoc legatum videtur esse inutile , quia non est adscripta certa summa : sed Celso placet magis valere legatum , non favo-

re relicti, ut Accursius ait, sed quia causa legandi veluti certam quantitatem exprimit, quantum viæ tuendæ reficiendæ satis est, quæ tamen quantitas erit temperanda ad modum finemque facultatum defuncti: non est igitur incertum legatum vel incertæ quantitatis, quia causa legandi satis denuntiat quantitatem. Eadem est ratio alimentorum legatorum sine adjectione summæ, *l. pen. inf. de alim. legat.* Eadem ratio legati annui, vel menstrui, vel diarii: quod tantum potest quantum alimentorum legatum: nam qui annuum legat, alimenta legat, qui menstruum, alimenta legat, *l. si cui annuum, inf. de ann. legatis.* Hæc legata valent etiam non adscripta summa, quia alimentorum, vel annui verbum veluti certam quantitatem exprimit, quantum scilicet ei alendo sufficit, quæ tamen etiam moderanda erit secundum vires facultatum defuncti. Eadem est ratio dotis legatæ, si modo pater eam legaverit in *l. cum post, §. gener, sup. de jur. dot.* Quia ut vere dicitur, officium patris est dotare filiam. De his officiis etiam tacente patre constat ratio, modusque certus, qui tamen non ita constat, si extraneus dotem promiserit sine adjectione summæ, vel si legaverit, vel si mulier marito dotem promiserit sine adjectione summæ, *l. 1. C. de dot. promiss.* Ea promissio nulla est, legatum nullum, quia vel minima summa dos dici potest, et hic non suppetit formula vel argumentum unde certa ratio constituendæ dotis iniri possit. Et in summa ita est: pater cum dotem dicit, etiamsi nihil adjiciat, certum dicit, quia hoc videtur dicere quod ex officio debet conficere filiæ nubili. At extraneus qui dotem dicit, non adjecta quantitate, incertam plane rem dicit, quia in extraneo nullum officium excogitari potest quod rem certam reddat: quæ distinctio inter patrem et extraneum refertur ab Accursio in supradictis locis, et Harmenopolo probatur: excitavit eam quæstionem prius Joannes Neustrius in libris, quos inscripsit δοκχιογχμίας, eandem et Duarenus movet. Eadem porro est ratio legis 12. *inf. lib.* 3. Testator libertatem dedit et rogavit hæredem ut eum doceret artificium unde se tueri posset: an dicemus inutile esse fideicommissum, quod non dixerit quam artem doceri servum vellet: nam palam est ex re ipsa testatorem de eo artificio sensisse cujus capax esset servus, quod prætor fideicommissarius, vel arbiter constituet ex ætate servi, ex ingenio servi: et ideo legatum utile est, cogiturque hæres servum docere artificium suis sumptibus cujus capax fuerit, habita semper ratione facultatum defuncti. Hæ quas retuli scripturæ imperfectæ sunt quodammodo, ut hæc lex ait, sed supplentur officio judicis ex causa legandi, aliisque conjecturis, ex rei legatæ natura: quæ scripturæ non possunt suppleri; deficientibus conjecturis, inanes sunt: ut si quis legaverit dotem extraneæ mulieri, non adscripta summa, vel si quis legaverit domum, nullam habens: hoc enim est derisorium, *l. si domus, lib.* 1. Incerta enim res et pene nulla legatur: alia ratione imperfecta scriptura est, quæ etiam mutila et curta est, cui etiam vitio si mederi potest salva ratione recti sermonis, nihilominus legatum valet, ut si ita dixerit, *hæres meus Titio fundum damnas esto*, nec adjecerit, *dare*, vel ita, *Titio decem dari*, nec adjecerit *volo*, quæ oratio decurtata est, et ἐλλείπει, legatum valet: et plus dictum quam scriptum videtur, *l. unum, §. si omissa, inf. hic, l. si in testamento, lib.* 1. *l. verbum, C. de fideicommis.* Et plerumque in hoc genere sermonum verbum quod deest, repetitur ἀπὸ κοινοῦ, ut si cum ita dixisset, *Titio dari volo fundum*, subjecerit, *et Cajo decem*, repetitur ἀπὸ κοινοῦ, *dari volo*, ut in 6. *in Verrem, Resp. detrimentum fecit quod per te jus imperii imminutum est, sicuti quod hic plus impositum est, quam inferre possent*, intelligitur ἀπὸ κοινοῦ sicuti detrimentum fecerunt. Sed si quod repetitur ἀπὸ κοινοῦ non congruat rectæ orationi, inutile legatum est, quod vitio legati mederi non detur, ut si ita dixerit, *Lucius Titius fundum illum capito, et Cajo decem*: Cajo nihil deberi videtur, quia imperfecta scriptura est cui ἀπὸ κοινοῦ salva ratione recti sermonis non potest accommodari *capito*; et licet hic videatur voluisse dicere, *et Cajo decem do lego*, tamen sententiæ ejus scriptum non congruit, nec sententiam ejus scriptum admittit, nec per repetitionem conservanda est ratio recti sermonis, *l. Plautius, inf. de auro et arg. leg.* et hoc ait *l. cum pater, §. cum imperfecta, inf. hic, cum imperfecta scriptura etc.* Quod ait *ad communionem*, id est quod Grammatici dicunt ἀπὸ κοινοῦ. Quod ait, *verum quod præcedit, aut sequitur*, notat duplicem repetitionem ἀπὸ κοινοῦ, duplicemve figuram ζεύγματος a præcedentibus, et a sequentibus utique repetitio ἀπὸ κοινοῦ. Quod ait, *si dicto scriptum congruat, dicto*, id est, ei quod est scriptum, quod tamen dictum intelligitur, plus intelligitur sæpe dictum quam scriptum, et id quod intelligitur dictum valet, si tamen scripto congruat, id est, si construi cum scripto possit.

L. 31. exposui in l. 17.

Ad L. XXXII.

Omnia quæ in testamentis sine die vel conditione adscribuntur ex die aditæ hæreditatis præstentur.

In hac lege proponuntur variæ regulæ pertinentes ad legata et fideicommissa: est enim ex libro re-

gularum. Prima est, *omnia quæ testamentis*, hæc regula est de paris relictis, sequens sive §. 1. de conditionalibus, et ait, omnia legata et fideicommissa, et libertates ex die ad te hæreditatis valere incipiunt, competunt, præstantur. Item tutelæ ex eodem die incipiunt et valent, *l. tutores, l. si nemo, supr. de testam. tut.* Sciendum autem necessario hic est, aliud esse diem legatorum cedere, aliud deferri legata, aliud acquiri legata: cedit dies legatorum vel fideicommissorum ex die mortis jure antiquo, ex apertis tabulis lege Papia. Cessionis effectus hic est, ut transmittantur legata, aut fideicommissa in hæredem legatarii, si moriatur post diem legati cedentem; nam si moriatur antequam dies cesserit legati, nihil transmittit in hæredem suum, et ita Theophilus cessionem definit, legatorum quæ nondum percepta sunt, ad hæredes transmissionem, etiam scilicet si nec delata sint, nec quæsita; quamobrem hodie cum restitutum sit jus antiquum, sublata lege Papia, id est, cum legatorum et fideicommissorum dies cedat a morte testatoris, si legatarius moriatur post mortem testatoris, transmittit legatum in hæredem suum, etiamsi moriatur ante apertas tabulas, fiscus excluditur. Deferuntur legata ex die aditæ hæreditatis. Delationis effectus est, ut peti, vindicari, agnosci, ac repudiari possint; nondum enim delata peti non possunt, *l.* 1. §. *decretalis, de success. edic.* Igitur aliud est cessio legati, aliud delatio, confundit tamen Theophilus in §. *si peculium, de legat.* delationem et cessionem, et confundunt sæpe nostri auctores: in libertatibus et tutelis sane confunduntur cessio et delatio: idem est cessionis, delationisve terminus, idemque dies, aditio hæreditatis, quia libertates et tutelæ personis cohærent, et in hæredes non transmittuntur: suo quoque vel necessario hærede scripto legatorum et fideicommissorum, et omnium quæ testamentis scribuntur, cessionis et delationis dies idem est mors defuncti, statim enim cedit dies legati, deferturque legatum, quia statim hæres existit, qui scriptus est, nec potest, aut debet adire, *l. si post mortem, inf. lib.* 1. voluntario hærede scripto legatorum dies cedit a morte testatoris, deferuntur legata ab aditione hæreditatis. Hæc lex est de delatione, non de cessione, non de acquisitione. Acquiruntur autem legata, vindicationis scilicet agnitione non antea, id est, posteaquam legatarius constituit se velle legatum amplecti, se non spernere honorem testatoris, *l. ei qui ita, sup. de condit. instit. l. cum vero, in fin. de fideicom. libert.* legata autem damnationis acquiruntur traditione hæredis, et hæc traditio non retrotrahitur ut postea videbimus: agnitio tamen legati retrotrahitur ad tempus delationis, id est, ad diem hæreditatis aditæ, *l. servum filii*, §. 1. *l. si tibi homo*, §. *cum servus*, *sup. lib.* 1. sicut et aditio hæreditatis retrotrahitur ad diem mortis testatoris *l. hæres quandoque inf. de acq. hæred. l. si ex re*, §. *ult. inf. de stip. serv.* sic dicimus etiam agnitionem legati retrotrahi, sive agnitionem legati continuari cum hæreditatis aditione, id est, ab adita hæreditate rei legatæ dominium legatario acquisitum videri, licet postea agnoverit legatum, et hæredis fuisse nunquam videri, quod notandum est: ita agnitum legatum videtur factum fuisse legatarii statim ab adita hæreditate, et in ipso articulo adeundæ hæreditatis, ut nunquam videatur factum fuisse hæredis: legatum est modus acquirendi dominii ex lege 12. Tabularum, Ulpianus *tit. de dominiis, l. quoties* §. *ult. sup. de pecul.* et *l. legatum* 2. *hic*: quæ lex eleganter ait, recta via dominium rei legatæ quod fuit hæreditatis, quandiu scilicet jacuit et vacavit, ad legatarium, qui non repudiavit voluntatem defuncti, transire, nunquam factum hæredis, et confirmatur *l. si jussu, in fin. inf. de furt.* vulgo male, *facto* quasi recta via opponatur facto hæredis. Sed eleganter demonstratur illis verbis, rei legatæ dominium hæredis nunquam factum videri, si legatum amplectatur legatarius: ex quo efficitur, ut fundus legatus serviat hæredi, vel fundo hæredis si legatarius non agnoverit legatum, et aditione servitutem debitam, hæredi debitam videri: et ob id in *l. cum filius*, §. *dominus, inf. hic*, quem exposui in *l.* 26. *sup.* ponit fundum qui serviebat fundo hæredis, vel hæredi, fuisse legatum sub conditione, quo casu si post aditionem extiterit conditio legati; aditione confusa servitus videtur, sed retinebitur per exceptionem doli mali, et restaurabitur si fuerit servitus prædialis, non si fuerit ususfructus traditus, secundum distinctionem traditam in *l.* 26. et male Bartolus idem dicendum putat, si pure fundum legaverit, quo casu aditione non confunditur servitus, et retinetur ipso jure, non per exceptionem doli, sed hoc procedit tantum in legato vindicationis, quod nunquam hæredis factum videtur si purum fuerit, et si legatarius id agnoverit: legatum tamen damnationis aditione hæredis factum videtur, etiamsi agnoverit legatarius, et ita accipienda lex 18. *sup. de servit. l. legatum*, §. *ult. lib.* 1. vel sunt accipienda de legato vindicationis conditionali, ut Accursius retulit, quod fit hæredis aditione, non si purum fuerit. Et inde alia existit differentia, quod legati per vindicationem pure fructus legatarius vindicat ab adita hæreditate, etiamsi mora hæredis non intervenerit ulla, legati per damnationem fructus debentur ex mora tantum, agnitio legati vindicationis retrotrahitur ad aditionem, et inde fructus petuntur: traditio enim legati quod præstare jussus est hæres non retrotrahitur, nisi ad diem moræ. Legatum autem

quod legatarius repudiavit, videtur hæredis factum retro aditione, *l. proinde. in fi. sup. de reb. credit.* Sed ut jamdiu ostendi in fin. ejus legis pro *appositum*, legendum, *acquisitum*, quod loci vir quidam magni nominis male legebat, *appositum*, et Tribonian verbum esse dicebat, pro *irritum*, ἀπὸ τοῦ ἀθετεῖν quasi ἀθετούμενον, quam interpretationem laudo, ut aptam conditionalibus legatis, vide ibid.

Ad §. 1. *Fundum.*

§. 1. *Fundum ante conditionem completam ab hærede non traditum, sed a legatario detentum hæres vindicare cum fructibus poterit.*

Est de conditionalibus legatis: hujusmodi legatorum dies cedit cum conditio extiterit, deferuntur et eodem die, si prius adita hæreditas fuerit, sin minus ex die aditionis: acquiruntur, ut pura legati agnitione, vel traditione post conditionem impletam, et ab eo solo tempore venditionis, impletæ scilicet, fructuum ratio habetur: fructus enim percepti ante conditionem impletam pertinent ad hæredem: et ideo si forte legatarius ante conditionem impletam nactus sit possessionem rei legatæ, non tamen de hæredis manu, et nondum extiterit conditio hæres eam rem in fructibus a legatario vindicabit. Post conditionem impletam agnito legato si rem legatam non traditam ab hærede sine vitio forte detineat legatarius hæres eam rem vindicare non potest; sed neque avocare possessionem ullo modo potest, quia hæredis nihil interest, cum legati dies cesserit, actioque legatario competere cœperit, nisi lex Falcidia interveniat, quo casu retinenda Falcidia, cum servatur enim Falcidia retentione non vindicatione hæres rei legatæ possessionem avocare potest interdicto *quod legatorum* ut ex Hugolino Accursius tradit, si modo constituamus interdicto *quod legatorum*, nisi interveniente Falcidia, locum non esse, *l. 1. C. Quod legat.* Hoc enim solo casu agitur hic interdicto possessionis legatorum adipiscendæ causa, Falcidiæ per retentionem conservandæ causa, idem Accursius huc pertinere dicit legem *legata inf. de condit. et demonstrat.* quæ hoc tantum docet quod diximus initio, legata conditionalia non deferri statim, id est, a morte, aut non cedere diem eorum statim, id est, a morte, sed cum conditio extiterit, non statim deberi incipiunt, sed cum conditio extiterit, subjicit: *Et ideo interim delegari non potuerunt, interim*, id est, pendente conditione, sic Flo. recte, et notavit Accursius sic legi, sed male ea verba accipit de hærede delegato, quia non dicit hæredem delegare aliud legatum. Hæredem delego si quod mihi debet hæres ex causa legati, id hæres stipulanti creditori meo promittat, quod non fit in cohærede, *l. 1. et 6. Cod. de novat.* legatum autem delego si quæ mihi debentur ex testamento Caii, id Titio meo testamento lego, quod fit utiliter etiam invito hærede Caii, si mihi legatum deberi cœperit, et hæres meus cogitur Titio cedere actionem ex testamento adversus hæredem Caii. At legatum, cujus conditio nondum extitit nondum debetur, et ideo eo modo interim delegari non potest, puta his verbis, *legatum mihi relictum testamento Caii Titio do lego*, hoc scripto nihil agitur, quia legatum illud relictum testamento Caii nondum deberi cœpit. Videtur ergo delegari actio, quæ nondum esse cœpit, *l. si sic*, §. 1. *lib. 1. l. cum illud*, §. 1. *inf. quando dies legat. ced.* Atque ita vere constituimus tres appellationes legatorum diversas, legata, relegata, delegata. Legata ut si rem meam tibi lego. Relegata, ut si uxori dotem reddi jubeo: hoc enim est relegare potius quam dare ut constat ex *tit. de dot. releg.* Repetitio ususfructus relegatum est ut si quis ita dixerit: *usumfructum Titio lego*, hoc legatum est, *et quoties capite minutus erit, eundem usumfructum ei lego*, hoc relegatum est. Repetitio ususfructus relegatum est, et ita appellatur secundum Flo. *l. 3. §. pen. inf. quibus modis ususfructus amitt.* Delegatum autem est, si legatum mihi debitum alieno testamento alii meo testamento delego, id est, si actionem ex testamento legati mihi relicti nomine hæredem meum alii cedere, et præstare jubeo. Et ita de delegato est accipienda *l. legata* non de delegatione, quæ liberat liberatorem alio reo creditori dato, de qua in *tit. de novat. et delegat.* quod tamen ibi Accursius voluit.

Ad §. 2. *Cum ita legatur.*

§. 2. *Cum ita legatur*: illi hoc amplius fundum illum cum omnibus rebus quæ in eodem fundo erunt, *mancipia quoque continentur.*

Sequitur in hoc §. rerum appellatione etiam homines contineri: ut si quis legaverit fundum cum omnibus rebus quæ in eodem fundo sunt, videtur etiam legasse mancipia quæ ibi sunt. Pecuniæ quoque appellatione constat homines contineri. Fructus autem mercis appellatione vix continentur. Homo non est in fructu, cum omnia paraverit natura hominis causa, ut Cajus ait, quod est ex disciplina Stoicorum. Homo etiam non est in merce: et ideo mangones, id est, qui vendunt servos, non dicuntur mercatores, sed venalitiarii.

Ad §. 3. *Cum ita legatur.*

§. 3 *Cum ita legatur*, quidquid in horreo meo erit, *et is cui legatum est, ex rebus non legatis*,

ignorante eo, ampliandi sui legati gratia, in horreum intulerit: quod illatum est, non videtur esse legatum.

Deinde in §. sequenti ostendit, his verbis, *quidquid in horreo meo erit do lego*, vel, *quidquid in apotheca mea erit, id illi do lego*: deberi quodcunque defunctus in horreum intulit, non etiam quod ipse legatarius intulit ignorante testatore; ut finge quidam uxori legavit quicquid esset in horreo suo, vel in certa quadam diæta, certove membro ædium, illa moribundo marito in horreum conjecit pretiosa quæque, et ea vindicat sibi legata, injuria ampliare et extenuare legatum testator potest, legatarius non potest, quod est notandum. Tum in sequenti §. *hic* docet, legato injunctum fideicommissum hæredem legatarii sequi, si legatarius transmittat legatum in hæredem suum, cum tamen si non transmittat, sed deficiat legatum, statim ab initio vel adimatur, vel repudietur ab hærede ejus a quo relictum est, et apud quem legatum non remanet, onus fideicommissi non sequatur, ut dixi in *l.* 29. et fuit etiam in hærede legatarii causa dubitandi, quia fideicommissa videntur cohærere personæ, cujus fides electa est, cui testator commendavit aliquid; sed placet fideicommissa non cohærere personæ, et sequi hæredem hæredis, et hæredem legatarii.

§. *pen.* exposui in *l.* 1.

Ad. §. 4. *In fideicommisso.*

§. 4. *In fideicommisso quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt: aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur: et qui ex his primo gradu procreati sint: nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.*

Ult. §. est de legato relicto familiæ. Lucius Titius fideicommissum reliquit familiæ, non quidem his verbis: *Familiæ do lego,* ut interpretes voluerunt. Finge: a filio hærede scripto petit ne domum alienaret relictam a majoribus, et ut eam Lucio Titio et Lucio Cuspidio et aliis ex eadem familia conservaret. Ex eadem familia sunt qui ex nomine defuncti sunt, ut hoc §. demonstratur aperte, et inde familia nominis dicitur sæpe, *l. cum pater*, §. *fidei, et* §. *ab instituto, et l. Lucius*, §. *Lucius, inf. h. tit.* Ceterum quæritur quo ordine hi qui sunt ex eadem familia ad fideicommissum vocentur, vocantur ad fideicommissum hærede domum abalienante extra familiam, vel hærede extraneum sibi instituente, tum existit casus fideicommissi non ante, sed quo ordine vocantur ad fideicommissum? an veniunt confuse omnes qui sunt ex eadem familia, eodemque nomine? Non, lex ait, primum vocari nominatos Titium, Cuspidium, his deficientibus vocari eos qui ex eadem familia et gente fuerunt mortis tempore, ut quisque proximior fuerit: nam gradus proximior excludit posteriorem, *l. peto*, §. *fratre*, *inf. hic.* Et hoc ita nisi nominatim aut certe conjectura non dubio testator omnes vocaverit ad fideicommissum, non observata gradus prærogativa. Valde notandum est quod ait, ad fideicommissum illud vocari eos qui ex eadem familia fuerint mortis tempore, id est, cedente die fideicommissi: non spectat igitur testamenti tempus: quamobrem qui post testamentum vivo testatore in eam familiam venerunt, vocantur et invitantur ad fideicommissum, licet testamenti tempore in ea familia non fuerint: ac similiter Trajan. ut Plinius scribit in Panegyrico, congiarium quod popolo promiserat, dedit etiam his qui post edict. in civium numerum venerant, æquavit ceteris illos quibus non erat promissum, id est, illos qui non erant edicti tempore, erant tamen erogationis tempore, ut ex *h.* §. vocantur qui erant in ea familia cessionis tempore, id est, mortis tempore, licet testamenti tempore non fuerint: contra non vacantur hi qui in ea familia desierant esse mortis tempore, licet fuerint testamenti tempore: qua in re obstat *l. si cognatis*, *inf. de reb. dub.* quæ ponit generaliter cognatis, vel cognationi, quod idem est, legatum fuisse relictum, et ait, legatum deberi cognatis qui fuerint testamenti tempore, licet mortis tempore desierint esse, modo cives manserint, quia peregrini non capiunt legata, ut si agnati esse desierint per emancipationem, arrogatio acquirit agnatum, ergo et cognatum: ergo et qui agnatus est, et cognatus, sed cognatio illa solvitur soluta arrogatione. Porro hæc lex ait, deberi his etiam qui non erant cognati mortis tempore, modo testamenti tempore. Et necesse est hac in re separari familiam a cognatis: in familia meritorum et nominis ratio habetur: in cognatis pietatis: cognati vocantur qui fuerunt cognati testamenti tempore, licet desierint esse vivo testatore. Gentiles et familiares non vocantur qui fuerunt testamenti tempore, si desierint esse, ut si arrogati, vel emancipati fuerint vivo testatore: et hæc est differentia inter familiares, et cognatos: utrique tamen vocantur qui fuerint ejus conditionis mortis tempore, licet testamenti tempore non fuerint, ut Trajanus liberalitatis suæ participes fecit eos qui erant largitionis tempore, quamvis non fuissent pollicitationis tempore. Augustus tamen dissimiliter apud Svetonium, proposito edicto quo pollicebatur congiarium, cum multos manumissos comperisset, negavit se illos accepturos. Congiaria illa in *l. patronus*, *lib.* 3. appellantur *principales liberalitates*, quibus adfici tribus ait, et conferri in tribus. Et si-

militer Plinius in eodem Panegyrico, *congiariis locupletari tribus*. Ideoque in *d. l. patronus* ad illa verba *principales liberalitates*, id est, congiaria quibus locupletantur tribus, Græci vocant εὐσέβειαν, præter vulgarem significationem. εὐσέβεια est *beneficientia* et *benefactum*. Et ita Suidas ῥόγαν, quod est vocabulum posterioris seculi ductum ex Latino, quo significatur erogatio, et sparsio illa quæ fit a principe in vulgus: eam sparsionem, interpretatur τὴν τῶν βασιλέων εὐσέβειαν καὶ προθυμίαν. Et ita Basilius in *Homil.* dum interpretatur illum locum, quo jubemur nobis acquirere thesaurum in cœlo: thesaurus, inquit, est εὐσέβεια τῶν χρημάτων, et ita omnes in Actis Apostolorum: εὐσέβειαν male interpretantur alii potestatem id est, pietatem, quo loco narratur, D. Petrum persanasse claudum quemdam, idque in admirationem perduxisse omnem populum. Quid miramur? quasi id fecerimus, ἰδίᾳ δυνάμει καὶ εὐσεβείᾳ, id est, quasi fecerimus id virtute et benefacto, quasi hæc nostra sit beneficentia. Et ita ad Timotheum, cum ait, ἔστι δὲ πορισμὸς μέγας ἡ εὐσέβεια μετ' αὐταρκείας: hoc significat, magnum vectigal esse largitionem mediocrem et honestam, non largitionem profusam, quæ ita fiat ut tamen restet quod satis sit nobis: ea largitio est thesaurus summus, est vectigal summum, ut dixerit sapiens, id solum esse nostrum, quod dedimus et quod egenis largimur pro viribus. Sed quod attinet ad differentiam inter cognatos et familiam, hæc est, quod familiares distincte et gradatim vocantur, cognati indistincte et permixte. De his autem, qui post mortem testatoris in eandem familiam venerunt, constat etiam ex hoc §. eos repelli fideicommisso, quia mortis tempus spectatur; mortis autem tempore in familia non fuerunt. Sed addenda est eadem exceptio, nisi specialiter, id est, διαῤῥήδην, *nominatim* voluntatem suam ad posteriores extenderit, id est, ad eos qui post mortem suam ad familiam adjungerentur.

Ad L. XXXIII.

Legatorum petitio adversus hæredes pro partibus hæreditariis competit, nec pro his, qui solvendo non sunt, onerari cohæredes oportet.

In hac *l.* vertitur hæc quæstio, pro qua parte hæredes legata debeant, pro virili, an pro hæreditaria, an singuli in solidum. Est in ea quæstione distinguendum ita. Aut a singulis hæredibus testator legavit, aut a quibusdam, aut ab omnibus. Si a singulis legavit nominatim, suis quisque legatariis solis tenetur in solidum, et separatim legis Falcidiæ rationem singuli ponunt, *l. in singulis*, *inf. ad leg. Falcid.* Sed si ab omnibus hæredibus legaverit, subdistinguendum est: aut expressit propria nomina hoc modo, *Titius et Cajus danto*: aut legavit sub appellatione hæredum, non expressis propriis nominibus, hoc modo. *Hæredes mei danto*: aut propriis nominibus adjunxit appellationem hæredum sic, *Titius et Cajus hæredes mei danto*, vel *Hæredes mei Titius et Cajus danto*. Primo casu, si ita dixerit, *Titius et Cajus danto*, si nomina tantum propria expresserit, viriles partes debent, *l. si hæredes nominatim*, *sup. lib.* 1. enumeratio personarum hunc effectum habet, ut exæquentur in præstando legato, enumeratio personarum æque divisionis potestatem habet: quos enumeravit viritim, videtur et onerasse viritim, *l. cui fundus, inf. de condit. et demonst.* Enumeratio igitur personarum habet vim exæquationis, enumerantur personæ cum unaquæque suo nomine designatur, nec est alia ratio enumerandi eas. Huic simile est quod dicitur in *l.* 2. *sup. quibus mod. usufr. amitt.* commemorationem temporum effectum habere repetitionis. Si cui legetur ususfructus simpliciter, sane ei cujusque anni fructus legatus videtur, quandiu is vixerit, et tamen unum est legatum, non plura: sed si annos commemoraverit, id est, si legaverit usumfruct. in annos singulos, plura sunt legata: et commemoratio temporum potestatem habet repetitionis, id est, singulis annis repeti videtur legatum, et fructuarius si hoc anno sit capite minutus, velut per arrogationem, hujus anni fructus amittit. Sequentis anni fructum capiet, quasi repetito usufructu, sed ad rem. Secundo casu si ab omnibus hæredibus legaverit sub appellatione hæredum, *hæredes mei danto*, singuli debent hereditarias partes: ergo dispares partes si sint ex disparibus scripti, *dict. l. si hæredes nominatim*, *et l. turpia*, §. *ult. lib.* 1. *l. sive a veteris*, *inf. de duob. reis constit.* Eademque distinctio servatur in mortis causa capionib. *l. ita liber*, *in fin. inf. de statulib. dict. l. cui fundus.* Tertio casu, si propriis nominibus injunxit appellationem hæredum, est etiam subdistinguendum; aut propria nomina prætulit hoc modo, *Titius et Cajus hæredes mei danto*: et hoc casu debent viriles, quia appellatio hæredum quæ subjicitur propriis nominibus pro demonstratione est: ergo abundat omnis demonstratio, quæ scilicet rei satis demonstratæ adjicitur: abundat, et nihil in ea est momenti, nullum ex ea argumentum ducitur bene, quod in omnibus auctoribus valet. Aut prætulit appellationem hæredum sic, *hæredes mei Titius et Cajus danto*: et hoc casu debent hæreditarias, quia propria nomina pro demonstratione sunt: satis erat dixisse, *hæredes mei*, quod subjicitur, abundat, et ideo non rediguntur ad æqualitatem, sed ad rationem portionum, *l. si communis servus ita stipuletur*, *inf. de stipul. serv.* Et hæc de legato relicto ab om-

nibus hæredibus. Sequitur tertium membrum summæ traditionis, si a quibusdam hæredibus legetur nominatim, non ab omnibus, necesse est eos nominari, quos solos onerari vult, ut distinguantur a ceteris quos onerari non vult, nominibus distinguimur. Hoc autem casu cum ita nominatim a quibusdam legat, debent hæreditarias non viriles, *dict. l. sive a certis, inf. de duob. re constit.* quæ idem esse ait, si legetur ab omnibus, excepto uno, his verbis: *hæredes mei excepto Titio danto.* Idem erit si ita dixerit, *hæredes mei danto*, et in inferiori parte testamenti, vel in codicillis Titium exceperit, *l. ab omnibus, in princ. inf. lib.* 1. Igitur cum a quibusdam legat nominatim, debentur hæreditariæ non ab omnibus, cum ab omnibus propriis nominibus expressis, debentur viriles: idque ita proditum est in *dict. l. sive a certis*: sed pugnat valde *l. turpia*, §. *ult. lib.* 1. Ait lex, si pars hæredum nominata sit in legando, viriles debentur, id est, si a quibusdam legatum sit nominatim, non ab omnibus, debentur viriles, cum lex *sive a certis* clare dicat, deberi hæreditarias, quod est verius, et nulla ratione defendetur deberi viriles: nam quod testator certas personas hæredum nominat a quibus præstari legatum voluit, non hoc ideo fecit, ut eos exæquaret in præstando legato, quod tamen agit, cum ab omnibus legat nominatim; sed hoc ideo fecit legando a certis nominatim, ut eos separaret et distingueret a ceteris, quos ejusmodi legato onerari volebat: verius itaque est deberi hæreditarias non viriles: nec enim nominum expressio hoc casu æqualitatem inducit, sed distinctionem personarum, et ita est proditum in *l. sive*, et confirmatur *l. proinde inf. de stipul. serv.* Servus communis quatuor dominorum, stipulatur duobus dominis nominatim, Primo et Secundo dari; utrum æqualiter eis acquiritur stipulatio? utrum pro virili, an pro dominica? pro dominica, non æqualiter, quia hic nominum expressio distinctionem inducit dominorum, non æqualitatem partis, confirmatur etiam *l. qui pecuniam, inf. de statulib.* Qui scripserat quatuor hæredes, Sticho dedit libertatem sub hac conditione, si Titio et Cajo hæredibus daret decem, jussit dari duobus nominatim, Titio et Cajo, his solis, non ceteris hæredibus. Quæritur in eo quod dederit Stichus conditionis implendæ causa, utrum habituri sint æquales partes? non habebunt hæreditarias, *d. l. qui pecuniam.* Idemque omnino dicendum est, si a certis hæredibus propriis nominibus legatum relinquatur, debere eos hæreditarias, non viriles. Idem dicendum erit, si testator ab omnibus legaverit generaliter, et universe expresserit tamen quorundam hæredum nomina sic, *Titius et Cajus aliique hæredes mei danto*: singuli debent hæreditarias: nec quicquam mutat quorundam adnominatio, cujus rei argumentum præbet *l. si quis testamento, inf. de statulib.* Species est: dedit libertatem Sticho sub conditione si rationem redderet Titio, et Cajo, aliisque hæredibus: rationem reddere continet hoc, ut reliqua solvantur, si qua sunt, ut fiat paratio reliquis solutis, porro ea reliqua utrum solventur hæredibus æqualiter, an pro hæreditariis portionibus? vel utrum æqualiter nominatis ceteris pro hæreditariis portionibus? Ait, omnibus reliqua solvenda pro hæreditariis portionibus. Sed quid respondemus ad *l. turpia*, §. *ult.* quæ dicit, deberi viriles. Interpretes nostri non institere rectam viam, dum ut concilient *l. turpia*, §. *ult.* cum *d. l. sive a certis,* dicunt in *d. l. sive a certis*, testatorem legasse a quibusdam appellativis nominibus, non propriis: appellativa nomina dicunt, ut recentiores Grammatici, cum tamen propria nomina suam rem appellent, et nostri auctores vocant vocabula, *d. l. si communis servus ita stipuletur.* Dicunt igitur in *d. l. sive*, testatorem a quibusdam sub alia, quam propriorum nominum appellatione, legasse, veluti hoc modo: *Illi hæredes mei, quos modo nominavi, danto*, vel, *Illi hæredes mei, quos posteriori loco nominavi, danto.* Sed et hoc genere satis exprimuntur propria nomina. Quid enim refert dixeris, *Titius*, an, *is qui scriptus est*, *l. nominatim, inf. lib.* 3. Et sane negari etiam non potest sine contemptu religionis, I. C. in *d. l. sive a certis*, dum ait, a quibusdam legatum relictum fuisse nominatim, sensisse de propriis nominibus, quibus distinguerentur a ceteris, et hoc confirmatur *d. l. qui pecuniam*, nullam aliam ullus affert rationem conciliandæ *d. l. turpia*, neque ulla est ratio, sed legendum ita est, *si personæ hæredum nominatæ sunt in legando, viriles debentur si vero omnes, hæreditariæ*: personæ nominantur propriis nominibus, quod est enumerare personas. Omnes nominantur cum ita dicitur simpliciter, *Hæredes mei danto*, *d. l. sive a certis, in fine*, est igitur duplex nominandi ratio: nam vel personæ nominantur, vel omnes: et ideo in *l. proinde, de stipul. servor.* dum lex ait, aut ponit, servum communem stipulatum omnibus dominis nominatim, non statim dicam eam enumerasse persona, sed dicam sensisse I. C. quod Accursius notavit de servo qui ita stipulatur, *Dominis meis dari*, vel *omnibus dominis meis dari spondes?* Hoc est nominatim stipulari omnibus: hoc non est nominatim stipulari personis: vel personæ nominantur, vel omnes: et cum personæ nominantur, debentur viriles, cum omnes nominantur, debentur hæreditariæ, quæ est certa definitio utriusque

sententiæ, quam posui in §. *ult.* et *d. l. si hæredes nominatim, lib.* 1. Non est omittendum, hanc disputationem esse de hæredibus, a quibus singulis vel quibusdam, vel omnibus legatur conjunctim: nam si disjunctivo modo legetur ita, *ille aut ille dato*, nulla est hic quæstio virilium, aut hæreditariarum partium: singuli enim solidum debent, et unius inopia onerat alium, id est, sunt duo rei debendi, ut exposui in *l.* 13. *sup.* Id etiam notandum, hanc l. 33. esse de legato relicto ab omnibus hæredibus sub appellatione hæredum, quod etiam deberi ait pro hæreditariis portionibus: sed quod subjicit, id est, de quo potissimum consultus fuit Modestinus, est enim hæc l. ex responsis Modestini, inopiam unius alterum non onerare, id est, si unus ex hæredibus non sit solvendo, ceteri pro eo non solvunt legatariis, quia pro hæreditaria parte sua tantum tenentur. Idemque est, si viriles partes debeantur: nam et hic inopia unius non oneravit alterum, quia ab initio partes debent. At cum ab initio debent solidum singuli, ut cum facti sunt duo rei debendi, inopia unius onerat alterum; et ita demum habent beneficium divisionis, ut hæreditarias partes solvendo liberentur, si litis contestatæ tempore omnes solvendo fuerint, *Nov.* 99. Inde sequitur hæc species: testamento a quibusdam hæredibus nominatim legavi: hi sunt legatariis obligati pro hæreditariis portionibus, ceteri non obligantur: postea codicillos scripsi ad omnes hæredes: scribebant codicillos ad omnes hæredes, vel ad unum, hoc modo, *Lucio Titio salutem.* Hic codicillos scripsit non ad unum, sed ad omnes, et in his repetiit legata, quæ testamento a quibusdam reliquerat: puta, *si quid testamento reliquero, id valere volo.* Quæritur qui legata debeant, utrum omnes, quod ad omnes sint scripti codicilli, an hi tantum a quibus nominatim legavit testamento? Et placet, legata videri repetita ab eis tantum a quibus testamento relicta sunt nominatim, et hos solos munere fungi debere, præstationis legatorum scilicet, quod munus hæreditarium dicitur, *l.* 2. *inf. ad Trebell.* Secus esset, si ad unum ex illis scripsisset codicillos, et in codicillis repetisset legata: nam hic solus videretur novissima voluntate oneratus. Secus esset, si codicillis nominatim ab omnibus declarasset se velle præstari legata tastamento relicta a quibusdam; sed hoc nominatim non declaravit se velle ut omnes darent legata, sed scripsit tantum codicillos ad omnes, id est, præstatio dirigitur ad omnes, repetitio legatorum tacito intellectu dirigitur ad eos a quibus testamento relicta sunt legata, non ad omnes. Eadem est ratio *l. quoties*, *C. famil. ercisc.* testator inter suos hæredes divisit bona omnia, et singulis adsignavit certas possessiones cum mancipiis, quæ in eis essent: servanda est divisio definita, sed in inferiore parte testamenti idem testator universa mancipia commendavit omnibus nulla facta discretione mancipiorum, cum tamen divisionem discrevisset, in commendatione non discrevit. Quæritur, an mutaverit divisionem? non, quia singula quæque videtur tantum commendare his quibus sunt assignata, quæ commendatio nullum juris effectum habet, sed commendat hæredibus, ut tractent bene.

Ad L. XXXIV.

Titia, cum testamento facto decederet, hæredibus institutis Mævia et Sempronio filiis suis ex æquis partibus, petiit a Mævia, ut Stichum servum suum manumitteret, in hæc verba. A te autem Mævia, filia carissima, peto, ut Stichum servum tuum manumittas, cum in ministerio tuo tot capita servorum tibi his codicillis legavero, *nec legavit: quæro, quid his verbis relictum videatur: cum ut supra cautum est, duobus hæredibus institutis defunctam testatricem, et mancipia hæreditariæ duarum personarum fuisse, et codicillis nihil relictum sit, de præstandis mancipiis, nec possit utile fideicommissum putari, quod datum non sit, tum legasse se dixerit, nec adjecerit legati speciem, nec ab hærede uti præstarentur mancipia, petierit. Modestinus respondit: ex verbis consultationi insertis Mæviam neque legati, neque fideicommissi petitionem habere, neque libertatem servo suo dare compelli.*

Species est in *hac l.* Titia filium et filiam hæredes scripsit testamento: postea codicillis servo filiæ ab eadem filia libertatem præstari jussit, et per fideicommissum dari, et adjecit, *in ministerium tuum tot mancipia legavero tibi his codicillis*: hoc dicit filiæ, manumitte servum, cum his codicillis satis servorum tibi legavero, nec legavit tamen ullos. Modestinus respondet, nullum legatum deberi filiæ quod relictum non est: nam dixit se legaturum, nec legavit: non deberi etiam ait libertatem a filia servo, quia videtur relicta sub conditione, *si tibi legavero alios servos.* Igitur in hac specie nec libertas, nec legatum debetur. Simile est responsum quod refertur a Plinio 4. *epist. ad Sabinum*, de eo qui servo suo, quem nusquam liberum esse jusserat, ita legaverat, *lego fundum illi servo meo quem liberum esse jussi*, neque tamen usquam liberum esse jusserat, *constitit inter omnes*, inquit, *nec libertatem deberi, quæ data non est, nec legatum quod servo suo dederit.* Simile est responsum *l. qui plures inf. de usufr. leg.* Quidam habebat plures libertos: legavit habitationem his quos designaret codicillis, et postea multos codicillis designavit, ait imperfectum esse legatum habitationis, cum non

intelligatur cui dari voluerit, nec deberi omnibus, cum non omnibus deberi voluit, nec deberi hisquibus dari voluit, cum quibus vellet non dixerit. Obstat *l. cum pater*, §. *ult. inf. hoc tit.* quæ citatur in eandem rem in *l. pen. Cod. de instit. et substitut.* Sententia est, testator ita dixit : *Hæredem instituo illum secundum conditiones infra scriptas :* et infra nullas scripsit conditiones, valet institutio. Eodem modo quidam vicos suos legavit civitati, et dixit se infra declaraturum fines vicorum, et formam certaminis quod celebrari vellet singulis annis ab eis civibus in honorem nominis sui : morte tamen præventus, postea fines non dixit, non dixit formam certaminis, valet legatum. Respondeo, in his speciebus perfecta fuit institutio, *Titia hæredem instituo,* perfectum fuit legatum, *vicos civitati lego,* et licet pollicitus sit se scripturum conditionem aliquam, hoc legatum imperfectum non reddit si mutaverit cosilium, si nihil voluerit infra scribere, per se satis erat perfectum legatum, nullus erat error : nam si fuerit error, ut si cum putaret se scribere sub conditione, scripserit pure, nulla est institutio, sicut cum se putaret scribere Titium scripserit Cajum, *l.* 9. §. *tantumdem, sup. de hæred. instit.* At in specie proposita non est perfectum legatum, dum dixit, *mancipia quæ legavero*, nondum extat ullum legatum ; *quem liberum esse jussi.* Non extat libertatis datio perfecta ulla ; et ideo non debetur libertas. Obstat *l. ex hac*, *inf. de donation.* Quidam ita scripsit, *sciant hæredes mei me libertis meis vestem omnem meam donasse.* Neque tamen donaverat, lex ait, dominium libertis quæsitum videri benigna interpretatione, cur etiam hoc legatum non videtur quod se legaturum dicit ? in *d. l. ex hac* dixit se perfecisse jam donationem, et species expressit quas donaverat : videtur donasse quod se donasse credidit, et merito etiam in specie proposita a Plinio. Plinius putat benignius esse, ut libertas competat si ita dixerit, *lego illi quem liberum esse jussi :* liber erit, quasi scripserit libertatem quam credidit se scripsisse, et quid sit quod se perfecisse dicit, idest libertas, quam alia ratione designari non est necesse, *l. testamento militis, inf. de manu. testam. illum in libertatem esse jussi,* ait, deberi illi libertatem directam jure militari, quia quælibet voluntas militis est justa, in milite libertatem directam relictam videri, in pagano dicemus, benigne fideicommissariam deberi, ut et Accursius recte tradit, et Plinius. Eadem est ratio *l. qui volebat, inf. de hæred. institu. filiam meam exhæredavi, quia contentam esse dote volo*, neque tamen exhæredaverat : habetur pro exhæredata, id est, habetur pro facto, quod se fecisse credidit, maxime cum constat de facto, cum certum est qui fecerit. At si ita dixerit, *Quod ei donavi, id ratum esse volo,* hoc nihil est, quia non apparet quid donaverit. Itemque si dixerit, non se fecisse, sed se facturum, ut in specie hujus legis, et non fecerit, ut si dixerit se legaturum, et non legaverit, nihil debetur. Et generaliter, nudæ pollicitationes, quæ in futurum conferuntur nullius momenti sunt, nisi res sequatur : sicut si dixerit, se hæredem facturum, nec fecerit, *l. ult. qui testam. fac. poss.* Et eleganter Paulus 5. *Sent. tit.* 7. Ex nudis pollicitationibus dixit actionem non nasci. Si quis dixerit se, vel scripserit testamento se legasse certam speciem veluti fundum Titianum, aut Stichum, servum, nec legaverit, legatum debetur : quia quod credidit se legasse, id videtur legasse, sed si se legaturum dixerit, nec legaverit, legatum non debetur, quia videtur mutasse propositum. In specie proposita initio hujus legis dixit, se legaturum, vel etiam dixit, se legasse : quem etiam sensum admittunt hæc verba *leg. cum tot mancipia tibi his codicillis legavero :* hæc verba non tantum ad futurum, sed etiam ad præteritum tempus referri possunt, id est, *cum jam tibi legavero ;* et tamen quia non dixit certam speciem legati : dixit enim, *tot mancipia*, neque vero dixit quæ mancipia, denique certam speciem non dixit, ideo nullum legatum debebitur : sicut et si ita dixerit, *quod illi donavi, id ratum esse volo,* nulla expressa specie certa, si nihil donaverit, nihil debebitur. Igitur in hac specie, legatum mancipiorum non debetur : sed et lex ait, hic induci non posse interpretationem fideicommissi. Plerumque quæ non valent jure legati, valent jure fideicommissi, sicut pleræque scripturæ quæ non valent jure testamenti, sustinentur jure codicillorum, sive fideicommissi : sed hic utrumque jus cessat, id est, nulla mancipia debentur, nec ut legata, nec ut per fideicommissum relicta. Unde sequitur, libertatem relictam servo hæredis non deberi, quia fuerat relicta sub conditione, si hæredi alia mancipia legarentur.

Ad §. 1. Lucius Titius.

§. 1. *Lucius Titius in testamento ita cavit*, Ὀκταβιάνῃ Στρατονίκῃ τῇ γλυκύτατῃ μου θυγατρὶ χαίρειν. Βούλομαι αὐτὴν παρ᾽ ἑαυτῆς λαβεῖν χώριον Γάζαν σὺν ταῖς ἐνθήκαις αὐτοῦ πάσαις. Ὀκταβιάνῳ Ἀλεξάνδρῳ τῷ γλυκυτάτῳ μου υἱῷ ἐξαίρετον βούλομαι αὐτὸν παρ᾽ ἑαυτοῦ λαβεῖν σύγκτησιν ἀγωνοφόραν Κομιανην, σὺν αἷς ἔχει ἐνθήκαις πάσαις. Octavianæ Stratonicæ dulcissimæ filiæ meæ salutem. Volo eam a seipsa accipere villam Gazam cum impositionibus suis omnibus. Octaviano Alexandro dulcissimo filio meo salutem. Præcipuum volo eum accipere synthesin sterilium villarum cum impositionibus suis: *quæro, an hujusmodi scriptura integrum prædium*

singulis datum esse videatur, an vero partem hæreditariam dumtaxat contineat: cum inutiliter a semetipso quemque eorum, quam habebat partem, accipere voluit. Modestinus respondit, non sic interpretandam scripturam, de qua quæritur, ut fideicommissum inutile fiat. Item quæro, si integrum prædium relictum esse videtur, an pretium portionis fratri et cohæredi solvendum sit, ut hoc ipso, quod a semetipso accipere præcipit, pretio illato integrum habere eum voluerit. Item respondit, ad solutionem pretii fideicommissarium minime compellendum.

Quidam filium et filiam hæredes scripsit, et filiæ codicillis per fideicommissum reliquit, id est, codicillis declaravit, velle se ut filia a se ipsa acciperet, et usus est his verbis, *a seipsa prædium nomine Gazam cum omnibus suis enthecis*, id est, cum dotibus, puta suppellectile rustica, instrumentis, et ferramentis in eo prædio repositis. Eodem quoque modo codicillis filio reliquit σύνκτησιν ἀνωνοφόρον nomine Comianam, sic legitur Flor. Sic vetus interpres, sed depravatus est: reliquit ergo filio σύνκτησιν: σύνκτησις est quod in *l.* 1. *inf. de reb. dub.* dicitur *universa possessio plurium prædiorum*, et ita σύνκτησις accipitur in *l. alumnæ*, §. *Titia*, *inf. de adim. legat.* et alio nomine appellatur μετοχὴ in §. *ult. hujus legis*, ibi μετοχὴ non est *participatio*, ut vulgo omnes interpretantur, sed est περίβολος, id est, *universitas prædiorum clausa uno consepto.* Et ita Suidas scribit μετοχὴν accipi in illo loco Davidis de civitate Jerusalem, ἧς ἡ μετοχὴ αὐτῆς ἐπὶ τὸ αὐτὸ, *cujus civitatis conseptum in semet consolvitur*, qua oratione significatur summa consensio civium. Et omnino verum est in eo §. *ult.* μετοχὴν significare *conseptum plurium fundorum*, sive villam constantem ex pluribus prædiis, veteres Glossæ σύνκτησιν interpretantur *Massam*, quod vehementer laudo: nam universitatem prædiorum appellabant Latine *Massam*, sive *villam*, et in ea significatione hæc vox est frequens in epistolis Cassiodori: posteriores appellavere *Mansum*, *cap.* 1. *de censib.* et in lib. Feud. sæpe. Reliquit ergo filio massam unam, quam appellavit ἀνωνωφόρον, quod scilicet ejus possessionis universæ reditus maxime cogeretur ex certaminum editione, quæ edebantur in eis prædiis, et ita vetus interpres, et Pand. Florent. sed nescio quomodo mihi placet magis lectio Haloandri ἀμνοφόρον, id est, cujus quæstus maxime consistit in pecore. Reliquit autem ea prædia filio et filiæ per fideicommissum, sicut dixi, non per legatum: nam Græco sermone usus est et dixit, βούλομαι, quod est verbum præcarium, et Græca sic interpretor quod alii non satisfacerent. *Octavianæ Stratonicæ dulcissimæ filiæ meæ salutem. Volo eam a se ipsa accipere prædium Gazam cum omnibus dotibus ejus prædii. Alexandro dulcissimo filio meo salutem. Volo eum præcipere a se ipso universam possessionem, cujus reditus maxime cogitur ex certaminum editione nomine Comianam cum omnibus dotibus quæ in ea sunt.* Legatum Græce relinqui non poterat. Ulpianus *tit. de fid.* Fideicommissum Græce, et quocumque sermone, *l. fideicommissum in princ. infra lib.* 3. Legata enim relinquebantur verbis directis, id est civilibus, civilia autem verba Latina sunt, quamobrem et dixi supra ea prædia fuisse relicta codicillis: testamenta enim Græce scribi non poterant ante constitutionem Theodosii, hodie possunt, *l. hac consultissima*, §. *ult. C. de testam. l. ult. C. de test. tut.* At sane ita est, omnia quæ in his libris Græco sermone relicta proferuntur, non legata sunt, sed fideicommissa, non testamento relicta, sed codicillis, sive quod idem est per epistolam. Codicilli scribuntur ad hæredes instar epistolæ, præposita salutatione, *d. l. alumnæ*, §. *Titia.* Et hoc tamen discriminis inter codicillos et epistolam, quod codicilli possunt constare multis epistolis, ut in specie *hujus* §. iisdem codicillis aliam ad filium, aliam ad filiam epistolam misit, vel contra una epistola potest constare multis codicillis: potest enim quilibet multos codicillos facere, cum tamen non possit, nisi unum testamentum facere, §. *ult. de Cod.* Eadem differentia est inter litteras et epistolam, quod Cicero demonstrat, *Accepi abs te ternas litteras una epistola*, codicilli, et litteræ dicuntur, *l.* 1. *Cod. de jur. codic.* At in hac specie sicut posuimus initio, testator declaravit se velle, ut tam filius quam filia prædia a se ipsis acciperent, ut quisque prædia quæ relinquebat, a semetipso acciperent, quæ verba dubitationem faciunt. Certum est hæredi a semetipso legatum aut fideicommissum relinqui non posse, quia idem homo sibi debere non potest. Igitur et idem non potest esse debitor, et creditor: ita idem non potest esse hæres, et legatarius, id est, ex parte sua hæreditaria legatum habere non potest; potest tamen hæredi a cohærede legatum, aut fideicommissum relinqui; ut scilicet ille hæres habeat suam partem in hæreditate, jure institutionis, et ex parte cohæredis præterea delibet aliquid jure legati: hac quidem ratione erit hæres, et legatarius, hæres in sua parte, legatarius in parte cohæredis, in sua parte non potest esse hæres, et legatarius, *l. legatum*, §. 1. *sup. lib.* 1. et ideo si quis duobus hæredibus institutis ex æqualibus vel inæqualibus partibus, deinde uni legaverit fundum quem scriptura institutionis communicaverat, jam, et communem fecerat inter cohæredes, is legatarius totum eum fundum capiet sed diverso jure: partem suam capiet in eo fundo jure hæreditario quasi hæres,

partem cohæredis, et quam cohæres in eo fundo habet institutionis jure capiet alter jure legati, et illam quidem partem quam capit jure hæreditario imputabit in Falcidiam. Et hic est hujus rei effectus, *l. in quartam*, *inf. ad l. Falcid.* Hæc cum ita sint, quæritur inde an sit inutile fideicommissum, quod in hac specie filio, et filiæ relictum proponitur, quandoquidem declaravit se velle ut quisque ea prædia acciperet a seipso: unde videtur reliquisse tantum partem hæreditariam, quam in eis prædiis quisque habebat quasi hæres, et hoc si egit nihil egit, quia quod hæreditatis nomine reliquit, deinde frustra reliquit fideicommissi nomine. Modestinus ait: non esse inutile fideicommissum, et non ita esse accipienda illa verba *a se ipso*, ut capiant tantum partem hæreditariam, quæ interpretatio inane redderet fideicommissum: sed accipienda est ea interpretatio qua res de qua agitur valeat, magis quam pereat: ideoque non dicemus partem hæreditariam relictam jure fideicommissi valere, nec quod voluerit a seipso quemque accipere, idcirco pretium portionis esse cohæredi solvendum: hæc enim verba *a seipso*, non ita accipienda ut capiat partem cohæredis soluto pretio ejus partis, qua soluta id efficitur ut videatur a se ipso totum capere: itaque jure fideicommissi capiet partem fideicommissi, neque cohæredi partis pretium solvet. Igitur non movetur Modestinus his verbis *a se ipso*, recte: nam etiam his verbis detractis, idem videretur voluisse, ut hæres cui prælegavit totum prædium capiat jure legati, *l. eum qui, in fin. inf. de his quæ ut indig.* Sed ratio juris non admittit hanc omnino voluntatem, quam et natura ipsa rejicit, ut quis sibi ipsi debeat vel legatum, vel quid aliud, et ideo juris ratio inducit varietatem possessionis contra voluntatem defuncti, ut scilicet totum prædium non possideat pro legato, sed partem pro hærede, partem pro legato: neque tamen omnino est inanis voluntas defuncti, cum dicit, *a se ipso*, vel cum intelligitur dixisse hoc, quia si forte hæredi eripiatur hæreditas quasi indigno, non eripietur pars hæreditaria quam habet in eo fundo, totum fundum retinebit jure legati quod hæreditas committatur in fiscum, non legatum, *d. l. eum qui*, §. *ult.* Eodemque modo si hæres cui fundus est prælegatus, abstinuerit se hæreditate, totum eum fundum retinebit jure legati, nec videtur se abstinuisse parte fundi, quam possidet pro hærede, *l. qui filiabus*, §. *ult. et l. seq. l. quæsitum* §. *duobus sup. lib.* 1.

Ad §. 2. *Lucia Titia.*

§. 2. *Lucia Titia intestata moriens, a filiis suis per fideicommissum alieno servo domum reliquit post mortem filii ejus. Iidem qui hæredes, cum diviserunt hæreditatem matris diviserunt etiam domum: in qua divisione dominus servi fideicommissarii quasi testis adivit: quæro, an fideicommissi persecutionem acquisitam sibi per servum, eo quod interfuit divisioni, amisisse videatur. Modestinus respondit: fideicommissum ipso jure amissum non esse, quod ne repudiari quidem potest, sed nec per doli exceptionem summovebitur, nisi evidenter apparuerit, omittendi fideicommissi causa hoc eum fecisse.*

Sequitur alia species in *hoc* §. Mulier quædam codicillis factis ab intestato per fideicommissum servo alieno certam domum reliquit: mulieri filii ab intestato hæredes extiterunt ex Senatusconsulto Orphitiano, et inter cetera bona materna eam quoque domum codicillis relictam servo alieno inter se diviserunt, et divisioni dominus servi fideicommissarii quasi testis interfuit: quæritur, an videatur amisisse per divisionem fideicommissum sibi acquisitum per servum, quasi consenserit divisioni dominus? Et respondet Modestinus, neque ipso jure neque per exceptionem doli fideicommissi persecutionem amitti, præsentiam testis, et taciturnitatem pro consensu non haberi, nisi evidenter hæredes probent eum amittendi animo intervenisse: vulgo *omittendi*, lego *amittendi*: nam et *amittendi* verbo supra est bis usus, et de acquisito fideicommisso quæstio est; delata autem omittuntur, ut dixi *l.* 20. *sup.* igitur is qui quasi testis interfuit, nihil sibi præjudicabit: nam consensisse divisioni non videtur. Idem etiam prorsus dicendum est, si instrumenta divisionis consignaverit: nam et hoc casu vel æstimationem domus persequetur, *l. si fundi per fideic. lib.* 1. non erit idem dicendum si consenserit palam divisioni, id est, si diserte declaraverit se probare factum: hoc enim casu omnino jus suum amittit, ut nec æstimationem persequi possit, *l. nihil*, §. 1. *lib.* 1. *l. pen.* §. *insulam*, *hoc tit.* neque vero mirum hoc videri debet: nam est conjectura non dubia si hæredes probent consentiendi animo eum intervenisse, sufficit tacitus consensus ut *hic* §. declarat: idem non erit dicendum si scripserit sua manu instrumentum divisionis, vel si subscripserit, *l. fidejuss.* §. *pen. sup. de pig. l. Titius*, §. *ult. sup. quib. mod. pig. vel hyp. solv.* Testis vel signator hoc solo quod testis vel signator est, neque consentit, neque sibi quicquam præjudicat, *l. Cajus*, *sup. de pign. act.* Scriptor vel subscriptor consensit, et sibi præjudicat: plus est subscribere quam signare, signare est sigillum suum imprimere: subscribere est nomen suum appingere: et præterea litteris significare cui rei, cuique negotio subscribat: nam subscriptio non fiebat

nuda appositione nominis, sed ipse qui subscribebat, quid subscriberet suis verbis significabat: vel ita eodem sensu subscribere, est longiori scripto brevius appingere sua manu, quo res gesta omnis in pauca contrahatur. Et inde apparet ratio differentiæ inter signatorem, et subscriptorem: signator non consensit, subscriptor consentit: signator pro consentiente non habetur, suscriptor habetur. additur in *hoc* §. fideicommissum semel acquisitum non amittit ob id solum quod is cui acquisitum est fideicommissum divisioni rei per fideicommissum relictæ testis interfuerit: non amitti sola consignatione, quia repudiari etiam non potuit recte: nam potuit fuisse acquisitum fideicommissum domino, fideicommissive persecutionem: acquisita non repudiantur, delata nondum acquisita, repudiantur, *l.* 1. §. *decretalis, inf. de success. edict.* Et fit repudiatio in jure non quocunque modo, id est, ad sellam Prætoris, *l. suus, l. sicut C. de repud. vel abst. hæred.* Et fit in ipso initio deferendi legati vel fideicommissi: vel hæreditatis acquisitio non admittit repudiationem, vel si adivi hæreditatem, jam non possum repudiare, amittere possum, sed non repudiationis genere. Et hinc apparet nihil *huic* §. obstare *l.* 7. *sup. l.* 1. quæ ait, legatum delatum servo, dominum repudiare posse. Loquitur de delato, non de agnito vel acquisito legato: hoc dominus potest repudiare sicut bonorum possessionem delatam servo potest repudiare, *l.* 1. §. *per servum*, *inf. de success. edic.* Hic non agitur de delato, sed de acquisito fideicommisso: cum igitur sit acquisitum, jam repudiari non potest: et hæc fuit ultima sententia Accurs. Sit igitur hæc summa: fideicommissum domino per servum acquisitum repudiari non potest, amitti potest: sed non tamen quovis modo amittitur, consensu vel per scriptionem: subscriptione amittitur, testificatione aut consignatione sola non amittitur. Item fideicommissum dicitur acquiri duobus modis, vel quod præstitum sit ab hærede, et traditum, vel quod ejus persecutio competat: priori modo acquiritur scienti tantum, et accipienti posteriori acquiritur etiam ignoranti: id est, actio legati vel fideicommissi personalis etiam acquiritur ignoranti, *l. filiusfamilias*, *sup. qui test. fac. poss.* dominium scienti acquiritur tantum: actio vel persecutio etiam ignoranti, et sive actio sit acquisita, sive dominium per servum, non repudiatur, quia delata tantum repudiantur recte, quæ scilicet nondum acquisita sunt.

Ad §. 5. *Cajus Sejus.*

§. 5. *Cajus Sejus cum domum suam haberet, et in prætorio uxoris suæ transtulisset, quasdam res de domo sua in eodem prætorio transtulit: ibique post multos dies decedens, testamento uxorem suam hæredem, et alios complures reliquit, quo testamento significavit verba, quæ infra scripta sunt:* In primis sciant hæredes mei nullam pecuniam esse penes uxorem meam: sed nec aliud quicquam, ideoque eam hoc nomine inquietari nolo: *quæro, an ea, quæ vivo eo in prætorio uxoris ejus translata sunt, communi hæreditati vindicari possint, et an secundum verba testamenti præscribi cohæredibus possit a patre uxoris defuncti. Modestinus respondit: si ea, quæ in domum seu prætorium uxoris defunctus transtulit, præcipua ad eam pertinere voluit: nihil proponi, cur voluntati ipsius standum non sit, necesse igitur habet mulier, talem voluntatem fuisse testatoris ostendere: quod nisi fecerit, in hæreditate mariti, et hæc remanere oportet.*

Species est: Vir quidam de domo sua migravit in prætorium uxoris habitandi causa. Quid sit prætorium alii dixerunt: illud non est omittendum quod nescierunt, id est, prætorium Latine dici quod Græce ἐπαύλιον. Vir igitur transtulit se in prætorium uxoris, et simul transtulit in id res quasdam suas, deinde moriens, uxorem et alios complures hæredes instituit, et testatus est rerum suarum nihil esse penes uxorem his verbis: *sciant hæredes mei*, quæ notanda sunt: nam pertinent ad rem, *nullam pecuniam meam esse penes uxorem meam*, *sed neque aliud quicquam*, id est, sciant hæredes mei rerum mearum nihil esse penes uxorem meam. Quæritur an videatur liberasse uxorem a restitutione earum rerum quas intulerat in prætorium uxoris, quæ revera tempore mortis erant in prætorio, id est, an videatur eas res prælegasse uxori? Modestinus ait, non videri prælegasse, nisi mulier probet aliam fuisse voluntatem mariti: præsumptio facit pro cohæredibus, quia scilicet non præsumitur testator sensisse de rebus a se illatis in prætorium uxoris, et ideo probatio contrariæ voluntatis exigitur a muliere, quæ eas res sibi vindicat jure prælegati. Quare nisi probaverit mulier contrariam voluntatem, cohæredes judicio familiæ erciscundæ vindicabunt eas res quas maritus intulit in prætorium uxoris, et non repellentur exceptione doli mali, quia non præsumuntur facere contra voluntatem defuncti. Opponitur *l.* 1. *C. de fals. caus. ad leg. vel fideic.* Quidam legavit liberationem debitori suo, qui revera nondum solverat pecuniam debitam, sed legato apposuit hanc rationem, quia solvit hoc contextu, *a Titio nihil exigi volo*, *quia omne quod debebat solvit*, quæ tamen ratio falsa est. Lex ait, non ideo minus legatum valere, et liberandum esse debito-

rem, qui revera non solverat. Falsam causam non vitiare legatum, quæ etsi vera esset, inane esset legatum, at liberato frustra legatur liberatio. Unde quæritur, cum in hac specie videatur testator legasse uxori res suas quæ sunt penes uxorem, cur non debeantur uxori? cur vitietur legatum quod falso dixerit eam penes se nihil habere rerum suarum? hoc etiamsi sit falsum, cur tamen non dicimus, res deberi quas habet penes se? aut quæ vis, quæ potestas est hujus legati? quod emolumentum? quid videtur legare uxori? nisi res illas videtur legare quas etiam proculdubio videtur legare sub falsa causa: sic respondeo: legatum hoc relictum uxori his verbis: *sciant hæredes mei etc.* Liberationem legatam videri, nec esse inane legatum, et hoc voluisse potissimum testatorem, uxori scilicet legare liberationem, quia dixit, *eam inquietari nolo*, qua forma solet liberatio legari, *l. Aurelio, in princ. de liberat. leg. eum molestari nolo debiti nomine*, et in §. *ult. hic.* καὶ κατὰ μηδὲν ἐνοχληθῆναι, id est, *et nullo modo inquietari dotis nomine*, et sic etiam in *l. 3.* §. *pen. et l. 5.* §. *pen. inf. de liber. leg.* is cui legata est liberatio, dicitur non esse inquietandus: inquietare est convenire, petere, appellare, exigere: hæc igitur verba, *eam hoc nomine inquietari nolo*, significant liberationis legatum. Porro liberatio ei tantum relinquitur recte, qui obligatus est, et qui tenetur in personam: liberatio non legatur recte possessori rei nostræ cum quo est actio tantum in rem. Et inde pendet ratio dubitandi *l. 8. et 9.* §. *ult. inf. de liber. leg.* quæ ait, etiam ei liberationem legati recte qui nobis tenetur actione depositi vel commodati: quæ causa dubitandi in his actionibus? quia scilicet hæ actiones non sunt de re nostra tantum quam deposuimus: sed sunt etiam de re debita, et de re quasi nostra. Primum condictio furtiva est de re nostra, sed est ex obligatione, ex maleficio, et est in personam, et per eam intendimus adversarium dare oportere: et ideo recte ei qui tenetur condictione furtiva quasi obligato liberatio legatur. Idem dici potest de actione rerum amotarum, quæ similis est condictioni furtivæ: aliæ tres actiones, commodati, pignorati, depositi sunt quidem de re nostra, sed sunt in personam ex obligatione nata ex contractu, et per eas intendimus adversarium facere oportere, id est, reddere, *l. faciendi, inf. de verb. signific.* Ergo in hac specie cum ita dixit, *sciant hæredes mei eam, etc.* si mulier quid rerum defuncti habebat ex causa depositi, vel commodati, vel rerum amotarum, vel si quid amoverit, quem casum attingit Accursius, ejus obligationis illis verbis legata videtur liberatio, non tamen videntur legata ea quorum nomine defunctus obligationem non contraxerat cum uxore, ut quæ ipsemet intulerat in prætorium uxoris, quæ vindicare poterat, non condicere: hæc non cadunt sub legatum liberationis; sed si probet mulier maritum non tantum liberationem nominum his verbis, sed etiam res illatas in prætorium legare voluisse, debebuntur, deficiente probatione non comprehendemus legata, nisi quæ cadere possunt in liberationis legatum. Eodem modo respondeo ad *leg. qui uxori, inf. de aur. et arg. leg. et l. cum tale*, §. *falsam, inf. de condit. et demonstrat.* quas duas leges Accursius citat, sed legem *legatum* citat corrupte. Accursius autem ipse ut his tribus legibus respondeat, ita rem distinguit perperam: in specie *hujus* §. ea tantum videri legata quæ erant penes uxorem, non res illatas in prætorium uxoris, quia hæ non erant penes uxorem, quia uxor eas non possidebat, quia earum domina non erat. Erant itaque potius penes maritum, quam penes uxorem, licet fuerint in domo uxoris: penes uxorem dicuntur fuisse, quæ sunt in dominio uxoris, et in possessione. Hoc articulo *penes*, proprie significatur dominium et possessio: trahitur enim a *penitus*. Sed in testamentis non ita stricte hoc verbum accipitur, neque in aliis scriptis nostrorum auctorum: et passim accipitur pro *apud* et *apud te est*, quod est in domo tua, licet non possideatur a te, atque ita *penes*, et *apud*, confunduntur in testamentis, et in interpretationibus juris, et *l. penes, inf. de verb. signific.* non pertinet ad testamentum, sed ad interdictum de tabulis exhibendis, et de liberis exhibendis proprie. Interdicto de tab. exhibend. Prætor ait, *quæ tabulæ penes te sunt*: interdicto de lib. exhibend. ait, *qui liberi apud te sunt.* Studiose Prætor fecit differentiam inter *penes*, et *apud* quam explicat *l. penes* sed ineptum est, ubique ita eos articulos accipere. Igitur in specie *hujus* §. legata videntur uxori quæcunque qualitercunque essent apud uxorem, nisi subjecta scriptura, *eam inquietari nolo*, legatum liberationis demonstraret. Hæc verba faciunt ne in legatum cadant res illatæ in prætorium uxoris. Male Accurs. respondet ad *d. l.* §. *qui uxori, et l. cum tale*, §. *falsam*, ibi fuisse expressam certam summam, vel certam speciem, et ideo falsam causam non vitiare legatum. Quis putat falsam causam vitiare legatum? quod jam refutavi, cum si quas res habeat uxor ex causa depositi vel commodati, hæ legatæ videantur non obstante falsa causa. Ideo autem hoc esse ait in hac specie, quia non fuit expressa certa quantitas: fateor hic non fuisse expressam certam rem, sed propterea nullum vitium inest legato, quia in liberationis legato non est necesse exprimi certam quantitatem, et sufficit exprimi causam debiti, ut factum est in hac specie: nam dixi, *et eam hoc nomine inquietari*

nolo: hoc nomine, id est, quasi aliquid rerum mearum habeat apud se. Igitur omissio quantitatis nihil facit, cum per se satis demonstratur legatum liberationis quod refertur ad debiti causam: nec enim ei, qui legat liberationem, necesse est singulas res debitas enumerare: sufficit expressio nominis. Illi casui proposito in hoc §. similem esse casum in *l. Aurelio*, §. *ultim. inf. de liber. leg.* species est: adolescens quidam curatoribus qui sua negotia administrarent ita legavit: quæstionem curatoribus meis moveri nullam volo: rem enim meam ipsi administrant, hæc ratio est falsa, et tamen non perimit legatum, quia ratio legandi non ita cohæret legato ut legatum subvertat: ratio est supervacua sicut demonstratio: ideoque liberandi erunt curatores qui tenebantur negot. gestor, sed tamen non omnino liberabuntur, quia eximentur legato liberationis quæ solent eximi: solent autem eximi ea quæ curatores dolo fecerunt in curatione. Solent etiam plerumque eximi reliqua, si quæ sint: penes eos hæc legato non continentur, et generaliter, legato liberationis non continentur. Quid igitur, controversiam nullam fieri volo: ut scilicet rationes ab eis non exigantur scrupulose, non exacte, id est, ut negligentiæ ratio non habeatur, si quid culpa admiserint non dolo, *l. si servus vetitus, lib.* 1. *l.* 8. §. *pen. l.* 9. *l. Aurelius*, §. *Mævius inf. de liber. leg.* ex quo §. *Mævius*, quod Accursius etiam adnotavit, delenda est negatio in *l. ult.* §. *Titia, eod. tit.* in quo ponitur eadem species quæ in §. *Mævius*, sed in uno affirmative respondetur, in altero negative.

Ad §. 4. *Si ea conditione.*

§. 4. *Si ea conditione liberto legatum relictum est, ne a filiis ejus recederet: et per tutores factum est quo minus conditionem impleret: iniquum est, cum sit inculpatus, emolumento fideicommissi carere.*

Species est facilis. Liberto legavi, aut fideicommissum reliqui sub hac conditione, *si a filiis suis non recederet*, id est, si moraretur cum filiis testatoris: libertus paratus est morari cum filiis patroni, sed a tutoribus filiorum excluditur domo: lex ait, libertum esse inculpatum, id est, per eum non stare quominus conditioni pareatur, et conditionem pro impleta haberi: ideoque libertum admitti ad petitionem legati. Obstat huic definitioni *l. inde Neratius*, §. *idem Julianus*, *ad leg. Aquil.* quæ lex negat conditionem pro impleta haberi si per alium fiat quominus impleatur: ut finge: hæres institutus sum sub hac conditione si Stichum servum meum manumisero: post mortem testatoris tu Stichum occidisti, atque ita jam non possum eum manumittere: amitto hæreditatem, quia defecisse conditio intelligitur quæ jam impleri non potest, occiso Sticho, sed actione legis Aquiliæ abs te consequar æstimationem hæreditatis amissæ. Ceterum hæreditatem amitto, quia conditio defecta videtur. Hujus rei expedita distinctio hæc est: aut per legatarium stat quominus conditio impleatur, et tunc certum est legatarium repelli a petitione legati, conditionem defectam esse, *l.* 3. *C. de condit. insert. tam in leg. quam fideicomm.* aut per hæredem stat quominus conditio legati impleatur, quia impedimentum adfert conditioni, ne expleat eam legatarius, quia ejus etiam maxime interest conditionem non impleri ne legatum præstet, hoc casu conditio pro impleta habetur, et legati petitio competit, quia per eum stat, quia si impleta esset debiturus esset, quia moram conditioni injicit debitor ipse. Et ideo si quis legaverit sub hac conditione, *si hæredi dederit decem* et hæres nolit accipere, vel *si Alexandriam ierit*, et incluserit legatarium ne iret Alexandriam intra tempus constitutum legato, conditio pro impleta habetur, *l. jure*, *l. Julianus ait*, *l. Julius*, *in fin. l. hæres, in fin. inf. de condit. et demonst.* Aut stat per alium, non hæredem quominus conditio impleatur cujus persona conditio implenda erat; et hoc etiam casu habetur pro impleta: ut si legaverit sub hac conditione, si Titio dederit decem qui non erat hæres, et Titius moram faciat in accipiendis decem, conditio pro impleta habetur, *l.* 39. *inf. de reg. jur.* quæ lex definit generaliter, in omnibus causis pro facto haberi id in quo per alium mora fit quominus impleatur: nam ea regula est accipienda de eo in cujus persona factum conditionemve expleri oportet: nam per alium non videtur fieri mora nisi conditio in ejus persona sit implenda: moram facit qui accipere et qui pati debet, nec vult. Aut stat per alium quemlibet qui non est hæres, et in cujus persona non est conditio implenda: et hoc casu conditio non habetur pro impleta, *d. l. inde Neratius*, §. *idem Julianus*. In specie *hujus* §. stetit per hæredem quominus conditio impleretur, in cujus persona etiam conditio erat implenda, id est, per pupillum cum quo si moraretur libertus, erat et legatum adscriptum: vel stetit per tutorem pupilli quod idem est: quod facit tutor, pupillus facere videtur, quod fit in personam tutoris, in personam pupilli fieri videtur, tutor personam vicemque pupilli sustinet, et hoc est quod dicitur vulgo, *Tutorem esse loco domini*, id est pupilli in quem vim et potestatem habet jure datam sive permissam, *l. tutor qui tutelam*, *sup. de administr. tut. l. qui fundum*, §. *qui tutor*, *inf. pro empt.* Et qui testatione adhibita convenit tutorem, convenisse videtur pupillum: et omnino quod fieri debet in

personam pupilli, satis est, si fiat in personam tutoris, *l. qui Romæ*, §. *cohæredes*, *inf. de verb. obligat.* et pater qui legat a tutore, licet ei nihil reliquerit, recte legat, qui videtur legare a pupillo, *l. etiam*, *C. de fideicom.* Cum ergo conditioni moram facit tutor, pari argumento pupillus ipse moram adferre videtur. Stare igitur videtur per pupillum quominus conditio impleatur; per pupillum, id est per hæredem, et in cujus persona implenda erat conditio: merito ergo habetur pro impleta, et liberto datur fideicommissi petitio.

Ad §. 5. *Qui invita*.

§. 5. *Qui invita filia, de dote egerat, decessit, eadem illa exhæredata, filio hærede instituto: et ab eo fideicommissum filiæ dotis nomine reliquit: quæro, quantum a fratre a mulier consequi debeat? Modestinus respondit: quod in primis est, non esse consumptam de dote actionem mulieri, cum patri suo non consenserit, utique non ignoras: sic enim res explicatur ut si quidem major quantitas in priore dote fuit, illius petitione sit tantummodo mulier contenta: quod si in summa dotis nomine legata amplius sit, quam in dote principali: compensatio fiat usque ad eandem summam, quæ concurrit: et id tantummodo, quod excedit in sequenti summa, ex testamento consequatur; non est enim verisimile, patrem duplici præstatione dotis filium, eundemque hæredem onerare voluisse: præterea, cum putaverit se efficaciter, licet non consentiente filia instituisse adversus generum de dote actionem.*

Sciendum est, divortio facto; dotem profectitiam patrem non posse repetere nisi adjuncta filiæ persona, id est consentiente et volente filia, quia utriusque res esse intelligitur, communis res inter patrem et filiam, communis dos communis actio, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *et* 4. *sup. sol. matrim. l. filiæ*, *C. eod. l. pater filiam*, *inf. ad l. Falcid.* et eleganter ait Jurisconsultus in *l. qui hominem*, §. *si gener*, *inf. de solut.* in causa dotis filiamfamilias patri esse participem et quasi sociam obligationis. Particeps ut Asconius ait, est qui habet certam partem, id est divisam: socius est qui agit indivise. Filia in dote est particeps patri, id est, pater videtur ei eam partem bonorum suorum prorogasse. Et ita de liberis M. Tullius in *præt. urb.* quibuscum una bona nostra partimur, puta cum damus partem aliquam bonorum nostrorum vel in dotem, vel in peculium, non aliter. Hæc omnia dico de filiafamilias: nam actio dotis propria est filiæ emancipatæ post divortium, non communis cum patre, *l. si cum dotem*, §. *eo autem*, *sup. sol. matr.* et *l. Titia eod. l. pater*, *sup. de evict.* Quæ eleganter ait, dotem a patre datam filiæ emancipatæ uno tantum casu ad patrem reverti: videlicet si filia emancipata moriatur in matrimonio, quod probat *l. si filia*, *sup. de divort. l. filiæ*, *l. si ab hostibus*, *sol. matr. l.* 5. §. *pen. de jur. dot.* Altero autem casu, id est, si divortio solvatur matrimonium dos redit ad solam filiam, et dotis actio filiæ emancipatæ competit. Hic §. est de filiafamilias quæ divertit a marito: ponit autem post divortium patrem repetiisse dotem a genero, invita filia, id est contradicente vel ignorante filia, quod notandum: nam in hac quæstione invita dicitur quæ contradicit patri, patri agenti non vocata, non adhibita filia, justa tamen ex causa: vel quæ ignorat patrem agere, patrive solvi dotem: nam quæ scit patrem agere et tacet, consentire videtur, *l.* 12. §. *voluntatem*, *sup. sol. mat.* Ideoque Accursius et Bartolus in *hoc*. §. male legunt *non ignorans*: nam si filia non ignorat patrem agere, consentire videtur, et recte agit pater: nec enim velle debet, sed non nolle. Taciturnitas filiæ consensum imitatur. Flor. *non ignoras*. Idem Accursius in hoc §. male legit *portione*, Flor. *petitione*, recte, id est, actione de dote instituta adversus maritum. Sequitur species hujus §. Divortio facto pater dotem repetiit, invita filia, ergo non jure dotem repetiit non adjuncta filia: deinde moriens filiam exhæredavit, filium hæredem instituit, et a filio certam summam filiæ legavit dotis nomine, et dixit, se eam summam legare filiæ dotis nomine. Hoc casu filiæ est actio de dote integra adversus maritum, quia patri repetenti dotem contradixit vel nescivit patrem dotem repetere: atqe ita dos non recte soluta est patri sine filia Denique filiæ non est consumpta actio de dote, ei est repetitio integra adversus maritum: est etiam filiæ adversus fratrem legati petitio, vel persecutio fideicommissi dotis relicti nomine: duas igitur habet actiones, de dote adversus maritum, de legato adversus fratrem. Quæritur, an utraque actione cum effectu experiri possit, et quod intenderit consequi dotem a viro actione ex stipulatu, legatum relictum dotis nomine a fratre actione ex testamento? Et respondetur eam non posse cum effectu utraque actione experiri, ex stipulatu, et ex testamento, sed alterutra contentam esse debere, quia pater dixit nominatim, se legare dotis nomine, et ideo non videtur onerare voluisse filium suum duplici præstatione dotis: atqui si filia utraque actione ageret cum effectu, filius hæres institutus a patre oneraretur duplici præstatione dotis; nam et sorori teneretur nomine legati relicti dotis vice, et teneretur etiam viro restituere dotem quam pater ab eo receperat; atque ita indemnem eum servare adversus filiam, et teneretur viro ex stipulatu si pater caverit genero suo de rato, vel de indemnitate, aut si non caverit,

teneretur conditione indebiti, *d. l. qui hominem* §. *si gener.* Melius ergo est, ne filius oneretur duplici præstatione dotis contra sententiam defuncti, ut alterutro contenta sit filia. Qod sic explicat lex: si amplior sit dos principalis dote vicaria, id est, legato relicto pro dote, filia dotem petet a marito, quæ uberior est legato: legatum non petet a fratre, vel si jam petierit legatum a fratre, a viro id tantum petet quod est amplius in dote principali: et porro vir quod dederit, id condicet hæredi soceri: contra si amplius sit legatum quam dos principalis, filia petet legatum a fratre, si sibi bene consulat, dotem non petet a viro quæ minor est legato, vel si jam dotem quæ minor erat, petere a viro festinaverit, id tantum quod amplius est in legato, petet a fratre, idque lucrabitur. Concurrens quantitas compensabitur, excurrens sola petetur. Et huc valde pertinet *l. si cum dotem*, §. *si pater*, *sup. sol. matr.* qui tamen §. est emendandus ex *hoc* §. *ut docet* 30. *Observ. cap.* 16. Quid tamen si pater legaverit filiæ his verbis non adjectis, *dotis nomine*, qui scilicet dotem receperat invita filia? Hoc sane casu verissimum est, utraque actione filiam experiri posse cum effectu. Et hujus rei argumentum est in *l.* 4. *inf. de collat. dot.* Pater dotem promisit genero pro filia, deinde testamento filiæ legavit certam summam, neque adjecit pro dote, lex ait, filiam, et dotem præcipuam et legatum habituram. Porro casui proposito in *hoc* §. est similis casus *l. pen. inf. de dot. prœleg.* similisque ratio: Mater pro filia dotem dedit genero, et stipulata est eam sibi reddi soluto matrimonio; moriens maritus qui dotem reddere socrui obligatus est ex stipulatu eam dotem legavit uxori: quæritur, an debeatur uxori, id est, an hæres ex legato dotem debeat uxori, et ex stipulatu socrui, an bis dotem reddere debeat? Scævola ait, legatum non debere dari (uxori scilicet) quod matri reddi oportet: ratio est: cum dos legatur, ei recte legatur cui reddi debet, qua de causa relegatum est potius quam legatum, relegari dos dicitur potius quam legari sæpe in illo tit. Dos non est reddenda uxori, sed matri, non relegatur recte uxori, prævalet stipulatio legato. Idem Scævola, inquit, *alias consultus respondit*, *non videri*, ubi legendum, *non deberi*, scilicet dotem uxori: errasse videtur vir qui relegavit dotem uxori, putans fortasse reddendam dotem uxori cum reddenda esset matri: non deberi igitur uxori, nisi manifeste uxor probet, eam fuisse voluntatem, ut duplici præstatione dotis onerari hæredem suum vellet: alioquin specie hujus §. non est verisimile testatorem hæredem suum voluisse onerare in præstatione dotis.

Ad §. 6. *Lucius Titius.*

§. 6. *Lucius Titius, relictis duobus filiis suis hæredibus diversi sexus institutis, addidit caput generale, uti legata, et libertates ab his hæredibus suis præstarentur, quadam tamen parte testamenti a filio petit, ut omne onus legatorum in se sustineret, in hunc modum*: ea quæcunque in legatis reliqui, vel dari præcepi, ab Attiano filio meo et hærede dari præstarique jubebo: *deinde subjecit in præceptione vel nquenda filiæ suæ, hæc verba*: Paulinæ filiæ meæ dulcissimæ si quid me vivo dedi, comparavi, sibi habere jubeo: cujus rei quæstionem fieri veto, et peto a te filia carissima, ne velis irasci, quod ampliorem substantiam fratri tuo reliquerim, quem scis magna onera sustentaturum, et legata, quæ supra feci, præstaturum: *quæro, an ex his extremis verbis, quibus cum filia sua in testamento pater locutus est, effectum videatur, ut hæreditariis actionibus, id est omnibus filium suum oneraverit: an vero jam solum propter onus legatorum locutus esse videatur petitiones autem hæreditariæ in utrumque hæredem creditoribus dari debeant. Modestinus respondit, ut actiones creditorum filius solus excipiat, jussisse testatorem, non proponi.*

Filium et filiam hæredes instituit, et adjecit caput generale, ut legata et libertates præstarentur ab omnibus hæredibus. Caput generale est quod in omnibus testamentis vulgo et plerumque ponitur. Ut cum legata relinquuntur ab omnibus hæredibus. *Quisquis mihi hæres erit*, hoc est caput generale, *l. ab omnibus*, *sup. lib.* 1. Et ita caput generale accipio in *l. generali*, *inf. de usufr. leg.* Et eodem modo Servius in illum Virgilii locum:

Præfatus divos solio rex infit ab alto.

Majores, inquit, *omnes orationes invocatis numinibus incipiebant*: *nam in omnibus generale caput legitur*: sic in testamentis omnibus sunt generalia quædam capita, ut illud: *quisquis mihi hæres erit*, *illi decem*, *illi viginti*, *illi hominem dato*; generalia igitur capita, id est vulgaria et galeata, ut veteres loquebantur. Idem testator scripto generali illo capite quo legata relinquebat ab omnibus, subjecit speciale caput quo declaravit ut filius solus substineret onera legatorum. Generali capite onerat legatis omnes hæredes: speciali onerat solum filium. Alio item speciali capite legat filiæ quicquid ei vivus dedit, aut comparavit. Quo genere legati confirmat donationem collatam in filiamfamilias, quæ alioquin nulla fuisset, *l.* 1. §. 1. *inf. pro don.* et præterea petiit a filia nominatim ne irasceretur, ne libe-

ret adversus fratrem, quod ampliorem substantiam fratri pater relinqueret, atque ut id æquo animo ferret, *quia*, inquit, *scis fratrem tuum omnia onera substentaturum, et legata quæ feci præstaturum*. Hæc verba posteriora dubitationem faciunt, an filium videatur pater onerasse omnibus oneribus: horum onerum duo sunt genera: alia æris alieni, alia legatorum. Dixit filium subiturum magna onera et præstaturum legata. Videtur loquutus de omnibus oneribus; sed aliter respondetur, quia non proponitur testator jussisse nominatim, nisi ut sustineret onera legatorum, non cetera. Itaque onera æris alieni erunt communia inter filium et filiam, onera legatorum erunt propria filii.

Ad §. 7. Titia.

§. 7. ***Titia, cum nuberet Gajo Sejo, dedit in dotem prædia, et quasdam alias res, postea decedens codicillis ita cavit*** : Γαιον Σειον τὸν ανδρα μου παρακατα τίθεμαι σοι ὦ θύγατερ ὦ βούλομαι δοθῆναι εἰς βίου χρησιν, καὶ ἐπικαρπίαν, μετοχὴν κώμης Νακλήνων, ἣν ἔφθασα δεδωκέναι εἰς προικα, σὺν σωμασι τοις ἐμφερομένοις τῇ προικὶ, καὶ κατὰ μηδὲν ἐνοχληθῆναι αὐτὸν περὶ τῆς προικός, ἔσται γὰρ μετα τὴν τελευτὴν αὐτοῦ σου καὶ τῶν τέκνων σοῦ, *id est*: Gajum Sejum virum meum commendo tibi, o filia, cui volo dari ad vitæ usum et fructum participationem castelli Nacleorum, quam præveni dedisse in dotem, cum corporibus, quæ inferuntur doti, et in nihilum molestari eum de dote: erunt enim post mortem ejus tua, et filiorum tuorum: *præterea alia multa huic eidem marito legavit, ut quamdiu viveret haberet: quæro an propter hæc, quæ codicillis eis extra dotem relicta sunt, possit post mortem Gaji Seji, ex causa fideicommissi, petitio filiæ et hæredi Titiæ competere, et earum rerum nomine, quas in dotem Gajus Sejus accepit? Modestinus respondit: licet non ea verba proponuntur, ex quibus filia testatricis fideicommissum a Gajo Sejo, postquam præstiterit, quæ testamento legata sunt, petere possit: tamen nihil prohibet, propter voluntatem testatricis, post mortem Gaii Seii, fideicommissum peti.*

Species §. *ult.* est satis difficilis: est autem hujusmodi. Titia Gajum Sejum, aut Gajo Sejo marito suo dedit in dotem prædia et mancipia quædam, prædia cum mancipiis quæ in eis prædiis erant. Eadem Titia testamento filiam hæredem instituit, ut codicillis ita cavit græco sermone: ergo per fideicommissum, non per legatum: *filiæ salutem, Gaium Sejum maritum meum tibi commendo, etc.* Hoc verbum, *commendo*, sive παρακατατίθημαι, quo usa est Titia per se solum, fideicommissi nullum effectum obtinet, maxime si certa species vel quantitas non exprimatur, id est, ei quem testator mihi commendavit, nihil ullo jure debeo, sed et in servo, quamvis hoc verbum *commendo* posset trahi ad fideicommissariam libertatem, ita ut servo videretur relicta fideicommissaria libertas, quem dominus commendasset suo hæredi: placet tamen et in servo verbum illud fideicommissi vim non habere: ideoque Sticho quem dominus commendavit hæredi, nihil debetur, libertas non debetur, *l. ex verbo, C. de fideicom. libert. l. quoties, C. fam. ercisc. l.* 11. §. 2. *lib.* 3. *inf.* Paulus 4. *Sent. tit.* 1. Et hoc ita procedit nisi servus probet aliam fuisse voluntatem defuncti: nam quin hoc verbo *commendo* cui volet fideicommittere possit non est dubium, cum et nutu solo fideicommissum relinqui possit, *l. nutu*, *lib.* 3. *inf.* Sed exigitur probatio a servo, quia per se hoc verbo *commendo* non præsumitur testator hæredi imponere voluisse ullam necessitatem. Hoc verbum *commendo* arbitrium permittit, consiliumve dat potius quam necessitatem imponit. Unde etiamsi testator de servo, ita dixerit, *libertum meum tibi commendo*, qui tamen non erat libertus, sed servus, neque ex liberti appellatione idoneum sumetur argumentum datæ libertatis, *l.* 7. *C. de testam. milit.* neque ex verbo *commendo*, *l. hæred.* 2. *sup. de hæred. inst.* Itaque ne ex ea quidem scriptura fideicommissaria libertas debebitur. Aliud est *commendare*, aliud *fideicommittere*: Tullius 3. *de finibus: certe verum est, etiam his qui aliquando futuri sunt, esse propter ipsos consulendum ex hac animorum affectione testamenta et commendationes morientium ratæ sunt*, commendationes morientium non sunt fideicommissa: commendationes non obligant hæredem, fideicommissa obligant, *l. Thais*, §. *Lucius* 2. *de fid. libert.* et ob id Græci diversis vocabulis commendationes separant a fideicommissis: commendationes vocant παρακαταθήκας vel compendio παραθήκας ut heic, παρακατίθεμαι σοὶ, et in *d. l. Thais*, ἐν παρακαταθήκῃ ἔχειν, id est commendatum habere; fideicommissa vocant ἀποκαταστάσεις, vel καταπιστευθέντα, vel τὰ ἐν πίστει καταλιμπανόμενα. Itaque in hac specie quod Titia filiæ maritum suum commendavit, hic nullam actionem, petitionem, persecutionem marito parit, nullum jus tribuit: verum addit hæc verba quæ jus tribuunt marito; *Marito meo concedi volo prædia et mancipia dotalia ad fructum usumque vitæ, neque inquietari eum dotis nomine: erunt enim tua ea prædia, tuorumque liberorum post mortem*, et hæc sunt verba testatoris scripta codicillis ad filiam: prædia quæ legavit, quæque dederat in dotem marito jam ante verbis codicillorum appellavit μετοχὴν vici Naclei, quam ei dederat jam ante in dotem: μετοχῆς verbo significan-

tur universa prædia illius vici, *ut clauduntur*, ut dixi §. 1. quod hic §. satis innuit, qui dixit initio prædia, ergo multa prædia, quæ postea universali nomine μετοχῆς in codicillis comprehenduntur, μετοχὴ igitur est περίβολος sive conseptum illius vici, sive universa prædia illius vici uti clauduntur, ut est in *l. si mihi Mævia; in fi. lib.* 3. Alciatus male participationem interpretatur. Porro dixit etiam Titia, se ea prædia legare marito ad fructum usumque vitæ, id est, ut inde eximeret sumptus, ut inde sumptum exerceret suum, et ita in illum Persii locum, *exime sumptus*, iisdem verbis, Cornutus inquit, *hoc proficiat tibi ad fructum usumque vitæ*, quibus verbis, ut mox dicemus, non legatur, ususfructus prædiorum, sed proprietas legatur, id postea explicabitur. Sed integra verba Græca iterpretemur. Sensus est: filia, Cajum Sejum maritum meum tibi commendo, cui dari volo ad fructum usumqe vitæ universa prædia vici Naclei, ut clauduntur cum mancipiis, quæ omnia jam ei in dotem dedi, neque inquietari eum dotis nomine, erunt enim tua tuorumque liberorum post mortem ejus, σώματα interpretor mancipia, quanquam Julius Pollux scribat Attice servos non appellari σώματα simpliciter, sed δουλασώματα. Hæc mulier loquuta est populariter Primum his verbis mulier marito legavit liberationem ab actione dotis, quoniam dixit, *inquietari eum nolo dotis nomine*, noluit ab eo dotem repeti quæ soluto matrimonio restituenda est hæredibus mulieris, cum id patitur scilicet natura dotis, vel cum ita conventum est, sicut hoc casu statuendum est dotis causam hanc fuisse, ut mortua muliere in matrimonio, reddenda esset hæredibus mulieris: quare legat ei liberationem actionis de dote, quæ competere poterat hæredibus suis: et præterea eidem legavit nominatim prædia ea et mancipia ut eis frueretur, uteretur quandiu viveret, id est, ad fructum usumque vitæ, ut inde sumptum exerceret suum: si mulier hoc tantum dixisset, *inquietari eum nolo dotis nomine*: quandiu vixisset hæres mariti, posset conveniri actione de dote, *l. Aurelio in princ. infr. de liberat. leg.* sed quoniam adjecit, se etiam velle ut prædia dotalia concederentur marito ad fructum usumque vitæ, non poterit hæres mariti inquietari actione de dote, quoniam etiamsi mentio usus et fructus facta sit, et dixerit ad fructum usumque vitæ, tamen non ususfructus, sed proprietas plena prædiorum legata est. Unde vero id colligitur non usumfructum, sed proprietatem legatam esse: ex eo scilicet quod subjecit *erunt enim tua, o filia, et tuorum liberorum post mortem ejus*: quæ verba vim fideicommissi habent, id est, maritus videtur rogari, ut ea prædia et mancipia dotalia post mortem suam restituat filiæ, eidemque hæredi uxoris: atque ita mortuo marito inquietabitur hæres mariti non actione dotis, sed actione fideicommissi: potuit uxor ab hærede fideicommissario fideicommissum hæredi suo relinquere, atque ita videtur posterioribus verbis rogatus maritus ut ea prædia restituat filiæ vel liberis filiæ, quod autem quis rogatur restituere alteri, id necesse est ut in ejus dominio sit primum, et ejus proprietatem nactus sit. Unde cum maritus videatur rogari prædia restituere filiæ vel filiæ liberis, consequens est proprietatem ei prædiorum legatam esse, idque probat aperte *l. ult. sup. de arg. leg.* Casus est: legavit mulieri res quasdam deinde ita dixit, a te peto, mulier, ut eas res quas legavi, restituas illi post mortem tuam, vel sub alia conditione, quarum ususfructus tibi sufficiet dum vives: quæritur, an videatur tantum ususfructus legatus, quod sit etiam facta mentio ususfructus? Minime: videtur proprietas legata, quoniam rogatus, est restituere. Proprietas igitur etiam facta mentione ususfructus legata videtur addito onere fideicommissi: nam inepte rogo restituere quod mihi legatur, nisi id meum fiat. Igitur hic si rogatus videtur maritus restituere prædia filiæ, quamvis sint relicta marito ad usum et fructum vitæ, tamen consequens est, proprietatem prædiorum ei legatam esse. Dices deficere verba fideicommissi, id est, maritum non esse rogatum restituere ea prædia filiæ, sed dictum est tantum dari filiæ post mortem mariti, neque dixit: rogo te maritum ut restituas post mortem: deficiunt verba fideicommissi, et verba non satis exprimunt fideicommissum, sed non tantum verba constituunt fideicommissum, sed etiam mens defuncti, et argumenta et conjecturæ voluntatis defuncti, *l. 11. §. hæc verba, l. Pamphilo in princ. lib. 3. l. unum ex familia, §. ult. hic, l. generaliter, §. si petitum, inf. de fideicomm. libert.* Hic autem non desunt argumenta fideicommissi a marito relicti filiæ: primum, quia dixit, ea prædia quæ marito concedi volo, ut inde eximat sumptus suos, quandiu vivet, erunt tua et tuorum liberorum post mortem ejus. Deinde, quia mulier eisdem codicillis eidem marito, ut ea lex ponit, Titia extra dotem alia multa legavit, ita ut ea duntaxat quandiu viveret, haberet nominatim: videtur ergo onerasse maritum fideicommisso, ut ea omnia, quæ darentur codicillis, filio, et hæredi post mortem suam restitueret: nam si hoc non dixeris, quis erit effectus illorum verborum? necesse est ut ex illis verbis aut inducas fideicommissum, aut statuas proprietatem prædiorum marito legatam fuisse ad tempus: fideicommissum si inducas, valebit, si dicas proprietatem marito legatam ad tempus, inanis erit voluntas defuncti et vitiosa: nam proprietas non potest legari ad tempus, *l. ult. C. de legat.* sicut servitus non

potest constitui ad tempus, *l. 4. sup. de servitutib.* ususfructus tamen recte constituitur ad tempus, et ipso jure finitur tempore dicto et constituto, quia sua natura temporarius est ususfructus, et relicta proprietate excurrit, non insistit, ut mox quantum potest et quamprimum ad proprietatem recurrat, evolat ut revolet. Liberatio etiam non potest relinqui ad tempus, et si legetur ad tempus, legatarius non liberatur, accepto ei non fertur, proficit tamen ei ea res ad exceptionem *l. 8. et 9. inf. de liberat. leg.* sicut etiam obligatio non constituitur ad tempus, constituta tamen proficit ad exceptionem, *l. obligationum fere*, §. 1. *de oblig. et act. inf.* liberandi et obligandi, vel non liberandi, aut non obligandi eadem est causa, eadem ratio, *l. inter stipulantem*, §. *sacram*, *de verb. oblig.* atque ita sicut ad tempus obligatio non consistit: ita nec liberatio, paratur tamen exceptio, proprietas, ut dixi etiam non legatur ad tempus, proprietas non finitur morte. Igitur et in proposito ut res valeat potius quam pereat, dicimus, non proprietatem esse legatam ad tempus, quod esset inutile, sed legatarium cui legata est proprietas, oneratum esse fideicommisso: nam licet proprietas non possit legari ad tempus, potest tamen is cui legata est proprietas, per fideicommissum rogari ut alteri restituat, et hanc fuisse mentem testatoris: in hac specie interpretanda, ait *prædia*, id est, claustrum vici Nauclei conseptum, et quasdam alias res, id est, mancipia, præterea legavit extra dotem, scilicet iisdem codicillis. *Quæro an propter*, rectius alii codices, *an præter*, et est similis error in *l. Mævius*, § *fundo*, *hic*: ut ostendi in *l. 26. sup.* Alciatus legit male, *ut earum propter quæ*, lege *præter*, lege *et earum*: sequitur responsum Modestini, *petere possit*, id est, licet verba non satis exprimant fideicommissum, quoniam maritus non proponitur legasse quicquam filiæ, *fideicommissum peti*, id est, fideicommissum constituit nuda voluntas, etiamsi verba deficiant: ait, *quæ testamento legata sunt*, imo codicillis, sed quæ codicillis leguntur, factis ex testamento, id est, factis ab eo qui testamentum fecit, videntur legari testamento, quoniam pro parte testamenti habentur, et observationem juris inde tradiam servant, *l. quidam*, *sup. de codicill. l. pen. sup. quemad. test. aper.* et his libris promiserit quod codicillis relictum dicitur, et testamento relictum dicitur, quia codicillus pars est testamenti, sive supplementum testamenti, ἀναπλήρωσις, ut Theoph. loquitur, ait legata esse, imo non sunt legata, sed fideicommissa, quia Græco sermone relicta sunt ei verbis præcariis βούλομαι, sed hoc non est novum ut fideicommissa appellentur legata, *l. et fideicommissum*, *inf. lib. 3.* fideicommissum tamen nunquam appellatur legatum, et nusquam legati nomen est generale, et legamus aut per restitutionem hæredis, aut per legatum, aut per fideicommissum, aut per mortis causa donationem, *l. equis*, *de usuris.* Postremo, sciendum est, hodie eandem dubitationem quæ incurrebat in hanc speciem esse sublatam, quia hodie ex constitutione Justiniani proprietas potest legari ad tempus. Igitur in proposita specie cum legavit marito prædia dotalia ad usum vitæ, et alia multa quandiu viveret, etiamsi detraxeris causam fideicommissi, id est, etiamsi dixeris tantum non habuisse animum fideicommissi a marito filiæ relinquendi, tamen rata erit voluntas ejus, et finietur proprietas legati morte mariti, redibitque ad hæredem ipso jure, et in præstandis prædiis ob id poterit hæres exigere cautionem a marito de restituendis prædiis post mortem, *l. ult. C. de legat.* Igitur in hac specie sive inducas fideicommissum sive dicas proprietatem legatam ad tempus, nihil refert, utrumque valet, et hoc vel illud idem est: non potest igitur non esse rata hæc voluntas.

Ad L. XXXV.

Legatis uxori quæ ejus causa parata sunt, *eos servos ad eam non pertinere*, *qui non proprii ipsius*, *sed communis usus causa parati sunt.*

Quæstio est de hac formula legatorum, *quæ usus ejus causa parata sunt*, vel *quæ his usus causa paravi*, quæ verba adjiciuntur plerunque legatis relictis uxori, *l. hoc legatum*, *inf. lib. 3. l. 2. inf. de auro et arg. leg.* et ob id Valerius Probus eam formulam quasi vulgarem posuit in *lib. de not. Roman.* Unde in antiquo testamento Sempronii Tucidani militis quod circumfertur, ita est legendum; *Tusciæ agresti uxori benemeritæ mundum muliebrem quæve ejus causa paravi*, *dare damnas esto.* Enumeratis speciebus quibusdam adjicitur generalis clausula, *quæ ejus causa parata sunt*: potest tamen non esse adjectio, ut si nullis speciebus enumeratis generaliter uxori legentur quæ ejus causa parata sunt, *l. 11. inf. de aur. et arg. leg.* Eodem vero modo legari solet etiam filiisf. et servis cum libertate, *l. item legato*, §. *ult. lib. 3. his personis*, id est, uxori, filiisf. servis donari inter vivos jure civili non potest, hoc est certum: assignari tamen eis, attribui, vel destinari quædam possunt, ut eis utantur quandiu libuerit: et hæc eisdem personis plerumque legari solent, vel si non legentur, exemplo peculii remanent in hæreditate, vindicantur hæreditati. Hæc sunt quæ eorum gratia, vel usus eorum causa parata dicuntur: sed et concubinæ, cui tamen donari potest inter vivos, si quædam non donata, sed assignata vel destinata sint usus sui causa, hæc ei quasi uxori sæpe le-

gantur, *l. qui concubinam*, *in princ. l. item legato*, §. *pen. inf. lib.* 3. concubina enim imitatur uxorem justam : verum plenius videamus, quid hoc legato contineatur, *quæ usus ejus causa parata sunt*, quibus personis adscribatur exposuimus. Nunc de effectu legati sive adjectionis hujus tractandum est : constat inter omnes, hoc legato contineri ea quæ proprio usui uxoris parata sunt, si modo et retenta sint, ut ait *l. si quid earum* 48. *lib.* 3. Quod ibi verbum retenti Accursius explicat male, *si retenta sint* : id est, si non sint adempta, *l.* 48. *eod.* Nam sicut peculium arbitrio patris vel domini quandoque adimitur cum vult, ita ea quæ filiif. vel servi, vel uxoris, vel concubinæ causa parantur, quandoque adimuntur cum libet ei qui ea paravit. Et eorum ademptio, licet legatum ademptum non proponatur, dissolvit legatum : sufficit autem vel tacita ademptio, cujus argumentum plerumque divortium præbet, ut si divertat mulier, videtur tacite maritus ademisse quæ usus ejus causa parata sunt, *l.* 3. *inf. de auro et arg. leg. d. l. item legato*, §. *pen.* Non continentur autem hoc genere legati ea quæ in viri et uxoris usu communi fuerunt, quæ est sententia hujus legis, et *d. l. sic legatum*, *lib.* 3. *et l.* 11. *inf. de auro et arg.* In usu promiscuo est quo quisque utitur quasi proprie sibi attributo, aut æque sibi attributo, atque alteri : in usu promiscuo non est quo utitur uxor quasi proprie sibi attributo. Id enim est potius in uxoris usu proprio, et legato continetur, *l. item legato*, §. 1. Ceterum quod promiscui usus causa paratum est, ut eo uteretur, vel cum uxore communiter, legato non continetur. Obstat *l. cum quæreretur*, §. *lana*, *inf. lib.* 3. legavit uxori lanam, linum et purpuram, quæ ejus causa parata essent : lana omnis commista est quæ eo anno detonsa est, et in usu promiscuo, et nihil proprium usui mulieris destinatum est. Quæritur an jure legati ex lanæ acervo aliquid uxori debeatur : lex ait, deberi uxori quantum ad usum annuum sufficit: lana est fructus annuus, ut vinum, oleum, frumentum : ergo quod est in promiscuo usu, legato continetur. Accursius ait, linum et lanam separandam esse a ceteris rebus, a corporibus quæ propria specie continentur : recte, sed utitur ratione stulta, quia, inquit, linum et lana mulieribus conveniunt. Est certior ratio, quia puto distinguenda esse ea quæ sunt usui ab his quæ sunt abusui : quæ sunt usui promiscuo, legato non continentur, quæ sunt abusui promiscuo, legato continentur. Abusui sunt veluti vinum, oleum, frumentum, nummi, fruges omnes. Itemque lanæ, et odores et aromata, earum rerum usus, abusus et consumptio est : nam si vinum, exempli gratia sumpseris ad utendum, sane consumpseris. Usui tamen sunt quæ utendo non pereunt, veluti vasa, jumenta, mancipia, prædia, ornamenta. His etiam velim addi vestimenta, quæ sunt usui, non abusui. Scio Justinianum Inst. *tit. de usufr.* numerare vestimenta inter eas res quæ usu consumuntur, sed id necesse est moderari interpretatione quadam : nec enim est omnino verum : vestimenta non consumuntur, sed deteruntur usu : vestimenta non consumuntur statim ut vinum, oleum, et similia, sed paulatim longo usu : qui legat usumfructum vini, olei, et similium rerum, proprietatem legat ; qui legat usumfructum, non legat proprietatem. Ideoque finito usufructu vestimentorum, eadem ipsa vestimenta redduntur licet attrita sint, *l. si ususf.* 2. §. *ult. usufruct. quemad. cau. sup.* Si vini ususfructus legetur finito usufructu non reddetur idem vinum in specie, sed in genere reddetur æque bonum, ex cautione quæ interponitur de reddendo vino æquæ bono, moriente legatario aut capite. Præterea is cui legatur ususfructus vini, potest abuti vino et consumere. Is cui legatur ususfructus vestimentorum, non potest abuti, sed debet eis uti arbitratu boni viri, *l. sed etsi quid*, §. *etsi vestimentorum*, *sup. de usufr.* Itaque adnumeraveris rectius vestimenta rebus quæ usui sunt, lana autem adnumeratur rebus quæ usui sunt, et ex genere earum rerum quæ usu consumuntur, *l. pen. sup. de usufr. ear. rer. quæ usu cons.* Nam si lana uti cœperis, lanam extraxeris : si vestimentum feceris, perit lana, mutatur species. Ut igitur oleum et frumentum, ita et lana abusui est : hæ autem res communi et promiscua specie continentur, *l. cum Stichus*, *inf. de solut.* id est, sicut omne vinum parem usum omnibus præstat, ita omnis lana parem usum omnibus præstat, et naturaliter hæ res sunt in promiscuo usu, etiamsi non commisceantur corpora, quæ proprie sunt usui, non abusui, ut mancipia, prædia, et vasa, atque etiam vestimenta naturaliter non sunt in promiscuo usu, commisceri possunt, sed natura non sunt commixta, lana cum simili lana natura commixta est, qua de causa, si maritus solebat lana detonsa quotannis promiscue uti cum uxore, et legaverit uxori lanam paratam ejus causa, debebitur uxori quantum ad annum usum ei sufficit, et quantum sumere solebat : et in summa quod est usui promiscuo, hoc legato non continetur, quod est abusui promiscuo, hoc legato continetur, et utitur Jurisconsultus in *d. l. cum quæreretur*, §. *lana*, argumento penus legatæ eleganter. In penu sunt cellaria, id est, esculenta, et poculenta, quæ recondit paterfamilias ut consumat, ut eis se et suos alat. Denique penus sunt cellaria, quæ conduntur et promuntur ut consumantur, in penu non sunt, itaque sunt abusui. Penus omnis est abusui : in penu autem non sunt cellaria, sive cibaria quæ paterfam. ser-

vat, ut pecunia mutet, ut vendat, vel sic, usualia sunt in penu, promercalia non sunt in penu. Nunc finge, usualia et promercalia commixta sunt, ut, mercator quidam habet magnum frumenti acervum, cujus partem vendere parat, partem assumere ad suum, suorumque usum, atque ita et usualia, et promercalia commixta sunt. Legavit penum, debetur legatario ex eo acervo quantum ad meum usum sufficit, *l.* 4. §. *Item si quis*, *inf. de pen. leg.* Atque ita recte utitur argumento penus legatæ. Nunc sciendum est hæc verba, *quæ ejus causa parata sunt*, varie accipi posse: quod qui ignoraret, variæ significationis objectis perturbaretur. Alias enim accipiuntur pro demonstratione, ut si legentur certæ species, id est, nominatim designatæ, puta vestis illa, palla illa purpurea, lanx illa argentea, sicque legentur certæ species, et adjiciatur, quæ ejus causa parata sunt, illæ species debentur, etiamsi ejus causa parata sunt, quoniam illa verba sunt pro demonstratione, omnis demonstratio redundat, jus legati non mutatur, sicut pactio jus commune non lædit, *l.* 3. *C. de fidejussorib.* Alias ea verba accipiuntur pro taxatione, ut si legentur certæ species, specialiter demonstratæ: sed generaliter vestes, vel vasa, vel lanæ, vel ornamenta omnia uxoris causa parata non sunt, *l.* 11. *inf. de auro et arg. leg.* Et inde quæstio in *l. hæres*, §. *uxori*, *lib.* 3. an taxatio referatur ad omnia quæ superius enumerata sunt, non videbitur *d.* §. difficilis quæstio. Rursus ea verba quæ uxoris causa parata sunt pro taxatione, alias legatum adstringunt, ut si ita legetur, vestes et ornamenta quæ uxoris causa parata sunt: nam ex hac scriptura non debentur omnia quæ uxoris causa parata sunt, sed vestimenta, *l. ea tamen*, *lib.* 3. Alias legatum ampliant, ut si ita, vestes et ornamenta omnia, quæque uxoris causa parata sunt: vel quod idem est, quæve uxoris causa parata sunt: nam hoc casu non ea tantum quæ numerata sunt, sed etiam omnia quæcunque uxoris causa parata sunt debentur, *d. l. ea tamen.* Sciendum est etiam plenius esse legatum paratorum quam emptorum: parare et comparare idem est, comparare et emere non utique idem est, plenius, ut dixi, est legatum paratorum, sive comparatorum quam emptorum. Nam hac appellatione, *quæ parata sunt*, continentur parta, domi facta, empta, et quæcunque alia ratione marito acquisita sunt, et uxori assignata, attributa, tradita usus causa, vel etiam destinata, non tradita: quod si ita legetur, *quæ uxoris causa empta sunt*, angustius est legatum, exiguius est legatum, quoniam emptione tantum quæsita legato continentur, sive sunt tradita uxori, sive destinata, *l. si quid earum* §. 1. *l. item legato*, §. *item interest*, *l. cum uxori*, *inf. lib.* 3. Paratum est genus, emptum species, quodcumque emptum est, cum parandi sint infinita genera, genus ad probandam speciem non valet, species ad probandum genus valet, et recte Accurs. in *l. ult. C. de in int. restit.* Ita recte colliges, minor est usus jure communi; ergo non est circumscriptus quod proponitur in *d. l. ult.* et est sumptum ex *l. inter eos*, §. *pen. de fidejussorib.* Ex diverso male ita colligeres, minor non est circumscriptus: ergo usus est jure communi, vitiosa est hæc collectio, quia genus ad probandam speciem non valet. Quintil. *lib.* 5. *cap.* 10. Sciendum etiam est, hoc genere legati, de quo hic, contineri etiam servos, veluti lecticarios servos uxoris causa paratos, et puellas ornatrices in *d. l. item legato, in princ.* sed vulgo locus corruptus est. Sic legitur et Flor. *legato continentur puellæ fortassis quas sibi comatas mulieres exornant,* est autem sumptum ex Sabino, qui ita loquebatur, *sibi comas mulieres exornant.* De quibus est locus elegans apud Galenum *lib. de Theriaca ad Pisonem*, loquitur de ornatricibus Cleopatræ, ornatrices dicuntur, *l. legatis*, §. *ornatrices*, *inf. lib.* 3. *Svet. in Claudio: matris meæ liberta et ornatrix fuit:* Festus Pompejus eodem nomine utitur, et Glossæ veteres, in quibus ita legitur: *civillones*, *id est*, *ornatrices*, eadem lege *Item legato*, hoc legato contineri jumenta quæ aptantur sellis, vel lecticis, et burdones, qui sunt muli, qui junguntur carrucis, vel hæredis, quos mulos etiam legato contineri traditur, *l.* 13. *inf. de aur. et arg.* et secundo Regum in eadem significatione Latinus interpres: *onus duorum burdonum*, et Græci ad *l. qui duos, inf. lib.* 3. quo loco dicitur mulis legatis, etiam mulas deberi, Basil. id ita interpretantur τῷ λεγάτῳ τῶν βουρδονίων, καὶ αἱ μοῦλαι περιέχονται, eodemque sensu dixerunt posteriores burdos, sive burricos, atque ideo arbitror Grammaticos omnes errare qui mannos interpretantur esse equos. Acro scribit, vulgo appellari burdos sive burricos, sunt ergo muli pusilli, non equi, et Porphyrio male interpretatur equos. Paulinus ad Severum: *Sed longe dispari cultu macro illam et viliora asellis burrico sedentem.*

Ad L. XXXVI.

Legatum est donatio testamento relicta.

Est hæc lex ex Libris Modestini, *Legatum est donatio testamento relicta.* Perperam adjicitur in quibusdam codicibus, *quædam*, quæ vox neque est in Pandectis Florentinis, neque in Theophilo. Recte autem Modestinus legatum definit, donationem: est enim liberalitas defuncti mera, *l. cum non facile, inf. si cui plus quam per l. Falc.* Et Græci non habent aliud vocabulum quo legatum significent, quam si

vocent δωρεάν. *Dio lib.* 44. scribens de testamento Augusti, καὶ δωρέας ἄλλοις καταλέλιπε et 55. τῶν κλήρων καὶ τῶν δωρεῶν, et 57. τὴν δωρεὰν καταλήψθησαν. Justinian. quando legatum vocat πρεσβεῖον, quo tamen nomine non omne legatum, sed præcipuum tantum significatur quod hæredibus relinquitur, quod et ἐξαίρετον dicitur, et præceptio; et Poeta, præcipua cera : omnia legata si vocaveris πρεσβεῖα, alludere videberis ad legativa quæ Græci vocant πρεσβεῖ. Aliud est legatum, aliud legativum. Legativum est viaticum quod datur his qui pro rep. vel principe legatione funguntur. Est autem donandi verbum directum, id est, legati, non fideicommissi verbum, *l. Aurelius*, §. *Titius Sejo, de lib. leg.* ubi qui legat, dicit, *dono*, secundum Florent. ac proinde donatio proprie est quæ directa est : directa autem quæ fit verbis directis, ex quo conficitur, fideicommissum proprie donationem non esse : nam fideicommissum verbis precariis relinquitur, non directis. Legatum relinquitur verbis directis, id est, imperativis, civilibus, legitimis, et inde nomen quod legis modo relinquatur, ut Ulp. ait in *Frag.* nam exempli gratia, ut in sanctionibus legum hæc verba sunt solemnia, *in publicum dare damnas esto sestertia tot, si quis adversus ea fecerit* : ita in legatis loquitur testator, *hæres meus dare damnas esto*. oratio testatoris, oratio legis videtur esse, cum scilicet directo loquitur. Legare est imperare, et jubere. Servius in 11. *Æneid. Senatus*, inquit, *legavit ne quis in urbe sepeliretur.* Et inde forte non male vectigalia appellantur legata quasi indicta, et imperata, *l. Julianus* §. *idem Julianus, sup. de act. emp.* Rursus directa donatio est, quæ absoluta, plena, mera et pura liberalitas est, *l. donatio directa, C. de donat.* Sicut manumissio directa est, non ea quæ verbis tantum fit directis sed et quæ fit sine retentione ulla ullius obsequii, quæque nulla adstringitur lege. sicut in Concil. Tolet. 3. cap. 72. Ejus autem modi non est donatio causa mortis : est quidem ipsa donatio, sed non mera, non simplex, non pura : est etiam fideicommissum donatio. precaria scilicet, et inflexa, sed non directa. Quo argumento tentari potest, verbum donationis non esse commune, quod donatio proprie sit directa donatio, non quævis donatio, sed tamen ut apertius res a communitate disjungeretur, Modestinus adjecit, *testamento relicta*, quæ verba sic interpretor. quæ testamento tantum relinquitur, sicut in definitione pacti, duorum pluriumve in idem placitum, et consensus, id est, nihil nisi nudus consensus, nudumque placitum. Pacti finis est nudus solusque consensus : legati finis est testamento solummodo relinqui et vero legatum testamento solum relinquitur, vel codicillis testamento confirmatis : quoniam hi codicilli pars testamenti sunt, *l. quidam, sup. de jure cod.* fideicommissa relinquuntur etiam ab intestato, §. *præterea, Inst. de fid. hæred.* Donatio quoque causa mortis est extra omnem causam testamenti. His igitur verbis, *testamento relicta*, Modestinus perfecit propriam definitionem legati, quæ nullam in aliam rem transferri potest. At Justinianus sive Tribonianus etiam immutavit hoc pacto in institut. *Legatum est donatio a defuncto relicta*, ut complecteretur legatum, et fideicommissum : quoniam Justinianus legata, et fideicommissa exæquavit per omnia et in omnibus: plus est dicere per omnia et in omnibus, quam per omnia tantum : nam per omnia exæquata esse possunt una in re unave in parte juris, nec tamen in omnibus. Sed Justinianus exæquavit per omnia et in omnibus, et ita de furioso scribit in *l.* 2. §. *furioso, sup. de jur. codic.* furiosum per omnia et in omnibus absentis loco haberi. Ulp. in *l.* 1. *sup. lib.* 1. scripserat, per omnia exæquata esse legata fideicommissis, sed non in omnibus, et hæc censuerat ut quodam loco docuimus, SC. Pegasiano exæquata esse legata per omnia fideicommissis in ratione Falcidiæ non in omnibus : sed Justinianus per omnia et in omnibus exæquavit, et communem definitionem fecit donationis a defuncto relictæ ; qua significaretur etiam legata relinqui utiliter sine testamento. Et hæc de propria definitione legati : generalis significatio quædam fuit etiam olim in usu, et ea generalis significatio legati complectitur fideicommissum et mortis causa donationem in lege Julia et Papia, *l. et fideicommis. inf.* *lib.* 3. et liberti assignationem, *l.* 6. *inf. de assig. lib.* ut secundum speciem illius legis, si pater servum quem vivus manumiserat, filio legaverit, legati verbis libertum assignasse videtur. Et in *l.* 12. *tab.* nomen non complectitur fideicommissum. non complectitur donationem causa mortis, non complectitur adsignationem liberti : hæc enim fiunt quibuscunque verbis ; sed complectitur ea tantum quæ directis verbis testamento relinquuntur, ut hæreditates, et legata, et tutelas, et libertates directas, *l. verbis, de verb. sign.* quæ interpretatio ex sententia l. 12. tab. porrigitur etiam ad vulgarem repetitionem legati, quod fiebat his fere verbis: quæ ab hærede meo legavi, et secundus hæres filii mei impuberis hæres dare damnas esto : hac ratione repetuntur non tantum legata singularum rerum, sed et libertates ; id est, oneratur substitutus pupilli non legatis tantum, sed et libertatibus, *l. cum in substit. lib.* 3. *l. in generali, inf. de verb. sign.* verba legis 12. tab hæc sunt quæ accipiuntur generaliter : *Paterf. uti legassit, ita jus esto*, hæc verba confirmant et hæreditates testamentarias, et legata, et tutelas, et libertates, *l. lege obvenire, inf. de verb. signif.* *l.* 1. *l.* 20.

sup. de testam. tutel. Altero capite eadem lex 12. tab. ait, *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, quo capite confirmantur etiam testamenta: mancipatio enim omnis confirmatur, et testamenta per familiæ mancipationem fieri solebant. Sed cur hoc capite decemviri maluerunt dicere, *uti lingua nuncupassit*, quam *uti legassit:* hoc caput quod est de mancipio et nexu, non testamenti factionem, sed etiam auctore Festo, dationem sive alienationem et liberationem omnem continet, quæ fit per æs et libram; in quibus negotiis quæcumque dicuntur, pronuntiantur, promittuntur, etiamsi non sint enunciata verbis directis, uti lingua nuncupata sunt, præstanda sunt: ut si sanum mancipium esse dixeris verbo tenus quacunque oratione, id præstare debes, ut et edicto ædilitio comprehensum est: speciali autem capite de confirmatione testamentorum dixerunt, *uti legassit:* nam in testamentis non alia verba recepta sunt quam legitima, et legare is demum dicitur qui utitur verbis legitimis, quæ et directa dicuntur, et civilia, et imperativa et regia illo Juvenalis loco. *Scripturus leges et regia verba lanistæ*: quod lanista dum docet suos, verbis directis jubeat vel evitare, vel inferre ictum: civilia verba dicuntur in *l. verbis*, *sup. de vulg. subst.* quæ docet nemini posse substitui in secundum casum, id est, si hæres extiterit, hoc est, neminem posse hæredem dari qui hæres extiterit nobis, nisi pupillo verbis directis scilicet: nam verbis precariis quilibet hæres dari potest. Et eodem sensu in Ulp. *Frag.* fideicommissum, inquit non relinquitur verbis civilibus, id est, directis et legitimis, et ob id valet. Placet notatio Ulpiani qui legatum deducit a lege, nec tamen displicet Alciati alia quæ legati vocabulum trahit e Greco, nempe ἀπὸ τοῦ λέγειν, non quod, ut ipse ait, a defuncto possessio continuetur ipso jure in hæredem vel legatarium, quod mores quidem Galliæ admittunt in hærede, *le mort saisit le vif*, jus nostrum non admittit. Nam possessionem apprehendere necesse est, etiamsi filius sit hæres. Igitur ratio est quod recta legatum a defuncto transeat in legatarium, nunquam factum hæredis, *l. legatum 2. inf. hic*: nihil etiam repugnabo, si dixeris, aut si deduxeris, ἀπὸ τοῦ λέγειν, ac si legare nihil aliud sit quam dicere, aut denuntiare voluntatem suam. Introducuntur ex etymologia a Stoicis non tam veritatis asserendæ quam ingenii oblectandi gratia, quod etiam admittunt Jureconsulti cum possessionem deducunt a sedibus, et interdictum, quod inter duos dicatur, quod non tam vera quam scita deductio est: alii quod interim dicatur, quibus convenienter veteres Glossæ interdictum interpretantur, διαςολὴν καὶ παῦσιν quasi interpositionem et sedationem momentariam. Dicunt mutuum ex eo deduci quod fiat de meo tuum testamentum a testatione mentis, furtum a furto, id est, nigro Labeo, a fraude Sabinus, quæ omnia argute et lepide reperta sunt: et etiamsi vera non sunt, laudanda sunt potius quam vituperanda: atque adeo si quis etiam nunc deducat posthumum ab eo quod nascatur post humatum patrem, licet hanc notationem veram non esse approbaverim, id tamen non improbaverim, et tam Aggenum Urb. qui religionem a religando deducit, et qui a relegendo, aut Lactantium qui a religando traxit, facile laudaverim. Argutia enim in his quæritur, probaturque magis, quam veritas et licet animis quodvis comminisci: nec displicuerit si novercam quam Festo placet dici ab eo quod arguendæ et coercendæ familiæ causa dicatur, si deduxeris ab aliquo verbo Hetrusco, quod noverca sit nova divisio familiæ: nec etiam si quis hominem, quem repetunt ab humo, deduxeris ipse ab articulo, ὅμος, quod homo natura sit peramans convictus et societatis communis. Ad summam, ita censeo, non acriter esse reprehendendas deductiones vocabulorum argutas, quod in his vis ingenii eluceat, non etiam esse eas deductiones habendas pro argumentis rerum certis, quod plerunque sint falsæ et incertæ, etiamsi non inargutæ. Et eleganter Galenus: omnis etymologia est ἀλάζον μάρτυς 2. de placit. Hippocrat. et antea volui hoc respondere deductoribus nostris qui solent in his horas consumere. Et censeo quærendum cur hic posita sit definitio legati, et non libri initio potius, ut tutelæ, testamenti, ususfructus, novationis definitio suis libris præponitur. Idemque quæri potest in primo libro de legatis, cur definitio legati proponatur cap. 116. non primo: respondeo hoc de se ipso ait Cicero, peritos quosque auctores pro jure hanc sibi arrogare, ut pro suo arbitrio legibus utantur; veluti ut definitionem ponant initio, medio, vel fine operis: hoc non satis est, animadvertendum illud est, Justinianum exemplo Caji, qui ad edictum prætoris tres libros de legatis scripserat, tres etiam fecisse libros de legatis et fideicommissis: nec enim unus sufficiebat tantæ rei: singulis vero libris quid proprie tractetur non possis certo definire: id quidem Accurs. tentavit initio lib. 3. sed temere: in primo libro tractatur quid et quantum, in secundo quis, et a quo, et quibus verbis, si credere dignum est, imo in utroque libro permixtim, de his omnibus. In tertio, inquit, tractatur de significatione verborum, quæ ad legata, vel fideicommissa pertinent; fateor posteriore parte lib. 3. tractari de significatione verborum, nego priori: et prorsus ita censeo nullum aliud posse constitui discrimen, quam quod singulos libros non

ex iisdem auctoribus, vel ex iisdem eorumdem auctorum libris credamus confectos. Primus liber confectus est ex libris ad Sabinum diversorum auctorum, ex Digest. Juliani, ex quæstionibus Africani, ex Institutionib. Martiani aut Florentini. Secundus confectus est ex libris ad Plautium diversorum, ex libris ad leges Juliam et Papiam diversorum etiam, ex libris Modestini diversis, ex Digestis Celsi et Marcelli, et quæstionibus et responsis diversorum. Tertii autem libri prior pars confecta est ex libris fideicommissorum diversorum auctorum, ex sententiis Pauli, ex libris Labeonis, ex Digestis Scævolæ: posterior pars libri 3. cujus initium facio *l.* 43. ea confecta est promiscue ex superiorum omnium libris: ut autem lib. 1. quo ordine Florentinum locavit Tribon. post alios multos, eo etiam posuit definitionem legati explicatam a Florent. *l.* 116. ita in hoc lib. 3. quo ordine Modest. libros, eo etiam definitionem legati inserit, quam alii auctores explicant.

L. 37. exposui *l.* 14. *sup.*

Ad L. XXXVIII.

Quod servus legatus ante aditam hæreditatem acquisivit, hæreditati acquirit.

Modestinus ait, hæreditati jacenti acquiri quod servus legatus ante aditionem acquisivit, et ad eam sententiam statim infeliciter Azo addit, quod servus legatus acquisivit jacente hæreditate, post aditionem legatario deberi: hoc est falsum: illud quidem verum est, dominium servi legati, quod interim fuit hæreditatis, post aditionem ad legatarium transire, *l. legatum, inf. hic.* Ea vero quæ interim jacente hæreditate servus legatus acquisivit, ad legatarium post aditionem pertinere, falsum est: ea enim comparantur fructibus, *l. qui scit, de usuf. l. quæsitum, inf. de acq. rer. dom.* fructus autem legatario ex die moræ tantum debentur, vel cedunt ex die aditæ hæreditatis, ut dixi *in l.* 32. *sup.* Ea igitur quæ servus legatus acquirit ante aditionem non inutiliter acquirit; nec enim est servus sine domino, hæreditas jacens pro domina est, defuncti enim locum obtinet quandiu deliberat hæres, *l. cum hæreditas, C. depos. l.* 13. *sup. ad l. Aquil. l. si ante, sup. de interrogat. in jure fac. l. denique, §. quæstum infr. quod vi aut clam.* et hac ratione cum servo hæreditario testamenti factionem esse constat, si modo fuerit cum defuncto, cujus vicem sustinet hæreditas jacens, *l.* 31. 52. 54. *sup. de hæred. inst.* Igitur ea quæ servus legatus interim acquirit, id est, ante aditionem, acquirit hæreditati veluti dominæ: verum postea adita hæreditate, ea in hæredem transeunt, non in legatarium: et Azo eas leges adducit pro sua opinione quæ in eam ipsam magis conveniunt. Proinde id ex hac l. adnotari tantum volo, hæreditatem jacentem esse pro domina, et servos hæreditarios ei interim acquirere. Et porro quicquid per servos hæreditarios quæsitum est, hæreditati, per hæreditatem ad hæredem qui adiit devolvi, non legatario deberi. Verum Accurs. ad hanc legem felicius adjicit, non omnia acquiri posse per servum hæreditarium hæreditati, *l. hæreditas, inf. de acq. rer. dom.* hæreditarius servus est, cum jacet hæreditas, sive sit legatus sive non: et interim si ab extraneo hæres instituatur, eam hæreditatem hæreditati, id est dominæ suæ acquirere non potest, quoniam hæc domina jubendi facultate caret, umbra et imago est defuncti domini, non dominus loquens: non est autem aditus servo ad hæreditatem sine jussu. Item si interim ab extraneo ususfructus ei legetur, acquirere eum hæreditati, id est, dominæ suæ non potest: ususfructus enim personam exigit cui inhæreat, quæ utatur fruatur suo jure: hæreditatis nulla est persona, hæc omnia quæ tradit Accurs. certa, et his exceptis, cetera per servum hæreditarium hæredi acquiruntur, et porro per hæreditatem hæredi.

Ad L. XXXIX.

Si areæ legatæ post testamentum factum ædificium impositum est: utrumque debebitur: et solum et superficium.

Legata est area, vivus testator aream inædificavit. Quæritur, an legatario utrumque debeatur? lex ait legatario deberi utrumque, solum, et superficium; nostri auctores dicunt indiscriminatim superficium et superficiem, quod Græci ὑπερῷον: aream autem Græci vocant μεσαύλον. Ait ergo deberi ei solum et superficium, id est integras ædes quasi aucto legato scilicet, quia libet legata augeri et minui possunt dantis arbitrio, ambulatoria est voluntas legantis, adjicit *l. servum filii, §. si area, lib.* 1. nisi testator mutaverit voluntatem: mutatæ autem voluntatis probatio exigitur ab hærede, *l.* 11. *§. si rem, inf. lib.* 3. et si hæredi non suppetat probatio, in hac specie præsumitur testator imposito ædificio auxisse legatum potius, quam mutasse voluntatem. Opponitur huic *legi l. si chorus, §. pen. inf. lib.* 3. quæ est Celsi. Ait Celsus, si legata sit area et medio tempore inædificata, legatum extingui: sed si rursus ante diem legati cedentem deposito ædificio area facta sit, legatum convalescere. Ceterum manente ædificio perimi legatum, impositione ædificii perimi legatum, quod valde adversatur huic legi, et similibus: vaticinantur evidenter interpretes qui sup-

ponunt in *l. si chorus*, testatorem mutasse voluntatem: supponendi jus non est interpreti; et verum est nihil etiam hic opus esse suppositionibus et commentis, cum manifesto Celsus hac in specie dissenserit a ceteris, ut et in §. *ult. d. l. si chorus*, *l. inter stipulantem*, §. *sacram*, *de verb. oblig.* et ipse Paulus testatur dissentire Celsum *l. qui res*, §. *aream, inf. de solut.* Celsus Proculejanus fuit, Jabolenus auctor hujus legis Sabinianus: est etiam lex ipsa ex l br. Cassii qui duxit eandem sectam: et similis lex *servum filii*, ex libris ad Sabinum, et verior sententia Sabini sive Cassi. Non est autem idem omnino dicendum in stipulation bus, quod proditum est hic de legatis: nam si aræ promissæ ædificium impositum sit, stipulatori utrumque non debetur, areæ tantum æstimatio debetur, *d. l. qui res*, §. *aream*, legatario utrumque debetur: ultimas voluntates latius interpretamur, stipulationes strictius: legatum testator solus augere potest, ut minuere et extenuare, vel in totum adimere: promissum promissor solus augere non potest, non renovata stipulatione inter se, et stipulatorem: non idem dicendum in usufructu areæ legato, quod hic proponitur in proprietate: nam legato usufructu areæ, si post testamentum area inædificetur, ususfructus legatum extinguitur, quia certæ mutata res est, domus enim nunc est, non area, *l. repeti*, §. *ult. quib. mod. ususfr. amitt.* manet quidem area, et est pars ædificii, et quidem maxima, cui etiam superficies cedit, ut generaliter dicitur cedere τὰ ἐπικείμενα τοῖς ὑποκειμένοις, usuifructui ipsius areæ superficies non ced t, et revera mutata est rei forma: qualibet autem mutatione rei finitur ususfructus, vel obligatio ususfruct. usumfructum semper stricte accipimus, *l. servitutes*, §. *si sublatum, sup. de servi. urb.* quod scilicet odiosum sit usumfructum divelli a proprietate, proprietatem inutilem reddi: et ideo quacumque occasione arrepta usumfructum facile restituimus proprietati vel a proprietate non divellimus. Diximus aream esse partem ædificii, appellatur tamen solum, unicuique rei quod subjacet solum est, et cui subjacet, si mare dicitur solum navium, quod subjaceat navibus *subtrahiturque solum.* Virg. Ceterum *lex solum, sup. de rei vindic.* ait, solum esse partem ædium, nec alioquin subjacere, ut mare navibus, utrumque tamen dicitur solum, mare navium, area ædificiorum, superficiei, utrumque dicitur subjacere, sed diversa ratione, solum subjacet ædibus, ut carina navi: carina pars est navis: solum pars est ædium: ædes non sunt quæ a solo separatæ sunt, naves non sunt quæ a carina separatæ sunt: non tamen solum subjacet ædificio, ut mare navi, quin etiam extra mare navis est, cum tamen extra solum non sit domus; atque ita explicanda est dicta lex *solum.*

Ad L. XL.

Si duobus servis meis eadem res legata est, et alterius servi nomine ad me eam pertinere nolo, totum ad me pertinebit: quia partem alterius servi per alterum servum acquiro perinde ac si meo et alterius servo esset legatum.

Pertinet quæstio hujus legis ad tractatum de conjunctis. Sciendum est; unum legatum scindi non posse, *l. 4. et 6. sup.* unum est legatum si una res legetur uni: unum est legatum etiamsi una res legetur duobus servis uni domino subjectis, et ideo hoc legatum dominus scindere non potest, ut hac l. propon tur, id est, scindendo nihil agit: totum enim acquirit, etiamsi parte abstinere constituat: pars qua non abstinet trahit alteram, perducitque etiam ad invitum: unum est etiam legatum, si mihi et tibi eadem res legetur per vindicationem, ut simus conjuncti re: nam si tu repudiaveris, mihi etiam invito totum acquiritur. Idem dicendum est si mihi, et servo tuo legetur eadem res, id est, si meus et tuus servus sint re conjuncti ex causa legati, et tu repudiaveris legatum servo tuo delatum: ego enim totum acquiro per servum meum, nec possum dividere legatum quod hac lege proponitur. Idem dicendum est omnino si mihi et servo meo legetur eadem res, ut simus conjuncti re, et ego ex mea persona repudiavero, vel ex persona mei servi, nihil refert: totum enim acquiro, *l. si mihi pure*, *inf. hic. Omnino*, inquit, *acquiro*, id est, in totum, *quod semel ad me pertinere voluerit*: testator scilicet, legendum, *voluerit*, ut Flor. quod confirmat *l. duobus*, *l. tibi*, §. 1. *lib.* 1. *sup.* cum enim sunt duo re conjuncti, unicuique solidum, per vindicationem scil cet, ab in tio legatum testator adscribit: et non concurrente altero, vel eodem ipso repudiante, quod ex alterius persona ei defertur, nihilominus totum acquirit, quod ab initio totum voluit testator ad eum pertinere, quod mihi totum testator adscripsit, non possum scindere. Accurs. opponit *l. 20. sup. hic*, sed nulla est ratio eam opponendi, quia scilicet ex mente Celsi, qui est ejus auctor, est de omnibus legatariis separatis, id est, qui videntur habere discretas portiones ab initio, non est de conjunctis re: est lex 20. de duobus quodammodo legatis, hæc de uno: sed a Celso, ut ibi diximus, dissensit Julianus: et ideo etiam in specie *d. l. 20.* idem constituendum quod in superioribus sequendum esse diximus, id est, totum acquiri ei qui partem agnoverit, repudiationem inanem esse: major autem est ratio hujus l. opponendæ *l. 55. si Titio et mihi*, *inf. hic.* Species est: mihi et Titio eadem res legata est per vindicationem, sumus conjuncti re, Titius me hærede scripto decessit, d e legati ce-

dente, id est, cum dies legati jam cessisset, atque ita legatum ad me transmisit: ego repudiavi legatum ex mea propria persona, *de mon chef*, vel ex hæreditatis causa, nihil refert qua ex causa repudiaverim: quæritur an inanis sit repudiatio, et totum legatum acquiram: lex ait, partem repudiatam defecisse, remanere ergo eam apud hæredem a quo legatum relictum est, quoniam defecit repudiatione: hoc videtur pugnare cum superioribus: respondeo, hac in re separandam esse repudiationem a transmissione: si mihi soli legatum sit, ego legatum scindere non possum, hoc est, si partem agnovero, partem repudiavero totum acquiro, *l. si cui res, inf. hic.* et hoc in repudiatione, ut dixi: sed si ego legatum transmisero in plures hæredes, scinditur petitio legati, et unus hæres potest amplecti legatum, alter repudiare, *l. legatarius*, *sup. lib.* 1. Similiter si mihi et tibi eadem res legetur per vindicationem ut simus re conjuncti, et tu repudiaveris legatum, scindere non possum: sed si tu transmiseris in me jus tuum quasi hæredem, legatum hoc casu scindere possum, ut id pro parte tantum acquiram vel mea, vel hæreditaria sorte, quoniam concurrisse videtur Titius, qui legati jus transmisit in hæredem suum, qui egit aliquid: concursus porro dividit et scindit legatum in partes, et pro eo est ac si initio partem mihi, partem Titio adscripsisses dum Titius concurrit, vel concurrisse intelligit, et hoc in *d. l. si Titio* Cajus ait, *magis placere*, quæ verba indicant, rem fuisse controversam.

Ceterum obtinuit hæc sententia Proculejanorum in hoc casu transmissionis, *l.* 12. *sup. lib.* 1. Sabiniani in hac specie etiam idem constituebant, totum scilicet invito acquiri, et consentit omnino *d. l.* 12. *in princ.* cum *d. l. si Titio et mihi.* Accur. tamen arbitratur non consentire: committit eas inter se, quoniam in *d. l.* 12. corrupte legit, *non posse*, cum sit delenda negatio auctoritate Flor. male etiam in *d. l.* 12. hæc verba *ut tota mea sit*, copulat præcedentibus, cum sit copulanda sequentibus, et ut quas putat invicem pugnare conciliet, supplet in *l. si Titio et mihi*, partem repudiatam defecisse, partem quam ego repudiavi defecisse, sed mihi tamen totum acquiri, quæ est manifesta perversio verborum: hæc enim sunt inter se contraria, partem repudiatam deficere, et totum repudianti acquiri, id est, repudiationem non valere. Certe deficit ea pars cujus repudiatio valet: aliter quoque idem Accurs. comminiscitur in *l. si Titio*, legatarios fuisse conjunctos re: in l. 12. fuisse conjunctos re, et verbis: et inter eos est differentia: nam conjuncto re invito accrescit, conjuncto re et verbis invito non accrescit: unus invitus totum acquirit: alter invitus totum non acquirit, *l. un.* §. *sin omnes*, et §. *ubi autem*, *C. de cad. toll.* sed nihil opus est hic commentis, cum non dissideant inter se. Et sententia l. 12. hæc est, mihi et tibi eadem res conjunctim legata est, tu me die legati cedente hæredem fecisti, atque ita legatum in me transmisisti. Labeo ait mihi esse liberum vel ex mea persona, vel ex causa hæreditaria legatum acquirere, id est, ut acquiram ex una causa, et omittam ex alia: repudiatio enim valebit, omissio valebit: et subjicit ex Proculo qui fuit ejusdem sectæ: quod si voluero legatum ad me pertinere ex mea persona, *ut res tota mea sit*, quæ verba sunt copulanda sequentibus, me posse petere ex causa hæreditaria, id est, si ex persona mea agnovero legatum, si partem agnovero: proinde si volo rem totam meam fieri, reliquam partem petam ex causa hæreditaria: alioquin me totam rem non habiturum, quia in hac specie repudiatio admittitur. Postremo male Accurs. in *l. si Titio*, cum lex ait, collegatarium decessisse, de legato cedente ait idem esse, sive cesserit die legati nondum cedente: recte, si verum est quod constituit Accurs. mihi totum acquiri, si collegatarius decesserit die legati cedente: verum enim est priore casu mihi etiam invito totum acquiri, et fiscum excludi, id est, si decesserit collegatarius ante cessionem diei: nam collegatarius præfertur fisco, pars collegatarii non fit caduca, etiamsi decesserit ante diem legati cedentem: nam lex Papia caduca facit quæ apud hæredem remansura erant, nisi fiscus præriperet: non invidet lucra collegatariis, præfertur fisco, et ob id de conjunctione legatariorum Jureconsulti tractant copiose in libris ad l. Juliam et Papiam, quia collegatarii excludebant legem Papiam, sive fiscum. Posteriore casu, id est, si decesserit collegatarius post cessionem diei, et me hæredem fecerit, magis placet totum mihi non acquiri. Igitur non idem est in hoc casu, quod in altero, nec recte pro vero admiseris quod Accursius constituit partem repudiatam deficere, et tamen totum repudianti acquiri: hoc enim constitui non potest sine repugnantia aperta.

Ad L. XLI.

Mævio fundi partem dimidiam. Sejo partem dimidiam lego: eundem fundum Titio lego: *si Sejus decesserit, pars ejus utrique accrescit: quia cum separatim, et partes fundi, et totus legatus sit, necesse est, ut ea pars, quæ cessat, pro portione legati cuique eorum, quibus fundus separatim legatus est, accrescat.*

§. 1. *A me hærede instituto uxori meæ ita legatum est*, quicquid propter Titiam ad Sejum dotis nomine pervenit, tantam pecuniam Sejus hæres meus Titiæ det: *quæro, an deductiones impen-*

sarum fieri possint, *quæ fierent*, *si de dote ageretur*: *respondit* : *non dubito* , *quin uxori suæ quod ita legatum est* , a te hæres peto, quicquid ad te pervenisset , ut tantum ei dares , *tota dos sine ratione deductionis impensarum mulieri debeatur. Non autem idem jus servari debet ex testamento extranei* , *quod servatur in testamento viri* , *qui dotem uxori relegavit: hæc enim taxationis loco habenda est* , quicquid ad te pervenit: *illic autem, ubi vir uxori relegat, id videtur legare*, *quod in judicio dotis mulier consecutura fuerit*.

Duæ sunt quæstiones. Prior est tractatus conjunctorum, et est difficilis vel eo maxime, quod pugnare videatur cum *l. re conjuncti lib.* 3. nam *l. re conjuncti in fin.* verbis tantum conjunctum præfert ceteris, quem hæc *l.* non præferre videtur. Constituenda est differentia conjunctorum legatariorum : nam alii sunt conjuncti re et verbis, alii re tantum, alii verbis tantum. Conjuncti re et verbis sunt qui conjuncta scriptura in eandem rem vocantur sic: *Mævio et Sejo fundum illum do lego l. triplici, de verb. sign.* Inter eos est jus accrescendi si per vindicationem legetur, ut dixi *l.* 7. *sup.* ab initio singulis solidum dari videtur tacite, concursu autem partes faciunt, et non concurrente uno, alteri volenti accrescit, invito non accrescit, *l. un.* §. *ubi autem*, *C. de cad. toll.* Re conjuncti sunt quibus separatim eadem res legatur *d. l. re conjuncti*, nempe sic: *Mævio fundum Tusculanum do lego*, *Sejo eundem fundum do lego*: inter eos est ejus accrescendi, si per vindicationem legatum sit, ut dixi, *l* 20. *sup.* in singulis diserte solidus fundus adscribitur, concursu tamen partes faciunt, non concurrente uno, alteri accrescit etiam invito, *d. l. un.* §. *sin vero non omnes*, qua de causa Acc. *lege* 12. *in princ. lib.* 1. accepit de conjunctis re tantum, quibus invitis accrescit; adversatur autem ei, ut Accurs. putavit *l. si Titio et mihi hic*, quam accepit de conjunctis re et verbis, quibus invitis non accrescit, quod dixi supra. Ceterum illæ duæ leges, ut dixi, consentiunt inter se, et utraque est de re conjunctis tantum, et utraque ponit eundem casum, quo re conjuncto invito non accrescit, quo scindere legatum potest, hic casus est excipiendus. Verbis conjuncti sunt quibus conjuncta scriptura ejusdem rei partes legantur sic: Mævio et Sejo illum fundum æquis partibus do lego : hi sunt conjuncti verbis tantum, *d. l. re conjuncti* : inter eos non est semper jus accrescendi, si testator cum ita eos conjunxit, studuit compendio et brevitati orationis, nullius momenti illa conjunctio est: et inter eos non est jus accrescendi, *l.* 66. *sup. de hæred. instit. l.* 1. *in princ. l. pen. sup. de usufr. accresc.* si testator conjunctionem illam verborum affectavit, non frustra affectavit, et pariet jus accrescendi si modo per vindicationem legaverit *d. l. re conjuncti*, *l.* 16. §. *ult. lib.* 1. non tamen accrescet invitis: quoniam ab initio partes habent; et testatorem affectasse hanc conjunctionem deinceps ponendum erit semper, cum admittemus jus accrescendi inter verbis tantum conjunctos. Alii sunt omnino separati et disjuncti, quibus scilicet separata scriptura partes legantur hoc modo : Mævio fundi partem dimidiam lego. Sejo ejusdem fundi aliam partem dimidiam lego : hi plane disjuncti sunt, id est nulla conjunctione conjuncti : et inter eos nunquam versatur jus accrescendi: alii sunt medii inter conjunctos verbis, et separatos, ut si ita legaverim : *Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego.* Nam in hac oratione est ligatio quædam et ὑπόζευγμα, id est, subnexio, quoniam postremum verbum, *lego*, servit utriusque legato Mævii et Seji : et ex contrario tamen in ea oratione nulla est copulata conjunctio : itaque Jabolenus ait, *separatim eis partes legatas*, *separatim*, id est sine copulatione verborum, partes, id est, uni dimidiam, alteri aliam dimidiam: ergo res diversas : non sunt igitur re conjuncti, non sunt etiam copulati verbis, licet quodammodo colligati sint. Proinde inter eos, id est, inter Mævium et Sejum non est jus accrescendi præcipuum. Et ideo, quæ est species legis integra, si testator illi adjunxerit tertium, puta Titium, cui totum eum fundum legaverit, sicut lex ponit: ita, *Mævio fundi partem dimidiam*, *Sejo partem dimidiam lego*, *Titio eundem lego* cessante Sejo, non accrescet soli Mævio quasi conjuncto, sed accrescet et Mævio et Titio pro portione legati. Atque ita pars Seji dividetur in tres: unam ferat Mævius, duas Titius: si simul omnes concurrent legatarii, dimidiam partem fundi Titius ferret, cui totus legatus est fundus, alia dimidia divideretur inter Mævium et Sejum non concurrente Sejo: eadem ratio servabitur inter Mævium et Titium, ut scilicet in parte Seji Titius altero tanto plus habeat, quam Mævius, et est pene similis species *l.* 66. *sup. de hæred. inst.* Testator scripsit in hunc modum: *Primus et Secundus ex æquis partibus hæredes sunto. Tertius hæres esto*, *et*: syllaba conjunctionem facit, id est, Primus et Secundus sunt conjuncti verbis, non re. Verum Primo cessante non accrescet præcipue soli Secundo, sed et Secundo et Tertio pro portionibus hæreditariis, quoniam testator non tam conjunxisse videtur. Primum et Secundum quam celeriter divisse: est eadem species, nisi quod ibi est manifesta connexio verborum, inanis tamen propter brevitatis affectationem: hic est figurata connexio, nec prorsus ina-

nis: ibi est συνθεσμός, hic ζεῦγμα. Rursus, in hac specie hujus legis considerandum est, Titium esse conjunctum re Mævio et Sejo: nam is cui totum legatur, ei cui pars legatur, re vel in partem conjunctus est *l.* 4. §. *non solum, sup. de usufr. accresc.* et si Mævius palam esset conjunctus Sejo, præferretur Titio re conjuncto, *d. l. re conjuncti, in fin.* verum quia figurate tantum ei conjunctus est, non præfertur Titio, et vicissim illi alius non præfertur, sed utrique accrescit pro rata. Quod si Mævius et Sejus essent longissime separati, omnino disjuncti: vel si ita dixisset: Mævio fundi partem dimidiam lego, Sejo partem dimidiam lego, Titio eundem fundum lego, cessante Sejo, soli Titio accresceret: conjunctus re præfertur longissime separato, id est, omnino disjuncto: conjunctus tamen re non præfertur non longe separato, id est, subnexione conjuncto, ut in specie hujus legis; sed utrique accrescit, et multo minus conjunctus re præfertur copulatione conjuncto. Quinimo et re conjuncto et ceteris omnibus præfertur is qui cessante verborum copulatione sola affectata conjunctus fuit, *d. l. re conjuncti* exempli gratia testator dixit. Primo et Secundo fundum illum lego. Tertio eundem fundum lego, Quarto eundem fundum lego. Quinto et Sexto eundem fundum æquis partibus lego. Primo cessante, soli Secundo accrescere qui cessanti est conjunctus re verbis, ceteros excludet: ac similiter cessante Quinto, accrescet soli Sexto, qui est conjunctus verbis tantum, et affectata conjunctio verborum tantum potest quantum conjunctio duplex. Dixi de legatariis: in hæredibus adnotandum est, etiamsi nulla conjunctione conjuncti sunt, ut si ita dixerit, Primus ex semisse hæres esto. Secundus ex semisse hæres esto, versari inter eos jus accrescendi, ut dixi *l.* 20. *sup.* quoniam et separatim singulis semis tantum adscriptus sit, tamen ipso jure singuli in assem vocantur, et solo concursu partes sibi adscriptas faciunt: nam si unus tantum scriberetur hæres ex semisse, vel ex fundo, ipso jure in assem veniret: item hæredibus semper accrescit invitis *d. l. unica* §. *in his.* Itaque legatariis invitis non accrescit, nisi sint conjuncti re tantum, et in hæredibus ratio est eadem, quoniam potestate juris singuli in eundem assem conjuncti videntur semper.

Posterior quæstio est de dote relegata: sciendum est ut intelligatur §. *ult.* impensas necessarias dotem minuere ipso jure, id est, hæ impensæ deducuntur vel compensantur, et deducuntur ex dote ipso jure, et minorem dotem efficiunt. Aliæ impensæ factæ in res dotales, veluti utilis et voluptuariæ, dotem non minuunt ipso jure, sed deducuntur retentionis remedio, quoniam maritus vel mariti hæres soluto matrimonio, ob eas impensas dotem retinet, quasi pignus, ut ait eleganter *l.* 6. *de dote præleg. l.* 5. 8. *et* 9. *de impens. in res dot. fact.* sicut venditor rem venditam dicitur retinere quasi pignoris nomine ob pretium nondum solutum, *l. Jul.* §. *auferri sup. de act. empt.* Hoc cognito finge: testator uxori suæ dotem relegavit his verbis: *a te hæres peto, ut quicquid ad te ex dote uxoris meæ pervenerit, ut, ei des, vel, quanta pecunia ad me pervenerit dotis nomine, tantum hæres uxori meæ dato:* vel hoc modo: *dotem uxori meæ do lego*, nihil refert, et somniat. Accurs. qui differre putat. Quæritur quid hoc legato contineatur? hoc legato continetur quodcunque continetur actione de dote, id est, quod mulier consequutura fuit actione de dote, consequetur idem legati actione: actio dotis inest relegato dotis, *l.* 1. *in princ.* et §. *adeo, inf. de dote præleg.* ut actio dotis minuitur impensis necessariis, quoniam dos minor facta intelligitur, ita actione ex testamento minor dos præstabitur uxori ob impensas necessarias, id est, eo minus repetat actione ex testamento, et sicut dotis actio non minuitur ob alias impensas, ita nec actio legati: petetur enim dos integra. At dices non immerito, si nihil amplius est in legato dotis, quam in actione de dote, est legatum: ceterum est utile inutile: ergo est aliquid in eo amplius, quod verissimum est, uberiorem scilicet esse actionem legatæ dotis, quam actionem rei uxoriæ. Ac primum quidem in legato dotis est commodum repræsentationis, quoniam dos præstabitur uxori statim, quæ judicio rei uxoriæ solveretur tribus pensionibus, *l.* 1. §. 1. *de dote præleg.* est etiam hoc commodum in relegato dotis, quod non retinebuntur impensæ utiles nec voluptuariæ, quæ retinerentur in judicio rei uxoriæ, *d. l.* 6. *inf. de dote præleg.* et ita accipiendum est quod ait in fine hujus legis: ubi inquit, *vir uxori relegat dotem, id videtur legare quod in judicio dotis mulier consequutura fuit*, id est, legatum dotis continet actionem de dote, in actione de dote fieret compensatio, et deductio ipso jure ob impensas necessarias, fiet et eadem deductio in actione relegatæ dotis: sed hoc amplius est in hac actione, legati scilicet, quam in illa: quoniam in hac actione ab hærede non retinebuntur aliæ impensæ, in illa retinebuntur arbitrio judicis rei uxoriæ, et hæc, cum vir uxori suæ legavit dotem. Quid tamen dices si extraneus ab hærede instituto uxori hæredis sui legaverit, quicquid ad hæredem dotis nomine pervenisset: an idem dicemus in testamento extranei, quod in testamento mariti? minime, ut ostenditur in hac *l.* nam hoc casu hæc verba, *quicquid ad te pervenerit propter tuam uxorem dotis nomine*, rem taxant, id est, id omne debet maritus præstare

uxori quod ad eum pervenit dotis causa, nullo deducto, nullo compensato: ergo hoc casu ne impensas quidem necessarias deducet; et hæc est sententia hujus §. etsi vir doctissimus qui hunc §. fucavit ineptis multis, dicat uxori dote legata hæredem mariti dotem totam soluturum non deductis impensis necessariis: imo magis deductis impensis necessariis, ut ait *d. l.* 6. Nam quod inest actioni de dote, inest et legato dotis legatæ marito *l.* 1. *in princ. de dote præleg.* Idem ait, verba mariti legantis dotem, aut quicquid ad se vel ad hæredem perveniret dotis nomine esse taxationis loco: quod hic §. admittit tantum in extraneo legante, non in marito. Idem hæc verba, *ubi vir uxori relegat*, delet, aut dicit non esse posita suo loco, diruit prætorium elegans ut vilem causam inædificet. Idem stulte confundit retentionem, quæ fit ipso jure pro impensis, quæ sunt maxime diversæ, et hac diversitate secernuntur impensæ necessariæ a ceteris, ut scripsimus initio.

Ad L. XLII.

Cum ei qui partem capiebat, legatum esset, ut alii restitueret, placuit solidum capere posse.

Loquitur de eo qui partis tantum capax est: sunt igitur quidam qui legati sibi relicti partem tantum capere possunt, qui solidi capacitatem non habent: partem cum dicimus, dimidiam dicimus *l. etiam partis, sup. de usufr.* hujusmodi autem sunt jure antiquo mariti orbi, id est, qui non habent liberos: hanc legem interpretamur ex jure antiquo, nec enim possumus ex jure novo ita commode. Lege Papia orbi legatorum semisse multantur, id est, legatorum sibi relictorum partem tantum capere possunt dimidiam. Sozomenus *hist. eccles. lib.* 1. *cap.* 9. et ad id respexit poeta, dum ait:

Jura parentis habes, legatum omne capis.

Patres enim solidum legatum capiunt, orbi partem legati tantum, si modo excesserint annum 25. nam hanc ætatem fuisse præscriptam habendis liberis idem Sozomenus scribit, quod pertinet ad elucidandum locum *Ulp. in Frag. tit.* 16. *si*, inquit, *ætatis sit quæ liberos exigit*, id est, *viginti quinque annorum mas, viginti annorum femina*: majores ergo viginti sex annorum mares, vel majores viginti feminæ orbi vel orbæ, ex legatis sibi relictis partem tantum dimidiam capere possunt. Verum si forte orbus rogetur alii restituere, solidum capere potest, et hæc est sententia hujus legis: ratio optima, quia nihil honoris apud eum remansurum est, nihilque emolumenti, *l. si fidei meæ, inf. lib.* 5. *l. cogi*, § *hi qui solidum inf. ad Treb.* et hæc de incapaci pro parte: *et d.* §. *hi qui solidum*, idem admittit in hæreditate fideicommissaria quod in legato, cui est injunctum onus fideicommissi. Nunc dicamus de incapaci in totum si legatarius vel hæres in totum incapax sit, ut si peregrinus sit, et rogetur restituere capaci, an admittetur propter fideicommissarium, an capiet propter fideicommissarium ut fideicommissarii persona spectetur, quæ est capax non interposita persona legatarii. Resp. satis indicare superiores leges, eum qui in totum capere non potest, propter fideicommissarii personam non admitti, cum de eo tantum loquantur superiores leges, non de eo qui partem capere non potest, hic facilius solidum capiet propter fideicommissarii personam, quoniam non est omnino incapax: et ea quoque pars cujus est capax, apud eum remansura non est: et ita accipienda superior ratio quæ est in *d. l. cogi*, quoniam nihil honoris apud eum remansurum est, qui et eam partem cujus est capax, restituturus est statim ut ceperit: Accurs. tamen aliud judicium est in *l. eam quam, C. de fideicommiss.* ubi de ea re disputat multis verbis: Movetur potissimum *l.* 1. §. *sed si legatum, sup. si quis aliquem test. et l. legatarius sup. de excus. tut.* quæ tamen leges sunt de indigno, non de incapaci: indignus capax est, et quod ceperit retinet, nisi eripiat fiscus: contrario jure legatum relictum indigno, legatarius capit propter fideicommissarium, indignus legatum capit propter fideicommissarium, si id mox rogetur restituere alteri; hæreditas autem indigno eripitur a fisco cum onere fideicommissi, *l.* 2. §. *ult. sup. si quis aliquem test. l.* 3. §. *ult. inf. ad Treb.* fiscus deducit Falcid. ex hæreditate, lucratur ergo quadrantem, dodrantem restituit fideicommissario: legatum autem quod legatarius indignus rogatus est pure restituere, alteri fiscus non eripiet, quoniam nihil lucraretur: id enim restitueret statim fideicommissario sine deductione ulla: restat igitur id legatarium præcepturum, et fideicommissario restituturum: porro in totum incapaci legatum relictum alia in conditione est. Nam pro non scripto est, et apud hæredem remanet sine onere fideicommissi, exceptis duobus casibus, quoniam et fideicommissum habetur pro non scripto, hoc legatum habetur pro non scripto, et onus ei injunctum consequens est habendum esse pro non scripto, dixi *l.* 2. 7. *et* 29. *sup.* Idem juris est in hæreditate relicta in totum incapaci cum onere fideicomm. nam hæc hæreditas transit in legitimum hæredem sine onere, nec hoc casu fiscus vocatur, cum vel hæreditas vel legatum est pro non scripto: non vocatur etiam legatarius ipse vel hæres propter fideicommi. imo uterque repellitur, atque ita male Accur. confundit indignum cum incapaci, male confundit incapacem in totum cum incapaci

pro parte: neque enim idem jus est in uno quod in altero: de incapaci pro parte exemplum posui in orbo: de incapaci in totum exemplum posui in peregrino, recte: constat enim cum peregrino nullo modo esse testamenti factionem, *l.* 1. *C. de hæred. instit.* Peregrino adjungi potest etiam vir et uxor qui *l.* Papia inter se nihil omnino capiunt, videlicet si famosam quis duxerit, vel senator libertinam, et ita *Ulp. tit.* 16. non sunt in totum incapaces: nam exceptis quibusdam casibus quibus solidum capere possunt invicem, non possunt regulariter capere inter se nisi decimam partem bonorum, vel tertiæ partis bonorum usumfructum in honorem nuptiarum: et mulieri etiam recte legatur dos a marito, et si interveniant liberi beneficio, et nomine liberorum etiam aliquid præterea inter se capere poterant, hoc est jus antiquum, quod et si antiquatum sit, tamen illius vestigia extant in *l.* 1. *C. de his qui se def. et l. ult. C. de his quæ ut ind.* nec inelegans est species: uxorem non possum hæredem instituere: sed si is tacitam fidem mihi accommodaverit de restituenda hæreditate filiæ, nam in fraudem legis Papiæ fisco locum faciet, auferetur ei hæreditas quasi indigno. Verum tacitam fidem eum interposuisse probare fiscus debet qui hæreditatem eripit evidentissimis probationibus *l.* 3. §. *tacita inf. de jure fisci*, et sola affectio paterna non est idonea suspicio, idoneumve argumentum taciti fideicommissi, quoniam ideo quod sit pater uxoris videtur fidem dedisse de restituenda hæreditate uxori. Aliæ igitur probationes exquirendæ sunt, et si ita positæ species indicant uxorem ex testamento viri solidum capere non posse, ea tantum capere potest quæ diximus. Et de decima parte quæ matrimonii nomine relinquebatur, loquitur *l. qui uxori suæ, inf. de auro et arg. leg.* et de usufructu tertiæ partis relicto uxori *lex partis, sup. de præscrip. verb.* Consentit lex Papia ea in re cum legibus Solonis, qui ut refert Plutarch. ἐν τοῖς ῥωμαικοῖς, legata a defunctis relicta confirmavit: nisi quis vi coactus aut nimio amore uxoris legasset, excepit Solon necessitatem, quod non sit tum libera voluntas defuncti, excepit amorem uxoris, et ait, τὴν μὲν ἀναγκαίην ὡς βιαζόμενος, τὴν δὲ ἡδονὴν ὡς παραλογιζόμενος: sed hæc omnia sublata sunt *tit. de infirmand. pœnis cœlib. et orbit. et de decimis sublat.* Incapacibus forsitan adjungeret quis facile cœlibes, et Latinos ex eodem jure antiquo, sed hoc non est faciendum temere: et potest quilibet hac in re falli: nam cœlibes, et Latini non sunt omnino incapaces; est enim cum eis testamenti factio, hæredes institui possunt, legari eis potest: sed si mortis tempore vel intra diem aditionis Latinus civis Romanus non fiat, vel cœlebs uxorem non ducat, si modo excesserit viginti quinque annos mas, et viginti fœmina: nam hæc ætas fuit præscripta, ut Sozomenus scribit, legatum fiet caducum, hæreditas fiet caduca, *Ulp. tit.* 17. *et* 22. *in tit.* 17. ait, *intra diem cretionis*, recte; nam dies cretionis sive aditionis est centesimus, *l.* 2. §. *etsi geres, sup. de minor. l. si Titia*, §. 1. *quando dies leg. ced. l. Pannoninus, sup. de acq. hæred. l. regula*, §. *si filiusf. de juris et facti ig.* Igitur posteriores hos nolim temere adjungi incapacibus, sunt enim ab initio capaces, sed cadit ab eis relictum nisi legibus paruerint intra tempus constitutum, et hanc disciplinam antiquam censeo notandam: quia innumeris locis erit usui, qui sine ea vix intelligi possunt.

Ad L. XLIII.

Si ita relictum fuerit, quantum hæres meus habebit tantum Tithaso dari volo: *pro eo est, quasi ita sit scriptum, quantum omnes hæredes habebunt.*

§. 1. *Quod si ita fuerit*: quantum unus hæres habebit, tantum Tithaso hæredes meos dare volo: *minor pars erit accipienda, quæ venit, in legato.*

Delenda sunt omnia quæ scripsit Accurs. Lex est Pomponii, et ejus initium pertinet ad legatum portionis. Quidam ita legavit, *quantum hæres meus habebit, tantum Tithaso dari volo*, vulgo legitur, *Sticho*. Stichus nomen est servi quo significatur compunctus notis, stigmaticus, Tithasus nomen est liberi hominis, quod et idem Pomponius usurpat *in l. seq. et l.* 67. *sup. de hæred. instit.* quo nomine significatur mansuetus, et lenis τιτασός, id est, tranquillus: legavit ergo homini libero, hoc modo, *quantum hæres meus habebit tantum illi dato*, plures autem hæredes scripserat ex diversis partibus quis dabit? certum est omnes daturos, quoniam hæredis appellatione et omnes hæredes continentur, ut in stipulatione judicatum solvi, *si adversus te hæredemve tuum judicatum erit, quod ob eam rem me hæredemve meum dare oportebit.* Nam et plures hæredes promissoris stipulatione continentur, *l. in usu, inf. de verb. sign.* ut in edicto quod falso tut. auctore. Idem Pomponius scribit tutoris appellatione et plures tutores contineri, *l.* 1. §. *item hoc edictum, sup. quod falso tut. auct.* In tutoris datione Pomponius dubitavit an tutor datus Ofilio videretur datus omnibus filiis, et sine ratione quoniam certiori judicio tutorem instituere oportet quam legatarium vel etiam hæredem: clarissimo et certissimo judicio cavere quisque debet pro tutela suæ posteritatis, §. *tutor de legatis.* Adeo ut hodie posthumus quidem alienus institui hæres possit etiam jure civili, quamvis incertus sit, tutor tamen

incertus dari non potest, certius ergo judicium in delatione tutelæ. Quid vero est quod dicimus dubitasse Pomponium in datione tutoris, nempe negasse in *l. si quis testamentum. sup. ad l. Aquil. dubitans*, inquit, *negat*: verius tamen est, tutorem datum filio, datum videri omnibus, *l.* 16. §. 1. *sup. de test. tut.* Verum ut ad hæredis appellationem redeamus eodem modo cum testator ita dixit: *quantum hæres meus habebit, Tithaso dato*: certum est ab omnibus hæredibus legatum relictum videri: neque de hoc ambigitur in hac *l.* sed hæc est quæstio hujus legis propria an quis debeat, constat omnes debere legatum; sed quantum debeatur, id est, an quantum omnes hæredes habent, legatum videatur. Et idem respondet perinde esse atque si ita dixisset quantum omnes hæredes habebunt, quantum hæres meus habebit, id est, quantum hæredes mei habebunt, tantum Tithaso dato. et sic in specie l. seq. quæ stringetur hic paucis: cum ita legavit hæres meus quinque dato, certum est omnes hæredes damnari, neque de eo ambigitur, sed quæritur utrum singuli quina, an omnes quinque debeant præstare, et respondet quinque tantum ab omnibus deberi, quod est clarum, ita etiam in hac *l.* 45. Cum ita legavit: *quantum hæres meus habebit*, non quæritur an omnes debeant; hoc enim erat certum omnes debere: sed quæritur utrum debeant legatario præstare minorem partem hæreditatis, an, majorem, an dimidiam, et respondet dimidiam esse præstandam legatario. Nam dum hoc dicitur tantum legatario deberi quantum omnes hæredes habent. hoc significatur cum eo hæredes partiri debere hæreditatem ut legatarius habeat dimidiam, hæredes dimidiam retineant, et ita Tull. 2. *de finibus* quos dicit uno loco tantundem capere quantum omnes hæredes, inferiori loco partiarios vocat: hic igitur legatarius erit partiarius in partem dimidiam. Quid vero dicemus si testator ita legaverit, quod et in hac *l.* explicatur, quantum unus hæres habebit, tantum hæredes Tithaso danto: et hoc etiam casu Tithasus erit partiarius: non tamen dimidia sed minor pars hæreditariis tantum ei debebitur id est, tantum habebit is qui ex minori parte hæres est, tantum ei omnes hæredes præstare compellentur: et hoc si eis sit legatum per damnationem, vel per fideicommissum, *l. qui concubinam*, §. 1. *inf. lib.* 5. quoniam eo casu electio est hæredis quantam partem velit dare dabunt utique minorem: in *d. l. qui concubinam*, §. 1. legatum fuit per damnationem, et dicitur minorem partem deberi, hic dicitur legatum per fideicommissum: secus erit si per vindicationem legatum sit hoc modo, *quantum unus hæres habebit, tantum Tithaso do lego*: nam hoc casu legatarii est electio, et utique licebit ei eligere majorem partem: sicut enim in specie §. ult. hic, legatis decem aut quindecim per damnationem, minor summa legata videtur: contra legatis decem aut quindecim per vindicationem major, *l.* 11. §. *ult. sup.* non est obscura valde voluntas defuncti quæ interpretem habet certum, id est, hæredem vel legatarium cui jus eligendi competit: electio interpretatur voluntatem defuncti, obscurior est voluntas defuncti in specie *l.* 47. *inf. hic*, in qua deest interpres certus, et tamen in ea etiam sequimur quod minimum est, et hæredi parcimus. Ait ea lex 47. *Sempronius Proculus Nepoti suo salutem*, hic unus locus nobis conservavit integrum nomen Proculi Jureconsulti, *Sempronius Proculus*, quod ignorarunt, qui diligenter vitas Jureconsultorum scripserunt, locus hic est singularis, nepoti autem est nomen proprium consultoris, *l. Nepos*, *inf. de verbor. sign. l. Proculus*, *sup. de jure dot.* Juvenal. *dignique molam versare Nepotis*, Martial. *his vicine Nepos.* Species hujus *l.* 47. hæc est: testatores solent vulgo unum testamentum eodem tempore duabus tabulis, duobus exemplaribus conscribere, et consignare, et unum plerumque relinquunt domi, alterum peregre secum ferunt, *l. unum*, *sup. qui test. fac. poss.* finge heic testatorem idem fecisse, et omnia convenire, nisi quod uno exemplari eidem Titio adscripsit quinquaginta tantum: nec refert quo genere legati; quæritur, quantum Titio debeatur, an centum quinquaginta, an centum, an quinquaginta tantum? Si unum exemplar esset prius altero, novissimum valeret, ultima judicia potiora et certiora sunt quasi δεύτερον ἄμεινον, *l.* 12. §. *ult. sup. lib.* 1. sed utrumque exemplar est supremum, et non est aliud alio prius: et quamvis in uno testamento mutetur sæpe scriptura legati, et novissima spectetur: tamen hic non possis dicere mutatum, cum hæc duo exemplaria pro uno habeantur, *l.* 1. §. *sed si duobus*, *inf. de bon. poss. sec. tab. l. ult. sup. de his quæ in test. del.* Præterea si unum exemplar esset authenticum, alterum exemplum tantum, ut vulgo dicimus duplum, valebit potius exemplar, id est autenticum, *d. l.* 1. §. *sed si unum*; sed hic utrumque est authenticum, utrumque est exemplare testamentum: unde merito dubitatur quid sit sequendum, utrum Titio debeantur centum quinquaginta conjunctis scripturis duarum tabularum, an centum tantum ex novo exemplari, an quinquaginta tantum ex altero, nec in hac specie est causa qua possit sibi hæres vel legatarius interpretationem voluntatis attendere: *hoc casu*, inquit, *l.* 27. *hæredi parcendum*, eleganter: quod non posset dici in omnibus speciebus, in quibus quod minimum est sequimur, non parcimus hæredi, sed jus sequimur, quod hæredis sit electio. Igitur quia in hac specie hæredi parcimus, hæres tantum debebit quinquaginta,

centum non præstabit, et multo minus præstabit centum quinquaginta, quoniam non *bis*, sed semel legasse intelligitur testator, qui scilicet duabus tabulis eodem exemplo, eodem tempore conscriptis voluntatem suam ultimam exposuit: sed variavit tantum in legato adscripto Titio, cui non bis voluit legare, nec potuit eo modo, sed semel tantum.

Ad §. 2. Pegasus, et §. 3. Si ita scriptum.

§. 2. *Pegasus solitus fuerat distinguere: si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse cujus causa tempus dilatum sit: utrumne hæredis, quo casu hæredem fructum retinere debere, an legatarii, veluti si in tempus pubertatis ei, qui impubes sit, fideicommissum relictum sit: tunc enim fructus præstandos et antecedentis temporis, et hæc ita intelligenda sunt, si non nominatim adjectum est, ut cum incremento hæres fideicommissum præstet.*

§. 3. *Si ita scriptum sit:* decem aut quindecim hæres dato: *pro re est ac si decem sola legata sint, aut si ita sit:* post annum, aut post biennium, quam decessero, hæres dato: *post biennium videtur legatum, quia hæredis esset potestas in eligendo.*

Quæritur in hoc §. an fructus percepti ante diem fideicommissi veniant in restitutionem, quod non erit difficile explicatu. In ea quæstione Pegasus ita distinguebat: si: inquit: dies appositus sit fideicommisso hæredis gratia, fructus non veniunt in restitutionem: nam hæc fuit mens defuncti, ut interim hæres sibi fructus haberet, nisi nominatim aliud caverit ut restitueret fundum cum incremento fructuum, *l. facta*, §. *si hæres*, *l. in fideicommissaria*, *inf. ad Treb.* si dies restituendi fideicommissi delati legatarii gratia, ut si rogaverit hæredem restituere fundum Titio cum pubuerit: videtur distulisse restitutionem fideicommissi fideicommissarii causa, ut ejus infirmitati consuleret, et hoc casu fructus veniunt in restitutionem, *l. 3.* §. *cum Pollidius*, *sup. de usur. et l. liberto*, §. *filium sup. de annu. legat.* Eademque distinctione utimur in hac quæstione, an ante diem fideicommissum restituendo hæres liberetur: si dies sit adjectus hæredis gratia, liberatur: si dies adjectus sit legatarii gratia cui voluit providere testator, non capiet legatum ante eum diem: quod si maritus caperet, dissiparet forsitan statim: hoc casu hæres repræsentando non liberatur, si amiserit, si perdiderit rem legatam cui restituta est, *l. cum qui*, *inf. de annu. leg.* et tractatur plenius hac de re *l. 38. inf. de verb. obligat.*

Ad L. XLIV.

Si pluribus hæredibus institutis ita scriptum sit: hæres meus damnas esto dare aureos quinque: *non quilibet hæres, sed omnes videbuntur damnati, ut una quinque dent.*

§. 1. *Si ita legatum fuerit:* Lucius hæres meus Tithaso quinque aureos dare damnas esto, *deinde alio loco ita:* Publius Mævius hæres Tithaso quinque aureos damnas esto dare: *nisi Titius ostenderit, adimendi causa a Publico legatum esse relictum: quinos aureos ab utroque accipiet.*

Duæ sunt species: in utraque quæritur legatario utrum quina an quinque debeantur, quina, id est, una quina singulis, quinque, id est, una quinque. Accurs. innumeris locis non intellexit quid esset *quina*, vel *dena*, vel *terna*, *l. cum quo*, §. 1. *inf. ad leg. Falcid. l. si duos*, *sup. de evict. l. ult. de annuis leg. l. Aurelius*, *in princ. inf. de liber. leg.* Priorem speciem hujus legis exposui in lege præcedenti: posterior species hæc est: duos hæredes scripsi Titium et Mævium, Titium damnavi, ut daret Tithaso quinque: et alio loco testamenti, Mævium alterum hæredem æque damnavi ut daret Tithaso quinque. Quæritur Tithaso utrum singuli quina debeant, an omnes una quinque? Lex ait, singulos quina debere Tithaso, nisi Titius, a quo quinque Tithaso priore loco legaveram, probaverit testatorem deinde eo animo quinque legasse eidem Tithaso a cohærede suo ut se exoneraret, ut legatum a se eidem Tithaso relictum adimeret: deficiente hac probatione legatario singuli debent quina, et hoc ita procedit si per damnationem legatum sit, ut proponitur aperte in hac lege, neque alia quærenda ratio explicandæ hujus quæstionis, non est distinguendum, utrum ab uno hærede legatum sit, an a diversis, non distinguendum inter quantitatem legatam et corpus, *l. quid ergo*, §. 1. *sup. lib.* 1. hæc sunt commenta, sed distinguendum est inter genera legatorum. Igitur si per vindicationem legaverim, aliud erit, ut si eodem testamento ita dixerim: Titio lego quinque, et alio loco, Titio lego quinque. Titius non habebit nisi una quinque, *l. plane*, §. 1. *l. Si tibi*, §. 1. *sup. l. mens*, §. *eum qui*, *hic.* Cum per damnationem legatur eidem, eandem rem vel summam sæpius legari videtur: eum per vindicationem eidem, eandem rem vel summam legat testator sepius, non tam videtur sæpius legare, quam sæpius loqui, priore casu videtur sæpius legare posteriore sepius loqui. In specie l. 47. quam hic Accurs. male admiscet his, nec sæpius loqui, nec sæpius legare videtur qui unius testamenti duob. codicibus eidem legat, licet in summa variatio sit: ideoque etiam hæredi parcitur ut præstet

minorem quantitatem : sed in specie proposita ut diximus, ut omnes dubitationem solvantur, distinguenda sunt genera legatorum : nam et cum disjunctim duobus eadem res legatur per damnationem, singulis debetur solidum, uni res, alteri æstimatio : aut singulis eadem quantitas ; cum vero per vindicationem duobus disjunctim eadem res legatur, singulis partes debentur, concursu partes tantum recipiunt. Itaque legatum damnationis duplicationem admittit, sive multiplicationem, quam non admittit vindicationis legatum, sed ex constitutione Justiniani eodem jure est legatum damnationis quo vindicationis.

Ad L. XLV.

Si ita scriptum sit: Filiabus meis centum aureos do : *an et masculini generis et fœminini liberis legatum videatur : nam si ita scriptum esset : filiis meis hosce tutores do : responsum est etiam filiabus tutores datos esse; quod non est ex contrario accipiendum, ut filiarum nomine etiam masculi contineantur : exemplo enim pessimum est, fœminino vocabulo etiam masculos contineri.*

Initio proponitur, legatum relictum filiis, et filiabus deberi. Tutorem datum filiis, et filiabus datum videri, quod analogia, id est, ratio recti sermonis etiam exigit, ut dicamus filiæ, filiarum, filiis, non filiabus : nam Jurisconsulti hic introduxerunt, ut diceremus filiabus : sicut ex Plinio Sosipater scribit distinguendi sexus, et ambiguitatis discernendæ causa: atque ita in testamentis dici consuevit: quæ Jurisconsulti plerunque dictabant, veluti filiis filiabusque meis, ut libertis libertabusque meis, et vetustiores eis eabusque contra analogiam : verum, et si testator dixerit tantum filiis, ut si filiis legaverit, vel tutorem dederit, Jurisconsulti pro ratione analogiæ etiam filias contineri facile admittunt, vel si libertis, libertas, *l.* 16. *supr. de testam. tut. l. servus, inf. de verb. sign.* Contra ut hic ostenditur, filiarum appellatione non continentur filii, quia, inquit Accurs. quod minus dignum est, dignius non continet. Qua ratione et ex contrario usus est Harmenopulus, *tit. de leg.* τὸ γὰρ προτιμότερον ὄνομα, etc. summo et præstantiori nomine filiorum continetur infimum nomen filiarum, sicut retro infimo summum non continetur, et Pomponius hic ait, id esse exemplo pessimum, ut fœminino vocabulo contineantur masculi, vulgo turpissimum, atque ita legit Alciatus et nescio quam in rem transfert honestius, sed melius est legere, exemplo pessimum esse, ut sit sensus, etiamsi absit peccatum, tamen exemplo malum esse, sicut veste muliebri, ita vocabulo muliebri virum uti nuncupative, et id referri tantum ad dignitatem sexus, virilis. Eadem est ratio vocabuli, *quis*, in edictis, et legibus quamplurimis: nam ratio recti sermonis etiam hoc patitur, ut *quis* sit communis generis sicut apud Græcos ὅστις, sed JC. distinguendi sexus, et dubitationis tollendæ causa instituerunt dicere, *quis quave*, eadem ratione Paul. utitur in pueri vocabulo, ut sit commune, sicut apud Græcos παιδίον, sic Florentini recte non παις, ut in *l.* 10. *de excus. tut.* παιδίου nomen tribuitur primæ ætati, παιδὸς, secundæ, sed et secundæ παιδίου nomen tribuitur, quod omnis diminutiva appellatio, et blanda sit appellatio, et ita Clemens Alexandrinus 1. *Pedagogi cap.* 4. notat Atticos dicens παιδάριον communiter, et citat locum *Comici Menandri in Rapizomena.*

Ceterum Jurisconsulti noluerunt eo vocabulo uti communiter, sed dubitationis tollende causa in testamentis ita dictare instituerunt : *Pueros puellasque, l.* 7. *inf. de ann. leg.* Accurs. male hic opponere videtur *l. adigere, inf. de jure patron.* quasi ex ea probari possit etiam fœminino vocabulo mares contineri : id est falsum : nam evidens est in ea lege pro *libertum,* legendum esse *libertam. Patronus si jurejurando adigat libertam ne nubat, vel ne liberos tollat, amittit jus patronatus. Idem erit,* inquit, *si libertum jurare patiatur*, legendum *si libertam jurare patiatur,* id est sive adigat, sive patiatur, jure patronatus cadit.

Ad §. 1. *Si sub conditione.*

§. 1. *Si sub conditione, vel ex die certa, nobis legatum sit : ante conditionem, vel diem certam, repudiare non possumus : nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat, vel conditio existat.*

In §. 1. hoc ostenditur, id quod legatum est sub conditione, vel in diem certam, ante conditionem, vel ante diem repudiari non posse, id est, legatarium repudiando nihil agere, nihil sibi præjudicare, quoniam legatum, nondum delatum est: delata tantum repudiantur recte, si matures non delata repudiare, nihil egeris, neque juri tuo præjudicium feceris, cui sententiæ Accurs. opponit *l.* 1. *C. de pact.* quæ lex ostendit fratres inter se pacisci de fideicommisso nondum delato; sed statim respondet recte, aliud esse repudiare, aliud pacisci. Repudiamus delata tantum, paciscimur etiam de non delatis, *l. pactum, l. et hæredi,* §. *filiafam. sup. de pac.* Et similiter homine generaliter legato, legatarius Stichum certum hominem non repudiat recte, quia Stichus ei non defertur ex legato, antequam eum elegerit. Itaque etiamsi

repudiaverit Stichum, postea convocata omni familia defuncti ex ea eliget Stichum si velit, de Sticho tamen non eligendo pacisci potest, *l. hominem, inf. de opt. leg. l. si unus, §. sed si generaliter, sup. de pact.* Atque ita recte Accurs. separat repudiationem a pacto, sive transactione hoc loco: idem tamen Accursius et Rogerius accipiunt male *pertinere* pro *cedere* diem: lex ait, legatum conditionale vel in diem non posse repudiari, et subjicit hanc rationem: nam nec pertinet ad nos antequam dies venerit vel conditio existat, quæ ratio falsa est in relicto legato in diem, si *pertinere* accipias pro diem cedere: nam legati relicti ante diem certum dies cedit ante eum diem id est a morte testatoris: quia tamen non delatum est antequam dies venerit, non repudiatur recte. Itaque legati relicti in diem certum dies redit statim, nondum tamen venit: aliud est cedere diem, aliud venire diem. Igitur *pertinere* hic accipitur pro deferri, porro aliud est deferri, aliud cedere diem ut dixi *l.* 32. *sup.* atque ita optima est ratio in utroque legato, cur repudietur inutiliter hoc ante diem, illud ante conditionem, quoniam nondum delatum est nobis, possis audacter delere omnia quæ adnotavit Accurs.

Ad §. 2. *Si pater.*

§. 2. *Si pater filiæ suæ testamento aureos tot hæredem dare jusserit ubi ea nupsisset: si filia nupta sit, cum testamentum fit, sed absente patre et ignorante, nihilominus legatum debetur, si enim hoc pater non ignorabat, videtur de aliis nuptiis sensisse.*

Pater filiæ emancipatæ legavit sub hac conditione *cum nupserit*, quæ verba conditionem faciunt, si nupserat jam testamenti tempore, quæritur an legatum debeatur, utitur distinctione bella: si pater nesciebat nupsisse filiam, legatum debetur, quoniam præsentia quæ nesciebat esse testator, videtur habuisse pro futuris: si autem testator sciebat eam nupsisse, legatum nondum debetur, expectandæ sunt aliæ nuptiæ, quoniam non videtur sensisse de presentibus quas non ignorabat, sed de aliis in quarum casum filiæ legatur, id est, si iterum nupserit: hæc enim conditio *cum nupserit*, *vel si nupserit*, fatalis est sive casualis: ergo non est promiscua, promiscua conditio est quæ facile impletur; id est, εὐχαρής, ut si decem dederit, ut si Capitolium ascenderit, quæ et potestativa dicitur, hæc conditio promiscua, non impletur promiscue, id est, non quolibet tempore, non quolibet modo; hæc enim conditio impleri debet post mortem testatoris: hæc conditio impletur vera obsequentis voluntate, non fortuita manu, non fortuito casu, atque adeo non etiam quolibet tempore, obsequia hæc redduntur defunctis non vivis: ita autem conditio cum nupserit, non est promiscua, sed fatalis, non impletur quolibet tempore, impleri debet post mortem, quoniam casum legato non obsequium legatario injicit: et in summa conditio aut est potestativa sive promiscua, aut casualis: potestativa obsequium imponit legatario, casualis obsequium non imponit legatario, sed casum tantum eventumque fortunæ legato injicit: et hæc quæ diximus de conditione *si nupserit*, comprobantur *l.* 6. *inf. de cond. et dem. l. si quis hæredem, C. de instit. et substit.*

Ad L. XLVI.

Si scripsisset qui legabat: Quicquid mihi Lucium Titium dare facere oportet, Sempronio lego, *nec adjecit*, præsens in diemve: *non dubitarem quantum ad verborum significationem attineret, quin ea pecunia comprehensa non esset, cujus, dies moriente eo, qui testamentum fecisset, nondum venisset: adjiciendo autem hæc verba*, præsens in diemve: *aperte mihi videtur ostendisse, eam quoque pecuniam legare voluisse.*

Ponit nomen debitoris ita fuisse legatum. Legavit igitur nomen per fideicommissum, vel per damnationem his verbis: *quicquid Titium mihi dare facere oportet*: lex ait, id tantum legato contineri, quod testamenti tempore defuncto debebat Titius, non quod post testamentum debere cœpit: nam hæc verba præsentis temporis significationem habent, et eadem explicatio locum habet in stipulationibus, *l. cum stipulamur, inf. de verb. obligat.* Igitur sicut in stipulationibus, ita in legatis si quis uberius legatum vult, adjicere debet *præsens in diemve oportebit, l.* 17. *inf. de liberat. leg.* hoc non adjecto, id est, si dixerit, *oportet*, præsentis tantum nominis actio legatario ab hærede mandabitur, quoniam eis verbis actio tantum legari videtur, nisi legatarius probet aliam fuisse voluntatem defuncti.

Leg. 47. *exposui sup. ad l.* 43. omisimus Accursium ei opponere legem *quingenta, sup. de probat.* quod omitti facile potuit: nam ad eam respondit recte Roger. cujus verba retulit Accursius hoc loco, quæ velim vos signare meliore nota.

Ad L. XLVIII.

Licinus Lucusta Proculo suo salutem. Cum faciat conditionem in releganda dote, ut si mallet uxor mancipia, quæ in dotem dederit, quam pecuniam numeratam recipere: si ea mancipia uxor

malit, nunquid etiam ea mancipia, quæ postea ex his mancipiis nata sunt, uxori debeantur, quæro. Proculus Lucustæ suo salutem. Si uxor mallet mancipia, quam dotem accipere, ipsa mancipia, quæ æstimata in dotem dedit, non etiam partus mancipiorum ei debebuntur.

Duæ sunt species: ut prior intelligatur, sciendum est res in dotem datas vel æstimari, vel non æstimari inter conjuges, et æstimationem multum magnumque discrimen adferre. Nam rebus æstimatis datis in dotem marito, soluto matrimonio electio est utrum velit reddere res, an æstimationem: si exstent, res, si perierint, omnimodo æstimationem reddere debet, quia perierunt marito: æstimatio enim venditio est, quæ mariti quasi emptoris dominium et periculum facit, *l. plerunque*, §. *pen. et ult. inf. de jure dot.* Et hac de causa si mancipia æstimata data sunt in dotem, partus mancipiorum, licet non sint in fructu, ad maritum pertinent: fructus dotis æstimatæ vel inæstimatæ semper ad maritum pertinent, ut fœtus pecorum, quoniam sunt in fructu, partus, non pertinent ad maritum si dos sit æstimata; sed si sit inæstimata, partus pertinent ad maritum: si inæstimata essent mancipia quæ sunt periculo mulieris, *d. l. plerunque*, §. *si servi, et l. cum post*, §. *ult. inf. eod.* Soboles mancipiorum quæ periculo mariti deteriora fiunt, pertinent ad maritum, soboles mancipiorum quæ sunt periculo mulieris, ad mulierem pertinent, et soluto matrimonio restituentur tam mancipia, quam partus mancipiorum, *l. 1. C. sol. matrim.* quam Accurs. explicat recte, et conciliat cum *d. l. si mancipia*, ad eandem leg. *si mancipia.* Inde nascitur aliud discrimen: quod rebus inæstimatis datis in dotem res ipsæ sunt dotales: idem est si res æstimatæ dentur in dotem hac lege, ut res ipsæ omnino reddantur soluto matrimonio, quoniam hæc æstimatio non est venditio, summa tantum declaratur: hoc genere æstimationis non contrahitur venditio, et res ipsæ manent in dote, *d. l. cum post*, §. *cum res*, atquæ ita accipe leg. *non solum, infr. eodem*, quæ æstimatam vel inæstimatam dotem parem facit, *l. un.* §. *fundo, C. de rei uxor. act.* Rebus æstimatis datis in dotem, id est, contracta venditione res non sunt in dote quæ venditæ intelliguntur, sed æstimatio est in dote, et omnino id eleganter Proculus, mancipiis æstimatis datis in dotem, dotem separat a mancipiis; eo enim casu dos est pretium mancipiorum, non mancipia. Et inde talem ponit speciem: uxor viro dedit in dotem mancipia æstimata, viri est electio soluto matrimonio secundum ea quæ diximus, ut vel ea reddat mancipia si extent, vel æstimationem: vir testamento uxori dotem relegavit, aut optionem quam habebat ei remisit: est enim conditio optio, optandi facultas, ferre et facere conditionem sive electionem dare: denique maritus electionem, quam habebat, transtulit in uxorem, in relegatione dotis uxor elegit mancipia: quæritur an debeantur partus mancipiorum editi post nuptias: lex ait, partus non deberi, quæsitos fuisse marito cujus fuit dominium et periculum mancipiorum, et remissionem electionis non mutare naturam dotis æstimatæ: natura dotis æstimatæ est, ut maritus non tantum fructus lucretur et suos faciat, sed etiam partis inæstimatæ: fructus tantum suos facit, non partus, quoniam homo non est in fructu.

Ad §. 1. *Bonorum.*

§. 1. *Bonorum possessione dementis curatori data, legata curatore, qui furiosum defendit, peti poterunt: sed qui petent, cavere debebunt, si hæreditas evicta fuerit, quod legatorum nomine datum sit, redditu iri.*

Loquitur de furioso hærede instituto: an ei deferetur hæreditas jure? non, nec bonorum possessionem secundum tabulas, ne per curatorem quidem amplecti potest quoniam non agnoscimus, ut non repudiamus delatam hæreditatem, *l. 1. nondum*, §. *furiosi, inf. de success. ed.* ergo curatar furiosi non potest petere, et amplecti bonorum possessionem secundum tabulas, edictalem scilicet, quoniam edicta et leges jura successionum deferunt sanis tantum: potest tamen curator petere bonorum possessionem decretalem, quæ dabitur ex decreto si justa causa Prætori videatur, *l. 2.* §. *si quis ex libertis, ad Tertill. inf. l. ult.* §. *suos itaque C. de curat. fur.* Atque ita in hoc §. accipiendum est curatorem furiosi hæredis instituti accepisse bonorum possessionem secundum tabulas decretalem: decretalis defertur et acquiritur simul: et ita accipe *l. 1. inf. de bonor. possess. fur.* finge: curator furiosi hæredis instituti agnovit bonorum possessionem secundum tabulas decretalem, et fruitur bonis hæreditariis, vel legatarii ex testamento petunt legatum, a curatore furiosi præstabitur, sed non sine cautione: nam cavere debent curatori dementis evicta hæreditate legata reddi. Recte; quoniam hæc bonorum possessio potest esse sine re, potest ad irritum deduci, si non resipiscat hæres institutus; nam si moriatur in furore, hæreditatem illam vindicabit hæres legitimus testatoris, vel substitutus vulgaris, si quis sit, vel his deficientibus fiscus: et ob id curator accepta bonorum possessione decretali cavebat legitimis hæredibus de restituenda hæreditate, *d. l. ult.* §. *tanti*: eo pertinet *lex non est, inf. de bonor. possess.* et *lex hæres, sup. de petit. hæred.* Igitur legatarii cavere debent evicta hæreditate a legitimo hærede, quo genere testator habe-

bitur pro intestato, et peribunt legata, se ea legata reddituros, aut se curatorem dementis indemnem servaturos; erit ea bonorum possessio cum re si resipuerit hæres, et non repulerit a se bonor. poss. atque ita sanitate recepta successionem transmittet ad suum hæredem. Ceterum sanitate recepta, defertur ei bon. poss. edictalis, et eam si repudiaverit vel agnoverit, decretalis finitur: decretalis finitur sanitate recepta, sicut Carboniana, quæ est decretalis, finitur pubertate: decretalis datur ad tempus, edictalis perpetuo.

Ad L. XLIX.

Mortuo bove qui legatus est, neque corium, neque caro debetur.

§. 1. *Si Titio frumentaria tessera legata sit, et is decesserit: quidam putant exstingui legatum: sed hoc non est verum: nam cui tessera, vel militia legatur, æstimatio videtur* legata.

Initio l. hoc ostenditur, mortuo bove legato, neque carnem, neque corium deberi, generaliter, sic dicamus mortuo bove legato, λείψανα non deberi, λείψανα vocat JC. caudam et exuvias, *l. quid ergo*, §. *si hæres lib.* 1. non debetur etiam æstimatio animalis: et hoc indistincte procedit, sive proprietas bovis, sive ususfruct. legatus sit, *l. pen. sup. quib. mod. ususfr. amitt. mortuo*, inquit, *bove*, vivo testatore, vel etiam post mortem testatoris, antequam acquireretur legatario, et ait, *mortuo*, occiso eo ab hærede æstimatio deberetur, λείψανα non deberentur, *d.* §. *si hæres*, neque his obstat *lex si servus*, §. *bove, sup. de cond. furt.* quæ mortuo vel occiso bove furtivo ait eum condicere aut vindicare λείψανα: nam ea lex de domino loquitur, nos de legatario nondum rei legatæ dominium adepto loquimur: alioquin legatarius vindicaret λείψανα quasi dominus, ut et in uvis proponitur, *d.* §. *bove*, ex uvis alienis a fure musto confecto dominum condicere vel vindicare mustum et vinacea, inquit, quæ et ipse *Galenus* 2. *de facultatib. aliment. cap.* 8. vocat λείψανα τῆ σταφυλῆς: vindicabit etiam ex suis olivis a fure oleo confecto, oleum et fraces in *l. solum*, §. 1. *sup. de rei vind.* dicitur meum esse, quod ex re mea superest, veluti mortui bovis mei corium et caro mea est, mortuæ ovis vellus et caro mea est: vindemiæ meæ mustum meum est, etiamsi id alter confecerit, si modo id sciens confecerit, *l. de eo*, §. *si quis ex uvis*, *sup. ad exhib.* animal legatum meum non est antequam agnovero liberalitatem defuncti, vel traditionem accepero: et ideo si interim pereat sine dolo et culpa hæredis, nec æstimationem petere possum, nec λείψανα. Idem dicemus quadriga legata si vivo testatore, vel nondum acquisito legato equus ille decesserit qui quadrigam demonstrabat, *l. peculium*, §. *quadrigæ*, *inf. hic*, qui quadrigam demonstrabat, id est, omnium formosissimus, ex quo potissimum tota quadriga pendebat: hoc perempto ceteri non debentur, quo potissimum quadriga designabatur. Contra hoc superstite, alio perempto non omnino videtur extincta quadriga, cujus pars major potiorque superest, et ideo ceteri equi debentur: usumfructum et in ceteris extingui fateor, *l.* 10. §. *ult. quibus mod. ususf. amitt.* ususfructus stricto jure regitur, *l.* 39. *sup.* proprietatis legatum non extinguitur, quoniam equi qui supersunt, debentur. Et ita combustis non collapsis ædibus legatis, area debetur legatario, quæ est maxima pars ædium, et consequenter debentur rudera et cæmenta, *l.* 22. *sup. lib.* 1. *l. qui res*, §. *aream de solut.* quod non ita procedit usufructu ædium legato: extinguitur enim ususfructus exustis ædibus, *l. repeti*, §. *rei*, *quib. mod. ususf. amitt.* et sic grege legato, si grex ad unum bovem redierit ceteris extinctis, bos ille debetur legatario *d. l.* 22. quoniam pars gregis quædam superest, quod non ita procedit usufructu gregis legato, *leg. ult. sup. quib. mod. ususfruct. amitt.* At singulorum capitum legata proprietate vel ususfruct. nil refert, hoc casu mortuorum λείψανα non debentur, sicut uno bove legato mortuo exuviæ, sive λείψανα non debentur, animal enim legatum est, animalis vero nihil superest, neque enim exuviæ sunt pars animalis, eadem ratione ut ait *d.* §. *quadrigæ*, plerique existimant, quadrigæ legatum extingui mortuo demonstratore et insigni quadrigæ, quasi scilicet eo extincto nihil videatur superesse ex quadriga: quo argumento potest tentari, coro canentium legato, si præcinens magister interierit, interire legatum: si alius cantor interierit non interire legatum, quoniam singuli in legato esse videntur, *l. si chorus*, *lib.* 3. *inf.* et exposui sup. *l.* 2. quadriga autem legata equos quatuor deberi sine curru: quadriga enim significatione sua quadrijuges equos, non currum complectitur et distinguitur ab eo, auctore Capitolino in Gordiano: *senatus decrevit quadrigam equorum, et currum triumphalem*, Juvenal. 7.

. . . Hujus enim stat currus ahenus, alti
Quadrijuges in vestibulis.

Et Columella sobolem horum equorum qui sunt apti curribus vocat semina quadrigarum: quadrigæ nomine significantur sine curru equi, *l. si id quo, sup. pro soc.* Et ut nihil interest par mulorum sive mularum legetur, an duæ mulæ, sive duo muli, si modo habiti sint pro pari, pro jugo ut

carrucis, vel rhedis jungerentur, arg. *l. ædiles*, §. *ult. sup. de ædil. edict. l. qui duos*, *inf. lib.* 3. nihil interest utrum legetur par boum ad arandum, an duo boves, si modo aratorii et jugales sint, nihil interest utrum legetur octophorum aut lecticarii octo, *l.* 8. §. *ult. lib.* 1. Itaque nihil interest quadriga legetur, an equi quatuor si modo electi sint ut ad currus jungerentur. Et similiter sicut pari mularum legato carruca vel rheda ad quam mulæ jungi solent non debetur legatario: ita quadriga legata currus ad quem jungi solent, non debentur: jungebantur muli vel mulæ ad carrucas vel rhedas, *d. l. ædiles*, §. *uxor*, *inf. de auro et arg. leg.* equi jungebantur ad currus, sed profecto legatum quadrigæ, aut bigæ, aut trigæ, carruca vel currus non sequitur. Denique non utetur frumenti theca legato frumento, *l.* 3. §. *ult. inf. de pen. leg.* quoniam non accedunt, non sunt accessionis loco, et sine his potest esse frumentum argentum sine arca, annulus sine theca. At quæ sunt accessionis loco, et sine quibus res legata esse non potest, hæc legato cedent: ut legato lecto cedunt fulcra, legatis armariis quæ erant vasa mobilia, vel loculis legatis debentur claustra et claves *l. librorum*, §. *ult. inf. lib.* 3. Avibus legatis debentur armaria, ut granarium auctores nostri non accipiunt pro loco ædium, sed pro vase recondendis granis apto: ita armarium non accipimus pro loco æd'um, sed pro fiscella: hæc armaria avibus legatis debentur, *l. avibus*, *inf. lib.* 3. Vasibus legatis debentur vasa, quæ parantur collocandorum vasorum causa, ut legato scypho debetur trulla, *l. hæres*, §. *pen. inf. lib.* 3. Item vino, aut penu legata debentur vasa, etiamsi scriptum non sit, *l.* 3. §. 1. *l. vino*, *inf. de trit. vino leg. l.* 3. §. *ult. et l.* 4. *de penu legat.* Idemque vino vendito procedit, ut tacite sequantur vasa: nam Jureconsulti non distinguunt inter legatum et venditionem vini, utrobique accedunt vasa, et licet moribus idem non sit receptum in venditione, ut vendito vino vasa non sequantur, id non est ex jure, sed ex opinione Accursii; *l. in testamentis*, *inf. de reg. juris*, qui suam opinionem confirmat tantum ea *l. in testamentis*: et ideo ait, vino legato sequi vasa, quod voluntas testatoris plenius accipiatur, et inde per ἀντιδιαστολὴν non idem esse dicendum vino vendito: sed decipitur: nam illa regula non constituitur ad differentiam contractuum: cum in contractibus admittantur pleniores interpretationes, *l.* 111. *inf. de verb. oblig.* sed cum in testamentis accipimus *plenius*, non est interpretandum plenius quam in contractibus, sed *plenius* quam ferat scripti ratio, id est, non stricte, ut ait *l. plenum*, §. *sed si pecoris, sup. de usu et habit.* Pari modo servo legato certum est vestem sequi: etiam, vestis est accessio quædam servi, *l.* 1. §. *quæ depositis*, *sup. depos.* et sine veste servus intelligitur esse non posse. Alimentorum appellatione et vestitus continetur, et consequenter, equo legato sequuntur ornamenta, unde facile explico ambiguitatem ab Æsopo propositam. Quidam per damnationem legavit equum, aut pretium quanti hæres vendiderit: hæres vendidit equum ornatum, et edixit palam se equum vendere minimo, id est, minimo pretio; ornamentum maximo, deinde offert legatario minimum: quoniam non pluris equum vendiderat, et legatario equum tantum, aut equi pretium testator reliquerat. Manifestus est error hæredis et calumnia; nam equum ornamenta sequuntur, quod sine his usui esse non possit. Sciendum est, in omnibus his casibus, consumptis eis rebus legatis, accessiones non deberi, ut exempli gratia, si servus legatus decesserit vivo testatore, vel mortuo testatore ante acquisitionem legati, vestis servi non debetur legatario, *l. aliter*, *inf. de pecul. leg.* quia vestis accessio legati non est legata, *l.* 4. *inf. de penu leg.* Et ita deposito servo, dicitur vestem esse accessionem depositi, non depositum, *d. l.* 1. §. *quæ depositis*: venit tamen et vestis in actionem depositi, *d. l.* 1. §. *hanc autem actionem*: §. 1. exposui in *l.* 22. *sup.* §. *ult. l.* 29.

Ad §. 2. *Labeo*, *et ad* §. 3. *Si testator.*

§. 2. *Labeo refert, agrum, cujus commercium non habes, legari tibi posse, Trebatium respondisse: quod merito Priscus Falcinius falsum esse ajebat. Sed Proculus ait, si quis hæredem suum eum fundum, cujus commercium is hæres non habeat, dare jusserat ei, qui ejus commercium habeat, putat, hæredem obligatum esse (quod verius est) vel in ipsam rem si hæc in bonis testatoris fuerit, vel si non est, in ejus æstimationem.*

§. 3. *Si testator dari quid jussisset aut opus fieri, aut munus, dari pro portione sua eos præstare, quibus pars hæreditatis accresceret, æque atque cetera legata, placet.*

Commercium est jus emendi vendendique. Sunt quædam personæ, quæ rerum certarum commercium non habent, quæ eas res emere non possunt, ut Judæi non habent commercium Christiani mancipii; senator non habet commercium navium maritimarum, *l.* 3. *inf. de vacat. mun.* Præses non habet commercium agri provincialis. Nunc quæritur, cum judæus non possit emere servum Christianum, an possit ei legari, item cum senator non possit emere navem maritimam, possit senatori legari navis maritima? et ait in hoc §. legari non posse. Inde colligo, eum qui certæ rei commercium non habet, incapacem esse ex testamentis. Quod si

hæres sit institutus ex asse, et certe rei commercium non habeat, quid fiet? hoc statuo: certum est hæredem institutum ex asse, excepta re certa, nihilominus capere, *l. si quis ita hæres, sup. de hæred. inst.* Et similiter hæredem institutum ex re certa solum, nullis adjectis cohæredibus assem capere, *l.* **1.** §. *si ex fundo, sup. de hæred. instit.* quia testator non potest pro parte testari, pro parte non testari, et hoc ita procedit, si hæres institutus sit capax assis: sed si certæ partis vel certæ rei capax non sit, id est, si solidi capacitatem non habeat, et solus hæres instituatur, quid dicemus? an dicemus eum nihil capere, quoniam non potest totum capere, ne testator sit pro parte intestatus, et pro parte testatus, cum hic non possit capere totum ex testamento? minime: dicemus eum tantum capere eam partem cujus est capax, reliquum cedere reliquis hæredibus: atque ita eveniet, ut si pro parte testatus et pro parte intestatus: nec mirum cum sic leges fecerint, non ipse sibi strinxerit leges: possunt quidem leges facere intestatum pro parte. atque ita legibus facientibus hic erit pro parte testatus: hic etiam licet sit pro parte incapax, capiet totum: veluti si hæreditas non sit solvendo, si plus sit in ære alieno, quam in bonis, hic ex asse fiet hæres, si velit, quoniam ita nulla fraus fiet legibus, quæ incapacem illum fecerunt, quoniam leges commoda ejus diminuere voluerunt, quæ diminuuntur cum adit damnosam hæreditatem: hoc igitur casu ex asse fiet hæres quia nihil lucrabitur, *l. si quis solidum, sup. de hær. inst.* Idemque erit si hæres, qui certæ rei commercium non habet, rogetur eam rem alteri restituere; nam si ea res non sit in bonis, præstabit æstimationem rei, eam non potest præstare qui non potest emere: si vero ea res sit in hæreditate, hoc casu eam rem capiet propter fideicommissarium: incapax pro parte, vel ex re certa facile admittitur in eam partem, eamve rem propter fideicommissarium, ut dixi *l.* 42. *sup.* et similiter *l. sed si res lib.* 1. *sup.* semper existimavi sic esse accipiendum et emendandum quod tractatur in *l.* 34. *de verb. oblig.* ut si cui legetur res cujus commercium non habet, et rogetur eam restituere ei qui commercium habet, admittatur propter fideicommissarium: atqui hic fuit incapax in totum, quod potuit movere dubitationem. Alii sunt incapaces principaliter, alii incapaces per consequentiam: principaliter incapaces sunt, qui vitio suo non capiunt ex testamentis legata, vel hæreditates, ut orbi, et cœlibes, ut dixi *d. l.* 42. et ex constit. Domitiani probrosæ mulieres apud Sveton. in Domit. hi dum vetantur capere plectuntur vitio suo. Alii autem incapaces per consequentiam, sunt incapaces ex rei qualitate, conditione, favore, ut Judæus non potest emere Christianum, quod favor Christiani exegit; non odium: unde et hi dicuntur esse incapaces per consequentiam, quoniam interdicti sunt commercio, sed per consequentiam interdicuntur in testamentis. Et hæc duo genera incapacitatis subnotantur in *l. filiusfam.* §. *si sic, sup. lib.* 1. illi qui sunt incapaces principaliter, propter fideicommissarium non admittuntur si sint in totum incapaces, alii propter fideicommissarium admittuntur, qui sunt directo incapaces.

Ad L. L.

Ut hæredibus substitui potest; ita etiam legatariis: videamus an idem fieri possit, et cum mortis causa donari videtur: ut id promittat ille alteri si ipse capere non poterit, quod magis est: quia in posterioris quoque personam donatio confertur.

Initium hujus l. explicavi in *l.* 8. §. *pen. sup.* quæ sequuntur sunt de nomine legato. Titius mihi debet Stichum aut decem, quæ exempla stipulationis occurrunt sæpe in libris nostris. Nam ita quis stipulabatur servum, aut decem, commune erat pretium servorum: Titius ergo mihi debet Stichum, aut decem ex stipulatu, electio est Titii utrum malit solvere, *l. plerumque,* §. *ult. de jure dot.* utrumque tamen est in obligatione, non unum in obligatione, alterum in solutione *l. si duo rei, inf. de verbor. oblig. l.* 5. *inf. qui et a quib. manumiss. lib.* Igitur recte tibi legavero Stichum quem mihi Titius debet: nam cum promiserit Stichum aut decem, certe Stichum debet sicut promissor recte constitueret mihi se soluturum Stichum; quod non constitueret recte si Stichus non esset in obligatione, *l. illud sup. de const. pecu.* legavi ergo tibi Stichum quem mihi Titius debet: si Titius solverit mihi decem, cujus est electio? non Stichum, legatum Stichi extinguitur quoniam solutione pecuniæ desiit mihi debere Stichum: et hæc verba, *Quæ mihi Titius debet*, non pro demonstratione accipiuntur: sed pro causa et substantia legati, id est, his verbis dividetur legati nomen sive actio, non quantitas, vel corpus, *l. si sic legatum* 75. §. 1. *sup. lib.* 1. si vero Titius promissor mihi solverit Stichum, tum valebit legatum Stichi: si vivo mihi nihil solverit, aget hæres cum hærede meo, ut vel cedat tibi actionem adversus Titium, vel ut ipse ea actione experiatur, et soluto Sticho, exactove Sticho, Stichus tibi præstabitur: solutis decem, inutile reddetur legatum et inane: atque ita in potestate Titii, an tibi legatum debeatur, cum in ejus potestate sit quid malit solvere: si solverit Stichum, tibi debebitur legatum, si solverit decem, nihil debebitur, *d. l. si sic legatum,* §. *ult.* qui docet, quod notandum, idem Jul. videri quod

Marcellus hic scribit. Ergo eventus solutionis legatum sibi relictum vel confirmabit, vel infirmabit: et quod diximus in uno legatario in quo consentiunt Julianus, at Marcellus, idem Marcellus notat in hoc §. 1. esse dicendum in diversis legatariis: finge, cum Titius mihi deberet Stichum aut decem, ego legavi Primo Stichum, quem mihi Titius debet. Secundo legavi decem, quæ mihi Titius debet: solutis mihi decem legatum relictum secundo valet relictum Primo non valet, soluto mihi Sticho, Primo relictum valet. Secondo relictum non valet vel si nihil mihi solutum sit, utrique legatario in hæredem competit actio, ut actionem cedat adversus Titium, vel agat ipse, et ex eventu solutionis, alterutrius legatum valebit, utrumque legatum non potest valere quoniam utrumque non solvetur. Non potest ergo legatum consistere in utriusque persona: nam est quidem utrumque in obligatione Stichus et decem, sed disjunctim non conjunctim, idque solutio declarat: soluto enim Sticho, decem eximuntur obligatione, id est, tota obligatio perimitur. Denique utrumque est in obligatione: utrumque tamen non solvitur, utriusque legatum consistere non potest, et hæc est sententia §. 1. at obstat *l.* 76. *sup. lib.* 1. in qua lege Jul. ait aperte in eadem specie legatum consistere in utriusque persona, et uni actionem esse cedendam adversus Titium alteri esse præstandam æstimationem litis, id est, tantum præstandum quantum Titius debet. Et profecto videtur hac in re dissentire Marcellus a Jul. et verior esse sententia Marcelli: nam quod Jul. admisit in uno legatario, cur non admittit in diversis, ut ex eventu solutionis unius legatum pendet, sic et duobus legatum relictum ex eventu solutionis pendeat? vel quod Jul. non admittit in diversis, cur admittit in uno? *arg. l. singularia, sup. de reb. cred.* Marcellus Juliano fuit adversarius accerrimus, et ob id tunc maxime sequuntur Julianum JC. cum sententia Juliani a Marcello approbatur, *l. si servus*, §. *sed an is qui servum, ad l. Aquil.* Quod Jul. ait est verissimum cum et Marcellus consentiat invitus, et juratus adversarius *et l.* 1. §. *si*, *de noxal. act. sup. Jul. sententiam probavimus, quæ habet rationem, et a Marcello apud Julianum probatur.* Et sunt hujus studii innumera vestigia in Digestis. Verum etsi hoc mihi verius esse videatur dissentire hac in re Julianum a Marcello velim tamen vos monere, solutionem Accursii ratione non carere, Accurs. ait in hoc §. 1. electionem fuisse promissoris, ut daret Stichum, vel decem, atque ita in potestate promissoris esse uter sit legatarius, Primus an Secundus: in *l.* 70. ait, electionem fuisse stipulatoris vel hæredis ejus, id est stipulatorem sibi reservasse electionem sive arbitratum, et in hæredis a quo stipulator duobus legavit potestate non est, ut electione factoque suo unum legatarium præferat alteri: utrique satisfacere debet, *l. non quocumque*, §. *qui Caji*, *sup. lib.* 1. *l.* 13. *sup. hic*: magna est certe ratio hujus distinctionis. Verum nego in *d. l.* 36. electionem fuisse stipulatoris, quoniam scilicet ea lex pendet ex *l.* 75. §. *ult.* in qua etiam, teste Accursio, electio promissoris fuit. Est igitur etiam in eo aptata illi *l.* 76. Idem Accurs. male negat, actionem legari legato Sticho quem mihi Titius debet, sed rem ipsam legatam ait, id est, jus, inquit, quod in re testator idemque stipulator habuit: jus vero in re debita creditor nullum habet, in pignore jus habet. Emphyteuta in prædio emphyteutico jus habet. Is qui jus habet eundi in prædio vicini, jus in eo prædio habet, sed in re debita creditor nullum jus habet, sed actionem tantum: et hanc solam legare videtur cum legat Stichum quem sibi Titius debet, *d. l.* 75. §. 1. *et* 76. *et l. legatum ita erat*, *eod.* et ob id ut constat ex conjunctione *d. l.* 75. *et* 76. in arbitrio legatarii est, ut vel actionem sibi cedi, vel ea actione hæredem experiri petat. Et perperam idem Accurs. in *d. l.* 76. actionem interpretatur rem sive exactionem et emolumentum actionis: hæc enim nunquam sunt confundenda: hæc sunt semper diligenter secernenda: nam exactione legati conditionale est legatum, puta si pecuniam exegerit hæres, ut eam adnumeret præstetque tibi, actione legata purum est legatum, §. *ult. hic.* Illo modo legatur quantitas quæ debetur, hoc modo legatur jus, sive nomen, sive actio voluntas defuncti conditionem facit, *l. in conditionibus*, §. 1. *de cond. et demonst.* Quid autem voluerit defunctus in disquisitione est judicis: et ideo cum testator ita legavit, *quantam pecuniam hæres meus a debitore meo exegerit*, *tantam dato*, si quæratur an legavit pecuniam quam exigeret hæres, an actionem sive nomen, atque adeo utrum sit conditionale legatum, an purum: dicam esse quæstionem facti, et voluntatis, quæ sit diremenda a judice. Quæstiones juris dirimunt JC. quæstiones facti judices soli, ideoque in §. *ult.* hic non definit utrum videatur legatum summa debita, an nomen, sed ait, si pecunia ipsa legata est, conditionale est legatum; si nomen, purum est legatum, utrum sit legatum, in æstimatione judicis est. Itaque tantum abest ut liceat nobis exactionem confundere cum actione, ut magnopere intersit ea distinguere accurate, quod effectus sit diversus et varius, ut ponitur *hic* §. 1. *l.* 11. §. *si rem*, *lib.* 3. quam legem etiam Accurs. male ita componit cum hoc §. quod hic sit res legata, ibi nomen, quod et Bartolus sequitur: imo et hic nomen legatum est, at hic soluto Sticho testatori, Stichi legatum valet, ibi exacto nomine, nominis legatum extinguitur. Sed ut breve faciam, ibi addun-

tur hæ exceptiones, nisi testatori debitor ultro solverit, hoc casu legatum nominis consistit, nisi testator exegerit non adimendi animo: hoc etiam casu legatum consistit, nisi exactam pecuniam pro deposito habuerit quasi conservandam legatario, et hoc casu legatum valet, et secundum hanc exceptionem accipiendus est §. 1. ut plurimum omnia perverse explicantur ab Accurs. mendum est in glossa: *solum unum cessavit tantum*: legendum est: *solutio unum cassavit tantum* et in *d. l.* 77. etiam non intelligitur Accurs. nisi addatur negatio, *videntur solutioni indebiti*: legendum, videntur non soluta fieri indebita.

Ad L. LI.

Si ita quis testamento suo cavisset: Illi quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo: *utique tunc cum quando capere potuerit, videtur ei relictum. Sed et si dixerit*: Quam maximam partem dare possum, damnas esto hæres meus ei dare: *idem erit dicendum.*

§. 1. *Is, cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non poterit adoptando, tertiam partem consequi.*

Est de incapacibus, quod inscriptio satis demonstrat, quæ est ad leges Juliam et Papiam. Certum est hoc esse benigne receptum, ut hæreditas relinquatur incapaci in tempus capiendum, cum capere poterit, itemque legatum, *l. in tempus*, *sup. de hæred. instit.* quo non adjecto in tempus capiendi qui est incapax testamenti tempore, etiamsi fuerit capax mortis tempore, non perveniet ad hæreditatem vel legatum, quoniam capacitas exigitur utroque tempore: sed cum testator nominatim hæreditatem, vel legatum confert in tempus capiendi, satis est si fuerit capax mortis tempore. Certum est paganum non posse pro parte unicum hæredem scribere, ut sit hæres pro parte tantum, et reliquum habeat legitimus: potest tamen paganus ex parte incapacem hæredem instituere ex asse, et is tamen hæres partem tantum capiet cujus est capax, reliquum habebit legitimus, *l.* 6. *de vulg. substit.* Atque ita erit pro parte testatus, pro parte intestatus, quoniam hoc ipse non fecit sibi, sed leges fecerunt hæc, quæ modum capiendi fecerunt. Certum est paganum non posse hæredem instituere ex die, ut sit hæres post biennium: ut hæreditatem non potest dividere, et scindere, ita nec tempus, *l. hæreditas*, *de hæred. instit.* Potest tamen tacite hoc facere ut ex die tantum substitutus perveniat ad hæreditatem, *leg. quoties.* §. *pen. de hæred. instit. l. si mater, sup. de vulg. subst.* Et ita si instituat hæredem incapacem cum capere poterit, ex die certo nominatim hæredem non scribit, sed tacite inest dies his verbis, *cum capere poterit*, id est, videtur tacite ex die testamento deferri hæreditas, his verbis, *cum capere poterit*, et hoc ratum erit, quia non est expressum palam. Atque adeo interim legitimus hæreditatem obtinebit: et hoc non probatur in hæreditate, multo magis in legato, quod pro parte adscribi potest, quod ex die palam relinqui potest: et sane ut hic proponitur, hæc videtur fuisse sententia legantis viro, vel uxori: lego quantam maximam partem dare possum, vel quantum per legem Papiam capere potest: est enim hoc perinde atque si ita dixisset, *quantum plurimum quandoque capere poterit*, id est, videtur legatum conferri in tempus quo plurimum capere poterit: et ideo conjunx testamenti tempore non poterit capere nisi decimam quam capit semper lege Papia matrimonii nomine mores Biturigum sunt severiores, qui censent conjugem nihil omnino ex testamento conjugis capere posse, ne decimam quidem, ne usumfructum quidem. Lex Papia conjugem decimam capere permittebat. Si igitur testamenti tempore conjunx non potuerit capere nisi decimam, mortis tempore posset capere tertiam partem bonorum, quod accidit beneficio unius filii, si eum susceperit ex eo matrimonio, nec amiserit post nonum diem: vel etiam si mortis tempore possit capere alteram decimam, quod contigit beneficio unius filii suscepti ex eo matrimonio, et amissi post nonum diem, ut scribit Ulp. in *Frag. tit.* 15. hoc modo conjunx ex legato consequetur tertiam partem bonorum, vel duas decimas, id est, quantum capere potest mortis tempore, etiamsi tantum capere non potuerit testamenti tempore. De marito exemplum poni velim ad id quod sequitur in hac lege, *in tempus liberorum tertia pars*: non dicitur frustra orbo, qui non potest capere, nisi semissem, ut dixi in *l.* 42. Interdum legatur in tempus liberorum, ut scilicet capiant assem, vel ut capiant plus semisse: marito, qui non potest capere nisi decimam, legatur in tempus liberorum ut capiat tertiam partem bonorum: nam vel uno filio suscepto, vel superstite post nonum diem, quo die maribus imponebantur nomina, fœminis octavo, Festus et Plutarch. prænomina alia die: maribus sumpta toga virili, id est, anno decimo septimo sumpto tirocinio, fœminis contractis nuptiis, quod ex Scævola scribit Julius Paris, sive Valerius *lib.* 10. Igitur si maritus unum filium susceperit, nec amiserit post nonum diem, maritus hoc casu est capax tertiæ partis, et ob id legatur tertia pars in tempus liberorum, quam non potest capere, non susceptis liberis sed decimam tantum. Verum hæc verba *in tempus liberorum* secundum sententiam legis Papiæ sunt accipienda de liberis naturalibus et justis, non de adoptivis: nec enim adoptando filium, perveniet ad legatum

ejus: similiter in *l. fideicommissum*, *inf. de cond. et demonst.* si fideicommissum fuerit relictum si sine liberis decesserit, adoptionis commento non excluditur fideicommissum; adoptionem vocat commentum: est enim imago naturæ adumbrans veritatem suscipiendorum liberorum, *l. filios sup. de lib. et post.* et ita in præmiis vel immunitatibus quæ dantur patribus adoptivi non prosunt, *l. 2. §. adoptivi, inf. de vacat. mun.* quod est ex senatusconsulto, ut scribit Tacitus *lib. 15. ne simulata adoptio juvet in præmiis patrum.*

Ad L. LII.

Non oportet prius de conditione cujusquam quæri, quam hæreditas legatumve ad eum pertineat.

Est etiam de incapacibus, et de re fiscali: in legato incapaci relicto fiscus nihil habet, quoniam habetur pro non scripto: ergo remanet apud hæredem. Sed in legato incapaci relicto tacite fiscus locum habet in *l. 1. de jure fisci*: et hoc respectu dico hanc legem simul esse de incapacibus, et de re fiscali. Constituendum etiam hic est, eum non admitti ad legatum, qui fuit incapax testamenti tempore, licet capax fuerit mortis tempore, nisi nominatim et legatum sit in tempus capiendi. Accurs. Bartol. et interpretes omnes quos unquam legerim, hac in re differentiam statuunt inter hæredes et legatarios: in hæredibus exigunt capacitatem utroque tempore testamenti et mortis, et verum est etiam exigi in hæredibus utriusque temporis capacitatem *l. 49. sup. de hæred. instit.* In legatis autem ajunt exigi capacitatem mortis tempore tantum: male: nam et in legatariis capacitas exigitur testamenti tempore: alioquin obstabit regula Catoniana, quæ inutile legatum quod fuit ab initio, (inutile autem est, si incapaci sit relictum) vult non convalescere tempore mortis vitio sublato: et pertinet ea regula tam ad legata, quam ad hæreditates. Ergo tam in legatis quam in hæreditatibus utroque tempore capacitas exigitur: et quod dicitur, legatum recte et utiliter conferri in tempus capiendi, *l. prox. sup. l. in tempus, sup. de hæred. instit.* eo perspicue demonstratur, legato non collato nominatim in tempus capiendi, capacitatem exigi etiam testamenti tempore, sicut in hæreditate. Igitur legatarius qui incapax fuit testamenti tempore, capax mortis tempore non admittitur ad legatum: sed ut in eo legato hæres præferatur fisco satis est si is qui incapax erat testamenti tempore; et cui daturum se hæres tacitam fidem interposuerat, capax fuerit mortis tempore; excludetur enim fiscus, et legatum remanebit apud hæredem, *l. 3. §. quando, inf. de jure fisci*: et hoc est quod ait in *hac l.* non oportere prius quæri de conditione hæredis, vel legatarii, id est, fiscum non prius quærere de capacitate hæredis vel legatarii, quam ad eum hæreditas vel legatum pertineat, hoc est, de eo tantum quærere mortis tempore: si eo tempore non inveniatur capax, remanebit apud hæredem legatum, vel hæreditas fideicommissaria, repelletur fiscus, repelletur etiam legatarius, et fideicommissarius, quia erat incapax testamenti tempore, quoniam ut in hæreditatibus, sic in legatis utroque tempore capacitatem exigimus: alioquin legatum inutiliter conferretur in tempus capiendi. Igitur hac in re nihil distant legata ab hæreditatibus. Ab his tamen fateor distare donationes causa mortis quoniam hæ semper conferuntur in tempus mortis: et ideo mortis tantum tempus spectatur, an eo sit capax donatarius *l. non mortis, inf. de donat. cau. mort.* sicut spectabitur in hæreditatibus et legatis, si sit collatum in tempus mortis legatum, vel donatio causa mortis.

Ad L. LIII.

Cum ab uno hærede mulieri pro dote, compensandi animo, legatum esset: eaque dotem suam ferre, quam legatum maluerit: utrum in omnes hæredes, an in eum solum, a quo legatum est actio ei de dote dari debeat, quæritur. Julianus in eum primum, a quo legatum sit, actionem dandam putat: nam cum aut suo jure, aut judicio mariti contenta esse debeat: æquum esse, eum, a quo ei maritus aliquid pro dote legaverat, usque ad quantitatem legati onus hujus æris alieni sustinere: reliqua parte dotis ab hæredibus ei præstanda.

§. 1. *Eadem erunt dicenda, si hæres instituta pro dote, omiserit hæreditatem, ut in substitutum actio detur, et hoc verum est.*

§. 2. *Sed de legatis et legis Falcidiæ ratione belle dubitatur utrum is, in quem solum dotis actio detur, legata integra ex persona sua debeat, perinde ac si omnes hæredes dotem præstarent, an dotem totam in ære alieno computare, quia in eum solum actio ejus detur? quod sane magis rationem habere videtur.*

Species est: pluribus hæredibus scriptis, ab uno hærede uxori suæ legavit aliquid pro dote compensandi gratia: mulier alterutro contenta esse debet, suo jure, vel judicio mariti, id est, dote vel legato, actione ex stipulatu de dote, vel actione ex testamento, quod et sic observatur in quolibet creditore: nam si creditori legavero aliquid pro credito, exigere debet vel actione ex testamento, vel pristina et principali actione, alterutro contentus esse debet cum compensandi gratia legavit, *l. creditorem, inf. hoc.*

Ergo in specie proposita constituere mulier debet utra actione experiri malit, de dote, an de legato: si elegerit dotem, legatum repudiaverit vice dotis relictum, quæritur utrum eam petere debeat ab omnibus hæredibus pro hæreditariis portionibus, an ab eo solo a quo ei aliquid pro dote testator legaverat? et respond. mulierem dotem petituram actione ex stipulatu de dote ab eo solo a quo maritus aliquid ei legaverat pro dote, ab eo inquam solo primum pro modo quantitatis legatæ, deinde reliquum, si quod sit, ab aliis hæredibus, sicut si elegisset legatum, id quod esset amplius in dote exigeret ab aliis hæredibus. Primum igitur eum exiget a quo testator aliquid pro dote legaverat, deinde exiget alios, si quid sit reliqui ultra quantitatem legati. Idem erit si maritus uxorem hæredem instituerit pro parte compensandi animo, dato ei substituto, nam electa dote, ac neglecta hæreditate, reposita dote hæreditati mulieri, in substitutum dabitur actio de dote in solidum, hæc est sententia prioris partis hujus legis. Perturbat maxime Accurs. quod ait lex in hac prima parte, ab eo solo mulierem dotem petere, a quo maritus uxori aliquid pro dote legaverat, non ab omnibus hæredibus; nam voluntas defuncti non mutat jus publicum, id est, non efficit ut is solus teneatur actione dotis: jure enim publico hac actione omnes hæredes tenentur pro hæreditariis portionibus, *l.* 20. §. *Papinianus*, *et* §. *idem*, *sup. famil. ercisc.* Ergo mulieri in omnes est actio de dote pro rata, non in eum solum: neque hoc potuit inducere voluntas defuncti: perturbatur usque adeo ut comminisci cogatur, hic esse speciale in dote, cum tamen et in quolibet ære alieno idem juris esse mox demonstraturus sit: vel aliter; ut actionem de dote interpretetur actionem ex testamento, quod est ridiculum, et manifesto pugnat cum fine legis, quo ostenditur, eum hæredem dotem quæ exigitur tota ab eo, computare pro ære alieno, non pro legato: vel aliter, ut actionem dari in eum solum interpretari cogatur, qua tamen agatur in omnes hæredes pro portionibus hæreditariis, non in eum, actione tamen familiæ ercisc. cohæredes cum eo agere et consequi indemnitatem: atque ita per obliquum in eum solum datur actio dotis, non directo: id vero nemo assequetur, ut recte dicatur actio dari in unum solum, quæ datur in omnes hæredes, et quidem cum effectu: nam mulier a singulis exigit portionem hæreditariam et licet verum sit eos inter se id deducturos judicio familiæ ercisc. non ideo tamen recte dicetur actio de dote dari in eum solum per obliquum: neque usquam quisquam ita loquitur: et solæ utiles actiones dicuntur dari per obliquum. Quærenda igitur melior ratio, et puto mulierem jure in eum solum hæredem a quo maritus mulieri aliquid legaverat, pro dote non habere actionem in solidum jure, ex substantia obligationis, id est, actionem de dote habere in omnes pro hæreditariis portionibus, quia obligationes ita divisit lex inter hæredes. Verum ut impleatur voluntas defuncti, æquum est ut is hæres, etiamsi jure non teneatur in solidum dotis actione, sed pro portione sua tantum, tamen in solidum secum agi patiatur, maxime cum et a cohæredibus compelli possit totam dotem solvere, quos testator exonerare voluit dotis præstatione, et hunc solum onerare: compelli autem potest judicio famil. ercisc. *l.* 18. §. *idemque decem*, *sup. fam. erc.* et sic etiam licet ex pacto jure civili non competat actio, occurrunt tamen sæpe species quibus quis cogitur ex pacto actionem pati, ut evitet pœnam in stipulationem deductam vel qua alia ex causa, in quam incidet, nisi pacti actionem ferat, *l.* 5. *C. de contrah. stipul.* ut recte Joannes. Atque ita in hac specie, in eum solum erit actio eo patiente non tam libenter quam necessario: nam et compelli a cohæredibus potest totum onus hujus æris alieni sustinere. Alia dubitatio quæ incurrit in hanc speciem est difficilior de ratione legis Falcidiæ. Species est: ducenta sunt in bonis, centum in dote, duos hæredes scripsit ex æquis partibus Primum et Secundum, a Primo uxori legavit dotem, quæ dos est centum, et portio Primi non est pluris, est in centum. Quæritur an integram dotem solvere debeat, non deducta Falcidia, vel etiam sic, quo modo debuit ponere, Primo injunxit onus solvendæ dotis, non legavit dotem uxori, verba non habent speciem legati; sed cum scripsisset duos hæredes. Primo injunxit onus solvendæ dotis, quæritur, an debeat solvere integram dotem non deducta Falcidia. Hoc casu ipse dotis nomine jure debet quinquaginta, ea deducet quasi æs alienum quod pro sua parte debuit, et in ponenda ratione legis Falcidiæ prius deducitur æs alienum, *l.* 6. *C. ad leg. Falcid.* Reliquum dividitur inter hæredem et legatarios pro quadrante, et dodrante. Primus in hac specie deducet quasi æs alienum quinquaginta quæ debuit pro sua parte, alia quinquaginta accipiuntur pro legato relicto cohæredi, potest reputare in actione familiæ ercisc. ex eis quinquaginta retinebit Falcidiam, *dict. l.* 20. §. *Papin.* Injunctio habetur pro legato, injunctio solvendi æris alieni habetur pro legato relicto ceteris cohæredibus, etiam detracta spe legati, id est, etiamsi verba non præ se ferant formam legati. In testamentis præter institutionem, legata, fideicommissa, libertates, tutelas, sunt etiam injunctiones, præceptiones, commendationes: nec utique inutile est semper. Injunctiones pro legatis accipiuntur, etiam detracta forma legati, *dict.* §.

Papinianus. Præceptiones pro fideicommissis accipiuntur, ut si velet prædium alienari, *l. filiusf.* §. *Divi lib.* 1. commendationes insinuant benevolentiam, et rem explicant, *l. quoties*: *C. famil. ercisc.* Hic injunctiones æris alieni sunt species legati: ut si ita dixerit, *ille hæres meus uxori meæ dotem reddere damnas esto*, et cohæredi competit actio ex testamento quasi legatario: ut cohæres totam dotem solvat, et se liberet, *l. non solum*, §. *sed si duobus inf. de lib. leg. l. servo legato*, §. *si testator*, *inf. lib.* 3. et uxori etiam competit actio ex testamento; nam in legato dotis sunt commoda quædam: sed heic mulier respuit omne judicium defuncti, et suo jure persequitur dotem, non utitur judicio mariti, si sit species legati, is cui injunctum est onus solvendæ dotis a cohærede potest compelli ut totam solvat actione ex testamento, vel fam. ercisc. citra spem legati actione famil. ercisc. tantum, quoniam in eam actionem non tantum veniunt legata relicta cohæredibus, sed etiam quælibet voluntates defuncti, quas impleri cohæredum interest, etiamsi non habeant species legati, et ita quidem se res habet. Sequitur alia species in qua aliud observatur: ducenta sunt in bonis, 50. in dote, duos hæredes scripsit ex æquis partibus Primum et Secundum, a Primo uxori legavit aliquid pro dote, ab eodem extraneis legavit 50. uxor repudiavit legatum, et repetit ab eo dotem, quam actionem ipse pati cogitur: in hac specie nulla fuit injunctio solvendæ dotis, nullum præceptum solvendæ dotis, ergo nullum est argumentum legati quasi relicti cohæredi: legavit tantum pro dote aliquid, sed hoc legatum mulier repudiavit: ergo non dicemus in hac specie hujus hæredem deducere 25. quasi æs alienum, quoniam pro sua parte 25. debuit dotis nomine: hoc dico: non deducet tantum 25. quasi æs alienum in ponenda ratione legis Falcidiæ, et ex reliquis 75. non deducet Falcidiam, quoniam 50. tantum sunt in legatis quæ relicta sunt extraneis: cohæredi nihil legatum censetur, licet pro cohærede solvere debeat. An igitur perinde habebitur atque si ambo cohæredes solvissent dotem pro suis partibus? unus 25. alter 25. quo casu cessaret Falcidia: nam remanerent apud eum hæredem 25 an dicemus cessare Falcidiam? minime: melius est, ut dicamus eum hæredem totam dotem quam solvit computare in ære alieno, non in legato, ergo deducet 50 quæ solvit dotis nomine, ex reliquis 50. deducet Falcidiam Azo et Accurs. non male ad eam partem exemplum ponunt in libris Bononiensibus: libra Bononiensis constat 20. solidis. Finge: 24. libræ sunt in bonis, 8. libræ in dote: duo hæredes ex æquo Primus et Secundus a primo uxori aliquid legavit pro dote compensandi animo, extraneis legavit 4. libras. pars Primi est 12. librarum, hujus partis Falcidia tres libræ, singuli hæredes ponunt Falcidiam separatim ex suis partibus, si exhausta sit portio, vel onerata, uxor amittit legatum illud vicarium relictum pro dote, et repetit ab eo hærede dotem, quæritur utrum hic hæres debeat præstare extraneis integra legata? plena, ait in *l. si creditor*, *inf. ad leg. Falc.* id est, sine deductione Falcidiæ, an extraneis debeat præstare 4. libras, perinde atque si quisque hæres solvisset dotem pro sua parte, unus 4. libras: an vero dicemus, hunc hæredem totam dotem deducere quam solvere cogitur, deducere quasi æs alienum, id est, 8. libras, et ex reliquis 4. libris quæ legatæ sunt, retinere falcidiam? et hoc exemplum rationem habet.

Ad L. LIV.

Si cui fundus centum dignus legatus fuerit, si centum hæredi, vel cuilibet alii dederit: uberrimum videtur esse legatum: nam alias interest legatarii, fundum potius habere, quam centum: sæpe enim confines fundos etiam supra justam æstimationem interest nostra acquirere.

Sciendum est, inutile legatum esse si centum legentur sub hac conditione, *si centum dederit*, quod inutile est, imo ridiculum, ut ait *l. si fundus*, *inf. ad leg. Falcid.* derisorium ut de alio genere legati ait *l. si domus*, *sup. lib.* 1. ridicula sunt vitanda in testamentis, *l. jam dubitari*, *de hæred. instit.* hoc si legetur quantitas, ut dixi, sub conditione dandi tantumdem. At si legetur fundus dignus centum sub hac conditione, si centum dederit, non est inutile legatum, quid, non est inutile? imo plerunque uberrimum, ut ait hoc loco Clemens, quoniam plerunque legatarii interest fundum potius habere quam centum, legatarii interest affectionis vel propriæ utilitatis ratione. Uberrimum igitur est legatum ex affectione, vel utilitate propria legatarii, non ex communi pretio. Aliud est pretio aliquid æstimare, aliud affectu, vel utilitate propria, *l.* 36. *inf. de bon. lib.* pretium non ex affectu, vel utilitate propria fungitur, sed communiter, ut ait *l. si servum*, *sup. ad leg. Aquil. l. pretia*, *inf. ad leg. Falcid. communiter*, Græci interpretantur, ἀπὸ τῆς κοινῆς προλήψεως, et πρὸς τὸ κοινὴ χρήσιμον. Id est, *ex opinione, et utilitate communi omnium hominum* non ex propria affectione et utilitate, et pretium fungi dicemus, sicut Ulp. et Paulus, dotem fungi in patiendi significatione. Pretium fungitur quod nos fungimur, quodque facimus, et constituimus et ineptum est emendare illis locis *fungi*. Dos autem fungitur quam nos damus vel reddimus. Hoc igitur legatum quod proposuimus sub conditione dandi centum,

inutile est, si pretium spectas, et communem utilitatem: uberrimum est, si propriam affectionem, et utilitatem legatarii spectas, et valet. Ex affectu autem res æstimantur pluris quam communiter variis ex causis quæ recensentur *l.* 1. §. *sed si rem, sup. si quid in fraud. pat.* vicinitatis gratia, ut ait eo loco: quam causam attingit in hac l. dum ait, *sæpe enim confines fundos*, vel opportunitatis causa, vel salubritatis cæli causa, vel etiam ut ait in *d.* §. *sed si rem*, quod illic orti et procreati simus, quod illic parentes sepulti sint, quod illic sint multa vestigia majorum. Movemur locis, in quibus majorum, vel eorum quos diligimus, vel miramur, adsunt vestigia, et ob id recte constituitur in *l. lex. C. de administr. tut.* tutores non posse vendere domum pupillorum in qua defecit pater, minor crevit, in qua, inquit, majorum imagines non videre fixas, aut revulsas: videre satis est lugubre, et videtur imitari Cornel. Tacit. qui eadem forma orationis usus est lib. 19. *revulsas statuas decora majorum, ob id in l. si in emptione, sup. de minorib.* minor qui licitatione victus est, beneficio restitutionis in integrum post addictionem factam ei qui pluris licitus est, adjicere potest, ut rem auferat, si modo probetur ejus interesse emptam ab eo rem esse; puta quod majorum ejus fuisset: qua ratione nititur jus προτιμήσεως, sive jus retrahendi rem venditam extero, quod moribus Galliæ propinqui habent, jure Romano non habent: quoniam de moribus jus hoc odiosum censetur: nam brevitate temporis costringitur alias anni, alias 40. dierum, alias 60. ut moribus Biturigum. Jus illud non aliam rationem habet, quam quod prædia gentis et familiæ retrahentis fuerint. Sciendum nunc est, hunc legatarium cui legatus fundus dignus centum sub conditione, si centum dederit, fideicommisso onerari non posse, quia nihil videtur capere ex testamento: utile quidem est legatum ex affectione ejus, sed nihil videtur capere, quoniam quantum accipit, tantum erogat, et quantum res sit communiter spectatur, *l. civitatibus*, §. *ult. sup. lib.* 1. Quamvis fideicommisso onerari non possit, si lex Falcidia interveniat, Falcidiam patietur in toto fundo: ex toto eo fundo detrahet hæres quadrantem, ut ex ceterorum legatis, quoniam illa centum erant conditionis implendæ causa: est enim jussus ea dare conditionis forma: *lego tibi fundum illum si centum dederis.* Et ideo hæres ei imputat in Falcidiam, *d. l. si fundus, inf. ad leg. Falcid. l. ad veterani*, §. 1. *l. in quartam*, §. *ult. inf. eod.* Secus erit dicendum, si non fuerit jussus dare centum conditionis specie, sed fuerit hæres jussus vendere centum fundum dignum centum: hoc casu Titius non patietur Falcidiam si emerit eum fundum, quia centum dat pro pretio ex venditionis causa, non conditionis implendæ causa injecta legato. Igitur pretium illud videtur esse ex hæreditate, pretium succedit loco rei, ut vulgo dicitur, res fuit hæreditaria, pretium videtur etiam esse hæreditarium, et jure hæreditario capit, et ideo imputabitur in Falcidiam, neque deducetur quicquam ex fundo vendito interveniente Falcidia, *l. si dignum inf. ad leg. Falcid.*

Ad L. LV.

Si Titio et mihi eadem res legata fuerit, et is die cedente legati decesserit me hærede relicto, et vel ex mea propria causa, vel ex hæreditaria legatum repudiavero: magis placere video partem defecisse.

§. 1. *Si eo hærede instituto, qui vel nihil, vel non totum capere potest, servo hæreditario legatum fuerit; tractantibus nobis de capacitate, videndum est, utrum hæredis, an defuncti persona, an neutrius spectari debeat, et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cujus persona de capacitate quæri possit, sine ullo impedimento acquiratur legatum hæreditati: atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicunque postea hæres exstiterit, secundum quod accipere potest: reliqua autem pars ad eos, qui jure vocantur, venit.*

Initium hujus legis exposui in *l.* 40. *sup.* Hæres institutus est incapax pro parte vel in totum non ex eo testamento solum, sed ex omnibus testamentis: servo hæreditario extraneus legavit. Servus hæreditarius dicitur semper dum jacet hæreditas. Quæritur de jure legati: an legatum servo hæreditario relictum valeat, maxime cum hæres institutus qui nondum adivit est incapax pro parte, vel in totum? Sciendum est, legatum servo relictum non dico hæreditario, sed generaliter, ita demum valere si cum domino ejus sit testamenti factio, id est, si dominus ejus sit capax testamenti: est testamenti factio cum servo ex persona domini: si dominus fuerit capax: erit et servus, si incapax, et servus: et quod per se quis non potest capere, per servum etiam non capiet, *l.* 31. *sup. de hæred. instit. l.* 22. §. *regula, lib.* 1. Servus quandoque est sine domino: possunt dari exempla, maxime juris antiqui: Ulpianus in *Frag. tit.* 1. *l.* 1. *C. Commun. de Manumiss.* cum tali servo non est testamenti factio, tali servo non potest legari: talis esse videtur servus hæreditarius: servus hæreditarius videtur esse sine domino, et nullius, ut ait *l.* 64. *sup. de hæred. instit. l.* 1. *sup. de rer. div.* Et sane servus hæreditarius nullius est, ut est res quælibet hæreditaria, nullius

viventis, nullius personæ, sicut et Orcinus libertus dicitur esse nullius libertus, *l. 4. inf. de bon. lib.* nullius viventis, nullius personæ: hæreditatis jacentis nulla est persona Ceterum in plerisque causis hæreditas habetur loco domini, id est, loco hæredis futuri, idest fingitur vice personæ defuncti quandiu jacet et vacat, non vice personæ hæredis futuri, ut in hac causa: nam si defuncto potuerit legari, poterit et servo hæreditario, licet non possit legari hæredi futuro: si capax fuerit defunctus capax etiam erit servus hæreditarius, licet hæres futurus incapax sit, *d. l. 64. et 52. eod.* Et interim legatum acquiretur hæreditati quasi personæ defuncti, *l. 38. sup. hic l. legatum, §. servo sup. lib. 1.* et hoc magis placuit, ut ait *d. l. 51. de hæred. instit.* magis valuit, in *l. in eo, §. ult. inf. de acquir. rer. dom.* Fuit enim controversum, et ut eleganter ait hic, *post multas varietates placuit*, id est obtinuit inter authores, ut loquitur in *l. eum ex uno, inf. de oblig. et act. l. ult. inf. pro leg.* Et inde in *l. debitor, §. ult. inf. hic, dictum est*, inquit, *servo hæreditario legari posse*, id est, obtinuit hæc sententia servo hæreditario legari posse. Et licet servus hæreditarius non habeat dominum, cui legari possit; hæreditati enim non potest legari, cum nulla sit persona hæreditatis, licet, inquam, nondum habeat dominum in cujus persona de capacitate quæri possit, tamen legari ei potest; solam enim personam spectamus, sed et servi personam, an quod ei relinquitur liber factus capere possit? nec aliter valet legatum relictum servo, licet dominus sit capax, quam si ipse servus liber factus capere possit, *d. l. debitor, §. ult. inf.* hic igitur interim relictum servo hæreditario acquiretur hæreditati. Deinde vero legatum transibit ad eum qui adierit, et hæres extiterit, ad hæredem scriptum pro modo portionis quam capere potest: reliqua pars transibit ad hæredem legitimum, id est, *ad eos qui jure vocantur.* Hic est delenda Accursii glossa. Nam et cetera bona hæreditaria dividentur inter hæredem scriptum, qui est incapax pro parte, et hæredem legitimum; ita ut pars, quam hæres scriptus capere non potest, transeat ad legitimum ut dixit *l. 49. et 51. sup.* quam quæstionem Accursius agitavit in *l. jus nostrum, inf. de reg. jur.* et male ibi eam quæstionem definit, dum partem, cujus hæres scriptus capax non est, adjudicat fisco quasi ereptam indigno, cum non sit indignus, sed incapax: quæ duo vitia confundit sæpe perperam, et refellitur etiam ea definitio Accursii hoc §. quo in partem, quam non capit scriptus, vocantur legitimi, non fiscus: atque ita legibus facientibus testator erit pro parte testatus, et pro parte intestatus. Quod dixi hæreditatem jacentem sustinere vicem defuncti non vicem hæredis futuri, ei opponit Accursius *l. novatio, in fi. inf. de novat.* Sententia hæc est: quod tu debes mihi sub conditione si de alio stipuler pure novandi causa, novatio non ante effectum habet quam conditio extiterit. Quid si ita facta novatione debiti conditionalis conditio extiterit, mortuo promissore ante aditionem, an vires assumit novatio statim jacente hæreditate? sic sane: nam stipulatio interposita novandi animo non extinguitur morte promissoris principalis, sed transit in hæredem, cujus vicem hæreditas interim sustinet, hoc videtur dicere, hæreditatem interim sustinere vicem hæredis futuri: et recte Accurs. ibi, *cujus*: promissoris, scilicet, non hæredis futuri: qua ratione etiam mortuo promissore interim recte accipitur fidejussor ante aditionem, quia hæreditas vicem personæ sustinet defuncti promissoris: sicut municipium personæ vice fungitur, et decuria, et societas, *l. mortuo, inf. de fidejuss.* Eidem sententiæ opponitur quod dici solet, aditionem retrotrahi, id est, conjungi tempus aditionis, et tempus mortis: adeo ut qui hodie adiit videatur retro adiisse a die mortis testatoris. Interim igitur ipse videtur dominus fuisse: cum aditio retrotrahatur: fateor aditionem retrotrahi fere in omnibus, *l. omnia, inf. de reg. jur.* sed dico interim hæreditati acquiri quasi personæ defuncti, id est, inspecta persona defuncti, non hæredis futuri: adeo ut si non potuerit acquiri defuncto, non acquiratur interim hæreditati; si potuerit, acquiratur, et mox transeat in eum qui hæres extiterit, retroacta aditione, pro quo modo capax fuerit, *l. 13. §. si servus, sup. ad leg. Aquil. l. denique, §. quæsitum, inf. quod vi aut clam, l. cum hæreditas, Cod. depos.*

Ad L. LVI.

Quod Principi relictum est, qui antequam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est: ex constitutione Divi Antonini successori ejus debetur.

Sciendum est, mortuo legatario ante diem legati cedentem, legatum non transmitti in hæredem legatarii, dies legati cedit a morte testatoris, vel ex apertis tabulis ex L. Papia, ad quam hæc lex refertur secundum inscriptionem. Ergo si legatarius decesserit post mortem testatoris ante apertas tabulas, non transmittit legatum hæredi sed legatum fit caducum L. Papia. Hæc lex Papia non pertinet ad legata relicta Principi, quod suboluit Accurs. Ergo si princeps, cui legatum relictum, moriatur ante apertas tabulas, legatum non fit caducum, id est, non pertinet ad fiscum, sed ad hæredem principis, vel etiamsi princeps vivo testatore decesserit, legatum non fit in causa caduci, sicut si alii

esset relictum, et ideo pertinet ad hæredem Principis, non ad fiscum, non ad successorem imperii, idque ex constit. Antonini: et nota successorem interpretari eum qui successerit in imperio; alioquin res careret dubitatione, nihilque præcipuum haberet Princeps: nam hoc caderet in fiscum: successor igitur hic erit hæres, aut bonorum possessor. Sed jam Falcidia pertinet ad legata relicta Principi ex constit. Adriani *l.* 4. *C. ad leg. Falcid.* cum ad eum non pertineat lex Papia, quia odiosa est: odiosæ sunt leges caducariæ: et ubique in jure nostro strictius accipiuntur: cessat igitur lex Papia, cessant leges caducariæ in legatis relictis Principi: idem non datur Augustæ, ut illi: nam pertinet lex Papia ad id legatum; et ideo si decedat Augusta vivo testatore, legatum est in causa caduci; si decedat ante apertas tabulas, legatum est caducum, nec transfertur in hæredem. Cur facilius hoc conceditur Augusto? quia princeps legibus solutus est, licet hac potestate non abutatur: Augusta non est soluta legibus. Privilegia eadem tribuuntur Augustæ quæ habet Augustus, ut ait *l. princeps*, *sup. de legibus*, privilegia, id est, tacitam hypothecam, privilegium in actibus personalibus, vocationes, dignitates, *l.* 6. *inf. de jure fisci*, non ut soluta sit legibus; ipse est solutus legibus, et τῶν νόμων ἐπάνω: Dio Chrysostomus in orat. περὶ ἔθους, ideo in legatis relictis Augustæ habet locum lex caducaria, et hoc Adrianus constituit in persona Plotinæ: uxor fuit Trajani Plotina, sed ejus beneficio Adrianus successit Trajano in Imperio, et in ejus beneficii memoriam Plotinæ Basilicam extruxit apud Nemausum. Spart. Vetus inscriptio ædem sacram, Dio ναὸν dicit. Itaque apud Spartianum Basilicam oportet accipere pro æde sacra. Addit Dio, hymnos quosdam in ejus honorem factos fuisse. Vetus inscriptio declarat, hymnorum carmine eam fuisse donatam beneficio Adriani, qui canerentur in ea æde post ejus mortem: addit Dio, eum celebrasse novendialia, idem adjicit fuisse constitutum ab Antonino Pio in persona Faustinæ, et ait, id fuisse constitutum proxime ἐναρχῇ ut in *l. Latinus*, *inf. hic*, id non est omittendum, nimis acute quosdam his verbis, *ab hominibus ereptus est*, scribere, significari sublationem in cœlum quod nemini fingitur Principi contigisse nisi Romulo. Et ideo falso adjicitur, Tullium scribere Romulum fuisse ereptum ab hominibus, dum voluit significare eum sublatum esse in cœlum. Id erit minus acutum, si hæc verba, *ab hominibus ereptus est*, ad ἀποθέωσιν referantur: quoniam in hoc tractatu mors legatarii spectatur: ἀποθέωσις non fit in ipso articulo mortis, sed vivo principe, et ita Græci, ut Novella 12. ἀπελύθησαν ἐξ ἀνθρώπων, in Panareto, ἐπὶ ἐξ ἀνθρώπων οἴχεται. L. 58. exposui in *l.* 2. *et* 40. 59. in *l.* 4. 60. in *l.* 17.

Ad L. LXI.

Si Titio et Mævio hæredibus institutis, qui quadringenta relinquebat, a Titio ducenta legaverit, et quisquis hæres esset, centum, neque Mævius hæreditatem adjecit: trecenta Titius debebit.

§. 1. *Julianus quidem ait, si alter ex legitimis hæredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta: cohæredem ejus non esse cogendum fideicommissa præstare, portionem enim ad cohæredem sine onere pertinere, sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab instituto relicta, a substitutis debentur: et hic quasi substitutus, cum suo onere consequetur adcrescentem portionem.*

Species est: quadringenta sunt in bonis, duo sunt hæredes scripti ex æquis partibus, Titius et Mævius, a Titio nominatim legata sunt 200. generaliter autem ab omnibus hæredibus legavit secundo centum his verbis, *quisquis mihi hæres esset*: quibus verbis videtur legari ab omnibus hæredibus, et singuli tenentur legatario pro hæreditariis portionibus, non pro virili, non singuli in solidum, *l. ab omnibus in princ. et* §. 1. *sup. lib.* 1. In hac igitur specie Titii pars onerata est, est exhausta legatis: nam Titii pars est ducentorum, cum hæreditas sit 400. et Titio sunt legata ducenta, et ab eodem secundo videntur legata 50. Mævii autem pars non est onerata legatis, quoniam debet secundo 50. tantum, supersunt illi 150. Hæc est species, ex qua sequuntur hæ quæstiones de legatis, et de ratione legis Falcidiæ: quid dicendum sit, si uterque adierit hæreditatem: quid si Titius adierit cujus portio onerata est, Mævius cujus portio onerata non erat, repudiaverit? Quid si Mevius adierit, Titius repudiaverit? Primo casu si uterque adierit Titius et Mævius, a Titio videntur legata 250. ex quibus quoniam oneratus est, quoniam onerata, imo exhausta est portio illius, deducet primum quintam partem, id est, 50. quæ sunt extra quantitatem suæ portionis. Deinde suæ portionis deducet quartam, id est, ex 200. deducet 50. legatariis præstabit 150. Primo 120 secundo 30. *l. in quantitate in fi. inf. ad l. Falcid.* nam inter primum et secundum legatarios est proportio quadrupla. Nam primo legata sunt 200. secundo videntur legata 50. a Titio quæ est quarta pars ducentorum. Est igitur inter primum et secundum ratio quadrupla quæ conservari debet, etiam rescissis legatis per l. Falcid. Porro conservabitur si primo dederit Titius 120. secundo 30.

nam inter centum viginti, et triginta est ratio quadrupla, sicut inter ducenta et quinquaginta. In singulis hæredibus ponimus Falcidiam separatim, portiones separamus, utroque scilicet adeunte: quod usque adeo verum est, ut etiamsi posteaquam uterque adierit, unius portio obveniat alteri, quod non potest fieri jure accrescendi, vel substitutionis jure: nam utrumque jus finitur aditione; sed id fieri potest adrogatione cohæredis, vel testamento cohæredis. Hoc igitur modo post aditam hæreditatem ab utroque hærede, si unius portio obveniat alteri, id est, adrogatione, vel testamento cohæredis; nec enim aliter potest, semper separabuntur portiones, et ex portione onerata deducetur falcidia, nec obveniens portio supplebit portionem oneratam, quoniam ubi omnes adierunt, separandæ sunt portiones semper, et in singulis separatim ponenda ratio Falcidiæ, *l.* 1. §. *si cohæredem*, *l. in singulis*, *inf. ad leg. Falcid.* Secundo casu si Titius adierit. Mævius repudiaverit suam portionem: atque ita si portio non onerata, id est portio Mævii accreverit oneratæ, hoc casu Titius debet trecenta integra, ut ait initio hujus legis, nec exercebit Falcidiam. Cur debet 300. integra? an ut ait Accurs. quoniam portio Mævii ei accrescit cum onere? hæc ratio non placet, quia remotior est, id est, proximior reddi potest ratio. Deinde quia non valuit ante constitutionem Severi §. ult. hic. Proximior ratio est, quia testator centum legavit secundo generaliter, quisquis hæres esset: et ideo si solus Titius hæres extiterit, solus debebit 300. ducenta quasi a se relicta nominatim, 100. quasi a se relicta generaliter, quæ tota debet, si solus totam hæreditatem obtinuerit, *l. quidem*, §. *ult. sup. de jure codicil.* Cum quæritur ratio, est reddenda proximior, sicut cum quæritur quid sit res, proximum genus adferre oportet. Cur autem Titius non exercet Falcidiam quam exerceret si uterque adiisset? ideo non exercet Falcidiam, quoniam portio accrescens id est, portio Mævii quæ non est onerata, supplet portionem oneratam, et auget legata relicta a Titio: confunduntur ergo partes ambæ, confusæ autem partes non sunt oneratæ, ergo cessat Falcidia, *l. quod si alterutro*, *inf. ad leg. Falcid.* Ergo portio non onerata, quæ accrescit oneratæ, oneratam auget et supplet, et utitur hac ratione, *d. l. quod si alterutro*, quoniam et legata quæ apud hæredem oneratum remanent, supplent ejus portionem sarciuntque damnum. Utitur inductione: nam ex rebus singulis ad universas progreditur hoc modo: legata singula quæ apud hæredem oneratum remanent, supplent ejus portionem, et proficiunt ceteris legatariis, ergo et portio hæreditatis accrescens supplebit eam portionem cui accrescit. Tertio casu, si Titius repudiaverit, Mævius adierit, atque ita portio Titii, quæ est onerata accreverit portioni non oneratæ, hodie ex constit. Severi, ut est in fine hujus legis, portio Titii accrescet cum onere, salva tamen ratione legis Falcidiæ, *d. l. quod si alterutro.* Nam Mævius ex 100. quæ sunt legata Secundo nihil detrahet, quoniam sunt legata generaliter his verbis, *quisquis hæres erit:* et ideo Mævius qui solus hæres existit, tota ea centum debebit ex sua persona, et ex sua parte quæ non est onerata. Ea igitur 100. præstat integra Secundo, *l.* 1. §. *id quod*, *inf. ad l. Falcid.* Verum ex 200. legatis a Titio Mævius detrahet 50. et Primo legatario præstabit 150. Atque ita separatim inveniet Falcidiam in portione Titii, nec commiscebit partes: portio quidem accrescens supplet eam portionem cui accrescit adjungiturque, si non onerata accrescat oneratæ. Sed ipsa portio accrescens si sit onerata, non suppletur per eam cui accrescit, eaque est conditio cujuslibet accessionis, veluti alluvionis, ut augeat non augeatur, ut suppleat non suppleatur: et ob id ita generaliter definiunt interpretes: si portio onerata accrescat non oneratæ, separari partes, separatim Falcidiam poni: si portio non onerata accrescat oneratæ confundi et commisceri partes, et in asse Falcidiam poni commistis partibus: quæ definitio est *d. l. quod si*: et obtinet etiam in jure substitutionis, non tantum in jure accrecendi, id est, non tantum si portio accedat jure accrescendi, sed etiam si accedat ex substitutione, *l.* 1. §. *id quod*, *ad leg. Falcid.* Cujus §. sententia est, si portio non onerata jure substitutionis accedat oneratæ augentur legata confunduntur partes, communi calculo subjunguntur: si portio onerata jure substitutionis accedat non oneratæ, non augentur legata, quibus onerata est portio, oneratæ separantur partes, hæc manifesta est sententia §. *id quod.* Itaque dixi semper nihil interesse jure substitutionis, an jure accrescendi portio portioni accedat. Verum ait doctissimus interpres qui hanc scribit esse sententiam §. *id quod*, ut prior pars sit de portione accedente jure substitutionis, posterior de portione accedente jure accrescendi, atque ita statuit hanc esse sententiam hujus §. si non onerata portio jure substitutionis accedat oneratæ, augentur legata, suppletur portio onerata, si onerata portio jure accrescendi accedat non oneratæ, non augentur legata. Atque ita posteriorem partem accipit de jure accrescendi non de substitutione, de qua instituitur disputatio initio §. et sic efficit ut §. qui sequitur statim, quem ipse etiam accipit de jure accrescendi, et qui idem definit portionem oneratam accedentem non oneratæ non augere legata, ut is §. sit supervacuus: totus §. *id quod*, est de substitutione, sequens de jure accrescendi, et secundo loco sequens de jure adro-

gationis, vel testamenti cohæredis, atque ita ordine texuntur jura omnia, quibus potest portio portioni accedere, nec muto quod de hac re scripsi §. *ult.* exposui in *l.* 29.

Ad L. LXII.

Si alienus servus hæres institutus fuerit, a domino ejus fideicommissum relinqui potest: sed ita hoc fideicommissum dominus præstare debet, si per servum factus sit hæres: quod si antequam jussu ejus adiretur hæreditas, servus manumissus fuerit: et suo arbitro adierit hæreditatem dominus id debiturus non est, quia hæres factus non est: nec servus, quia rogatus est. Itaque inutilis actio hoc casu competit, ut is, ad quem emolumentum hæreditatis pervenerit, et fideicommissum præstare compellatur.

Sciendum est, a patre vel domino hæredis instituti fideicommissum relinqui posse, legatum non potuit relinqui, Ulp. in *Frag. tit.* 24. *et* 25. *l. cum filiof. sup. l.* 1. Hodie potest etiam relinqui, quoniam exæquata sunt legata fideicommissis: potuit, et potest, et debetur, si filius jussu patris adierit, vel si servus jussu domini adierit et acquisierit ei hæreditatem: sed si servus manumissus sit antequam jussu domini adierit hæreditatem, vel filius emancipatus sit, ipse adeundo sibi acquiret hæreditatem, non patri, non patrono. Qua de causa fideicommissum a se relictum pater vel dominus non debebit, quoniam hæreditas ei non acquiritur. Id etiam non jure debet hæres scriptus servus vel filius, *quia rogatus ipse non est*, sic habent omnes libri exceptis Flor. in quibus deest negatio. Verum æquum est, ut hæres scriptus teneatur fideicommiss. et ob id datur in eum fideicomm. actio utilis, ut in *l.* 4. *inf. de leg.* 3. quia scil. emolumentum hæreditatis habet, et qui a dominus ejus vel pater rogatus est, qui si acquisiisset hæreditatem, debuisset fideicom. ex persona servi vel filii, *d. l. cum filiof.* Itaque hæres quidem rogatus non est sed alius pro eo rogatus est: ergo huic sententiæ hujus legis nihil obstat *l.* 1. §. 6. *lib.* 3. cujus hæc est species: quidam fecit codicillos ab intestato, et proximum cognatum, cui primo gradu deferebatur successio, rogavit dare aliquid Titio: is repudiavit, et successio transiit ad sequentem cognatum: an is obligabitur fideicommisso; minime quia rogatus non est, id est, quia nec ipse rogatus est, nec alius pro eo, et rogato nec est substitutus, nec est cohæres. Notandum est, quod dicitur a domino hæredis scripti fideicommissum relinqui posse, ita accipiendum a domino præsenti, id est, qui nunc est, non a domino futuro, vel fortuito, ut si ita dixerit: Stichus hæres esto, qui erat servus Sempronii, et adjecerit, si Stichus factus Seii, et jussu Seii adeat hæreditatem, rogo Sejum ut des illi Cajo centum, an valet fideicommissum relictum a futuro, et fortuito domino servi? Dicitur fortuitus, quia incertum est, an futurus sit dominus: pendet hoc ex fortuna, fideicommissum ab eo derelictum non valet, quia hoc non recipimus ut ei auferres aliquid cui dederis, nihil servo instituto dedisse videris domino præsenti, et hunc onerare potes fideicommisso: domino futuro qui insertus est, nihil videris dedisse, et hæc est sententia *legis* 6. *inf. lib.* 3. Est aliud exemplum in *l.* 63. *inf.* omnis actio utilis est in factum, non contra: consequenter facile legata damnationis petuntur actione in personam, legata vindicationis petuntur vindicatione, et actione ad exhibendum, *l. quod legatur*, *sup. de jud.* Actione ad exhibendum si sit legata res mobilis: nam actio ad exhibendum non pertinet ad immobilia. Finge: Quidam legavit per vindicationem vestimenta quædam, hæres ignorans esse legata, ea insumpsit in funus, sicut solebant defuncti indui vestibus albis, ut Plutarch. in 'ρωμαοϊκοῖς, et existimantur esse justi sumptus funeris qui fiunt ad marmor, id est, sarcophacum, sive arcam marmoream, vel ad vestem collocandam, ut ait *l. et si quis*, §. 4. *sup. de relig.* An hæres teneatur legatario ut exhibeat vestimenta, quæ ignorans consumpsisset in funus, id est, neque possidet, neque dolo desiit possidere: legatario dabitur actio in factum, id est, utilis accommodata legibus, quæ introduxerunt actionem ad exhibendum, *l.* 3. §. *interd. sup. ad exhib.* quoniam æquum est, ut legatario hæres, licet dolo careat, præstet indemnitatem, et quam vocat in factum in l. 63. in eadem specie vocat utilem, *l. ult. in fine inf. de religios.* si hæres sciens vestem legatam, eam consumpserit in funus, tunc tenetur ad exhibendum, quia dolo desiit possidere, nisi auctore judice eam vestem consumpsit in funus, vel vendiderit funerandi defuncti causa: nam eo casu non tenebitur ad exhibendum, quia dolo non insumpsit vendiditve vestem legatam, auctore judice, sed tenebitur in factum si possit præstare, id est, si sufficiens sit hæreditas: nam legata non debentur supra vires hæreditatis; si non sit sufficiens hæreditas, amittet legatum, meliusque erit legatarium non lucrari quam emptorem damno affici, *d. l. et si quis*, §. *sed etsi res.*

Ad L. LXIV.

Cum proponebatur in scriptura fideicommissi, quod pluribus sub conditione fuerat relictum, per errorem omissam mutuam substitutionem, quam testator in secundis tabulis cum eosdem substitueret, expressit, Divi Marcus et Commodus

Imperatores rescripserunt, voluntatem manifestam videri mutuæ factæ substitutionis. Etenim in causa fideicommissi, utcumque precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti.

Valde elegans est species. Filio impuberi pater Primum, Secundum, et Tertium substituit in secundum casum quæ substitutio pupillaris est, et hoc loco secundarum tabularum appellationem habet: quinimo semper cum secundas tabulas dicimus, substitutionem pupillarem dicimus, eosdem substitutos filio impuberi invicem substituit in primum casum, alios aliis, puta, ut si unus pupillo hæres non existeret, in ejus locum veniret alter, quæ substitutio vulgaris est, non simplex, sed mutua, ut ait, mutua substitutio vulgaris, et reciproca, id est, recurrens, commeans, quoniam invicem omnes substituti sunt, ut autem meos hæredes possum invicem substituere in primum casum, *l. potes, de vulg. substit.* ita et hæredes filii mei impuberis quos do filio meo impuberi: atque ita eos hæredes in hac specie, quos dedi filio meo impuberi, quibus substitui in secundum casum, invicem recte substituo vulgari modo. Ac præterea eisdem substitutis aliquid legavi per fideicommissum certum vel incertum. Et quamvis ut in hæreditate filii mei, et impuberis eos invicem substitueram, ita in animo fuisset in fideicommisso eos invicem substituere, id tamen in scriptura testamenti errore quodam, vel oblivione prætermisi, vel scriptor testamenti prætermisit. Sic igitur in hæreditate filii mei impuberis eos invicem substitui palam, in fideicommisso pecuniario eis relicto idem volui sensique, ut essent in eo vice mutua substituti, sed id non scripsi. Porro ut in hæreditate, ita in fideicommisso pecuniario substituere possumus, sed in hæreditate substituere possumus in duos casus, non est tertius: in fideicommisso in unum tantum casum: in hæreditate verbis directis substituere possumus: in fideicommisso verbis precariis: in hæreditate verbis expressis: in fideicommisso tacitis, quia in fideicommisso conjectura voluntatis certa sufficit, etiamsi verba desint, ut dixi *l.* 8. *l.* 34. §. *ult. sup.* Igitur si nolui substitutos filio meo impuberi mutuo substituere, etiam in fideicommisso pecuniario, non tantum in hæreditate impuberis, sed etiam in eo fideicommisso substituti videbuntur, licet mutua substitutio non sit repetita in fideicommisso: atque ita Papin. ait hoc rescripsisse Marcum et Commodum Impp. et subjicit rationem, quod precariæ voluntatis, id est, fideicommissi vel fideicommissariæ substitutionis conjectura sufficiat: *Etenim,* inquit, *in causa fideicommissi utcunque precaria, etc.* id est, ubicunque, ut in *l.* 26. *inf. de injur.* Sed *hoc utcunque, etc.* Horat. *utcunque defecere mores, dedecorant bene nata culpa.* Ait papinian. in fideicommissis pecuniariis vel fideicommissariis substitutionibus conjecturas sufficere. Accurs. conjecturas interpretatur testes, vel tabulas, quod perinde est atque si diceret probationes artificiales esse inartificiales. Hærmogenes sic definit: conjectura est incertæ rei demonstratio certa, et præsens ex aliquo signo manifesto, vel ex personæ manifestatione: conjecturam ait duci ex manifesto signo; et sic in specie proposita ex mutua substitutione in secundis tabulis manifesto expressa ducitur argumentum in fideicommisso vice mutua factæ substitutionis, et nominatim a Papiniano dicitur hæc voluntas manifesta, quod ducitur ex signo manifesto: nil igitur opus testibus; et sic sæpe ex institutione manifesta capitur conjectura ad substitutionem non manifestam, *l.* 1. *C. de impuber, et l. si ad plures, sup. de vulg. l. quoties, inf. ad Trebell.* ut si in istitutione sint expressæ partes, et sint hæredes invicem substituti, in substitutione autem non sint expressæ partes: plerunque credendum est ex eisdem partibus substitutos esse, ex quibus instituti sunt: ex disparibus partibus substitutos esse, quod sint instituti ex disparibus partibus: et ita in hac specie dicimus, plerunque credendum esse, neque esse opus alia probatione, mutuam substitutione fecisse eum in fideicommisso; licet non sit scripta, cum mutuam fecerit substitutionem in hæreditate impuberis eisdem personis delata: hæc conjectura sufficit, manifestam voluntatem reddit: nihil ergo opus est tabulis: nec moror *l. jubemus, C. de testam.* quæ exigit testes, quoniam ut Accurs. ait, lex illa loquitur de institutionibus, non de fideicommissis: fideicommissa conjecturis probantur, institutiones conjecturis non probantur, tabulis non probantur sine testibus legitimis, nec moveri nos debemus *l. ult. C. de jur. cod.* quæ in codicillis nunc exigit quinque testes rogatos vel fortuitos, quoniam ea lex loquitur de codicillis vicem testamenti exhibentibus, ut loquitur *lex ab intestato, sup. de jure cod.* de nudis fideicommissis non loquitur quæ sustinentur brevi scripto, brevi epistola, conjectura non incerta, non imperfecta, imo et nutu solo, *l. nutu, lib.* 3. moveri etiam non debemus *l. ult. de fideicomm.* quæ perturbavit Accurs. hic: nam ea lex loquitur de fideicommissario qui nititur testibus non conjecturis: ab eo sane fideicommissario, qui nititur testibus, nos exigimus numerum testium legibus constitutum, idoneos testes exigimus, hanc viam probationis ab eligente nimiam subtilitatem exigimus. Producat igitur idoneos testes, sed hac via omissa certare licet conjecturis, et nihil opus est testibus ubi sufficiunt conjecturæ, et ita Joannes recte explicat *d. l.*

ult. et hac? Joannis opinione excepta cetera vera esse non puto, casus duos mendaces esse confirmo.

Ad L. LXV.

Peculium legatum augeri, et minui potest, etc.

Certum est, legatum prædii augeri et minui posse vivo testatore, vel etiam antequam deferatur legatum augeri, veluti alluvione, minui, etiam alluvione. Igitur legatum prædii augmentum et diminutionem recipit, legatum gregis ut dixi l. 10. hic: hæc lex ostendit legatum peculii augeri, et minui posse: nam peculium accessionem etiam, et decessionem recipit, id testator auget, minuitve suo arbitratu quandiu vivit, atque ita fit ut vel plenius, vel exiguius reddatur legatum, §. *si peculium, de legat. l. 4. sup. de pecul.* hic, inquit, legatum familiæ augeri, et minui potest, si quis legaverit familiam urbanam, et quosdam ex ejus servis ad opus rusticum transtulerit: minuitur legatum familiæ urbanæ, vel si legaverit familiam, omnem, et familiæ suæ adjunxerit alios servos suos qui erant in artificio, non in familia, augetur legatum familiæ: familia est quæ in officio, vel ministerio est: in ministerio, veluti qui ministrant mensis, in officio veluti obsonatores, et tonsores, vestiarii: hi qui sunt in artificio, non sunt in familia, veluti textores, aut fullones qui inde sibi peculium parant: hi sunt in artificio, non in familia, non in officio, vel ministerio: et inde dubitatum fuit olim coquus esset in artificio, an ministerio, lecticarius esset in artificio, an ministerio, et ad id pertinet *l. legatus*, §. 1. *et* §. 2. *lib.* 3. Et proprie ei legi convenit quod Liv. scribit lib. 39. de coquo. *Quod ministerium*, inquit, *erat ars haberi cœpta*, et sane ita accipimus lecticarium et coquum esse in artificio, nisi soli domino det operam. Sequitur augeri etiam vel minui legatum lecticariorum vel pedissequorum, ut si lecticarios suos legaverit, et vivus eos transtulerit ad aliud officium, minuitur legatum, consistit in reliquis: idem dicendum in pedissequis lecticarios plerunque habebant octo *l.* 5. §. *ult. lib.* 1. quod erat octophorum, vel sex, quod erat exaphorum: pedissequorum autem justus numerus erat decem. Juvenal. *respicit hoc primum qui litigat, an tibi deni sint comites, octo homines*, id est, lecticarii, decem comites, id est, pedissequi: Nam comitum appellatione continentur pædagogi, et clientes, *l. item apud*, §. *comitem, inf. de injur. pædagogi*, illo loco, id est, pedissequi, *pedagogiani pueri* apud Am. Marcell. *lib.* 26. *et* 30. Sic igitur dum ait comitum appellatione contineri pædagogos, id est, pedissequos, justus numerus æstimabatur esse decem, deinde forsitan in *l. pen. inf. de op. leg.* decem servi legantur; id est, justus comitatus, justa pædagogia, sicut cum octo lecticarii legantur, octophorum legatur. Summa igitur est, legatum familiæ universæ vel certæ, legatum lecticariorum, legatum pedissequorum augmentum, et diminutionem recipere: idem possis statuere de omnibus legatis. §. 1. exposui in l. 49.

Ad §. 1. *Si tamen.*

§. 1. *Si tamen Titio ex parte hærede instituto, etc.*

Heic ostenditur, servo legato post mortem legatarii eodem testamento directam libertatem adscribi posse, quod est notandum valde, et utrumque valebit legatum, valebit ab adita hæreditate usque ad mortem legatarii: *libertas competit*, inquit, quod verbum pertinet tantum ad directam: nam fideicommissaria nunquam dicetur competere, sed præstari: libertas, inquam, competit a morte legatarii: hic videtur legari ad tempus, quod est contra regulam juris, *l. nemo potest, sup. lib.* 1. sed hic etiam non legatur ad tempus nominatim, intelligitur tamen legatum esse ad tempus, quoad vixerit legatarius, et sustinebitur vel favore libertatis: hic legatarius potietur servo quamdiu vivet: mortuo legatario servus erit libertus Orcinus, non libertus legatarii. Idem erit si moriente legatario liber esse jussus sit: nihil igitur refert. Idem dicendum est si hæres aliquis scribatur ex parte, et eis servus prælegetur, eidemque servo libertas directa post mortem hæredis ejusdemque prælegatarii: nam et hoc casu utrumque effectum habebit, prælegatum, et libertas, licet hæres non extiterit ex eo testamento, at contentus fuerit prælegato, quod procedere in hæreditate probat *l. si servus communis, et seq. de vulg. subst.* quæ docet servum legatum posse substitui filio impuberi pupillariter cum libertate directa post mortem legatarii: nam et hic utrumque valebit legatum usque ad mortem legatarii, et ab eo tempore libertas, et substitutio pupillaris. Obstat *l. si post mortem*, §. *ult. lib.* 1. ubi aperte ait inutile esse legatum si servus legetur, et post mortem legatarii liber esse jubeatur directo: inutile est legatum, utilis libertas quoniam certum est moriturum legatarium: hic dicimus *utrumque esse utile*: animadvertendum in eo §. ult. tres poni casus ex quorum comparatione sensus auctoris colligendus est. Primus casus est: legavit servum pure, libertatem ei dedit sub conditione: legatum etiam est conditionale, id est videtur relictum legatum sub contraria conditione, et ideo utrumque pendet. Secundus casus hic est: legavit servum pure;

libertatem ei directam dedit ex die certo. Legatum est inutile, quia diem libertatis venturum certum est. Tertius casus est: legavit servum, libertatem ei dedit post mortem legatarii: hoc etiam legatum est inutile, quoniam legatarium moriturum certum est, quamvis prior ne moriturus sit servo, certum non sit. Ergo primo casu pendet legatum, sicut libertas, secundo et tertio casu non pendet legatum, sed judicatur esse inutile, quod pugnat cum hac l. Verum non dicitur ideo esse inutile quod non fruatur eo legatarius interim, sed quod præmatura sit libertas, si vixerit servus, qui deinceps libertatis certus est, mors legatarii certa est. Quoniam igitur prævalitura est libertas non moriente servo, non dicemus legatum pendere, sed dicemus esse inutile, quod non sit remansurum apud legatarium: interim eo potietur legatarius, ut omnino scribitur, voluntate defuncti qua voluit utrumque competere.

Ad L. LXVI.

Mævius fundum mihi, ac Titio sub conditione legavit, etc.

Initium hujus l. pertinet ad quandam constitutionem D. Pii, cujus sententia hæc est: si eadem res bis eodem testamento eidem ab eodem hærede legetur, semel tantum debetur sine ulla distinctione legatorum aut fideicommissorum, nec ulterius oneratur hæres, *l. plane*, §. 1. *lib.* 1. Et ideo si legatarius rem vel æstimationem litis semel consequutus fuerit, nihil ei amplius ex eo testamento debetur. Idemque in stipulatione juris est: nam qui bis eandem rem promittit, amplius quam semel non tenetur *l.* 18. *inf. de verb. oblig.* sed constitutionis vel summæ ejus singula verba excutienda sunt. Ait, *eidem*: quid si diversis separatim eandem rem legaverim? hoc exposui *in leg.* 15. *sup.* si per damnationem legaverim, singulis solidum debetur: si per vindicationem singulis partes debentur: ait *ab eodem hærede*: quid si a diversis hæredibus eidem eadem res legetur? explicavi in *l.* 44. *sup.* si per vindicationem, semel tantum deberi, et huc pertinet species §. *eum qui*, hic: quæ species exponitur eodem modo in *l. si tibi homo*, §. 1. *sup. lib.* 1. Et uterque locus est de legato vindicationis, quod in *l. si tibi*, §. 1. indicat verbum *vindicare*, in §. *eum*, *dominium quærere*. Et sane aliud est in legato damnationis ut exposui in *d. l.* 44. Ceterum species §. *eum*, hæc est. Quidam mihi legavit fundum Titianum ab uno ex hæredibus, puta a Mævio: deinde codicillis eamdem rem mihi legavit ab omnibus hæredibus: atque ita eamdem rem quodammodo mihi a diversis legavit, primum ab uno tantum, deinde, ab omnibus: post mortem ejus apertis tabulis, nondum apertis codicillis, ego egi cum Mævio, et abstuli æstimationem litis, id est, æstimationem fundi legati, quod de industria ponit Jurecconsultus: nam si jam rem vindicassem, extingueretur legatum relictum codicillis, quoniam duæ causæ lucrativæ in eandem rem concurrere non possunt: sed cum primum non rem abstuli, sed æstimationem tantum: quæritur an et ex codicillis rem ipsam vindicare possum? et respondetur non posse, quoniam semel tantum debetur, cum genere vindicationis legatum est. Et *eum qui pluribus speciebus juris* uteretur, id est testamenti, et codicillorum jure, qui utroque jure legatum defert legatario, ejusdem scilicet rei, non videri sæpius legare, sed sæpius loqui, inculcare legatum, non duplicare. Propterea ait constitutio Pii *eadem res*, id est, idem corpus: in quantitate legata bis aut ter, voluntatis quæstio erit: in corpore legato sæpius non admittitur quæstio voluntatis: corporis natura est hæc, ut multiplicari non possit: quantitas duplicari, et multiplicari potest volente testatore: et hoc si noluisse testatorem legatarius vel fideicommissarius probaverit, id est, si probaverit testatorem, qui sæpius eandem summam legaverit, voluisse legatum multiplicare, eadem quantitas sæpius debetur, *d. l. plane*, §. *sed si non corpus*, *sup. lib.* 1. probationem voluntatis a legatario exigimus. Alioquin semel tantum debebitur etiam quantitas, et quantitatis nomen in hoc proposito significat ea omnia quæ pondere, numero, vel mensura constant, *d.* §. *sed si non corpus*. Ait, *eodem testamento*, quod si diversis testamentis, diversorum scilicet, unius enim non possunt esse, ut si tuo testamento, et testamento Titii eadem res mihi legetur, bis petere possum legatum, ex uno testamento rem, ex altero æstimationem, *d. l. plane*, §. 1. Quod ita est accipiendum, ut si ex testamento uno consecutus fuero æstimationem, recte petam rem ex altero: contra si ex uno testamento rem consequutus fuero primum, postea nihil petam ex altero, quoniam duæ causæ lucrativæ in eandem rem concurrere non possunt, §. *si res aliena*, *de legat. l. omnes*, *inf. de oblig. et act.* legati causa lucrativa est ex utroque testamento. Quod si eadem res mihi legata sit ex tuo testamento, et ex testamento hæredis tui, an bis petere possum? voluntatis quæstio est, ut ait hic eleganter, id est, quod senserit hæres, videndum est, exquirendum est, si hoc probavero, voluisse hæredem, ut bis mihi eadem res deberetur, bis petere possum hoc ordine: primum æstimationem ex uno testamento, deinde rem ex altero, non contra: ego probare debeo voluntatem hæredis hanc fuisse, alioquin semel duntaxat mihi debebitur, ex testamento tuo, ex testamento hæredis tui nihil debebitur: quoniam quod testamento suo

hæres tuus eandem rem mihi adscripsit, est inutile: debitor enim quod debet, inutiliter legat, si non plus sit in legato, quam in debito, *l. si debitor*, *l. legavi*, §. *ult. inf. de lib. leg.* quod et hic proponitur: si plus sit in legato hæredis tui, utile erit legatum: ut si tu mihi sub conditione rem legaveris, hæres tuus pure eandem rem, pendente conditione data testamento tuo, utile erit legatum hæredis tui: verum si ex testamento hæredis tui rem consequutus fuero: postea existente conditione nihil petam ex testamento tuo, propter eandem regulam, quæ vetat duas lucrativas causas in eandem rem concurrere: sin vero ex testamento hæredis tui primum æstimationem consecutus fuero, postea existente conditione, ipso quidem jure mihi actio competit ex testamento tuo, sed repellat exceptione doli, quia repræsentare tantum legatum voluisse præsumitur hæres tuus, non duplicare, quæ est sententia *l. hujusmodi*, §. 1. *sup. lib.* 1. legatarius debet contrariam voluntatem hæredis probare, admittetur contrariæ voluntatis probatio, et exigitur a legatario. Si plus non sit in legato, quam in debito, inutile legatum est: ut si quod testator mihi legavit pure, hæres ejus mihi etiam leget pure, vel si quod legavit testator sub conditione, hæres ejus mihi leget sub eadem conditione: ex testamento primo duntaxat mihi actio competit, nisi legatarius probaverit id sensisse hæredem, ut mihi bis eadem res deberetur ex utroque testamento. His cognitis, species est: Mævius mihi, et Titio legavit fundum sub conditione conjunctim per damnationem, existente conditione singulis partes debentur, ut docui sæpe super, si per vindicationem concursu faciemus partes: pone igitur sic speciem ut ex hoc legato singulis pars debeatur, mihi pars, Titio pars, quod facilius pones in legato damnationis conjunctim relicto, et facillime si dixeris adscriptas partes, et esse tantum verbis conjunctos: ut sive Mævius legavit mihi a Titio fundum sub conditione, ex quo legato singulis partes debentur, hæres Mævii antequam existeret conditio legati mihi eundem fundum legavit sub eadem conditione, postea extitit conditio: quæritur an eandem partem ex utroque testamento petere possum? an bis eadem portio debeatur ex utroque testamento. *voluntatis quæstio est*, inquit, id est, quod voluerit hæres quærendum est, et sane bis debebitur eadem portio, si hoc hæredem voluisse legatarius probaverit: legatarius probare debet, alioquin incredibile est hoc eum voluisse: ait *incredibile*: nam incredibile videtur id egisse hæredem, ut eadem portio bis ei debeatur. At incredibile non admittit voluntatis quæstionem, non recipit quæstionem, litem, materiam, ut rhetoribus quibusdam placet, qui inter ἀσύστατα, id est, quæ quæstionem non admittunt, numerant ἀπίθανα, id est, incredibilia: sed verius incredibilia sunt κακοσύστατα, ut eleganter Curius Fortunatianus. Et eleganter ait, quæstionem admittere incredibilia: nam incredibilia dicimus non quæ credi non possunt, sed quæ minus probabilia minusque verisimilia sunt: itaque hic opponitur incredibile verisimili: igitur adversus id quod est incredibile probatio admittitur, id quod est incredibile materiam, et quæstionem recipit, ut incredibile est, obsessos aliquos misisse legatos, non tamen male quæritur an miserint, quoniam potest fieri ut per aliquam partem civitatis legatos miserint: et sic in hac specie, licet sit incredibile hoc voluisse hæredem, ut bis eadem portio eidem deberetur, tamen contraria probatio legatarii percipitur, modo sit manifestissima: nam adversus incredibilia opponi debent probationes apertissimæ, *l. ult. sup. quod met. cau. l. generaliter*, §. *si pretium*, *de fideicomm. lib.* deficiente probatione legatarii semel tantum ea portio ei debebitur: legatum autem relictum testamento hæredis an erit inutile, non utique in hac specie, licet de eadem re sit, quia cum hæres legaverit fundum, vel simpliciter partem fundi; nihil enim refert, ut recte Bart. hoc loco; et comprobat §. 1. *hic*, hæres videtur de altera parte cogitasse, quæ non fuerat legata primo testamento. Denique videtur sensisse de altera parte non legata, alioquin inutiliter legaverit, quod quantum potest, debemus vitare ne constituamus. Hac igitur ratione ego fundi partem feram ex testamento tuo, et altera parte æstimationem ex testamento hæredis tui, non eadem pars mihi debebitur ex utroque testamento, sed ex uno debebitur una, ex altero debebitur altera vel æstimatio, pars alia Titio collegatario meo debebitur ex testamento tuo, §. *eum* explicui in *l.* 44. et initio hujus recitationis, et §. *pen.* in *l.* 66. et ad §. *in fundo*, et §. *ult.* hæc tamen adnotare paucula oportet ad *d.* §. *in fundo.* In eo §. proponitur hæredem in fundo legato sepelisse mortuum, et ideo locum fieri religiosum, ergo alienari, ut lex ait, nominatim: mortui illatio alienatio est loci, sicut dedicatio, *l. ult. inf. de litig. l. ab agnato*, *sup. de curat. fur.* Quid igitur fiet, an legatario eripietur locus ille facto hæredis, alienatur facto hæredis, dum hæres in eum locum mortuum infert: imo non peribit locus ille legatario, sed præstabitur ei pretium loci ab hærede, habita ratione totius fundi, quanti fuit ante sepulturam, et soluto fundo legatario, uti est, supererit legatario actio ex testamento, quoniam deest aliquid legato, nempe locus ille quem religio occupavit, *l. etiam inf. de solut. l. hujusmodi*, §. *ædes*, *sup. lib.* 1. huic disputationi obstat quod dicit, hæredem in fundo legato locum religiosum facere non posse, illationem mortui locum non facere religiosum si hæres intulerit

mortuum in fundum legatum, *l. si fundum, sup. de condit. et demonst. l. si locus, sup. de religios.* verum hoc est generaliter, hæredem non posse locum religiosum facere in fundo legato, sicut non potest servitutem imponere fundo legato, aut qualibet alia ratione minuere legatum, pleraque sunt generaliter vera, quæ specialiter sunt falsa: et hoc est si hæres scilicet non quemlibet intulerit, sed testatorem, cum alio loco non posset condere reliquias testatoris tam opportune, hoc casu fiet religiosus, *l. 4. sup. de religios.* sed hæres tenebitur legatario ad pretium ejus loci: et hoc quidem si intulerit suo arbitrio: nam si intulerit in eum locum testatorem judicio testatoris, qui eum sibi locum destinarat, id est, designarat in fundo legato, hæres non tenebitur ad pretium loci, *l. quid ergo, §. sed si mortem, sup. lib.* 1. Itaque recte Accurs. ad hæc verba §. *in fundo si hæres sepelierit:* subdit: *suo arbitrio, non testatoris:* et subdere oportet testatorem ipsum non extraneum: alioquin locus non alienatur. Movetur tamen Accurs. male adversus hunc §. *l.* 63. quod his detur actio ex testamento legatariis nomine loci alienati religionis causa: in *l.* 63. detur actio in factum nomine legati consumpti in funus testatoris, frustra his commovetur: nam et in *l.* 63. actio in factum est actio ex testamento utilis in factum: et ad rem ipsam legatam directa est actio ex testamento.

Ad §. 1. Duorum.

§. 1. *Duorum testamentis pars fundi, quæ Mævii est, Titio legata est, etc.*

Cum disputatione instituta ab initio legis convenit, si eadem res mihi legetur duorum testamentis, bis petere possum, *l. plane, §. 1. lib.* 1. Et nihil interest propria res testatoris fuerit, an aliena: nam utraque in specie legati venire potest: sed si rem nactus fuerit ex uno testamento, perimitur altera actio, quia duæ causæ lucrativæ in eandem rem concurrere non possunt: contra si prius æstimationem consequutus fuero ex uno testamento, non rem, superest petitio ex altero testamento: in hoc solummodo, hoc quæ solo casu bis petere possum. His cognitis finge: duo testatores ejusdem fundi, qui alienus erat, partem mihi legaverunt, fundus ille alienus non erat proprius unius domini, sed communis pro indiviso inter duos Titium et Mævium, et testatores qui non erant domini ejus fundi mihi non totum eum fundum, ut dixi, sed partem legaverunt: videndum et distinguendum est, ut præcipitur hoc §. qua forma mihi partem legaverunt. Aut eam mihi legaverunt cum finitione certa, quam Græci vocant προδιορισμὸν, puta hoc modo, partem quæ Mævii est, et hoc casu si ex uno testamento eam partem consecutus fuero per hæredem redemptam a Mævio, nihil petam ex alterius testamento, quoniam duæ causæ lucrativæ in eandem rem concurrere non possunt: acquisita re ex unius legati causa, obligatio alterius legati perimitur, *l. non quocumque, sup. lib.* 1. sed si forte rem acquisitam ex unius legati causa mox alteri hæredi alienavero, an restituitur obligatio, ut hic loquitur, an revocatur obligatio sive actio? Actio semel extincta non restituitur, *l. qui res, §. aream, de solut.* alioquin subinde renascerentur lites. Et ut si mihi legetur res, quæ mea est testamenti tempore, inutile legatum est, licet postea eam amisero, vel alienavero, ex regula Catoniana, ut dixi, *l.* 1. *sup.* ita si res non mea mihi legetur, quæ postea fiat mea, inutile legatum redditur, nec convalescit rursus eadem re abalienata. Sequitur altera pars distinctionis. Aut illi duo testatores sine finitione certi hominis simpliciter ejusdem fundi partem mihi legaverunt, nec finierunt partem hoc modo, *partem quæ Mævii est*, sed simpliciter ἀορίστως, partem legaverunt: hoc casu singuli non videntur legasse eandem partem, quia quam quisque legaverit incertum est: fundus enim erat communis pro indiviso inter Mævium et Titium, et rei communis pro indiviso qui partem nominat incertam nominat, quoniam partes pro indiviso non sunt, sed intelliguntur, et finire quidem possis partem pro indiviso, si dixeris partem quæ Mævii est, partem quæ Titii est, quæ finitio certam eam aliquatenus efficit, ut possideri et usucapi possit, *l. locus, inf. de acq. poss.* eam demonstrare partem pro indiviso, vel cernere non possis: eam quoque per omnia certam efficere non possis, nisi diviseris: divisio facit ut omnino sit certa quæ erat incerta, ut cernatur quæ non cernebatur. Et hoc est quod ait hic, *neque plures in uno fundo dominium juris intellectu non divisionem corporum obtinent.* Legendum, *namque plures.* Flor habent, *neque*, atque ita Accurs. et Bart. Dilucidius tamen et rectius Haloander et Alciatus, *namque*: et confirmat *l. 5. inf. de stipul. serv.* Ergo ait, *namque plures in uno fundo dominium juris intellectu*, id est, in uno fundo communi pro indiviso partes dominii intelliguntur secundum jus quod dominorum utrique competit, nondum tamen sunt, nondum sub sensum cadunt διὰ τὸ ἀορίστον, ut Græci interpretes ajunt: ex quo efficitur, ut si duo testatores fundi alieni, qui communis erat pro indiviso inter duos, partem mihi legaverint simpliciter, id est. ἀρίστως: et ex unius testamento partem unicam consecutus fuero, liceat mihi alteram persequi ex alterius testamento, quasi non eadem re utroque testamento legata: et ut, si partem acceptam ab unius hærede alienavero, alterius hæres ejus partis solutione fungi possit, quo-

niam eadem pars certa non est, eadem est intellectu, eadem non est sensu, eadem non est corpore, ergo non eadem res: quæ non est eadem corpore, non est eadem res. Res autem in regula de duabus causis lucrativis accipitur pro corpore. Hac distinctione partis pro indiviso definitæ ex persona domini et partis indefinitæ exposita, Papinianus in hoc §. *deinde*, ostendit non idem responderi in homine generaliter legato duorum testamentis, quod in parte fundi indistincte legata: nam si duorum testamentis homo legetur mihi generaliter, et ex unius testamento Stichum consequutus fuero, recte petam ex alterius testamento servum mihi dare: sed dabitur alius non hic ipse Stichus, quem jam ex unius testamento acquisivi, licet mox eum alteri hæredi alienaverim: hic idem rursus solvitur frustra: et hoc non tantum propter regulam de duabus causis lucrativis, ut non possint concurrere in eandem rem, sed etiam propter aliam regulam quantum ad Stichum attinet, quoniam Sticho meo facto res in eam causam recidit a qua incipere non posset, et hac posteriori ratione, si hominem generaliter stipulatus a duobus separatim ex causa non lucrativa ab uno Stichum accipere, ab altero idem Stichus aliquo modo ejus factus frustra solvitur, et alius homo solvendus erit quam Stichus. Atque ita idem juris erit in stipulationibus quod in legatis, quod Papin. significat his verbis *eadem res*: in legatis proximior hæc est, quoniam duæ causæ lucrativæ, etc. remotior hæc, quia res in eam causam incidit a qua incipere non potest. In stipulationib. autem si interponatur ex causa lucrativa, hæc proxima ratio est, et unica, quia res in eam causam recidit, etc. Et ideo par ratio sicut legato hominis: nam continetur servus qui testamenti tempore erat legatarii, licet postea ejus esse desierit: in stipulationib. hominis non continetur servus quia testamenti tempore erat legatarii, licet postea ejus esse desierit: ita stipulatione hominis non continetur servus qui tuus erat stipulatoris. Et eadem est ratio ejus qui tuus erat legatarii vel stipulatoris: verum huic sententiæ obstat *l. qui decem*, §. *Stich. inf. de solut.* In eo §. tres proponuntur species, et in omnibus idem jus est, nisi quod in tertia specie adhibetur distinctio quædam. Prima species ponitur initio §. Secunda illo loco, *sed ei qui hominem etc.* Tertia incipit ab illis verbis, *fingamus, etc.* Huic loco proprio convenit tantum Secunda, et ideo eam tantum tractabo. Quidam stipulatus est hominem generaliter, ait, *si ei qui hominem stipulatus est, unum etiam ex his, etc. Tunc*, id est, stipulationis tempore quod nos negamus, et mox eadem lex negat, dum subjicit *vi quidem ipsa ex his dari stipulatus esset, qui ejus non erat.* Ex his verbis efficitur ejus datione promissionem non liberari, itaque una clausula subruit alteram, et certum est in eo esse legendum: *nam unum, sed ei qui hominem dari stipulatus est, non etiam ex his qui tunc stipulatoris erant.* Respondet postea, *vi quidem ipsa*, et hic ex his dari stipulatus esset, *quia ejus non erat, et hic*: id est, nedum is de quo actum est in prima specie qui stipulatus erat Stichum, aut Pamphilum, ex quibus si Pamphilus ejus fuerit, neque obligatio, neque solutio in Pamphilo consistit. Et quod in prima specie dicit de alternata obligatione, idem esse de generali, in secunda specie admittit, et ita in tertia specie hujus §. quæstionem hic format, *num mortuis, etc.* Obstat etiam his quæ dixi *l. si quis duos, de solut. inf.* Quidam promisit duos homines generaliter, et solvit unum, puta Stichum debet adhuc alium: priusquam alium solveret, dominium Stichi, quem solverat, ad eum rediit aliquo modo, an hunc eundem Stichum iterum solvere potest pro altero homine, quem debet, an dando hunc, eundem Stichum qui factus stipulatoris fuit semel liberabitur? respondet, liberari: nos diximus, quod sicut servo generaliter promisso servus qui tuus erat, stipulatori: non solvitur recte ita servus qui tuus non erat stipulatoris, si postea factus sit stipulatoris non solvitur recte, id est, qui eum solvit, non liberatur: et loquimur de eo servo quem stipulator postea acquisivit ab extraneo, *l. si quis duos* loquitur de eo servo, quem stipulator acquisivit a promissore, id est, facto, et solutione promissoris: hic utique ab eodem ad eundem facilius recurrit, et commeat. Non est omittenda ratio differentiæ quam subjicit Papinian. in hoc §. inter hominem generaliter legatum, et partem fundi simpliciter legatam, cum et *generaliter* sit *simpliciter*, *l. si domus*, *sup. lib.* 1. Cur regula de duabus causis lucrativis habet locum in homine, non in parte, quia scilicet eadem res non est, et regula est de eadem re. Eadem res non est si partem pro indiviso quam indistincte accepi ab uno, mox eandem accipiam ab altero, quoniam etsi eadem sit cogitatione, tamen eadem non est corpore, eadem non est sensibus nostris, quæ finita et circumscripta non est: idcirco eadem pars denuo dum solvitur mihi, non videtur ea ipsa, quæ mea fuit, mihi solvi: idem tamen est Stichus semper qui solvitur, quoniam per se certa est finitio et circumscriptio hominis. Qua ratione etiam homine generaliter legato legatum valet, licet nullus sit homo in bonis, quia quid sit in legato certum est, fundo tamen generaliter legato, legatum non valet, si nullus sit fundus in hæreditate, quoniam fundi finitio non est certa, et cespes, ut interpretes ajunt, recte fundus dici potest destinatione nostra, ut dixi *l.* 12. et pro-

pterea, ut a't hoc loco, hominis generaliter appellatio singulos homines complectitur: hominis generalis appellationem vocat compendium Porphyrius: genus est veluti totum quoddam et complexio compendiaria. Igitur hominis est generalis appellatio singulos homines complectens licet sit unum legatum, sicut chori appellatio singulos cantores continet, unum tamen est legatum, *l. si chorus*, *lib.* 3. hominis proprietates eædem sunt in singulis, et ideo hominis appellatio generalis singulos homines complectitur, partis appellatio generalis et simplex singulas partes non complectitur, quoniam nec singulæ partes eædem. Unde qui partem solvit in universum, omnem partem non solvit, et non perimit petitionem alterius partis: qui Stichum solvit, hominem solvit in universo, et perimit alteram actionem, id est, altera actione hic Stichus, idem vel peti vel solvi non potest.

Ad §. *ult. A municipibus.*

§. ult. *A municipibus hæredibus scripsit etc.*

Finis legis est apertus: municipes hodie institui hæredes possunt: municipia, civitates ex Senatusconsultis olim non poterant quoniam sunt incerta corpora: ab eis autem hæredibus institutis potest legari proprietas deducto usufructu, ita ut ususfructus resideat apud hæredes: dicitur hæreditas jacens fungi vice personæ, sicut municipium, *l. mortuo, inf. de fidejuss.* sed municipium magis certe propiusque accedit ad personam quam hæreditas jacens: nam hæreditas jacens non est capax ususfructus: et ob id servo hæreditario inutiliter legatur ususfr. quoniam hæreditas quæ est domina ejus servi, nullam habet personam, *l. ususfr. de stip. ser. l. hæred. inf. de acquir. rer. dom.* At relinquitur recte municipibus: hi igitur personam aliquam verius representant, quam hæreditas. Verum videtur esse inutile relinquere usumfructum municipibus, quia si dicas, relinqui recte, inutilem reddas proprietatem semper abscedente usufructu: manebit enim civitas semper, quod removet Jureconsultus: nam et ususfructus civitati relictus finem capit, atque ita potest recurrere ad proprietatem: finitur non utendo spatio centum annorum: finitur etiam quasi morte funditus deleto et everso municipio. Itaque recte a municipio hærede instituto proprietatem legabis deducto usufructu, nec erit legatum omnino inutile, cum municibus ususfr. legari possit.

Ad L. LXVII.

Unum ex familia, propter fideicommissum, etc. Titius ab hærede suo fideicomm. reliquit his verb. rogo te hæres, cum morieris, fundum illum restituere uni ex familia cui voluero, eamque produxit usque ad mortem hæredis, quod magnum pondus habet: nam interest produxerit ita electionem an non; nam si sic dixerit uni ex familia cui volueris, nec adjecerit, cum morieris, semel duntaxat eligere hæres potest, *l.* 17. §. *ult. hic*: sed si adjecerit cum morieris, subinde mutare sententiam hæres potest, §. 1. *et* §. *rogo, inf.* nam quicquid in mortem alterius confertur ejus arbitrium ambulat sursum deorsum tota vita: atque ita liberum est hæredi spatium tota vita ad eligendum, et novissima demum electio valet, id est, is præfertur in fideicomm. quem ultimum, non quem primum elegerit. Idem juris est si Titius non dixerit, *cum morieris hæres*, sed *cum volueris, quandoque volueris, l. cum pater*, §. *rogo, inf. hic.* Eadem enim vis est horum verborum *cum volueris*, *et cum morieris.* Eadem quoque vis est si dixerit: rogo te hæres ut uni ex familia cui volueris fundum illum relinquas, §. *sed si fundum, inf.* cum in eo interdicto Prætor ita dixisset, *quas tabulas L. Titius reliquisse dicetur*, Ulp. ait eis verbis demonstrari interdictum pertinere ad mortui non ad vivi tabulas: somniat Bart. hic cum ad eandem adducit *l. verbum relinquendi*, *inf. de verb. sig.* Nam in eo titulo nulla est *l. verb. relinq.* nulla alia de verbo relinquendi: sed verum est relinquere esse proprie morientium, et veluti necessitate quadam coactorum. Nam et testam. non tam sponte damus, quam satis cogentibus posteritati relinquimus. Quo sensu eleganter Iliad. 2. de sceptro Agamemnonis, ut per manus ab alio in alium transierit rem ita enarrat fere. Vulcanus sceptrum fabricavit, et Jovi dedit, Atreus moriens reliquit Thyesti: Thyestes reliquit Agamemnoni: cur in aliis dicit δῶκε, in Atreo θνήσκων ἔλλειπεν, quia scilicet alii ultro dederunt, Atreus cum haberet filium impub. Agamemnonem, et fratrem Thyestem, quod filius non esset aptus sceptro tenendo, coactus est fratrem inimicum charissimo filio præferre, addito eo ut Agamemnone majori facto restitueret: hic igitur et in hoc proposito cum testator dixit, rogo te ut fundum uni ex familia cui volueris relinquas, rogo te ut fundum uni ex familia cui volueris restituas, ponendum est illud esse commune utroque casu, ut sive adjecerit cum morieris, sive non, nemine electo, omnes vocentur qui sunt ex familia testatoris. Ac primum si ita dixerit, *uni ex familia cui volueris*, nec adjecit *cum morieris*, si statim non hæres eligat, quod quidem accipitur cum moderatione alicujus temporis, omnes ad fideicomm. vocantur, ut dixi in *d. l.* 17. §. *ult.* Deinde si adjecerit cum morieris hoc modo, *rogo fundum cum morieris uni ex familia quem elegeris*, *restituas*, si decesserit nemine electo, omnes qui sunt ex fa-

milia, ad fideicommiss. vocantur, §. *sed si una*, *inf.* quoniam duplex videtur esse fideicommiss. purum et conditionale, perinde atque si ita dixisset *uni quem moriens elegeris, vel si non elegeris, omnib.* qua de causa in §. *si de Falc.* ait, unius electione ceteros conditione defici, quia conditionale videtur fideicomm. Eligit autem hæres libere quem vult ex familia testatoris proximiorem, vel ulteriorem, et unius electio excludit ceteros, et ita secundum *d.* §. *si de Falc.* accipi oportet quod proponitur initio legis, ut scilicet unum eligi sufficiat, cujuscumque gradus sit ad excludendos ceteros, qui sunt ex eadem familia: non eligente hærede, ipso jure omnes qui sunt ex familia ad fideicommiss. invitantur, non observata gradus prærogativa, non observato ordine gradum. Sed si huic quamplurimi ex eodem nomine et familia, ne in plures partes scissum fideic. reddatur inutile, æquius est rem ita temperari, ut proximiores tantum admittantur, *l.* 32. *sup. hic*, *l. peto*, §. *fratre*, *inf. hic*: sicut si generaliter ab hærere petierit ne fundum alienaret extra familiam: nam et hoc casu hæres eligit quem vult etiam ulteriorem, §. *sed si fundum*, *inf.* *l. pater filium*, *inf. ad leg. Falc.* *l. fil. inst.* §. *cum pater*, *sup. lib.* 1. et nemine electo, omnes sequentur gradatim, *d.* §. *fideic.* et illi sententiæ propositæ initio hujus legis subjicitur hæc quæstio, an hæres rogatus restituere fundum cum moreretur uni ex familia quem elegerit suo testamento, fundum leget utiliter: et respondetur, legare inutiliter, quoniam ei quem elegerit hæres, cœpit debere fundum ex primo testamento, debitor autem creditori quod debet non jure legat, *l. prox. sup.* Dices forte, hoc casu debitorem non legare creditori: quoniam non statim hæres ita obligatur ei quem elegerit, ut non possit se absolvere cum voluerit mutata voluntate et alio electo: dicam vero hæredem ex testamento Titii obligari ei, quem elegerit, quandiu non mutaverit voluntatem, et si forte mutaverit, desinere obligari: neque tamen ex testamento hæredis legatario superesse electionem: quoniam mutata electione extinguitur legatum ex utroque testamento, et maxime legatum posterioris testamenti, quod nihil aliud fuit quam electio, vel electionis repetitio supervacanea: et rursus mutata electione hæres obligari incipit ei qui novissimo loco electus est: ambulat electio ambulante voluntate hæredis, vel si hæres neminem elegerit, hæres hæredis obligatur omnibus qui sunt ex familia. Denique vel non facta electione omnes intelliguntur creditores fuisse: vel facta electione is intelligitur creditor fuisse qui novissimo loco electus est. Priori casu hæres hæredis omnibus non jure legavit: posteriori hæres electo legavit non jure, quia debitor creditori non jure legat. Inde quæritur, an hæres rogatus restituere uni ex familia, duos vel tres, vel omnes eligere possit? et constat posse, §. *si de Falcid. inf. satis erit*, inquit, *uni reliquisse*: sensus hic est posse omnibus relinqui, vel multis, sufficere uni relinqui, atque ideo sicut in hoc genere fideicommissi conditionem subintelligimus, puta, ut si neminem elegerit, omnes veniant: ita non male subintelligimus ut uni cui volet, vel quibus volet restituat. Atque ita hujus legati formula extenditur in §. *sed et si fundum*: nec dubitandum quin, quod hæres potest facere in eligendo, ut omnes veniant, non eligendo consequi possit: non est dubitandum quin ut partem fundi §. *si duos inf.* ita totum fundum duobus vel omnibus ex familia assignare, et adscribere possit, etiamsi figura verborum fideicommissum uni relictum sit ex familia: sed ea verba ita accipiuntur ut restituat vel uni ex familia. Idem est sensus horum verborum, *peto ne fundus de familia mea exeat*: nam unum, vel quosdam, vel omnes hæres eligere potest et e contrario si dixerit, *quibus voluerit*, uni relinqui sufficit, *l.* 24. *sup.* Et ita recte Bart. Novus quidam interpres dissensit male: in testamentis sunt pleraque quæ subaudiuntur et excusant facile nam et testamenta brevitatem amant, *l.* 1. *si cum in testamento*, §. 1. *l. si quis ita hæres, sup. de hæred. inst.* Juvenal. *satyr.* 1. 67.

Signator falso qui se lautum atque beatum
Exiguis tabulis et gemma fecerat uda.

Igitur si hæres omnes qui erant ex familia elegerit, omnes creditores fuisse intelliguntur, et eis fundus testamento hæredis inutiliter legabitur qui debetur ex testamento Titii: vel si hæres omnes eos sibi hæredes scripserit, et interveniat Falcidia in testamento, hæredes in ære alieno deducent fundum illum *l. pater filium*, *inf. ad leg. Falcid.* nec quicquam mutat, quod hæres unum, vel quosdam eligere potuit, unumque præferre alteri: neque enim ideo videtur beneficium dedisse, vel eis quos elegerit, quia necessario vel hunc, vel illum, vel quosdam eligere vel omnibus relinquere debuit, et quod necessitate fit, non est beneficium, *l. rem legatam*, *inf. de adimend. legat.* Qua de causa et si hæres ei quem elegerit eundem fundum legaverit, et in testamento hæredis interveniat Falcidia, ex eo legato non deducetur Falcidia, quia legatum non est, quod necessario relinquitur: necessaria electio proprie liberalitatis beneficium non est: legatum est in genere liberalitatis, necessitas obligationem significat, ut obligatio est juris vinculum, quo necissitate adstringimur, ut in §. 1. *de fideic. hæred.* *l. contractus*, *inf. de obl. et act.* cujus vinculi jus exprimitur his verbis, *quo necissitate, etc.* ut in *l. in vendentis*, *C. de contrah. empt.* Nulla est obligatio quæ non adstringit necessitate contrahentes, et in

l. pater filium, inf. ad leg. Falcid. in ære alieno habuit fundum : quippe necessitate obstrictus fuit, etc. Et ob id Jurisconsulti qui dictant formulas stipulationis dicuntur nodosi et catenas addere. Horat. *adde Cicutæ nodosi tabulas centum adde catenas*, igitur cum ait *unum ex familia, etc. debet* id est, cogitur, et ut apertius est expressum in §. 8. *de Falcid. omnimodo debet :* nam etsi decesserit priusquam eligat hæres ejus, fundum reddere compellitur : fundus ille quidem est in legato, sed ex testamento Titii, non ex testamento hæredis Titii, licet, repetitum sit testamento hæredis Titii : nam hoc inane est. Et ideo si in testamento hæredis Titii interveniat Falcidia, in testamento Titii non interveniat, fundus ratione legis Falcidiæ non minuetur. Contra si lex Falcidia interveniat in testamento Titii, etiamsi cessat in hærede Titii, quo idem fundus legatus est, frustra tamen fundus minuetur per l. Falcidiam, quia perinde est, atque si nominatim relictus fuisset fundus in testamento eis quos elegit hæres : declarat aperte §. *si Falcidia* legatum esse in beneficio, et liberalitate, unde sequuntur multa : primum non posse rogando obligari eum cui nihil dederis, quoniam de suo quemque, non de alieno largiri oportet, *l.* 6. §. *ult. inf. lib.* 3. Deinde turpia legata pro non scriptis esse, quali convitio oneratur legatum, et λοιδορίαν ἔχοντα. veluti si dixerit : *illi quo ingluviem suam satiaret, sues lego, l. turpia, sup. lib.* 1. quia non est beneficium quod contumeliose relinquitur : contrarium hoc est honori : ergo et legato : legatum enim est honor : denique id tantum est legatum quod honorifice relinquitur, et liberaliter : item ex eo sequitur non esse legatum quod necessario relinquitur.

Ad §. *Sed si uno.*

Persequitur speciem quam proposuerat. Titius fundum hæredem suum cum moreretur uni ex familia qui vellet dare jussit vel rogavit : hæres non obtemperavit voluntati testatoris : nam unum quidem ex familia Titii sibi hæredem scripsit, sed fundum illum extraneo legavit : hoc casu omnes qui sunt ex familia Titii, ex testamento Titii fideicommissum petere possunt, in quibus numerabitur etiam hæres scriptus qui est ex eadem familia, et ceteris partem faciet, non quidem ipso jure, quia ex primo testamento descendens obligatio quoad hæredis scripti personam attinet, confusa est, et a seipso petere non potest, sed partem faciet ceteris gentilibus suis compensationis jure, opposita doli exceptione adversus petitionem ceterorum: confusio obligationem civilem tollit, rerum compensationem, deductionem, retentionem, reputationem tollit, obligationem naturalem non tollit, *l. debitor, inf. ad Trebell.* Ergo neque compensationem, quia etiam naturalis obligatio in compensationem venit, *l. etiam supra, de compensat.* Reputat hæres etiam post aditionem, et confusionem legatariis, et fideicommissariis id quod sibi defunctus debuit in ponenda ratione legis Falcidiæ, *l.* 6. *C. ad leg. Falcid.* Reputabit etiam in hac specie hæres hæredis ceteris fideicommissariis qui sunt ex eadem familia pro virili portione, quod ex ejusdem fideicommissi causa Titii testamento relicti sibi hæres Titii debuisse intelligitur : id est retinebit sibi virilem portionem fundi, ut restituat legatario, *l. si rem tuam, inf. eod.* Reliquum restituet ceteris, an etiam tenebitur extraneo legati nomine? Sic sane si modo hæres Titii sciens fundum debitum ex causa fideicommissi eum extraneo legaverit : nam tum hæres hæredis extraneo tenebitur vel ad æstimationem constat enim a sciente, et rem alienam, et rem alii debitam, et rem alii pignori obligatam utiliter legari. Igitur hæres hæredis extraneo tenebitur etiam ex legati causa, tenebitur extraneo ad æstimationem familiæ, ad rem ipsam admissa pensatione virilis portionis: extraneo tenebitur quasi legatario familiæ, quasi creditoribus: priores autem sunt, et potiores creditores legatariis, *l.* 1. *Cod. de bon. auct. jud. poss.* Et ideo rem primum ferent ejusdem familiæ viri quasi creditores, deinde legatarius æstimationem accipiet : illud sane æquitas exigit valde quod dictum est supra, ut in hac specie hæres hæredis numeret personam suam in partibus faciendis ceteris gentilibus suis, quia par est scripti et ceterorum causa : omnes enim sunt ex familia Titii, et vocantur ceteri ad fideicommissum: quoniam extitit conditio fideicommissi fundo in extraneum collato. Eadem ratio in persona hæredis scripti tantum pensationem inducit, pro virili portione scilicet : quomodo tacitam pensationem? Imo non tacitam, cum facto opus sit, id est exceptione doli : inducitur compensatio posita exceptione doli, non jure ipso, quoniam quod ad hæredis scripti personam attinet, confusione, sive aditione sublata est obligatio, et petitio fideicommissi : superest exceptio, per quam pensationem inducit virilis portionis, ceteris petentibus, et in tractatu de compensationibus hæc rata sunt. Debiti cujus petitio efficax est, compensationem fieri ipso jure, ut Justin. definit, et fuerat etiam ante Justinian. receptum in omnibus judiciis, *l. posteaquam, de compens. sup.* Dico efficax ; nam actio quæ perimitur per exceptionem, in compensationem non venit, quia non est efficax, *l. quæcunque, eod.* Debiti autem cujus retentio est non petitio ut in hac specie compensationem fieri ratione exceptionis doli non ipso jure ait hoc loco *ratione exceptionis doli*, ut in *l.* 12. *inf. ad leg. Falcid. l. peto,* §. *fratre, inf. eod.* ratione, id est, benefi-

cio, sicut in *l. 5. Cod. de rer. permut. Conditionis*: sic legendum, *ratione non conditionis*, et ita legendum in *l. hæreditas, sup. de petit. hæred. impensat. ratione doli exceptionis retenturum, etc.* Ergo in inducenda pensatione virilis portionis, exceptione doli opus est, facto opus est, dicto opus est. Quid igitur vocat tacitam pensationem? eam scilicet quæ fit tacito jure, non recto jure. Tacitum jus est æquitas, directum jus ὀρθὸς νόμος Sophocli in Ajace Mastigophoro, id est, jus scriptum, proprie vocamus justum, sive δίκαιον: quod rectum dicimus sive scriptum, proprie appellamus legitimum, et νόμιμον: ut legitimum est, perduellionem ultimo supplicio affici, quoniam ita lex scripta est, justum est, ut quæ struxerat perduellis in principem, et pœnam eandem ipse subeat: hæc enim est communis æquitatis sententia, et ita justum a legitimo distingui oportet, rectum a tacito. Fiet etiam in hac specie compensatio δίκαιω, non νομίμω, et ideo exceptione opus est. Recte autem posuit unum ex familia hæredem institutum, et ab hærede Titii fundum extraneo legatum: alioquin si uno ex familia hærede instituto, hæres Titii fundum extraneo non legasset, ceteri excluderentur, *l. filiusfamilias, §. cum pater, sup. libro* 1. quoniam penes unum ex familia fundum remanere satis est. Remanere porro apud hæredem scriptum, quoniam est ex familia, et fundus est legatus extraneo: et ideo ita ponenda species, ut universa familia vocaretur ad fideicommissum fundo in exterum collato. Eadem autem æquitas compensationis intervenit in specie §. *si duos.* Finge hæres rogatus uni ex familia fundum restituere, duos ex familia testatoris hæredes sibi scripsit ex disparibus partibus, quod notandum, et fundi illius partem tantum extraneo legavit: pro dodrante satisfecit voluntati Titii testatoris primi, quoniam dodrans fundi est in familia penes duos hæredes qui sunt ex familia, nec legatus est extero. Pro quadrante autem fundi non satisfecit voluntati Titii, quoniam quadrantem extraneo legavit; quo fit, ut omnibus qui sunt ex familia, fideicommissi petitio competat pro quadrante, non etiam pro dodrante fundi: nam duobus qui sunt ex familia, dodrans relictus est dividendus pro hæreditariis portionibus, qui etiam dodrans si alteri horum hæredum fuisset prælegatus, ceteris fideicommissi persecutio pro dodrante non competeret: unde si duobus hæredibus scriptis qui sunt ex familia Titii, hæres Titii illius fundi quadrantem extraneo legaverit, ceteri qui sunt in familia quadrantem fundi dumtaxat petent: sed etiam in partibus faciendis numerabuntur duo illi hæredes scripti, cum sint ex eadem familia, atque ita res procedit omnino: singuli hæredes scripti ex fundi quadrante retinebunt sibi viriles portiones; reliquum autem ceteri qui non sunt hæredes scripti ab hæredibus scriptis recipient, idque divident pro virilibus portionibus, quoniam prior testator omnes ad viriles vocasse videtur, *l. cum pater*, §. *hæreditatem, et* §. *Lucius. hic.* Necesse est autem ut legamus verba posteriora. *Pro altera vero parte*, id est pro parte quarta fundi extero legata: *virilem qui sunt de familia petent*, id est, qui sunt de familia, non tamen sunt hæredes hæredis fideicommisso onerati. Sequitur, *Admissa propter hæredes*, ut Flor. id est, ceteri qui non sunt hæredes scripti petent fundi quartam partem verum opposita exceptione doli illi duo hæredes scripti qui sunt ex eadem familia ceteris partem facient in ea parte quarta quam petent. At quoniam Azo et Hugolinus insistunt in verbis quæ sunt initio, *Pro is quidem portionibus*, mihi necesse est in eis paulum commorari. Ea verba illi sic accipi posse interpretantur, ac si palam diceret Papinianus in specie proposita, illos duos hæredes dodrantem in eo fundo retinere jure hæreditario, quod est falsum: nam in hæreditate hæredis primo testamento instituti fundus ille non est; et ideo jure legati primo testamento relicti, illi duo hæredes dodrantem retinent non jure hæreditario, et consequenter si intervenerit Falcidia in posteriori testamento, eum dodrantem non imputabit in Falcidiam, quoniam non capitur jure hæreditario, idque exprimitur in *l. 4. inf. ad leg. Falc.* nam ut titulo legati debitor creditori frustra legat, ita titulo hæreditatis a debitore creditori frustra legatur. Quid igitur dicemus? illos duos hæredes dodrantem retinere jure legati primo testamento relicti, dodrantem retinere ex primo testamento, non ex secundo beneficio prioris testatoris, necessitate posterioris, et alium esse sensum illorum verborum, *Pro his quidem portionibus, etc.* nimirum duos illos hæredes quasi electos ab hærede Titii per institutionis scripturam secundum modum institutionis dodrantem illius fundi inter se dividere pro hæreditariis portionibus, non pro virilibus. Quadrantem autem extraneo legatum omnes qui sunt ex familia hæredes, et non hæredes inter se dividere pro virilibus portionibus: ambigua erat oratio hæc, *pro his quidem portionibus*, sed omnis ambiguitas solvenda est discrimine veri et falsi, eaque est dirimendarum ambiguitatum certa regula; ut si quis dicat; constat filium in potestate habere patrem: utrum dicat explicare facillimum est: nam vel hoc dicit, patrem esse in potestate filii, vel filium esse in potestate patris: sed hoc verum est, illud falsum: illud non est omittendum tam in hoc §. quam in præcedentis §. specie, ponendum esse fundum de quo quæritur, vel fundi partem extraneo legatam, ab hærede hæredis legatario traditam non fuisse: alioquin facta traditione, non tantum

in hæredem hæredis, sed etiam in legatarium fideicommissi persecutio est, et in rem missio, *l. qui solidum*, §. *ult. inf. hic*, *l. pater*, §. 1. *lib.* 5. *l. si quando* §. *hæres*, *lib.* 1. et est in utrumque, etiam, in legatarium fideicommissi persecutio ceteris tantum, non etiam hæredi cui tradidit, licet ex eadem familia sit, quoniam fideicommissi persecutionem absorpsit confusio, sive aditio: nullam etiam habet conditionem certi, vel incerti ratione retentionis, *arg. l. peto*, §. *fratre*, *inf.* quia retentionem habuit adversus ceteros tantum qui erant ex eadem familia pro virili portione, non adversus legatarium extraneum, ne sit obstrictus vel ad æstimationem.

Ad §. *Sed etsi*, *et* §. *Rogo.*

Quæ hactenus dicta sunt de fideicommisso fundi relicto uni ex familia eadem, ut monuimus sæpius, locum habent in fideicommisso hæreditatis ita relicto: *peto ne fundus de familia exeat*: aut, *veto fundum exire de familia*. Et nunc in §. *Sed etsi*, inter ea duo genera fideicommissorum hoc tantum discriminis esse ostenditur, quod fundo relicto, et tradito uni ex familia, ab eo possit in extraneum transferri, nec perpetuo in familia remanere debeat: fundo autem relicto familiæ, vel hærede rogato, ne fundus de familia exeat, ab eo qui primum ceperit fundum ab hærede, in extraneum transferri non posse, sed reservari aliis, qui sunt ex eadem familia: qua de causa is cui primo loco fundus præstatur, cavet hæredi se cum morietur eum fundum cum effectu, id est, re ipsa in familia relicturum, vel hæredi redditurum: nam ceteris adversus hæredem competit fideicommissi petitio, fundo quandocunque in extraneum collato, *l. peto*, §. *fratre*, *inf. h. t.* Et ideo hæredi cavetur de indemnitate: hæredi cavet is qui primus eligitur, fundum in familiam relictum iri, vel post mortem ejus hæredi redditurum. Sequitur alia differentia: si hæres rogatus sit uni ex familia fundum restituere, et suo testamento eundem fundum uni ex familia legaverit, inutile est legatum, quia debitor creditori legat, et consequenter inutile est fideicommissum, si quod ab eo reliquerit, puta ut eum fundum extero restituat, *l.* 7. §. *ult. lib.* 3. uno tantum casu ut proponitur in hoc §. hoc fideicommisso jure onerari potest, puta si præter fundum eidem tantum legaverit, et rogatus sit, fundum extero restituere: hoc enim legato agnito, et fundum extero restituere compellitur, et valet fideicommissum, neque ob eam causam ullo modo hæres hæredis oneratur: nam onerabitur tantum ut præstet fundum, et cetera quæ legata sunt, deinde hic legatarius onerabitur fideicommisso quo fundus extero relictus est: hæres hæredis una tantum præstatione legati oneratur: verum non ita res procedit, si petierit ab hærede ne fundus de familia exiret, et hæres unum ex familia elegerit, eique fundum adscripserit, et præter fundum alia quædam quæ fundi pretium efficiunt, atque ita eum rogaverit fundum extero restituere: hoc enim casu hæres hæredis ab eo non exiget solitam cautionem, fundum in familia relictum iri, ne faciat contra voluntatem testatoris, qui noluit fundum in extraneum transire, et tamen eo qui electus est mortuo, adversus hæredem hæredis sequentibus qui sunt ex eadem familia fideicommissi petitio competit: hoc fiet adversus hæredem hæredis, ceteris fit fideicommissi petitio, mortuo eo qui primo loco electus est, et tamen non fit cautionis exactio: atque ita oneratur hæres hæredis duplici præstatione: illa cautio exigitur ab eo qui fundum extero restituere rogatus non est, non ab eo qui rogatus est: esset enim absurdum si hæres qui omne obsequium debet defuncto, exigeret cautionem a legatario defuncto non restituendo extero ex fideicommissi causa testamento præscripti. Proinde hoc casu propter sequens fideicommissum hæres hæredis onerabitur: priore casu hæres hæredis propter sequens fideicommissum non onerabitur, et hæc est differentia: et ita posteriorem partem hujus §. recte Azo interpretatur, ut Accursius refert illo loco, *et ideo si electo*: ceterum quod ad priorem partem attinet, dubitat Accursius, an si hæres rogatus uni ex familia fundum restituere, unum ex familia sibi hæredem scripserit, et ab eo fundum legaverit, ejusque fidei commiserit fundum extraneo restituere, hæres hæredis familiæ teneatur, ut est dictum in §. *sed si uno*. Si tamen hæres rogatus uni ex familia fundum restituere, uni ex familia eum fundum legaverit, et alia quædam, atque ita jure eum rogaverit fundum extero restituere, hæres hæredis non tenetur familiæ. Cur tam varie? utroque casu tenetur extraneo, a primo casu hæres hæredis extraneo tenetur in solidum vel ad æstimationem, si sciens hæres prioris testatoris fundum extero legaverit: si ignorans, hæres hæredis tenetur extraneo pro portione sua virili, quam reputat et subducit ceteris qui sunt ex eadem familia, et ita Bart. recte in §. *si rem*, *inf.* et ita Accurs. etiam recte in *d.* §. *sed et si*, sed est ibi glossa corrupta in illo loco, *doli exceptionis*, ubi ita scripsit Accursius: hæres legatus pro sua parte infringere legatum non potest, recte etiamsi ignorans legaverit: nam si sciens legaverit, in solidum tenetur in virilem suam partem, et in æstimatione reliqui. Est etiam hic §. dum superiorem quæstionem proponit Accursius depravatus *in expedito fore*, legendum, et *habere*, nec tamen

extraneus fundum sibi relictum petere potest et habere: recte fundum habere: nam æstimationem potest. Deinde sequitur recte: *imo et ceteri de familia petent*. Verum ut dubitationem Accurs. tollamus, cur priore casu sup. exposito hæres hæredis familiæ tenetur, posteriori casu, non tenetur? ratio facilis. Sic statuamus: hærede instituto uno de familia, et fundo extraneo legato, ceteri qui sunt de familia conditione fideicommissi non deficiunt: imo extitisse videtur conditio fideicommissi, quoniam nemini ex familia fundus relictus est: nec enim relictus videtur hæredi instituto, quia relictus fuit in legatis, non in hæreditate: legata delibant hæreditatem, legata separata sunt ab hæreditate: fundo autem legato uni ex familia, etiamsi rogatus sit eum fundum extero restituere, cum pleraque alia cepisset ex eodem testamento, ceteri qui sunt ejusdem familiæ conditione deficiunt, quia verum est fundum esse relictum uni ex familia titulo legati. Accurs. in contextu legit male *propterea*, pro *præterea*. quo etiam loco Flor. mutili sunt uno versiculo. Deinde in §. *rogo*, id quod dictum est de fideicommisso relicto uni ex familia cum morietur hæres, ostenditur, locum etiam habere in fideicommisso relicto uni ex libertis, uni ex familia libertorum, non uni ex familia generaliter. Nam hoc etiam casu electio hæredis erit ambulatoria usque ad supremum vitæ exitum, quia hæc verba *cum morieris*, ad mortem perducunt. Ex sententia autem defuncti nemine electo omnes venient, ut dixi *l*. 17. §. *ult*. atque ita ut ait in hoc §. quod uni ex libertis datum est, ex figura verborum scilicet ita interpretandum, et delendus Accursius; omnes liberti petent ex sententia testatoris, non ex verbis, et petent ab hærede hæredis, quoniam in fideicommissis hæc verba *cum morietur*, tempus etiam quod erit post mortem hæredis complectitur, et nihil interest in fideicommissis dixerit quis, *cum morietur*, an post mortem hæredis: cum tamen in legatis et in institutionibus multum intersit, et hanc interpretationem adhiberi in fideicommissis ostendit *lex* 151. §. *si filio*, *lib*. 3. qui §. etiam probat relinquendi significationem a nobis supra expositam, quod notandum: nam vulgo nesciunt de relinquendi verbo nisi *leg*. 1. *inf. de tab. exhib.* Sed est æque evidens locus in hac *l*. §. *sed et si*, *et d. l*. 11. §. *si filio*. Denique in specie proposita unius tantum libertus veniet ad fideicommissum, si neminem elegerit hæres, si is solus semper fuerit moriente hærede, nec eligente. Itaque si moriente hærede, nemine electo, plures liberti supersint, viriles portiones inter se facient, §. *si duobus*, *sup. l. cum pater*, §. *hæreditatem hic*: si unus tantum superfuerit, is totum fundum capiet, et ita proponitur in hoc §. *rogo*. Verum obstat valde *l. pater*, §. *filiam inf. lib*. 3. quæ ostendit ad unum libertum, qui superest, virilem tantum portionem pertinere, non totum fundum. Species est: filiam hæredem scripsit, et ita cavit, *veto ædificium de nomine meo exire*: de nomine testatoris sunt etiam liberti nostri: et ideo adjecit, *sed ad vernas quos hoc testamento nominavi pertinere volo*: *nominavi*, id est, manumisi, et *pertinere volo* post mortem filiæ: mortua est filia, mortui etiam sunt legatarii vernæ, id est, fideicommissarii, qui priores mortui sunt: non dicit, neque puto ex eo sumendam esse dispositionem, quia si quis vivere diceret, defuncto primum legatario, vernas, deinde filiæ, unum tantum superfuisse vernam libertum, quæritur, an ad unum illum libertum qui remansit totum fideicommissum pertineat? Respondet Scævola, virilem tantum partem pertinere: sic respondeo in specie hujus §. legavit uni ex libertis, et ideo si unus scilicet superfuerit, moriente hærede totum capit: in specie §. *filiam*, legavit libertis omnibus, aut vernis, et adjecit, *quos hoc testamento nominavi*: nominavi, in danda libertate scilicet, quæ danda erat nominatim, §. *libertus*, *Instit. de legat.* ex l. scilicet *Caninia*, Paulus 4. *Sent. tit. ult.* Ergo testator retulit ad nomina vernarum in testamento expressa, atque ita nominasse omnes videtur, et ob id sicut per damnationem ei legasset: nam fideicommissum comparatur huic legato: semper singuli ab initio viriles partes habent, et inter eos non versatur jus accrescendi; unde si moriente filia unus tantum superfuerit, non poterit capere nisi virilem partem: hoc probatur magis quam sententia Accurs. in *l. virilis*, *de verb. signif.*

Ad §. *Si rem tuam.*

Si rem tuam, quam existimabam meam, te hærede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiæ, nec constitutioni locus, qua cavetur, non cogendum præstare legatum hæredem: nam succursum est hæredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit. Sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis, et onerandis hæredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud hæredem.

Ostenditur, differentiam esse inter legatum rei alienæ, et legatum rei hæredis propriæ: loquimur de aliena re. Si quis sciens rem alienam legaverit, legatum valet, et præstanda est res aliena redempta, vel ejus æstimatio. Si existimans suam esse, ignorans alienam esse eam legaverit, non valet legatum, legatario nihil debet hæres, quoniam si scivisset esse alienam, forsan eam non legasset,

quia difficilius quisque rem alienam legat, et hoc esse ex Constitut. D. Pii, ait §. *non solum de legat.* cui constitutioni huic loco præfert sententiam Neratii Prisci, quod scilicet secundum Neratii sententiam ita D. Pius constituerat, ut in *l.* 7. *inf. de cond. et demonstr.* narratur sententiam Neratii fuisse comprobatam constitutione D. Pii de cautione Mutiana, et in *l. Fulcinius*, §. *item videamus*, *inf. quibus ex caus. in poss.* sententiam Neratii de vendendis bonis ejus qui latitat adversus actionem in rem, quod est notandum: nam venduntur bona ejus, qui latitat adversus actionem in personam, et refertur fuisse hoc comprobatum ab Hadriano. Floruit autem Trajani temporibus, *l. ult. inf. si quis a par. man.* hic vero et in *l. 2. sup. de vulg. subst.* refertur, sententiam Juliani fuisse comprobatam constit. Antonini, et in §. *pen.* hic, *quam sententiam optimus quoque Imp.* sententiam intelligit receptam inter auctores juris. Aliæ sunt sententiæ, aliæ opiniones, et ideo alii sunt sententiarum libri, alii opinionum: sicut et judicum aliæ sententiæ, aliæ opiniones, quas mittunt ad principem, *l.* 6. *infr. de interd. et releg.* et Philosophorum aliud est ἐπιστήμη, aliud δόξα, Alcinous in lib. περὶ Πλάτωνος δογμάτων. Constituit multa alia, et D. Pius, ut de legato pœnæ apud Capitol. et legem Falcid. pertinere ad fideicommissa ab intestato relicta, *l. fil. infra*, *ad leg. Falcid.* et hoc quod dixi de legato rei alienæ: sed huic constitutioni non est locus in legato rei hæredis propriæ. Nam si rem alienam existimans suam esse, legaverit, legatum non debetur, si rem hæredis existimans suam esse legaverit, legatum debetur: facilius legamus nostra quam aliena, facilius item rem hæredis nostri quam rem alienam: quia et facilior est hæredi præstatio rei suæ, quam alienæ cum rem suam in promptu habeat, et alienam mercari necesse habeat. Et ob id maxime hæres omnimodo tenetur sine ulla distinctione rem propriam præstare legatario, sive erraverit testator, sive non: rem alienam præstare non cogitur si testator erraverit: et ita quoque olim facilius legabantur res hæredis propriæ quam alienæ: sinendi modo legabatur res hæredis propria, non etiam aliena: per vindicationem neutra res legabatur: nam per vindicationem legabatur ea res quæ utroque tempore erat testatoris, *l. Stichus servus*, *inf. de man. testam.* Per damnationem aut per fideicommissum omnis res legabatur, res propria testatoris utroque tempore, res propria testatoris altero tempore, *l. ult. inf. de opt. leg.* res hæredis res aliena non est, §. pen. exposui l. 37. sup.

Ad §. ult. L. LXVII. Item Marcus, et ad L. LXVIII.

§. ult. L. LXVII. *Item Marcus Imperatore rescripsit: verba quib. testator ita caverat, non dubitare se, quodcunque uxor ejus cepisset, liberis suis reddituram, pro fideicomm. accipienda: quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum, decipiat patrem, qui melius de matre præsumpserat: et ideo princeps providentissimus, et juris religiosissimus, cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.*

L. LXVIII. Sequens quæstio est, an etiam, quæ vivus per donationem in uxorem contulit, in fideicommissi petitionem veniant: respondit, ea extra causam bonorum defuncti computari debere: et propterea fideicommisso non contineri, quia ea habitura esset, etiam alio hærede existente. Plane nominatim maritus uxoris fidei committere potest, ut et ea restituat.

Duæ sunt quæstiones: prima est, an hæc verba, *non dubito*, fideicommissum faciant: *commendo* et *relinquo* per se sola fideicommissum non faciunt. Paul. 4. *Sent. tit.* 1. nisi scilicet alio adminiculo fulciantur, veluti verbo legati, ut in *l. Lucius*, §. *filium*, *inf. ad Trebell.* ubi dixit *relinquo*, et est fideicommissum, *quo legato scio eum esse contentum*, declaravit igitur palam se velle legare et fideicommittere, nisi aliud doceat probatio contrariæ voluntatis, vel certa conjectura, ut dixi *l.* 54. §. *ult. sup.* et sic hæc verba, *non dubito*, nullam fideicommissi actionem pariunt, nisi appareat aliam fuisse voluntatem defuncti, ut in specie hic proposita, quæ est talis: vir uxorem hæredem instituit ex asse, quod potuit jure existentibus communibus liberis, ut ponitur hic; forte liberi cum impuberes essent, eos pater exhæredavit, alioquin nullum esset testamentum, et exhæredavit bona mente, ut interim mater bona tueretur et administraret: hæc exhæredatio consilio consistit, quamvis actione deficiatur: deinde subjecit testator, *non dubito uxor te quæcunque ex bonis meis ceperis, liberis communibus reddituram, cum pubuerint*, hæc verba non sunt precaria: ergo non sunt fideicommissi verba. Imperator tamen Marcus hæc verba accepit pro fideicommisso, et uxorem fuisse institutam, ut posuimus, constat ex *l. seq.* Marcus, inquit, prudentissimus et juris religiosissimus, prudentissimusque Philosophus fuit, juris religiosissimus, id est, observantissi-

mus, et studiosissimus æqui, ut in constitutione Justinian. præposita Institutionibus, quia et hic Imperator JC. fuit edoctus a Volusio, et hæc constitutio Marci summam utilitatem habet, id est, rationem et æquitatem summam, *l.* 4. §. *ult. inf. de verbor. obl.* quod dicitur fieri utilitatis causa in *l.* 2. *inf. de præt. stip.* dicitur fieri summa ratione, summa ratio est utilitas: utilitas metropolis boni et æqui, utilitatis autem ratio in hac specie hæc est elegantissima, ne honor bene transacti matrimonii, id est, sine querela usque ad supremum vitæ exitum, et ne fides communium liberorum decipiat patrem, qui meliorem opinionem de uxore animo præsumpserat: inhumanum est ab uxore decipi maritum, maxime collata sententia sua in liberos communes; quibus scripsit se non dubitare uxorem omnia bona sua reddituram. Ei est similis utilitas in *l. Pamphile*, *inf. lib.* 3. ubi citatur eadem constitutio Marci patris. Pamphilo liberto quidam legavit, deinde sic scripsit: *scio quæcunque tibi Pamphilo relinquo, ea etiam ad filios meos perventura, cum affectionem tuam circa illos bene prospectam habeam*, hæc verba vim fideicommissi habent, quia inhumanum est a liberto patronum decipi, qui melius de eo præsumpserat: et sic etiam inhumanum est, ab uxore maritum decipi, et justa interpretatio fideicommissi: huic sententiæ Accurs. opponit multa, et potissimum *l. generali*, *inf. de usufr. leg.* Patronus liberto suo reliquit usumfructum fundi, et adjecit, *ejus fundi etiam proprietatem puto te consecuturum, si non contenderis cum hærede meo: sed potius concordaveris, sed et tu hæres omnia fac ut amici sitis: hoc enim nobis expedit.* Quæritur an liberto etiam videatur legata proprietas fundi? respondet legatam non videri; et ratio est evidens, quia ibi dixit, *puto*, hic non dixit *puto*, dixit, *non dubito*, id est, scio et certus sum, ut in *l. Pamphilo*: sententia defuncti fideicommissum facit, non opinio. *Puto*, est opinantis; dicimus enim *puto* non quasi certi, sed quasi existimantes, *scio*, vel *non dubito*, certam sententiam exprimunt, *l. et eo modo, sup. lib.* 1. Et ob id Apollonius ille dum omnia veluti ex oraculis enunciabat, uti semper solebat his verbis, *scio*, *scire oportet*, *censeo*, ut Philostratus scribit lib. 1. cap. 13. Opponit etiam Accurs. *l. testatorem*, alias, *Julianus*, §. 1. *lib.* 3. Filium hæredem scripsit testator in agris suis, is testator solebat uti opera libertorum suorum, et filio hærede instituto, his libertis per quos agros suos colebat, ita cavit: *liberti curate agros meos attente, ita fiet ut filius meus filios vestros vobis condonet*, id est, ut filios vestros liberet: an ex his verbis fideicommissum peti potest? minime: ratio hæc est, quia consilium potius est, id est, patronus consuluisse videtur libertis, ut diligentia sua pararent filiis suis libertatem: consilia et commendationes defunctorum non obligant, *l. cum pater*, §. *manda, hic l. generaliter*, §. *si petitum inf. de fideic. libertat.* ut sententia separatur ab opinionib. ita consilia, et commendationes a præceptis: et omnino in testamentis hæc sunt distinguenda semper, institutiones, legata, fideicommissa, tutelæ, libertates, assignationes libertorum, injunctiones, præcepta, consilia, commendationes, confirmationes eorum quæ egerunt inter vivos: opponitur etiam superiori sententiæ *l. pater*, §. *pen. inf. lib.* 3. pater filios hæredes scripsit, voluit ne prædia hæreditaria alienarent, et ut ea conservarent successioni, utque de eo sibi invicem caverent mutuis cautionibus interpositis. Quæritur, an ea prædia videantur invicem relicta per fideicommissum? respondet, de fideicommisso nihil proponi: cur ita? quia, ut ait Bart. cum dixit ut conservarent prædia, successionem incertæ personæ constituisse videtur: vel potius ut ipse sentio, quia dixit, ut de eo sibi invicem caverent: itaque noluit ex fideicommisso eos invicem obligare, sed ex cautione conventionali, ex stipulatione mutua, quæ inspectio est in *l. Balista, inf. ad Trebell.* quam alias exposuimus. Secunda quæstio quæ pertinet ad speciem propositam hæc est quæ proponitur in l. 68. Mater in specie proposita ex fideicommisso liberis restituere debet quæcunque ex hæreditate mariti percepit. Quæritur an etiam ea restituere debeat res sibi donatas a marito constante matrimonio? sic sane, si sunt hæreditatis, unde inspectio ejus rei in eo consistit, ut sciamus, an res illæ quæ sunt in hæreditate uxoris, quas maritus contulit constante matrimonio, veniant in fideicommissum illud hæreditatis: loquimur de bonis non jure donatis uxori, ut recte Accurs. ut plerumque donatio non valet inter virum et uxorem. Res igitur illæ manente matrimonio non jure donatæ erant uxori: donatio jure non valebat sed ex Senatusconsultos sive ex oratione Antonini donatio convalescit et confirmatur morte, si maritus in ea voluntate perseverans decesserit, si donationem non revocaverit, *l. cum hic status*, *de donat. int. vir. et uxor. l.* 1. §. 1. *inf. de dote præleg.* Ea ergo donatio collata in uxorem fuit confirmata morte mariti, quia non mutavit factum, maritus non revocavit donationem: hæc donatio quæ morte confirmatur, comparatur fideicommissis: nam ex ea deducitur Falcidia, alio hærede instituto, et onerato legatis, quasi scilicet videatur tacite testamento relinqui, *d. l. cum hic status, de donat. inter vir. et ux. et l.* 12. *C. ad l. Falcid.* et etiamsi uxor nihil præterea ceperit ex bonis mariti, alio hærede instituto, et fideicommissum ab ea relinqui potest, ut eas res restituat: in hac *l. in fin.*

notanda sunt verba, *plane nominatim maritus uxoris fidei committere potest*, ut ea restituat, quæ donavit scilicet, hoc est verissimum duplici ratione: nam ab his omnibus qui mortis causa aliquid capiunt, generaliter fideicommissum relinqui potest, id est, quibus capiendi occasio obvenit propter mortem alterius, *l.* 1. §. *sciendum*, *inf. lib.* 3. Res donatas capiendi occasio obvenit uxori morte mariti, quia donatio convalescit morte: ergo ab ea fideicommissum relinqui potest. Et alia ratio, quia qui vivi revocare, et adimere possunt, et per fideicommissum adimere possunt, *l. quidam test.* §. *ult. sup. lib.* 1. Donationem maritus potuit revocare pœnitentia, poterit ergo et per fideicommissum adimere. Denique uxor nominatim fideicommisso onerari potest, ut eas res restituat, etiam si nihil præterea ceperit morte mariti, non tamen in omnibus mortis causa capionibus Falcidia locum habet: mortis causa capio accipitur generaliter, et specialiter: generaliter complectitur institutiones, legata, fideicommissa, et mortis causa donationes sed proprie cum dicis mortis causa capionem, non id dicis, quod habet nomen proprium, sed id quod vacat nomine proprio, et quod datur, et capitur conditionis implendæ causa, veluti quod hæredi, vel extraneo dat statuliber, vel legatarius conditionis implendæ causa, cum ita legatum est, *si hæredi decem dederit*, *lego fundum illum*, hære quo jure capit? non fideicommissi, non legati, non institutionis, sed mortis casa capionis: sic etiam pecunia qua datur, ut non adeat, vel ut adeat. Dos receptitia est mortis causa capio quam extraneus in casum mortis uxoris a marito stipulatur, in mortis causa capionibus quæ habet nomen proprium, locum habet Falcidia, in legatis ex lege Falcidia, in fideicommissis a testatore relictis, ex Senatusconsulto Pegasiano: in fideicommissis ab intestato, ex constitutione Pii, in donationibus mortis causa, ex Sever. in alis mortis causa capionibus, quæ nomine proprio vacant, cessat Falcidia, *l.* 1. §. *si ita legatum, et l. acceptis, inf. ad l. Falcid.* Ergo donationem inter virum et uxorem morte confirmatam, cum ex ea deducatur Falcidia, dicere debemus fungi partibus fideicommissi potius, quam mortis causa capionis, quæ sic dicitur proprie: nam in mortis causa capione cessat Falcidia: in donatione conjugali cessat Falcidia, ut ait *d. l.* 12. *C. ad leg. Falcid.* Nec obstat quod dicitur, eam donationem morte confirmatam retro agi in *l. omnes C. de dona. int. vir. et ux.* quod etiam ante Justinianum obtinuit: nam retro agitur, quod ad emolumentum attinet, non quod ad cetera attinet: sic etiam mortis causa donatio collata in conjugem quæ nunquam fuit prohibita, retro agitur quod ad emolumenta attinet, *l. sed interim* §. 1. *inf. de donat. inter vir. et ux. l. si mortis, inf. de don. ca. mortis*, non quoad cetera: nam Falcidia in ea locum habet, quasi vires accipiat ex morte: et illo argumento motus quidam falso scripsit donationem conjugalem retrotrahi: nam hæc non sunt pugnantia, et retrotrahitur quoad emolumenta, et in ceteris non retrotrahitur. Recte ait, ab uxore nominatim posse fideicommissum relinqui, ut res sibi donatas restituat nominatim, id est, specialiter: alioquin res uxori donatæ, fideicommisso hæreditatis non continentur, si sit hæres instituta a marito, et rogata restituere hæreditatem: in fideicommissum hæreditatis non cadent res illæ donatæ uxori: in §. *ult. sup.* fuit fideicommissaria hæreditas, id est, uxor hæres instituta ex asse, rogata est hæreditatem restituere liberis communibus: extra causam autem bonorum, id est, extra hæreditatem, ut ait l. 68. sunt res illæ donatæ uxori constante matrimonio: ergo eas res non cogitur restituere filiis communibus. Cur non sunt hæreditatis? cur censentur esse extra hæreditatem? quia scilicet, etiam alio hærede instituto eas res omnimodo uxor erat habitura beneficio Senatusc. quo donatio confirmatur morte: non ergo habet eas jure hæreditatis cum etiamsi non sit hæres, habeat, vel habitura sit, et ob id non veniunt in fideicommissum hæreditatis. Denique eas capit non jure hæreditario, sed beneficio Senatusconsulti, confirmationis beneficio. Atque ita etiam si maritus alio hærede instituto eas res legasset uxori legati verbis, mulier eas non haberet jure legati post Senatusconsultum, ex verbis *l.* 1. *C. de donat. int. vi et ux.* legatum earum rerum confirmatio est potius donationis, quam legatum. Jure antiquo eas haberet jure legati, et ita secundum jus antiquum est accipienda *l. si quando, sup. lib.* 1. Nam est Africani, cujus ætate nondum prodierat Senatusconsultum illud, quod fuit factum auctore Antonino Caracalla. Ex his sequitur, donationem illam conjugalem non in omnibus fungi partibus fideicommissi. Nam in legatis, et fideicommissis, aliud est: legatum enim, et fideicommissum hæredi relictum venit in fideicommissum hæreditatis, nam si hæres institutus sit ex asse, inutile est legatum, et res legato comprehensa jure hæreditario capitur; et ideo venit in fideicommissum hæreditatis. Si sit hæres institutus ex parte, et ei res sit quædam legata, aut relicta per fideicommissum, rei partem a cohærede capit jure legati, et hæc non continetur fideicommisso hæreditatis: partem autem aliam ex sua persona capit jure hæreditario, et hæc continetur fideicommisso hæreditatis, *l. in fideicommissariam*, §. *ult. inf. ad Trebell. l. cum virum, C. de fideic.* Res autem illæ quæ donatæ sunt uxori, sive uxor sit hæres instituta ex asse, vel ex parte, in fideicommissariam

hæreditatis restitutionem non veniunt, quia et citra hæreditatem mulier eas habuisset. Dixit legata vel fideicommissa. vel prælegata hæredi relicta, quatenus jure hæreditario capiuntur, in fideicommissum hæreditatis venire, videlicet cum rogatus est restituere hæreditatem, vel portionem hæreditariam: sed si hæres ex parte rogatus sit restituere suam portionem, nec adjectum sit hæreditariam, ut in hac specie: si pater filios hæredes scripserit, et omnia bona inter eos diviserit præceptionibus vice mutua relictis, et unum rogaverit portionem restituere simpliciter, hic restituet non tantum quod in re legata habet jure hæreditario, sed totam rem prælegatam, quia præceptiones illæ obtineat vicem portionum, et eas pater fecit filiis quasi portiones, *l. 3. §. quidam, inf. ad Trebell.* sed cum rogatus est hæres restituere hæreditatem, ut est species proposita, vel portionem hæreditariam, id tantum quod in legatis, vel prælegatis habet jure hæreditario venit in fideic. hæreditatis. Obstat *l. filium, C. famil. erc. l. Titia. inf. ad l. Falcid.* quæ leges docent, prælegatum relictum cohæredi rogato restituere portionem hæreditatis, pro qua parte capitur jure hæreditario non venire in fideic. sed imputari in Falcid. hoc non obstat, sed utrumque est verum, venire in fideic. hæreditatis, cessante Falcidia, et si coactus adierit, vel si militis testamentum fuerit, imputare autem interveniente Falcidia; et in specie *l. 3. §. cum Pollidius, de usur.* non est dicendum cum Accurs. cessare Falcidiam, et ideo in ea specie §. *cum Pollidius hæres* institutus ex asse, et rogatus restituere fundum quem retinere jussus est, quemque prælegatum dicit, ac si retentio sit prælegatio, quod notandum, reputabit in Falcidiam, et in specie *d. l. Titia, inf. ad leg. Falcid.* si hæres institutus sit ex tertia parte, et ei sit prelegatus fundus, et rogatus sit absolute restituere tertiam partem hæreditatis sibi adscriptam, et inducatur Falcid. contra voluntatem testatoris, qui absolute eum velit restituere totam partem: sed voluntas non est impedimento legi Falcid. igitur si ita inducatur Falcidia, etiam refragante testatore, hæres imputabit in Falcid. tertiam partem fundi prælegati, quam capit jure hæreditario: verum ex judicio testatoris inducetur Falc. ut si ipsemet testator rogaverit hæredem restituere tertiam partem hæreditatis, retenta quarta, quia in ratione legis Falc. non quantum quis habeat ex hæreditate, sed quantum ex judicio defuncti, hæreditario tamen jure habeat, est maxime videndum, ut id solum imputetur in Falc. *l. quod autem, inf. ad leg. Falc. l. mulier, §. si hæres, inf. ad Treb.* et verius esse comperi nihil distare hac in re Falc. a Trebellianica. Et cum hic hæres jussus sit retinere quartam tertiæ portionis hæreditariæ, ideo ex fundo prælegato retinebit unciam tantum, quæ est quarta pars tertiæ partis fundi jure hæreditario perceptæ, et duodecima totius fundi: eandem unciam quam retinet ex judicio defuncti, qui ut retineret quartam cavit, eam solum imputabit in Falcidiam, quia id solum retinere jussus est: eo non dicto imputabit in Falcidiam fundi quatuor uncias. Ad summam, hæc sic habent: legata hæredi relicta rogato restituere hæreditati quatenus capiuntur jure hæreditario, vel restitui fideicommissario universali, vel si retineantur, imputantur in Falcid. unde quæres, cur repudiata hæreditate hæres si legatum relictum retineat, cur non videatur etiam repudiasse partem quam habet in legato jure hæreditario? *l. qui filiabus, §. ult. et seq. sup. lib. 1. l. qui solidum, hic, l. qui responso, C. de legat.* Cur etiam ablata hæreditate a fisco quasi indigno hæres retinet legatum sibi relictum, nec fiscus eripit partem hæreditariam quam habuit in eo legato? *l. eum qui, §. ultim. de his quæ ut indig.* in omissa hæreditate, hæc est ratio, quia cessat tum ratio juris, cum repudiavit, legatum hæredi a semetipso inutiliter relinquitur, quia non potest idem sibi debere: repudiata hæreditate cessat hæc ratio: jam enim non est idem hæres, et legatarius: et ideo tum rem prælegatam totam capiet jure prælegati in ablata hæreditate, quia etsi ablata hæreditate a fisco hæres maneat qui semel extitit, *l. ex facto, §. ult. sup. de vulg. et pup.* et ideo non possit reddi ratio quæ est reddita sup. tamen optimum est, interpretatione jus fiscale coerceri et coangustari, in *l. non dubito, de jur. fisc.* ut fiscus capiat quod palam adscriptum est hæreditatis titulo non quod titulo legati, quod licet ratione juris non possit totum capere jure legati, sed partim jure hæreditario, partim jure legati, tamen voluntas testatoris fuit uniformis, ut totum caperet jure legati, et hæc voluntas potior erit fisco. Denique fiscus auferet tantum hæreditatem, ex legato nihil auferet *d. l. eum qui.*

Ad. L. LXIX.

Peto, Lucii Titi, contentus sis centum aureis: fideicommissum valere placuit, etc.

Initium legis est de verbis fideicommissorum: fideicommissorum verba et inflexa dicuntur, et fideicommissaria, et παρακλητικὰ et precaria, precativa, precantia. *Concipit illa preces, et verba precantia dicit.* Igitur fideicommissorum verba sunt preces, quæ ad eum diriguntur, a quo fideicommissum reliquit. At ex constitutionibus, etiamsi defunctus non loquatur cum eo, a quo fideicommissum reliquit, sed cum eo tantum cui reliquit, utile fideicommissum est. Nemo rogatur, fideicommissum tamen consistit: ut si ita dixerit: *Peto contentus sis*

illa re, volo Gai Sei, rem illam tibi præstari, et ita Paulus 4. *Sentent. tit.* 1. et probat *l.* 15 §. *si quis ita. lib.* 3. et præter hanc legem 69. *in hoc tit. l. miles*, *inf.* miles, vel paganus, ad sororem scripsit epistolam obsignatam, quam voluit aperiri et resignari post mortem suam, in ea epistola ita scripserat: *Sorori salutem: scias velim me tibi donare aureos quingentos:* his verbis neminem rogat, quia cum eo tantum loquitur cui reliquit: et tamen placet fideicommissum deberi sorori. Et generaliter ait eadem lex, fideicommissum consistere, etiamsi defunctus cum eo loquatur, non cum eo qui oneratur precaria voluntate: legerem, *ut si defunctus cum eo loquatur*, non, *ac si defunctus*, et ita Græci. Ad hæc utile fideicommissum est, etiamsi quis neque cum eo loquatur a quo relinquit fideicom. neque cum eo cui relinquit, sed cum extraneo quodam: non esse inanem supremam voluntatem expositam extraneo non onerato, vel honorato, *l. cum pater*, §. *donationis*, *hoc tit.* Pater ad filium scripsit epistolam codicillarem, eamque filio nescient commendavit depositam apud æditumm, notum illud est, solitos veteres deponere pecunias suas, vel suorum apud æditumm, et inde illud Plauti in Aulul. ut lecta ab aliis testimonia prætermittam. Hoc *mihi factu optimum est*, *ut te referam olla ad fidei fanum*, id est, ut te deponam pecuniæ olla, et non tantum apud æditumm, sed etiam apud Pontificem maximum. In litibus deponere solebant certum numerum assium l. Papinii trib. plebis statutum. Varro et Festus, quæ depositio pecuniæ sacramentum appellabatur, et sacrum, cum in omni deposito sit religio quædam, etiam id quod deponitur apud privatum, dicitur sacrum depositum. Juvenal. *sacrum tibi quod non reddat amicus depositum.* Qua de causa etiam actio depositi, quæ est bonæ fidei, ampliorem fidem exigit, quam ceteræ actiones bonæ fidei: nam actio depositi est famosa, si non agnoscat bonam fidem, id est, si non reddat depositum reposcenti. Ceteræ actiones bonæ fidei non infamant. Depositi ratio privilegiariis creditoribus anteponitur. Chirographo depositi non potest opponi exceptio non acceptæ rei, vel non numeratæ pecuniæ: actioni deposti non potest objici compensatio, quæ omnia sunt singularia. Et ad summam, sicut omnes actiones strictæ non eodem jure censentur, id est, non pari jure stricto, ut actio ex testamento, in qua veniunt usuræ, quæ non veniunt in aliis actionibus strictis, et conditio indebiti, vel sine causa, quæ datur ex bono et æquo, et quibus ignorans non tenetur, qui tamen tenetur conditione ex stipulatu, et stipulatio dotis, quæ nulla est ipso jure, dolo dante causam stipulationi. Alia stipulatio valet etiamsi ex dolo alterutrius contrahentium initium sumpserit. Porro eodem modo actiones bonæ fidei non eodem jure censentur, sed aliæ aliis ampliorem fidem exigunt, ut sacrum depositum. Solebant etiam apud æditumm deponere instrumenta, tabulas testamenti, codicillos, et obsignare, ut in specie §. *donationis.* Mater deposuit epistolam donationis prædiorum apud æditumm, ut *l. locum* §. *tabulæ*, *l. ult. D. de tab. exhib.* Idque idem poeta illo loco, *Te solitum falsas signare tabellas, In templis.* Ex eadem epistola quam mater deposuit apud æditumm filio donabat prædia quædam, neque ullum aliud erat verbum precarium in ea epistola. Donare verbum est directum, non precarium, ut dixi *l.* 36. *sup.* sed ex sententia dicentis, ad fideicommissum trahi potest, etiamsi nullum aliud in epistola sit verbum precarium, ut in specie *d.* §. *si donationis.* Si postea mater ad æditumm literas miserit tales: instrumentum quod pœnes te deposui, post mortem meam filio dari volo, donatio prædiorum accipitur pro fideicommisso propter posteriores literas: nec quicquam refert quod mater ad æditumm literis missis precariam voluntatem declaraverit: satis enim est intelligi in quem eam voluntatem contulerit, et sane intelligitur contulisse in filium: nihil igitur refert cum quo locuta est, modo constet cui reliquere voluerit: et hoc est quod ait in eo §. non enim quæri oportet cum quo *de supremis* quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur: ubi *superius* absolute, eodem sensu usurpat quo Græci τοῖς τελευταίοις. Igitur filius fideicommissum petet ab hæredibus institutis testamento matris, licet neque cum eis, neque cum filio, sed cum extraneo mater locuta sit, id est cum æditumo. Ait in eo §. cum pluribus hæredibus intestato diem suum obiisset, legendum. *Cum pluribus hæredibus institutis diem suum obiisset*, ut in exemplaribus scriptis inveni recte: nam ab intestato matri ipse filius hæres extitit Senatusconsulto Orfitiano, sed quia testamento illa sibi alios hæredes fecit, ab eis petit fideicommissum prædiorum. Eadem est ratio *legis cum quis*, §. *Sejam*, *inf. lib.* 3. Quidam Sejam et Mævium libertos suos hæredes instituit, et Mævio in primum casum substituit Sempronium pupillum suum, quod notandum recte dici, pupillus meus, pupillus Titii, pupillus Sempronii. Cornutus in illud Pers. *Magni pupille Pericli. Tutores dicunt pupillos suos quorum tutelam gerunt.* Eodem testamento codicillos confirmavit, quos erat facturus his verbis: *Quæ postea codicillis scripsero, rata esse volo.* Deinde codicillos scripsit ad Sejam tantum libertam, non ad Mævium, et codicillis vetuit Mævium accipere portionem hæreditatis testamento adscriptam, et in ejus locum declaravit se Publium Sempronium pupillum suum hæredem esse velle primo gradu, et eisdem codicillis Mævio fideicommissi nomine reli-

quit vini vetusti lagunos centum quinquaginta. Lagunos Flor. cum y more Græcorum, qui dicunt λαγύνια et λαγύνους, Poll. lib. 10. *cap.* 20. Marco Ulpio Augusti liberto, *** id est declaravit causam adeptæ hæreditatis, et modum fideicommissi derelicti Mævio. Igitur mutatam esse voluntatem testatoris apparet, tum ex elogio, cum ex prohibitione illa, sed tamen Mævio non videtur adempta hæreditas jure, quia ut dari, ita etiam adimi hæreditas non potest, etiamsi sint infirmati voluntate superiori: scripturam codicillorum accipiemus pro fideicommisso, id est, non pro ademptione directa, quæ non potest scribi codicillis, sed pro ademptione fideicommissaria: et ideo, et fideicommissum portionis hæreditatis Sempronius pupillus testatoris petet a Mævio, quamvis de utroque sermo directus sit ad Sejam, non ad horum alterum, vel ad utrumque: nihil igitur refert ad quem fiant codicilli: satis est intelligi quid voluerit qui fecit. Summa hæc est: fideicommissum valere si quis cum eo loquatur cui relinquitur fideicommissum, non cum eo a quo relinquit, vel etiam si cum Mævio loquatur, sed cum extraneo. Et ex hac sententia hoc loco Papinianus colligit multo magis valere fideicommissum si quis cum eo solo loquatur a quo fideicommissum reliquit, licet palam non edicat cui vel quibus relinquat, ut si cum hærede instituto ex parte puta Lucio Titio ita loquatur, *Peto, Luci Titi, ut pro tua parte contentus sis centum aureis*, et nihil dicat præterea, his verbis videtur L. Titium rogasse, ut suam partem restituat cohæredibus suis, retentis centum aureis, quos imputabit in Falcidiam, et si quid desit Falcidiæ, id in supplementum deducet, *l. filium, C. fam. ercisc.* Et ait hic, *retinente, sive præcipiente.* Differentia est inter retinere et præcipere, ut in *l. in quartam, inf. ad leg. Falcid.* Retentio est facti, id est, exceptio desideratur; præceptio est juris, sed sive retinere, sive præcipere jussus sit centum aureos, solidam eam pecuniam imputabit in Falcidiam, quia totam eam pecuniam videtur sumere ex sua portione; ergo jure hæreditario, *l. cum pater, in princ. hic*: quod non ita procederet in corporibus. Idem erit etsi cum hærede instituto ex asse, defunctus ita loquatur, pro hæreditate quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sis aureis centum: nam his etiam verbis videtur rogatus ut fratri legitimo hæredi testatoris hæreditatem restituat, retentis centum aureis: et ait *quæ ad fratrem jure legitimo rediret:* legitima hæreditas proprie dicitur redire: nam ad familiam eandem recurrit subinde: et ob id recte Placentinus emendabat regulam, *leg. Quo tutela, de regul. jur.* ut substitueret, *quo hæreditas redit, eo et tutela pervenit*, atque ita etiam Græci legunt, Harmenopulus duobus locis. Porro adversus hanc l. Accurs. opponit *legem filiusfam.* §. *divi, sup. l.* 1. *in eo* §. generaliter definitur nudum præceptum testatoris nullius esse momenti. Quid est nudum præceptum? Est cum non appareat cujus gratia tale præceptum dederit, ut si ita dixerit: *veto ne alienes fundum meum*, est præceptum et nullius momenti: verum si dicat, *veto ne alienes fundum extra familiam*, non est nudum præceptum, quia hoc præcepisse videtur respectu familiæ, ut familiam prospiceret, atque tum illud præceptum habetur pro fideicommisso relicto familiæ: alioquin nuda præcepta nullius sunt momenti: sed an præcepta posita in hac l. sunt nuda, cum petit ab hærede ut contentus sit centum aureis? Non: nam apparet cujus gratia id petierit cohæredum scilicet gratia, vel fratris legitimi hæredis: et ideo non est nuda petitio. Opponitur etiam *l. cum pater*, §. *pater qui filio, inf. hic.* Patri est filius major 25. et duæ filiæ impuberes: filium hæredem scribit ex semisse, filias ex alio semisse, et filium filiabus tutorem dat: deinde ita cavit: *Fili contentus sis pro tua portione ducentis aureis, et vos filiæ pro semisse vestro ducentis aureis*, vel: *vos filiæ contentæ sitis pro vestis quadrantibus centenis aureis singulæ.* Quæritur, an videatur vice mutua fideicom. relictum? quod ex h. l. videretur dicendum, in qua hæc verba: *peto contentus sis*, fideicommiss. faciunt: sed id negatur in *d.* §. *pater qui filio*, optima ratione, quia si dixeris esse mutuum fideicommiss. nulla erit utilitas fideicommissi mutui, quia filius dabit semissem retentis ducentis, et vicissim filiæ dabunt semissem retentis ducentis: frustra igitur induxeris fideic. et melius est interpretari illis verbis patrem fecisse tantum æstimationem sui patrimonii, ut solent; inquit, patresf. frugi, qui diligenter rationes scribunt, et totius vitæ suæ, et totius patrimonii. Igitur videtur æstimasse pater suum patrimonium quadringentis aureis, et sic dixisse filio: contentus sis tuo semisse, qui est ducentorum, et vos filiæ contentæ sitis vestro semisse. Et hæc æstimatio nihil facit, nihil officit veritati, id est, sive plus inveniatur in bonis, sive minus, ea æstimatio in ponenda ratione legis Falc. et in reddendis rationib. tutelæ demonstrabitur, non ea quam demonstravit pater fortasse ἐν πλάτει, pingui Minerva: itaque ea æstimatio nihil officit veritati, *l.* 15. §. *ult. inf. ad leg. Falcid. l. si fundum* §. *si libertus, sup. l.* 1. *C. arbit. tut.* et ideo si frater ille qui est tutor datus sororibus, conveniatur actione tutelæ finita tutela, et ab eo exigatur ratio amplioris patrimonii quam ducentorum, licet pater semissem filiorum ducentis æstimaverit, tamen non demonstratæ æstimationis rationem reddet, non strictæ et bonæ fidei rationes, id est, actione tutelæ non poterit excludere excea-

ptionem dictæ æstimationis a patre, verum ideo non inducitur ibi fideicommissum, quia inutiliter et inaniter induceretur, et longe est alia ratio casus propositi in *l.* 69.

Ad §. 1. *Prædium.*

§. 1. *Prædium, quod nomine familiæ relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona hæredis veneant: tamdiu emptor retinere debet, quandiu debitor haberet bonis non venditis: post mortem ejus non habiturus, quod exter hæres præstare cogeretur.*

Paragraph. *prædium, et* §. *ult.* sunt de prohibita alienatione: §. *mater* est de fideicommiss. relicto a tutore et curatore qui nihil ex testamento accepit. Species §. *Prædium* hæc est. Quidam filium hæredem instituit, aut fratrem vel alium qui erat ex familia, et vetuit prædium alienari extra familiam, vel quod idem est, prædium reliquit nomine familiæ, legendum est *nomini familiæ*, ut Haloander, post mortem testatoris hæredis bona venierunt urgentibus creditoribus ipsius hæredis, inter quæ bona erat prædium illud, quod cum ceteris bonis creditores vendiderunt: a testatore alienatio voluntaria prohibita videtur: et ideo si hæres prædium sua sponte alienaverit, statim familiæ fideicommissi persecutio competit: sed hic non fuit alienatio voluntaria fuit necessaria possidentibus bona hæredis ex edicto creditoribus et distrahentibus: an etiam alienatio necessaria videtur prohiberi, vel an potest prohiberi a testatore? Sane prohibitio testatoris non potest esse fraudi creditoribus testatoris: et ideo si propter creditores testatoris bona hæredis venierunt, vel si prædium illud creditores testatoris jure pignoris vendiderunt, alienatio valet, *l. filiusfam.* §. *divi, sup. lib.* 1. *l. qui solidum*, §. *ult. hic.* Et hoc casu nunquam familiæ competet fideicommissi persecutio, quamvis prædium transierit in extraneum: imo etiam si hæres ipse ultro prædium illud vendiderit, creditorum testatoris dimittendorum causa, cum scilicet non esset aliud in hæreditate unde debitum exsolvi posset, quia vendidit ob æs alienum testatoris, non tam libenter quam necessario creditorum testatoris absolvendorum causa, alienatio tenebit, et familiæ nullo unquam tempore dabitur fideicommissi persecutio, *l. pater*, §. 1. *inf. lib.* 3. sed finge, non propter creditores testatoris venisse hæredis bona, sed propter creditores ipsius hæredis, quæ est species ipsius §. Si bona hæredis venierint non propter creditores testatoris, sed propter creditores hæredis, interim vivo hærede alienatio tenebit, quia de bonis non venditis ipse hæres quandiu vixisset, prædium tenuisset solus, verum sicut bonis non venditis hærede illo mortuo, et extraneo hærede relicto familiæ fideicommissi persecutio competeret: ita bonis venditis, et eo postea mortuo familiæ fideicommissi persecutio competet tam adversus hæredem hæredis, quam adversus emptorem, quia propter debita hæredis alienatio facta est, non propter debita testatoris, Ceterum quamdiu vivet ille hæres, cujus creditores bona vendiderunt, et prædium illud, fideicommissarii nihil petent: post mortem ejus petent ab hærede hæredis, vel ab emptore, et persequentur fideicommissum prædii. Quid si hæres hic prioris testatoris, cujus creditores bona possederunt et vendiderunt, reliquerit hæredem unum ex familia, an eo mortuo, ceteri qui sunt ex familia revocabunt venditionem? Sic sane: hoc casu ceteris erit fideicommissi persecutio quasi existente conditione fideicommissi, quia per hæredem factum videtur, ut abiret prædium extra familiam, et factum quidem ejus quamdiu vivet sustinebitur; eo mortuo infirmabitur, argumento *l.* 67. §. *sed si uno, sup.* Et ex tribus interpretationibus relatis hic ab Accursio ad hæc verba *quod exter hæres præstare*, prima ut mihi videtur recto calamo, ceteræ transverso signandæ sunt: legenda verba §. ait, *quandiu debitor*, id est, hæres: ergo venierunt propter creditores hæredis, non propter creditores testatoris: nam si venissent propter creditores testatoris, ineptum esset fideicommissum.

Ad §. 2. *Mater.*

§. 2. *Mater, filio impubere hærede instituto, tutorem eidem adscripsit, ejusque fidei commisit, ut si filius suus intra quatuordecim annos decessisset, restitueret hæreditatem Sempronio: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit: nam etsi pater non jure facto testamento tutoris fideicommiserit æque præstabitur: quemadmodum si jure testamentum factum fuisset; sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum, videatur ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore impuberis, vel minoris annis debet probari. Nec interest, tutor recte datus vivo patre moriatur, vel aliquo privilegio excusetur, vel tutor esse non possit propter ætatem, cui tutor fuerat datus: quibus certe casibus fideicommissum non intercidit, quod a pupillo datum videtur. Hac denique ratione placuit a tutore, qui nihil accepit, fideicommissum pupillo relinqui non posse: quoniam quod ab eo relinquitur extero, non ipsius proprio, sed pupilli jure debeatur.*

Sciendum est, matrem filio jure tutorem dare non posse; quia nec pater potest si non habeat

filium in potestate, sed datus a matre tutor decreto Prætoris vel Præsidis confirmatur ex inquisitione modo datus sit filio hæredi instituto, *l. pater*, *sup. de testam. tut.* non instituto tutor datus a matre, nullo modo confirmatur, et in *l. 4. C. de testam. tut.* abundat negatio perspicue, ut alias docui: ait l. matrem testamento filiis suis tutorem dare non posse, nisi eos hæredes instituerit: sequitur, *quando autem eos hæredes non instituerit*, legendum affirmative, *quando eos hæredes instituerit*: solet ex voluntate defuncti tutor datus a Præsidibus confirmari, ut in *d. l. pater* declaratur: sed si non instituerit, sane nunquam solet confirmari. Idem est in matre quod in extraneo: tutor datus non confirmatur nisi datus sit instituto, *l. si patronus*, *sup. de confir. tut.* Et sequitur in *dict. l. 4. nullo ex his interveniente*, id est, neutro, vel hoc tantum, aut illo interveniente, id est, institutione non interveniente confirmationem non sequi: institutione interveniente confirmationem omnino desiderari, alioquin tutorem datum a matre qui his duobus deficientibus, res pupillares administrarit, non teneri tutelæ, sed protutelæ: et hæc est sententia *l. 4.* hac vero in re multum distat pater a matre: nam tutor datus a patre filio emancipato suscepto ex justis nuptiis (aliud enim in naturali) etiamsi datus non sit filio hæredi instituto, ut si datus sit exhæredato confirmatur a magistratu, et quidem ἁπλῶς, ut ait *l. 1. sup. de confirm. tut.* id est, sine inquisitione: a patre tutor datur personæ, a matre rei potius quam personæ, bonis potius, id est, a patre etiam exhæredato, cui nihil relinquitur, a matre soli instituto: atque ita non tam personæ quam bonis, quasi scilicet cura personæ magis conveniat patri, quam matri, et judicium patris confirmatur sine inquisitione, matris habita inquisitione, an is quem elegit mater, sit frugi, an amet liberos, *l. ult. in fin. sup. qui petant tut.* Ex his intelligetur merito notare Accursium, qui censet, etiam tutorem datum a matre filio hæredi instituto, sine inquisitione confirmari: imo vero nunquam sequimur judicium mulierum sine inquisitione. Sciendum est, etiam a tutore dato hæredi instituto, vel etiam pupillo legatario, etiamsi tutor nihil capiet ex testamento, fideicommissum relinqui posse, quia videtur relinqui a pupillo, qui ex testamento capit, *l. etiam*, *C. de fideicomm.* tutor pupilli loco habetur, et fideicommissum ab eo relictum pupilli jure valet, id est, ex persona pupilli, non ex persona tutoris: et ideo si a tutore qui nihil accipit ex testamento fideicommissum relinquatur ipsi pupillo, inutile est fideicommissum, quia pupillo a semetipso relictum videtur: sed si extraneo relinquatur fideicommissum ab eodem tutore, utile est fideicommissum, et debetur a pupillo, etiamsi tutor jure datus non sit, ut demonstratur hoc §. quod et his exemplis demonstratur: ut si pater non jure facto testamento, non solemni testamento, filio hæredi instituto tutorem dederit, quo modo tutor jure non est datus, quia injusto testamento est datus, et si ab eo tutore fideicommissum Titio reliquerit adjecta in testamento clausula codicillari, ut Rogerius supplet recte: puta, ut si non valeat jure testamenti voluntas ejus, valeat codicillorum jure, quasi factorum ab intestato: hoc casu tutor datus testamento confirmabitur quasi ab intestato, et præferetur legitimo tutori, *l. 3. sup. de confirm. tut.* et fideicommissum ab intestato pupillus debebit propter clausulam codicillarem: relictum est a tutore non jure dato, valet tamen, quia a pupillo relictum videtur: sed aliud esset si pater dedisset tutorem filio exhæredato, et ei nihil reliquisset: nam certum est, ut ab exhæredato, ita etiam a substituto exhæredati, vel a tutore exhæredati fideicommissum relinqui non posse. Eodem vero modo si mater filio hæredi instituto tutorem dederit, quod non fit jure, et ab eo tutore fideicommissum reliquerit, decreto quidem Prætoris tutor confirmabitur ex inquisitione, ut dixi supra, et ex testamento fideicommissum Titio pupillus debebit, quia a pupillo fideicommissum relictum videtur: et similiter si a curatore dato impuberi, vel minori 25. annis, fideicommissum relinquatur, utile erit fideicommissum, licet curator testamento jure non detur. Tutor a patre filiofamilias jure datur, curator a patre filiofamilias jure non datur testamento, vel puberi, vel impuberi, quia de tutela lex loquitur, non de cura, id est, lex 12. tabularum permittit patri tutoris dationem, non curatoris dationem, et a verbis legis non recedimus, nec damus patri plus quam lege permissum sit, non damus curatoris dationem. Denique curator testamento non jure datur, fideicommissum tamen ab eo relinqui potest, quia relinqui videtur a pupillo, vel ab adolescente, et debetur sive curator ille confirmetur sive non a codicillis, *l. codicillis*, *§. qui Sempronium*, *D. de usu*, *et usufr. leg.* sicut etiam superioribus casibus, etiamsi tutor datus a matre vel a patre non justo testamento non confirmetur, pupillus fideicommissum debebit: et in summa fideicommissum relictum a tutore vel curatore, etiamsi jure datus non sit, vel etiamsi confirmatus non sit a pupillo, vel minore, debetur quasi ab eo relictum: eademque ratione a tutore jure dato relictum fideicommissum pupillus debet, etiamsi tutor non fuerit, vel mox desierit esse morte, vel excusatione, vel pubertate pupilli: eadem ratione, id est, quia hæc fideicommissa a pupillo relinqui videntur, et valent non

proprio jure tutoris, sed pupilli jure. Melior est quæst. §. ultimi de prohibita alienatione.

Ad §. 3. *Fratre*, *et* §. 4. *Si quidem.*

§. 3. *Fratre hærede instituto*, *petit*, *ne domus alienaretur*, *sed ut in familia relinqueretur*: *si non paruerit hæres voluntati*, *sed domum alienaverit*, *vel extero hærede instituto decesserit*: *omnes fideicommissum petent*, *qui in familia fuerunt. Quid ergo si non sint ejusdem gradus? ita res temperari debet*, *ut proximus quisque primo loco videatur invitatus*, *nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet*: *sed ita proximus quisque admittendus est*, *si paratus sit cavere*, *se familiæ domum restituturum. Quod si cautio non fuerit ab eo*, *qui primo loco admissus est*, *desiderata*, *nulla quidem eo nomine nascetur condictio*: *sed si domus ad exterum quandoque pervenerit*, *fideicommissi petitio familiæ competit. Cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto juste desiderari*: *quamvis nemo alius ulterior ex familia supersit.*

§. 4. *Si quidem sint postea emancipati*, *tractari potest*, *an hi quoque recte fideicommissum petant*: *et puto*, *recte petituros*: *quoniam familiæ appellatione personæ quoque hæ demonstratæ intelliguntur.*

Quidam fratrem hæredem scripsit, et vetuit fundum alienare extra familiam: frater non paruit voluntati testatoris: nam eum fundum extraneo vendidit, vel instituo hærede extraneo decessit: prohibita alienatione, videtur etiam prohibita institutio hæredis extranei; nisi specialiter testator prohibitionem coarctaverit ad tempus vitæ hæredis, ut in *l. pater*, §. *fundum*, *inf. lib.* 3. Item frater non obtemperavit voluntati testatoris, quia extraneum sibi hæredem fecit, vel fundum vendidit extraneo: hoc casu omnibus qui sunt ex ea familia fideicommissi persecutio competit cujuscunque gradus sint: quod erit incommodum si sint plurimi: nam si omnes admiseris, et fundum in minutas partes diviseris, fideicommissum inutile feceris: minutiarum nulla utilitas. Itaque melius est ita rem temperare, ut proximiores primum veniant, deinde sequentes, quod etiam proditum est in *l. ult. inf.* Sed qui primo loco veniunt, proximiores scilicet, cavere debent se cum morientur in familia eum fundum relicturos: cui autem cavere debent? non servo publico, non familiæ ut interpretes ajunt, sed hæredi instituto, a quo fundum accipiunt, *l.* 67. §. *sed et si fundum*, *supra*, quia hæredis instituti interest fundum familiæ restitui, quia fundo in exterum collato fideicommissi petitio est: recte ergo stipulatur alteri fundum restitui, id est, familiæ, quia interest ejus familiæ restitui ne teneatur, et exigit hæres hanc cautionem opposita exceptione doli mali adversus petitionem fideicommissi. Item exigit eam cautionem etiam ab eo, qui solus superest ex familia; quod mirum videtur: sed hoc ideo, quia alii subnasci possunt, liberis ex eo vel ex hærede instituto progenitis. Sed quid si hæres non exacta hac cautione fundum proximiori præstiterit, an dicemus condictionem cautionis competere, id est, condictionem indebiti, incerti, ut *l.* 5. §. 1. *sup. de usufr. ear. rer. quæ usu cons. l.* 1. §. *si legatarius*, *inf. ad leg. Falcid. l. hæres*, *inf. ad Trebell.* Et ait, hoc loco nullam condictionem competere: nullam, id est, nec certi, nec incerti, quamvis scilicet alias omissæ cautionis condictio sit: causa hæc est, quia fundo in exterum collato certissimum est etiam adversus extraneum familiæ fideicommissi petitionem competere: et ideo non magni interest cautionem condici, quæ fuit sententia Accursii, a quo discessit Bartolus propter *d. l.* 5. §. 1. Sed advertere debuit Bartolus in specie *d. l.* 5. §. 1. si pecuniæ legatus sit ususfructus, et hæres legatario pecuniam dederit non exacta cautione, quæ debuit exigi ex Senatusconsulto, quo pecuniæ et omnium rerum usumfructum constitui posse introductum est, de restituenda tanta pecunia mortuo legatario vel capite diminuto, hoc casu controversum erat, an finito usufructu esset condictio pecuniæ? certum erat esse condictionem cautionis omissæ. Denique controversum erat an esset condictio certi? certum erat esse condictionem incerti, id est, cautionis omissæ, et ideo ait in hoc §. constat esse condictionem cautionis: de condictione quantitatis ambigebatur. Quod si non dubitassent quicquam in danda condictione quantitatis, sane non esset condictio cautionis, ut et in specie proposita dicimus, non esse condictionem cautionis omissæ, quod scilicet non magni intersit eam interponi, quia fundo alienato extra familiam, certum est familiæ competere fideicommissi persecutionem, non tantum adversus hæredem hæredis, sed etiam adversus extraneum. Est igitur familiæ atque hæredi hæredis consultum omnimodo adversus extraneum. Ultimo loco docet in hoc §. existente conditione fideicommissi ad fideicommissum cum ceteris invitari etiam eos qui fuerunt ex familia mortis testatoris tempore, licet postea esse desierint ex familia per emancipationem: emancipatione mutatur familia: est enim emancipatio capitis diminutio, sed jus fideicommissi familiæ relicti non admittitur: quid enim si quis fundum prohibitus alienare extra familiam, postea filios suos emanciparit, deinde fundum extero vendiderit, atque ita filios data opera prius emancipaverit, ne quasi familiares accipiant fundum? venient ad fideicommissum, *l.*

cum pater, §. *filiusfam. sup. lib.* 1. satis est mortis tempore fuisse in familia, *l.* 32. §. *ult. sup.* interpretes male spectant tempus testamenti, ideoque hic, *si quidam sint postea emancipati*, id est, post mortem testatoris.

Ad L. LXX.

Imperator Antoninus rescripsit, legatarium: si nihil ex legato accepit, ei, cui debet fideicommissum, actionibus suis posse cedere, nec id cogendum solvere. Quid ergo, si non totum, sed partem legati relicti restituere rogatus, abstinuit eo? utrum actionibus suis in totum cogetur cedere, an vero non nisi ad eam quantitatem, quæ fideicommisso continetur? quod ratio suadet. Sed et si legatum perceperit: non amplius ex causa fideicommissi cogendus erit solvere, quam recepit.

§. 1. *Si centum legatis, duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse: si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum duntaxat additamentum admittetur: nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut pœnam stipulationis imminentem evasit. Hæc ita, si quantitas cum quantitate conferatur: enim vero, si pecunia accepta, rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii est, restituere: non est audiendus legatarius legato percepto, si velit computare: non enim æquitas hoc probare patitur: si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat.*

§. 2. *Cum quidam, filio suo ex parte hærede instituto, patruum ejus cohæredem ei dedisset, et ab eo petiisset, ut filium suum pro virili portione filiis suis cohæredem faceret; si quidem minus esset in virili portione, quam fratris hæreditas habuit, nihil amplius peti posse: quod si plus: etiam fructuum, quos patruus percepit, vel cum percipere potuerit, dolo non cepit, habendam esse rationem, responsum est, non secus quam si, centum millibus legatis, rogetur post tempus majorem quantitatem restituere.*

§. 3. *Cum autem rogatus, quidquid ex hæreditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat: diminuisse quæ vendidit, non videtur.*

Ex hac lege discemus multa. Certum est, a legatario fideicommissum relinqui posse, quæ est species hujus legis, videlicet de fideicommisso relicto a legatario, et docet lex hac in re ita distinguendum: aut legatarius accepit legatum, aut non: si legatarius non accepit legatum, id est, si omisit legatum, et ut ait, si abstinuit legato, quod Accursius male. Hoc casu legatarius qui nihil accepit, fideicommissario non tenetur, nisi in hoc tantum ut cedat fideicommissario actionibus suis, vel cui fideicommissarius voluerit, *l. si filius,* §. *ult. inf. de fideicomiss. libert.* alioquin si non cesserit actiones fideicommissario, fideicommissum intercidit, quia omissum legatum apud hæredem remanet sine onere fideicommissi, ut dixi *l.* 2. *sup.* et ideo ne pereat fideicommissum, qui non vult amplecti legatum, saltem debet cedere suam actionem fideicommissario, quod potest facere sine damno suo. Sed an cogitur cedere? Accursius abrupte omittentem legatarium cogi negat, quod est contra *dict. l. si filius*, §. *ult.* contra *l.* 8. *inf. lib.* 3. contra hanc legem, quæ paulo post principium ait, *cogetur cedere*, principio tamen ait, *posse cedere:* verum id verbum satis aperte ita demonstratur accipiendum esse, ut si nolit solvere fideicommissum possit cedere actionem: cessionem pro solutione esse justam, sed si nec solvere, nec cedere velit, saltem cedere cogatur, et *potest* significat sæpe *debet*, sive *oportet*, ut in sententiis Pauli, *Testamento servi nominatim manumitti possunt*, id est, *debent*, ex lege Caninia: Cicero 2. ad Atticum: *Orbis hic in Repub. conversus est citius omnino quam potuit*; et 23. *Quod perfectum esse potuit*, et pro domo sua: *Senatus aliquid consilii capere potuit*, id est *debuit.* Quod si legatarius non totum legatum rogatus sit restituere fideicommissario, et omittat legatum: similiter partis actionem cogitur cedere fideicommissario, ut ait hic, quod est notandum: nam ita fit ut scindat actionem legati propter fideicommissarium, quam ipse si ageret non posset scindere, sicut et alias incapax propter fideicommissarium capit, et hæc de legatario qui non accepit legatum. De eo dicamus qui accepit et agnovit legatum: hoc casu legatarius cedendo actionem fideicommissario, non liberatur, sed omnino cogitur solvere fideicommissario suo, pro modo legati: quod ita declarat lex, ut si legatarius centum legatis, ducenta rogatus sit restituere, ad summam legati, videbitur fideicommissum constituisse: sic est scriptum Florent: *Constituisse* pro *constitisse*, ut in *l. adulter*, §. *ult. inf. ad leg. Jul. de adult. l. non est dubium, inf. de custod. reor.* et in Jugurthino Salustii: *Agmen constituit*, id est, *constitit*, et e contrario consistere pro constituere. Virgil.

Et per te possent vitam consistere tutam.

Igitur is, cui sunt centum legata, si rogetur restituere ducenta, in centum tenetur, fideicommissum constituit ad summam legati, atque ita legatarius oneratus fideicommisso, computare debet quantum sit in legato, et quantum sit in fideicommisso, ne

supra modum legati fideicommissario solvat, quia eatenus tenetur quatenus ad eum pervenit ex legato, non ultra. Ceterum legatarius præter id quod est in quantitate legati, computare etiam debet utilitatem medii temporis, quod interusurium dicitur, *l. debitor*, *inf. hic*, et *usurarum additamentum hic*, videlicet si fideicommissum relictum sit ex die: si post tempus rogatus sit restituere, computabit quantum sit in legato et quantum sit in interusurio, id est, computabit pecuniam legatam et usuras medii temporis, et pro modo utriusque fideicommissum præstabit: utilitas usurarum circa legatum pecuniæ consistit et auget fideicommissum: utilitas alia si qua accidat, vel si quam commentemur extra legatum, non auget modo fideicommissi: ut si ex pecunia legata medio tempore negotiatus legatarius uberrimum quæstum fecerit, vel etiam si ex ea pecunia legatarius se liberaverit imminente gravi pœna: hujus quæstus ratio non habetur, ut fideicommissario amplius obligetur: quia hæc utilitas est ex accidenti, non ex re ipsa legata, vel circa rem ipsam, et ita etiam in contractibus æstimando quanti intersit, contrahentium utilitatem quæ in re ipsa, vel circa rem ipsam consistit, spectamus, non eam quæ extra rem accidit, *l. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *inf. de act. empt.* cujus species explicanda est: si venditor moram fecerit in tradendo fundo vendito, damnabitur quanti fundus hodie pluris est, et quanti sunt fructus fundi medio tempore percepti vel percipiendi, quos scilicet ipse non percepit dolo malo, aut culpa sua, *l. venditori*, *sup. de hæred. vend.* vel etiam si venditor vini in tradendo vino moram fecerit, damnabitur quanti vinum hodie pluris est, quam fuerit contractus tempore; non etiam damnabitur quantum ex vino, mora non facta, emptor negotiari potuit: atque ita damnabitur quanti interest in re ipsa, vel circa rem, quod Græci vocant, τὸ διαφέρον ἐξ αὐτῶν τῶν πραγμάτων, non damnabitur quanti interest extra rem, quod etiam in emptore ita procedit, *l. ult. sup. de peric. et com. rei vend.* si emptor moram fecerit in solvendo pretio, damnabitur ut prestet pretium, et præstet interusurium, seu usuras medii temporis, non tamen præstabit omne quod venditor mora non facta consequi potuisset, si in tempore pecunia illi soluta fuisset, ut si venditor negotiator fuerit, et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quærere potuerit: hujus utilitatis ratio non habebitur, quoniam remotior est a re, qua de agitur. Idem omnino sequemur in legatis, id est, legatarium obligabimus fideicommissario, cui relictum est fideicommissum ex die, pro modo sortis legatæ, atque etiam utilitatis, medii temporis, non etiam pro modo extrariæ utilitatis, ut si negotiatus fuerit interim, et magnos fecerit quæstus legatarius, id non reputabitur ei: hæc quidem locum habent, si tam legatum, quam fideicommissum pecuniarium sit, ut subjicitur hic, imo vero hæc etiam locum habent, ut ostenditur in §. *ult.* si hæres sit institutus ex quadrante, et rogatus sit alium hæredem recipere inter suos filios pro virili portione: quibus verbis videtur oneratus fideicommisso restituendorum suorum bonorum Titio pro portione virili cum filiis suis ex Senatusconsulto, *l. ex facto*, *ad Trebell.* et huic fideicommisso obligatur non tantum pro modo quadrantis accepti, sed etiam computatis fructibus medii temporis, cum erat fideicommissum ex die, id est, fructibus medio tempore perceptis, vel percipiendis, si dolo non percepit, extraria utilitas insuper habebitur: sed non erit dicendum: ut scilicet legatarius eatenus obligetur fideicommissario, quatenus ad eam pervenit ex legato, vel ex utilitate cohærente rei legatæ: id inquam non sequemur, si legatum sit pecuniarium, quod accepit legatarius: in fideicommisso autem quo oneratus est, si sit res legatarii propria: nam legatarius accepto legato cogetur rem propriam fideicommissario præstare, licet ea res pluris æstimetur, quam sit in legato, quoniam ipse est verus æstimator rei suæ, et pluris eam æstimasse non videtur, dum accipiendo legatum se fideicommisso alligavit: et ideo non audietur legatarius, si pecuniam acceptam ex legati causa paratus sit fideicommissario præstare: sed omnino cogetur rem suam præstare: nam est quidem pluris, sed ipse eam pluris fecisse non videtur, dum amplexus est legatum cui erat adnexum onus præstandæ rei suæ. Eadem est ratio *l. sed et si non servus*, *inf. ad l. Falcid.* et *l. cum pater*, §. *mensæ*, *inf. hic* et *l. plane*, §. *si cui*, *sup. lib.* 1. Minori tamen 25. annis succurretur per restitutionem offerenti pecuniam legatam, *l. si minor*, *sup. de min.* Item si legatarius hic rogatus sit restituere rem alienam, non suam, cujus æstimatio non est in ejus potestate, ut rei propriæ hic, accepto legato, et eo postea diminuto per legem Falcidiam, non cogetur rem alienam præstare æstimatam vel redemptam, et auditur si offerat quicquid accepit ex legato, *l.* 6. *de fideicommiss. libert. inf.* Et hic ultimo loco adnotatur hæredem rogatum restituere quicquid ex hæreditate superfuerit, interim posse diminuere ex tacita voluntate testatoris; bona fide tamen non intervertendi fideicommissi studio, *l. Titius*, *l. deducta*, §. *ult. l. mulier* §. *ult.* *l. Imperator*, *inf. ad Trebell.* et ex *Novell.* 108. diminuet usque ad dodrantem: quadrantem servabit fideicommissario, imo et ex quadrante diminuet justa ex causa. Ceterum non videtur diminuisse hic hæres, si res hæreditarias vendidit; et ex pecunia alias res comparavit, vel si rem hæreditariam cum re aliena

permutavit, et ideo reparatæ res permutatæ cadent in fideicommissum: diminuisse non videtur qui res vendidit, si ex pretio earum proprios creditores dimisit: nihil enim videtur consumpsisse, cum id convertit in rem suam, et ideo ea quoque pecunia in fideicommissum veniet, §. *ult. hic et duab. legibus seq.* Hanc sententiam Papinianus usurpat in alia specie in *l. pater*, *inf. de adim. leg.* Unde etiam paulatim et vere tentari potest, pecuniam refectam ex venditione rerum hæreditariarum si extet et non sit consumpta veniente die fideicommissi, cadere in fideicommissum: nec enim est absumptum quod extat, quod ad mores Galliæ trahi posset: plerisque locis inter virum et uxorem communes esse res mobiles, res quoque immobiles quæsitas constante matrimonio, res autem immobiles proprias quas quisque habet ante matrimonium non venire in communionem: nunc maritus res proprias vendidit, et ex ea pecunia alia prædia comparavit, an comparata prædia venient in communionem quasi quæsita constante matrimonio? sequentur conditionem suorum prædiorum, nec videntur propria prædia absumpta; et paulatim videntur retineri, si vel pecunia extet.

Ad L. LXXIII.

Si quod ex Pamphila nascetur, legatum mihi fuerit, et ego Pamphilam emam, eaque apud me sit enixa: ratione summa responsum est, non ex causa lucrativa partum intelligi meum factum: ideoque petendum ex testamento: tanquam justum emissem: ut scilicet pretii contributione facta, consequar tantum, quanti puerum, deducta matris æstimatione, constituisse mihi judex in causa legati datus æstimaverit.

Hæc lex pertinet ad vulgarem regulam, duas causas lucrativas in eandem rem concurrere non posse. Species est. Quidam mihi legavit quod ex Pamphila nascetur, quod legatum valet: nam etiam ea quæ futura sunt legari possunt per damnationem, hodie quolibet modo, *l. etiam, inf. lib.* 3. veluti insula quæ nascetur in mari vel in flumine, aut fructus qui nascentur ex illo fundo, aut partus qui nascentur ex ancilla illa. Hic igitur legavit quod ex Pamphila nasceretur: ego Pamphilam prægnantem emi, eaque apud me enixa est puerum, an puerum habeo ex causa lucrativa? si puerum habeo ex causa lucrativa, non est legati petitio: et respondetur me puerum non habere ex causa lucrativa, quoniam scilicet matrem prægnantem emendo, et partum emisse videor, et ob id evicto partu tantum ex empto est actio mihi adversus venditorem in id quod interest, et ita respondet Julianus in *l. non quocunque*, §. *Julianus lib.* 1. *l. venditor*, *sup. de evict.* de quo Papin. sentit hic, dum ait, *Summa ratione responsum est*, a Juliano scilicet. Vernarum causa est lucrativa, emptorum autem causa non est lucrativa, emptus videtur partus, igitur partus causa non est lucrativa. Vernæ sunt non qui domi editi sunt, sed qui domi et concepti et editi sunt, qui vernaculi dicuntur et οἰκογενεῖς, et utramque appellationem conjunxit Marcus Imperator in libris suis τῶν εἰς ἑαυτὸν, οἰκογενὴς οὐερνάλος, sed vernaculi ut dicantur necesse est ut sint domi concepti et editi: hic de quo agitur, non est verna atque adeo ejus causa non est lucrativa, verum ei quod dicimus partum matris emptione contineri, et evicto partu esse actionem ex empto contra venditionem, obstat *l. si prægnans, sup. de evict.* quæ ait, vendita ancilla prægnante et tradita, ac postea evicto partu venditorem non posse conveniri de evictione, quia, inquit, partus venditus non est. Idemque in *l. seq.* ostendit procedere in vacua si venierit, et fœtus evincatur: neque enim eo nomine erit de evictione actio adversus venditorem, quoniam neque pars rei venditæ evincitur, neque ususfructus: nam fœtus quidem est in usufructu, sed non quasi jus, sed quasi corpus, et fructus duo significat, *jus utendi fruendi*, qui et ususfructus dicitur, et corpus, veluti vinum, oleum, et similia: fructus hi si evincantur, non est actio de evictione, id est, si corpora fructuum evincantur: sed si jus fructuum evincatur, est actio de evictione, evicto partu non evincitur rei pars principaliter venditæ. Subjicit in *d. l. si prægnans*, non esse actionem de evictione, *quoniam partus venditus non est.* Accursius recte sentit, idque declarat in l. quæ sequitur, eam *l. si prægnans*, non esse accipiendam de duplo, sed de actione stipulationis duplæ, hæc actio non est evicto partu, illa est. Et quod ait, *quoniam partus venditus non est*, id ita accipiendum, ut quod dicitur in *l.* 4. *inf. de penu legata*, penu legata vasa penuaria sequi quidem legatum, sed non esse legata, proprie scilicet, sive directo, quia scilicet accessiones: potius sunt pœnus legatæ, et ita certe partus accessiones potius sunt ancillæ venditæ; quarum tamen nomine si evincantur, est actio ex empto in id quod interest, *l. evicta, sup. de evict.* non actio ex stipulatu de dupla, *l. ex empto*, §. *si quis rem, sup. de act. empt.* Et ita ancilla prægnante precario rogata partus accessionis jure in precarium venit, *l.* 10. *inf. de precar.* et ancilla prægnante furto ablata, furtum etiam fit partus, *l. ancill. Cod. de furt.* non tam proprio jure quam accessionis, et ut maxime posueris, quod utique tamen non est concludendum hominem homini non accedere, tamen eum qui erat in utero venditionis tempore dici non fuisse hominem, *l.* 9. *inf. ad leg. Falcid.*

Nam in omni parte juris sequimur Stoicos, et id quod est in utero judicamus non esse animal, ἢ ζῶον τὸ κατὰ γαςρὸς, et apud Plutarchum *de placid. Philosoph.* ἢ τὸ ἐμβρυονζῶον, et Lysiæ oratio cujus meminit Theon. Verum, ut dixi, quia partus accessio est matris, videor et ipse qui emi matrem prægnantem, partum habere ex causa emptionis, non ex causa lucrativa, et ideo superest mihi actio ex testamento legati nomine, ut consequar pretium partus: quod mihi abesse intelligitur. Judex autem datus in causa legati contributionem, id est, computationem faciet pretii utriusque, matris et partus, et deducto pretio matris hæredem, a quo legatum est, quod ex Pamphila nasceretur, condemnabit legatario in pretium partus. Notandum est quod ait de judice dato in causa legati: dabatur judex in causa legati quoniam jure ordinario legata petebantur; juris autem ordinarii a magistratu dari judicem pedaneum in singulis causis, in causa fideicommissi non dabatur judex, quia fideicommissorum non erat actio ordinaria, *l. pecunia, inf. de verb. signif.*

Ad L. LXXIV.

Titio centum aureos hæres præsens dato: *deinde protulit diem legatorum*: *non est verum, quod Alfenus retulit, centum præsenti deberi, quia diem proprium habuerunt.*

Pertinet ad vulgarem clausulam quæ apponi solet in testamentis, ut legata pecuniaria solvantur annua, bima, trima die, *quas pecunias legavi, eas hæres meus annua, bima, trima die dato, l. cum vulgari, de dote præleg. l. talis, sup. lib.* 1. sed ea clausula pertinet tantum ad pura legata, quæ diem proprium non habent: ea ex illa clausula solventur tribus pensionibus: non pertinet autem ea clausula ad ea legata quæ diem proprium habent, ut si quis jusserit dari Titio post mensem, quam mortuus esset; utique dandum ei erit post mensem, nec pensionibus tribus dividetur legatum, ut si ita legaverit, quando erit annorum 20. Item non continentur conditionalia legata: nam hæc diem proprium habent, licet incertum: et conditio nihil aliud est, quam dies incertus et contra. Unde paulatim etiam admittendum est, illam clausulam non pertinere ad præsentia legata, id est, quæ testator nominatim repræsentari jussit: nam hæc quoque diem suum habent, *l. liber, §. decem, inf. de verb. oblig.* et hoc distant legata pura a præsentibus; nam legata pura diem proprium non habent, qui adscriptus sit, ut si ita dixerit: *lego Titio centum*, præsens est legatum: præsentia legata diem proprium habent, ut si ita dixerit: *lego Titio centum, præsentia*, quæ adjectio quantum ad effectum legati, est supervacua: nam quod pure relinquitur, præsens debetur: sed utilis est hæc adjectio *præsentia*: ut ex eo liqueat, testatorem noluisse comprehendere vulgari clausula, et productionem legatorum adjecit nempe *præsentia*, ut ostenderet se hoc legatum nolle præstari tribus pensionibus: ergo illa clausula non pertinet ad præsentia legata, quoniam diem proprium habent, et ita Labeo et Servius *d. l. talis.* Alphenus Varus dissentiebat, qui reprehenditur in hac l. nam hic, ut alias demonstravi, deest negatio, et omnis sententia legis hæc est. Testator ita dixit: *Titio* 100. *hæres præsens dato.* Sic Florent. non male: nam ut Græci παρὸν, dicunt absolute et impersonaliter, ita absolute dixit hic, *præsens*: Deinde testator protrahit diem legatorum vulgari clausula: sequitur: *non est verum quod Alphenus retulit centum præsenti die deberi*: deest negatio, *centum præsenti die non deberi*, id est, prorogationem diei legatorum pertinere etiam ad legata præsentia: et ideo legata presenti die non deberi, si postea protulit diem legatorum: et reprehenditur optima ratione, *quoniam diem proprium habuerunt.* Cur non est vera sententia Alpheni, *centum præsenti die non deberi*, id est, clausulam vulgarem comprehendere legatum illud centum aureorum? quia scilicet diem proprium habuerunt, et ea clausula non pertinet ad ea quæ diem proprium habent. Florent. *præsenti*, absolute, ut in *l.* 1. §. *si legata, inf. si cui plusquam per l. Falcid. dummodo ea quæ præsenti die relicta sint*, ut in *l.* 11. *inf. de cond. et demonst.* Non est addendum *die*, reprehenditur sæpe in his libris, an is qui ex sutore factus est Jureconsultus, sicut Hero ex sutore factus est Philosophus, ut Theon scribit: hoc tenendum manifesto; hic enim refertur sententia Celsi, et coargitur nullam esse reprehensionem, nisi dixit Celsus 100. præsenti non deberi: nam si dixit centum deberi, vera est sententia Alpheni, quæ tribuitur Labeoni et Servio in *d. l. talis*, quod scilicet dissentirent alii.

Ad L. LXXV.

Miles ad sororem epistolam, quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit: Scire te volo, donare me tibi aureos octingentos: *fideicommissum deberi sorori constitit, nec aliud probandum in cujuslibet suprema voluntate*: *placet enim consistere fideicommissum, ac si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur.*

§. 1. *Pro parte hæres institutus, cui præceptiones*

erant relictæ, post diem legatorum cedentem, ante aditam hæreditatem, vita decessit; partem hæreditatis ad cohæredes substitutos pertinere placuit: præceptionum autem portiones, quæ pro parte cohæredum constiterunt, ad hæredes ejus transmitti.

Initium exposui in l. 69. finis ut intelligatur, sciendum est, prælegatum relictum hæredi instituto ex parte, reum a cohæredibus suis pro parte cohæredem capere jure legati, partem a semetipso jure hæreditario; sed si repudiet sive omittat hæreditatem, totum legatum capit a cohæredibus jure legati, ut dixi in *l.* 34. §. 1. *et l,* 68. *sup.* Sciendum etiam est, hæreditatem non aditam non transmitti ad hæredes, quod et jure novo procedit, et ita semper jus fuit, *l.* 1. *C. Theod. de legitim. hæredit.* quod etiam Justinian. ait in *leg. unica*, §. *in novissimo, Cod. de caduc. toll.* nec veteres patiebantur, nisi scilicet hæres scriptus sit ex liberis ex Constitut. Theodosii: nam scripti liberi etiam emancipati non aditam hæreditatem transmittunt ad hæredes suos, *l.* 1. *C. de his qui ante ap. tab.* Legatum autem transmittitur ad hæredem, etiamsi nondum agnitum sit, modo legatarius decesserit post diem legati cedentem. His præmissis, finge: tres sunt hæredes instituti ex æquis partibus, Primus, Secundus, Tertius. Primo per præceptionem certæ res datæ sunt: eidem Primo substituti sunt cohæredes vulgariter: hic Primus non adita hæreditate post diem legatorum cedentem vita decessit, hæreditatem non transmisit ad hæredes suos quam non adierat: ideoque substitutio pertinet ad cohæredes, qui etiam non facta substitutione in locum partemque ejus venirent jure accrescendi: qua de causa et hæc substitutio in omnibus imitatur jus accrescendi: obvenit enim invitis, cum tamen alias ex substitutione non cogatur adire, *l.* 6. *C. de impub. et aliis subst. l. si quis hæres institutus, sup. de acquir. hæred.* et obvenit cohæredibus sine nova aditione, cum tamen substitutione alias adiri oporteat perinde ac institutione; et transmittitur suis spes in hæredem, cum tamen alias non transmittatur, antequam extiterit substitutionis conditio. Verum de hæreditate non agitur, de prælegato quæritur, an Primus prælegatum transmiserit ad hæredes suos: ait Papianus: non totum transmisisse, sed partes tantum, quas a cohæredibus accepit jure legati, quia dies legatorum cesserat, antequam moreretur Primus, portiones quas possedit pro legato, non omnia quæ possedit pro hærede, quæ sententia pugnat cum his quæ proposui initio: nam diximus, hæredem omittentem retinere totum prælegatum, etiam pro parte ex qua institutus est: pugnat hic §. cum *l. qui filiabus et seq. sup. lib.* 1. Verior solutio hæc est: *l. qui filiabus, et seq.* loquitur de eo qui abstinuit hæreditate, vel qui omisit hæreditatem. Hic totum prælegatum retinet, atque adeo transmittit in hæredem. Hic §. *ult.* loquitur non de eo qui repudiavit, sed de eo qui deliberans et consultans de adeunda æreditate, aut non, vita decessit: hic hæres nondum separaverat hæreditatem a legato, nondum sibi legatum retinuerat, spreta hæreditate, quoniam deliberantem mors oppressit, et ideo etiam totum legatum non transmittit, sed partes tantum quæ ex persona cohæredum constiterunt jure legati mero: pars hæreditaria ad substitutos cohæredes pertinet, et ita Accursius recte in *l. filio, sup. lib.* 1. quæ secundam solutionem facit, et Bartolus probat. Prima solutio hæc erat in *l. qui filiabus*, loquitur de cohærede non substituto, hic de cohærede substituto, et inde ita statuit; jure substitutionis ad substitutum pertinere etiam præceptionis partem hæreditariam, jure accrescendi ad cohæredem non substitutum, non pertinere præceptionis partem hæreditariam, quod falsum est: nam substitutio in omnibus imitatur jus accrescendi, et refellitur *l. Sextiam, inf. lib.* 3. ubi cohæres cohæredi fuit substitutus, et tamen ait, substitutum nullo modo substitutum videri: repudiante scilicet cohærede, nisi cohæres deliberans decesserit; atque ita substituto locum fecerit. Ultima solutio differentiam facit inter suum hæredem et extraneum, quæ etiam refellitur *l. quæsitum*, §. *duob. sup. lib.* 1. Ubi in extraneo repudiante idem decernitur, quod in suo abstinente, *d. l. qui filiabus*, §. *ult.*

Ad L. LXXVI.

Cum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variæ sententiæ judicum extitissent: hæredem, qui filium vicerat pro partibus, quas aliis cohæredibus abstulit filius, non habiturum præceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones constitit, sed libertates ex testamento competere placuit, cum pro parte filius de testamento matris litigasset, quod non erit trahendum ad servitutes, quæ pro parte minui non possunt, plane petetur integra servitus ab eo, qui filium vicit: patris autem æstimatio præstituitur, aut si paratus erit filius pretio accepto servitutem præbere, doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat partis æstimationem: exemplo scilicet legis Falcidiæ.

Legendum initio ut Florent. *Cum filius divisis tribunalibus actionem inofficiosi testamenti matris pertulisset, atque ita variæ S. extitissent*, filius exhæredatus de inofficioso testamento matris querelam pertulit, id est, peregit, sed non omnino

pertulit, quoniam variæ sententiæ judicium extiterunt, alius vicit, alius victus est: *perferre* est vincere, *l. dominus*, *sup. de usufruct. l. filio*, §. *ult. sup. de inoffic. test.* Igitur ponamus speciem totam: mater sibi tres hæredes scripsit Primum, Secundum, et Tertium. Primo per præceptionem certas species dedit, filium suum exhæredavit, aut, quod idem est, præterivit: præteritio matris exhæredatio est: Filius egit querela inofficiosi testamenti matris adversus hæredes scriptos apud Centumviros: est enim querela inofficiosi testamenti Centumvirale judicium, *l. Titia*, *l. qui repudiantis*, *sup. de inoffic. testam. hastæ judicium* Valerius vocat, significans querelam inofficiosi testamenti, *lib.* 7. hoc centumvirale judicium vel huic simile quodvis, dividitur in tribunalia quatuor, *Quintil. lib.* 12. *cap.* 5. Ubi loquens de centumviralibus judiciis: *Certe*, inquit, *cum in Basilica Julia diceret primo tribunali*, *quatuor autem judicia*, *ut moris est cogerentur*. Et post *laudatum quoque ex quatuor tribunalibus memini*. Sunt igitur centumvirorum tribunalia quatuor judicia, consilia, hastæ quatuor: et ideo querela inofficiosi testamenti appellatur *quadruplex judicium*, *Plin.* 6. *epist.* 6. et hoc loco diversis tribunalibus intelligit centumvirorum tribunalia, judicia, consilia duplicia et quadruplicia, idem Quintil. *lib.* 5. *cap.* 2. significat, bis de eadem causa pronunciari in reis: *deportatis*, inquit, *de assertione secunda*, *et in partibus centumviralibus quæ in duas hastas divisæ sunt*, *et lib.* 11. *cap.* 1. si apud alios judices agetur, ut in assertione secunda, aut in centumviralibus judiciis duplicibus, primum reorum judicium iterabatur et repetebatur. Sulpitius Severus *lib.* 2. *hist. sacræ*, *Priscillianum gemino judicio auditum convictumque maleficii*, et paulo post: *iterare judicium necesse erat*, quod confirmat *l.* 2. *de cust. reorum*, et ita olim Athenis ut Tul. scribit *primo de orat.* primis sententiis statuebant judices damnarent an absolverent reum: deinde legibus iterum sententiam ferebant, atque ita in reis erat duplex judicium: assertionem quoque sæpius repeti solitam ostendit *l.* 1. *C. de assert. toll.* hic etiam divisis hastis de ejusdem testamenti causa centumviri judicabant. Atque ita in proposita specie filius exhæredatus divisis hastis egit de inofficioso testamento matris, et ut de quadam Actia Variola scribit Plin. 6. *epist.* quæ egerat quadruplici judicio exhæredata a patre, id est, querela inoffic. testamenti apud tribunalia centumvirorum quatuor, duobus consiliis vicisse, eum totidem victum fuisse. Ita in hac specie, ut hic proponitur; filius exhæredatus uno vel duobus tribunalibus victus est a Primo, aliis ipse vicit ceteros hæredes scriptos, quod plerunque evenire solet, ut ait *l. circa sup. de inoff. test.* et confirmat *l. nam et si*, §. *ult. eod. l. cum duobus*, *C. eod.* Interdum fieri solet, ut ait *l. si pars*, *eod.* ubi partes judicantium appellat, quas Quintilianus partes centumvirales: hoc etiam loco, dum ait, *atque ita variæ sententiæ judicum extitissent*, ut plerunque evenire solet diversis tribunalibus: unde autem hic tam variæ sententiæ judicum, quoniam in his judiciis de inofficiosis testamentis meritorum fiebat comparatio exhæredati, et testatoris, et hæredum scriptorum, qui melius erat meritus vincebat: atque ita pluribus hæredibus scriptis, comparatione facta meritorum, fit plerunque ut filius vincat uno judicio, vincatur altero, ut vincat unum hæredem, alium non vincat: si corpus universum judicantium spectes iidem adversus hæredes scriptos de eadem causa sunt judices: et vero cum agit filius exhæredatus de inoff. test. et plures sunt scripti, ratio postulat ut omnes scripti mittantur ad eundem judicem, et mittuntur ad eundem judicem: iidem sunt judices si universum corpus spectes, si tribunalia divisa, sunt judices et diversi: hoc igitur modo agendo filius exhæredatus de inofficioso victus est a Primo, Secundum, et Tertium vicit, atque ita pro parte Secundi et Tertii matrem fecit intestatam, qui est effectus querelæ, ut eum qui non decessit intestatus reddat intestatum, modo in totum, modo pro parte: ut filius exhæredatus pro parte Secundi, et Secundus matrem reddat intestatam pro parte Primi, mater testata mansit, *d. l. circa*, *sup. de inoff. test.* Idemque servandum erit in prælegatis: nam Primus species sibi prælegatas pro parte cohæredum non capiet, quibus exhæredatis abstulit suas portiones, pro sua parte capiet: rescisso igitur testamento pro parte, ex causa inofficiosi testamenti, legata et prælegata infirmantur in totum: sed quid dicemus de libertatibus directis testamento matris datis? rescisso testamento in totum infirmantur etiam libertates, *l. Papinia*, §. *ult. de inoff. testam.* quid si rescindatur pro parte ut in hac specie, an ut legata dicis manere pro parte et pro parte infirmari ac prælegata, ita dicemus libertates pro parte consistere? hoc non possumus dicere ita in libertate, quoniam nemo potest esse pro parte liber, pro parte servus. Quid ergo dicemus libertates intercidere? non: favorabilius est dicere libertates in totum competere ex testamento, si vel unus extiterit ex eo testamento, alii victi sint querela, *d. l. cum duobus*, *C. de inoff. testam. l.* 6. *inf. de collat. dot.* sicut dicis etiam substitutionem pupillarem omnimodo consistere, manente testamento principali pro parte, rescisso pro alia parte; hoc enim est favorabilius pupillo, *l. Papin.* §. *sed nec impuberis*, *sup. de inoff. testam.*

libertati non sunt similes servitutes prædiorum legatæ testamento: rescisso testamento pro parte, dicimus pro parte infirmari, ea scilicet quæ divisionem recipiunt. Idem non possis dicere in servitutibus legatis, veluti via, aut itinere, pro parte eas consistere, pro parte non consistere, quoniam servitutes individuæ sunt. An igitur dices servitutes integras deberi rescisso testamento pro parte, sicut dicis in totum libertatem competere? utræque sunt individuæ, et libertates servis relictæ, et servitutes prædiorum; sed in hoc est differentia, quod libertatibus directo datis testamento, interveniente lege Glicia, id est, pro parte rescisso testamento per querelam, libertates non intercidunt, sed omnimodo competunt ex eo testamento: servitutes autem legatæ intercidunt non oblata æstimatione partis, vel integræ petuntur ab hærede scripto, qui filium vicit oblata æstimatione partis filii. Sic igitur distinguamus: is cui servitus legata est illo testamento quod filius rescidit pro parte, aut non offert æstimationem partis, et hoc modo recte petet servitutem ab hærede scripto, quem non vicit filius exhæredatus: a filio non potest petere, quia filius non est hæres ex testamento, sed ab intestato, et ab intestato legata non debentur: sed petet servitutem a Primo qui filium vicit in querela, eique præstabit æstimationem partis filii, qua ipse Primus redimet partem filii, si filius velit emere: nec enim cogetur, vel etiam si paratus sit filius accipere pretium suæ partis, ut legatario scriptus hæres cedat integram servitutem, hæres scriptus qui vicit filium legatarium petentem integram servitutem, excludet exceptione doli mali, si non offerat estimationem partis filio parato accipere: id omne proponitur hic. Verum omnino male punctis distinguitur: addit in fine *exemplo scilicet legis Falcidiæ*, quibus verbis demonstratur, idem observari interveniente Falcidia: nam si servitutes sint legatæ, quæ non possunt dividi, ergo nec per Falcidiam possunt dividi, intercidunt servitutes, vel si eas velit legatarius sibi præstare integras, debet offerri æstimationem quadrantis, vel intercidet servitus legata, æstimationem quadrantis non oblata, *l. 7. inf. ad leg. Falc.* quam l. puto hic verbis hujus legis esse complendam emendata inscriptione: hæc est ex 7. *respons.* illa ex 7. *quæst.* videtur emendandum 7. *respons.* idem comprobatur *l. pure*, §. 1. *inf. de dol. except. l. si is qui quadring. inf. ad leg. Fal.* Idem servabitur in fideicommissariis libertatibus: nam hæres scriptus, qui vicit filium, eas non præstabit, nisi servus offerat æstimationem partis competentis filio ablatæ a ceteris hæredibus, *l. judicatæ, inf. de except. rei judic.* et secundum hoc debet intelligi *l. pen. in fi. sup. de jure codicill.* quam Accurs. opponit huic l. in illo loco *d. l. pen. eorum tamen quæ pro parte etc.* Species est, quidam qui uxorem ignorabat esse gravi utero, et putabat filium unum tantum habere, testamentum non fecit, sed codicillos scripsit ab intestato ad eum filium quem solum se habere existimabat, prægnantem esse uxorem nesciebat, codicillis ab eo filio reliquit fideicommissa quædam, reliquit fideicommissarias libertates, reliquit et servitutes per fideicommissum. Deinde natus est posthumus post mortem patris, agnatione posthumi non rumpuntur codicilli: testamentum rumpitur, quoniam debuit hæres exhæredari, codicilli non rumpuntur quoniam nec institui, exhæredari potuit codicillis, præteritio posthumi nullo vitio afficit codicillos: quid fiet de fideicommissis relictis codicillis, an solida fideicommissa præstabit filius qui solidum non capit? non: legata præstabit pro sua parte tantum. pro altera parte posthumus non præstabit, quoniam ab eo non sunt relicta, et quia suo jure venit, non judicio patris, ut frater, *l. cum pater*, §. *cum existimaret, inf. hic.*; et hoc dicimus de fideicommissis quæ dividi possunt, ut pro parte consistant. Quid si fideicommissa quædam eis codicillis sint relicta, quæ divisionem non recipiant? et ait *d. l. pen. eorum tamen quæ pro parte præstari non possunt, nihil præstandum*: ex his verbis colliges, ergo non præstabuntur fideicommissariæ libertates, quod falsum est: ergo non præstabuntur servitutes legatæ per fideicommissum offerenti æstimationem partis: imo non ita est, neque ita accipienda sunt illa verba sed primum ab illa sententiam *eorum tamen*, *etc.* excipere oportet libertates, est favor libertatis ut in *l. qui gravi, et duabus seq. sup. de jure codic.* Itaque fideicommissarias libertates filius præstabit, servos quibus relicta est libertas codicillis manumittet redemptis partibus a posthumo. Posthumus autem non cogitur manumittere, quia non est rogatus, et quia suo jure venit, tamen non judicio patris, frater venit etiam judicio patris, ut ex codicillis apparet ad eum scriptis, *l. 8.* §. 1. *inf. eod.* diversa sunt suo jure et judicio defuncti, *l. cum ab uno*, *hic.* Igitur primum ab illa sententia, *eorum tamen*, *etc.* excipienda est, libertas fideicommissaria, deinde addenda est exceptio (ut Rogerius ait) ut non præstentur quæ pro parte præstari non possunt, veluti servitutes, ut intercidant servitutes, nisi fideicommissariis offerat æstimationem partis, æquitas admittit hanc interpretationem, quæ fuit sententia Rogeri, et hoc loco male Accurs. distinguit inter querelam et ruptionem: hic dicit testamentum fuisse rescissum querela, hoc falsum: nam ibi non fuit testamentum, fuere codicilli, et hi nec rupti agnatione posthumi. Disputatio hujus legis hodie vacat, quia ex no-

vella Justin. querela inofficiosi testamenti institutionem solam rescindit, cetera omnia permanent, etiam in totum rescisso testamento. Ante novellam Just. in totum rescisso testamento per querelam, corruebant omnia, etiam libertates, et tabulæ pupillares: rescisso autem testamento pro parte minuebantur legata etiam servitutum, quia præstanda erat æstimatio partis, libertates omnimodo competebant, tabulæ pupillares valebant.

Ad §. 1. *Lucio Sempronio*, *et* §. 2. *Dominus.*

§. 1. Lucio Sempronio lego omnem hæreditatem Publii Mævii. *Sempronius ea demum onera suscipiet, quæ Mævianæ hæreditatis fuerunt, et in diem mortis ejus, qui hæres Mævii exstitit, perseveraverunt, sicut vice mutua præstabuntur actiones, quæ præstari potuerunt.*

§ 2. *Dominus, hærede fructuario scripto, fundum sub conditione legavit: voluntatis ratio non patitur ut hæres ex causa fructus emolumentum retineat: diversum in ceteris prædiorum servitutibus, quas hæres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet.*

In hoc §. hæc species proponitur. Ego legavi Sempronio omnem hæreditatem Mævii, id est, quæ mihi obvenerat morte Mævii: hæreditatis nomine continentur etiam onera, *l.* 8. §. *ult. sup.* Est enim nomen juris, et ideo ex hoc legato interpositis cautionibus Sempronius suscipiet omnia onera hæreditatis Mevianæ, et vicissim ei præstabuntur omnia commoda ejus hæreditatis, cedentur actiones, non transibunt in eum actiones nisi remedio cessionis, directæ scilicet: nam quod ait Accurs. defendi potest, tunc jure cessiones utiles competere, quoniam plerunque ubi cedendæ sunt actiones directæ, si non ceduntur ultro, competunt utiles: ut si hæreditas vendita sit emptori, competunt actiones directæ, vel si non sunt cessæ, competunt utiles, si alieno nomine pecunia credita sit, si nomen emptum, legatum, donatum, pignoratum, in dotem, vel in solutum datum sit, *l. ex legato, C. de legat. l. postquam, C. de hæred. vel act. ven. l.* 2. *C. de oblig. et act. l.* 4. *C. si certum pet.* non transibunt etiam onera in legatarium, nisi remedio cautionum, *l. qui concubinam*, §. *cum ita*, *inf. lib.* 3. Quæ quidem stipulationes interponentur ad exemplum stipulationum partis, et pro parte, quæ interponuntur inter hæredes, vel legatarium partiarium, cui suæ hæreditatis partem legat, quem etiam onera sequuntur, interpositis illis stipulationibus, et commoda, factis cessionibus, et delegationibus. Sicut autem ex hoc legato actiones tantum præstantur legatario, quæ præstari possunt, id est, quæ remanserunt, non quas ego recte pertuli, et exegi, ita legatarius suscipit tantum onera, quæ in diem mortis meæ perseveraverint, non quibus ego jam perfunctus sum, quibusque hæreditatem Mævianam liberavi, ut in specie *legis pen.* §. *quæ marito*, *inf. hic*: mater filios, et alios quosdam hæredes extraneos scripsit: filiis prælegavit hæreditatem, quæ sibi obvenerat morte mariti sui, ita ut omne onus ejus hæreditatis filii sustinerent tam in præteritum, quam in futurum, nec non et id quo mater ipsa post mortem mariti ea bona onerasset, et usus est his verbis: *filii præcipitote quicquid ad me ex hæreditate Titii domini mei patris vestri ad me pervenit*; *ita tamen ut omne onus ejus hæreditatis*, *tam in præteritum*, *quam in futurum*, *nec non et si quid post mortem Titii domini mei agnoscatis*, vulgo additur male, *solvi*, delendum est, quo carent Flor. *nec non si quid post mortem Titii domini mei*, id est, si quid oneris accesserit ejus bonis post mortem mariti facto meo, ut id omne vos agnoscatis, id est, quod vel ipsa contraxi, vel maritus: subjicit deinde quæstionem ex hac specie his verbis. Primum observandum est, ita ut pronunciavi, esse scriptum Flor. quæ scriptura est propior vero, sed manifestum est verbum, *dedisset*, non suo loco esse positum, et suo loco reddendum esse hoc modo: *quæro*, *an si quid solvisset*, *dedisset post mortem mariti*, *cum ipsa fructus cepisset*, *ad onus eorum pertineret*: nam hæc solent efferri ἀσυνδέτως, ut in *l. nomen*, §. *ult. lib.* 3. vel, *resolvisset reddidisset, ut Varro*, neque est emendandus, quod Plautus dicat, *rem solvisset*: *nam* utrumque est rectum, *rem solvere*, et *resolvere*: si quid igitur solvisset, dedisset, ut si solvisset æs alienum, dedisset legata. Quæstio igitur hæc est, an onera quibus mater eam hæreditatem alienavit, solvendo, dando, satisfaciendo filii agnoscere debeant, quoniam jussi sunt agnoscere præterita onera atque ita videretur dicendum. Id vero interest scire propter extraneos cohæredes: nam si filii debent ea onera agnoscere quæ subiit materiam, et exolvit, compellentur filii reddere cohæredibus extraneis quod mater solvit: sed Scævola respondet, filiis ea tantum onera imposita videri, quibus nondum esset alienata hæreditas, non etiam ea quibus eam hæreditatem mater jam liberasset, maxime cum et ipse hæreditatis ejus fructus interim cepisset, nec filiis reservasset: non videtur ergo eis ea onera imposuisse, quæ ipsa jam exolvit, et cum quibus compensare debebat fructus, quos cepit, et filiis reservavit, sed ea tantum onera tam præterita, quam futura videtur filiis imposuisse, quæ perseveraverunt, non persoluta jam, et perfuncta. Et ita in hoc §. cum legatur hæreditas Mæviana, videntur onera etiam imponi tam præterita, quam

futura quæ remanserunt, non quibus ipse testator jam est perfunctus. Dixi, onera transire in hunc legatarium remedio stipulationum: dubitari potest, an non traseant ipso jure sine cautione ex SC. Trebell. in hac specie, si ego hæredem institui, et rogavi ut restitueret Sempronio hæreditatem Mævianam, id est, quæ ad me pervenerat a Mævio, an restituendo hanc hæreditatem, persolvendo fideicommissum in Sempronium transierunt actiones universæ activæ et passivæ, commoda et incommoda, id est, non opus est stipulationibus: nam deficit in hac specie Senatusconsultum Trebell. cum testator non suam hæreditatem fidei hæredis committit, sed quod ex hæreditate Mævii habuit, quasi res certas quas a Mævio habuit, vel etiam res quas in illa regione habuit, vel res Italicas, vel res provinciales: nam hoc genere fideicommissi reliquit universitatem quandam, sed in omni fideicommisso quod jus continet, id est, commoda et incommoda non inducimus Trebellianum alioquin id induceremus etiam in legato partitionis, quia juris significationem habet, cum jubetur hæres partiri cum Titio: nam hic sensisse videtur testator, ut partiarius commoda omnia, jura omnia habeat, nec tamen inducemus Trebellianum: et ideo si quis rogetur restituere Mævii hæreditatem, in fideicommissum restituendo non transeunt actiones, *l. cogi*, §. *sed et si miles*, *inf. ad Trebell.* qui §. ostendit, aliud esse in milite quam in pagano: nam et miles potest ex certis rebus instituere hæredem quod paganus non potest: unde consequens est ut etiam miles possit verbis precariis hæredem instituere in rebus certis, puta in hæreditate Mæviana, in quibus consequens est separatim inducere debere Trebellianum, et ipso jure transire actiones in fideicommissarium in testamento militis: ideoque ex *d.* §. *sed etsi miles*, in §. *sed et si quis*, qui præcedit, legendum est negative, *cum placeat illud quod Papin. ait ex Trebelliano transire actiones*: hoc est falsum, ut indicat §. *seq.* et omnino verum est non transire, ut et §. *sed et si quis*, indicat: nam ex eo colligit hæredem rogatum Sempronio restituere Mævianam hæreditatem, cum restituendo Mævianam hæreditatem, non teneatur actionibus, et oneribus hæreditariis nisi interpositis stipulationibus, quod deficiat Trebellianum: ideo si hic hæres ne alligetur oneribus, eam hæreditatem suspectam dicat, si totam hæreditatem nolit adire, non cogetur adire ob hoc fideicommissariam, nisi paratus sit fideicommissarius recipere totam hæreditatem testatoris: est enim relicta ei hæreditas Mæviana, sed non coget scriptum adire, nisi velit totum sibi restitui: totum quidem restituetur, et transibunt actiones, Mæviana non restituetur ex Treb. §. *dominus* exposui in *l.* 26. *et* 32.

Ad §. 3. *Hæres meus.*

§. 3. Hæres meus Titio dato, quod ex testamento Sempronii debetur mihi: *cum jure novationis, quam legatarius idemque testator ante fecerat, legatum ex testamento non debeatur, placuit, falsam demonstrationem legatario non obesse: nec in totum falsum videri, quod veritatis primordio adjuvaretur.*

Species hæc est: ego legavi Titio quod mihi debetur ex testamento Caji: ego vero jam hæredem Caji liberaveram actione ex testamento, facta novatione, id est, transfusa actione ex testamento in stipulationem. Itaque jam mihi non debetur ex testamento, sed ex stipulatione, quoniam novationem feci, quod veteres faciebant plerunque sacrorum liberandorum causa: nam certis casibus legatarius obligabatur sacris defuncti sicut hæres; sed inventa est ratio, qua liberaretur sacris illis casibus, puta si legatarius hæredem solveret per æs et libram *M. Tul. 2. de legib.* si eum liberaret actione ex testamento facta novatione: atque ita eodem loco res erat, ac si pecunia legata non fuisset, quæ debebatur ex stipulatione, non ex testamento. Sic igitur de hoc quod debebatur ex testamento, transfusum erat in stipulationem: postea tamen legavit, quod sibi testamento debebatur: utile est legatum, quoniam falsa demonstratio non vitiat legatum: et præterea non omnino est falsa demonstratio: nam inspecta origine obligationis, est vera: causa enim fuit pecunia debita ex testamento: non potest videri in totum falsum, quod veritatis primordio adjuvatur, et idem manet hoc casu debitor, idem creditor, cum tamen obligatio novata est: perempta tamen obligatione omnimodo, veluti per acceptilationem, sane legatario nihil deberetur, *l. si sic*, §. 1. *sup. lib.* 1. sed hic obligatio manet, quamvis novata sit, et sic novatione facta liberationis legatum non extinguitur, *l. ult.* §. *ult. inf de liberat. leg.* quod tamen extinguitur omnimodo perempta obligatione, *l. si id quod*, *eod.*

Ad §. 4. *Servus.*

§. 4. *Servus pure manumissus, cui libertas propter impedimentum juris post aditam hæreditatem non competit, quod status ejus extrinsecus suspenditur, forte propter adulterii quæstionem, ex eodem testamento neque legata, neque fideicommissa pure data sperare potest: quia dies inutiliter cedit.*

Sciendum est, libertates testamento relictas cedere ab adita hæreditate, itemque legata servis manumissis data, *l. Jul. inf. de cond. et demonst.* cum alias legata cedant a morte jure antiquo: at legata relicta

manumissis non cedunt, antequam libertas competat, quæ non competit ante aditionem : simul igitur cedit libertas ab aditione, et legatum manumisso relictum. Finge : adita hæreditate status servi extrinsecus suspenditur, id est, extra causam testamenti ratione quadam juris, quæ moratur libertatem, veluti propter adulterii quæstionem, id est, accusationem : nam secunda interpretatio Accursii vera est. Sciendum est domina accusata adulterii, servos qui sunt in ea familia non posse manumitti ex *l. Jul.* intra dies sexaginta ab instituta accusatione adulterii, ne quæstione subducantur : nam si liberos feceris, quæstionem subduxeris *l. prospexit, qui, et a quib. man. lib.* et sic hac ratione hujus servi suspensa est libertas, nec cessit ab adita hæreditate, qua de causa ait, legata hic servo relicta non deberi quia dies eorum legatorum cessit inutiliter, et ideo sperat frustra : nam legata, quæ die cedende legatorum inutilia inveniuntur, nunquam debentur, *l. ult. sup. Communia præd.* hæc inventa sunt inutilia, quia die cedente, id est, aditionis tempore non erat liber, libertatem ex l. Julia suspenderat. Damnum itaque facit legatorum, nec ea unquam consequi potest : libertatem consequetur post dies 60. neque obstat *l. 1. C. de his qui ad libert.* quæ explicanda est ex *l. fratres, inf. de pœnis,* ubi refertur sententia ejus constitutionis, et ita restituenda inscriptio : *Impp. Antoninus et Verus*, qui sunt duo fratres, et sententia non est obscura, nec Accursio incognita, ut si servus cui relinquitur libertas, et aliquid præterea nomine legati aut fideicommissi, sit in vinculis pœnæ causa tempore aditæ hæreditatis, nihil capiat ex testamento : quoniam is non potest pervenire ad libertatem, qui pœnæ causa est in vinculis : sed si beneficium testatoris eos apprehændat vinculis jam solutos, admittentur ad beneficia defuncti, non si dies cedit inutiliter, id est, si aditionis tempore pœna soluta non fuit : nihil obstat *l. pen. C. ad Syllan.* ubi male Accurs. sed apertiori ratione dicendum est, Syllaniano SC. caveri, ut occiso testatore in ædibus suis hæreditas non adeatur, antequam quæstio habita sit de familia : hæc causa suspendit aditionem : suspendit ergo et quæcunque cedunt ab aditione veluti libertates, et legata manumissis relicta : sed postea adita hæreditate hæc omnia competunt : recte, quia cedunt utiliter ab aditione : et omnino ita est respondendum, ibi suspensa erat aditio, hic non fuit suspensa, sed adivit hæres : cessere ergo legata inutiliter.

Ad §. 5. *Pater.*

§. 5. *Pater cum filia pro semisse hærede instituta, sic testamento locutus fuerat :* Peto, cum morieris, licet alios quoque filios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei : *necessitas quidem restituendi nepotibus viriles partes præcedere videbatur, sed moderandæ portionis, quam majorem in unius nepotis personam conferri arbitrium filiæ datum.*

Illud est elegans quod scribit Papinianus in hoc §. de patre qui filiam hæredem scripserat, et ita dixerat : filia peto cum morieris, licet alios filios susceperis Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei : nam ponendum est testatori fuisse nomen Sempronium, atque ita in antiquo testamento Cusp. Lucio legat quod nomen meum ferat. Porro illis verbis Sempronius testator primum necessitate videtur adstrinxisse filiam restituendi nepotibus : et quidem ceteris nepotibus restituet pro virilibus portionibus : nam videtur fecisse viriles portiones cum fideicommissum reliquit nepotibus, *l. cum pater*, §. *hæreditatem, inf. hic,* soli Sempronio nepoti major pars debebitur arbitrio filiæ, opponit necessitatem arbitrio : nam ceteris quasi ex præscripto necesse habet dare viriles singulis : de Sempronio ipsa arbitrabitur, ut volet, eumque moderabitur, ut æquum videbitur : recte Accurs. putat, arbitrium esse hic arbitrium boni viri : nam ait filiam moderaturam portionem : moderationis verbum arbitrium boni viri continet : qua de causa, non arbitrante filia, judex arbitrabitur, ita ut hic secundum voluntatem defuncti plus ferat quam ceteri nepotes.

Ad §. 6. *Non jure.*

§. 6. *Non jure tutori dato mater legavit, si consentiat, ut decreto prætoris confirmetur, et prætor non idoneum existimet : actio legati, non denegabitur.*

Sciendum est, tutorem datum testamento, cui legatum etiam relictum est, legatum amittere, si se excusaverit tutela, vel si remotus fuerit ut suspectus : nam hoc legatum tutori relinqui videtur remunerandæ fidei, et operæ suæ causa : ideoque si deficiat onus tutelæ vel si removeatur suo vitio, indignus etiam censetur legato : id tamen fiscus non aufert, sed remanet apud hæredem, *l. tutor*, §. 1. *sup. de excusat. tut. l. 5.* §. *amittere, inf. de his quib. ut ind. l. pen. C. de legat.* Quanquam plerunque soleant ab indignis legata hæreditatesque in fiscum transferri, quæ vocantur ereptitia, *l. unica*, §. *quæ autem. C. de cad. toll.* ea quæ in indignis auferuntur, ait in fiscum, vel in alias personas transire : ergo non semper in fiscum, in fiscum regulariter, in alias personas, ut supra dicto et casu, in casu *l. si patroni*, §. *qui fideicommissum, inf. ad Trebell. et l. si ab hostibus*, §. *sup. sol. mat.*

et l. si ex voluntate, C. de donat. inter virum, et ux. est et alius casus in *Nov.* 115. *cap.* 3. Nunc hoc præmisso finge: tutor testamento non jure datus veluti a matre, ut hic proponitur: hoc est unum vitium dandi tutoris, si is dederit quem non oportet, *l.* 1. *de confirm. tut.* eum autem dare oportet qui pupillum habeat in potestate: tutela enim jure patriæ potestatis mandatur, *l. impuberi sup. de administ. tut.* Ergo mater non jure dat tutorem: verum enimvero si mater dederit tutorem filio hæredi instituto, Prætoris decreto confirmari potest tutor ex inquisitione, secundum ea quæ dixi in *l. peto*, §. *mater, sup.* Pone eidem tutori matrem legasse aliquid et paratum quidem esse tutorem instituti a matre tutelam suscipere, et confirmationem Prætoris sequi, sed inquisitione habita Prætorem non idoneum judicasse, et confirmare noluisse, an repelletur a legato? minime, quia quantum potest judicio matris paruit, et confirmari voluit, non se excusare: non est remotus a tutela ut suspectus, quoniam eam nondum susceperat vel attigerat: qui removetur a tutela, amittit legatum, *l. quod autem, sup. de excusat. tut.* qui non confirmatur, si modo fuerit paratus tutelam suscipere, refragante Prætore, non amittit legatum? sunt et alia vitia dandi tutoris, quæ brevi comprehensione traduntur, *d. l.* 1. *sup. de confirm. tut et l.* 13. §. *pen. sup. de excusa. tut.* et omnino sunt quatuor: si is dederit quem non oportet, ut si mater filio, si ei datus sit tutor cui non oportet, ut si pater dederit tutorem filiofam. adolescenti, nec enim datur adolescenti tutor, vel curator, vel ut ait *d. l.* 1. si pater dederit tutorem filio emancipato, vel filio naturali tantum; sed hoc casu est duplex vitium, est vitium in dante, quia non habet pupillum in potestate, est et vitium in eo cui datur, quoniam non est in potestate; sicut cum mater dat filio, duplex est vitium: est et vitium in loco, ut si tutor detur codicillis non confirmatis, id est, codicillis ab intestato factis: nam in codicillis ab intestato nihil directo scriptum valet: est et vitium in modo dandi, ut si tutorem dederit verbis precariis, et ita intelligenda *l.* 1. nam tutor omnimodo dandus est verbis directis, *tutor esto*, neque tutela potest flecti ad fideicommissum, ut in specie *l. peto*, §. *mater*, cum pater non justo testamento adjicit clausulam codicillarum, legata, et libertates valent jure fideicommissi, tutela nullo modo valet, cetera inflectuntur ad fideicommissum, tutela non inflectitur ad fideicommissum usquam.

Ad §. 7. Qui Mutianam.

§. 7. *Qui Mutianam cautionem alicujus non faciendi causa interposuit: si postea fecerit, fructus quoque legatorum, quos principio promitti necesse est, restituere debet.*

Legata relicta sub conditione non faciendi, ut illi decem si Capitolium non ascenderit, lego, quæ conditio sola morte legatarii finitur, et impletur: ea inquam legata repræsentantur vivo legatario, nec expectamus quoad moriatur legatarius remedio cautionis Mutianæ, qua legatarius cavet hæredi se legatum redditurum, si fecerit quod non fieri testator voluit, adscripta conditione non faciendi: cavet etiam se redditurum fructus medii temporis, ut Papin. respondet hic, et idem etiam in libris definitionum quasi certum scripsit, *l. hæres meus*, §. *qui post*, *inf. de cond. et dem.* Et similiter si pecunia sit legata sub conditione non faciendi, legatarius cavet hæredi, non tamen de reddenda pecunia, si fecerit, sed de reddendo interusurio, *Nov.* 22. *cap.* 10. hæc cautio Mutiana est satisdatio, dandus est fidejussor, *l. cum sub hac*, *et l. hoc genus*, *inf. de cond. et dem.* vel est repromissio juratoria, sine fidejussoribus cum hypotheca bonorum, *Nov.* 12. et ideo in *l. Titio fundus*, *inf. de cond. et dem.* cautio deficere dicitur non quæ præstita non est, ut vult Accurs. quæ non durat eversis facultatibus fidejussoris, vel mortuo fidejussore sine hæredibus: et proprie hæc cautio Mutiana locum habet in conditionibus, quæ morte legatarii sola implentur, et finiuntur, interdum, sed minus proprie, locum habet in his conditionibus, quæ morte alterius vivo legatario impleri possunt, et tunc dicitur velut Mutiana cautio, *l. cum tale*, *in princ. inf. de cond. et dem.* quod interponatur scilicet ad exemplum Mutianæ, minus proprie, *d. l. cum tale*, *et l. avia*, §. *Titio, eod.* est de variis actionibus, quæ competunt legatorum nomine, non possunt autem esse nisi tres quæ competant legatario legati nomine, ex testamento, quæ est in personam, et actio in rem, et actio hypothecaria in res a testatore relictas, in bona testatoris omnia, non in bona hæredis, si eam hypothecam ipse testator testamento constituerit, vel hodie etiam tacito jure ex constitutione Justiniani citra hypothecam ipsam: rei legatæ nomine duæ sunt actiones, una in personam, altera in rem: et hoc quidem verum est, si legatum relictum sit per vindicationem esse varias hujusmodi actiones, *l. si servus*, §. *cum homo sup. lib.* 1. quæ est accipienda de legato vindicationis, quia homine generaliter legato, electionem dat legatario, quod in legato vindicationis tantum obtinet: nam in legato damnationis hæredis est electio: addatur *l. hujusmodi*, §. *ult. et seq. sup. lib.* 1. quæ etiam leges palam loquuntur de vindicatione, et dant nominatim actionem ex testamento, et actionem in rem, et quod ait *l. seq.* quoniam defunctus semel legatum ad eos pervenire

voluit: hæc ratio convenit tantum legato vindicationis, *l. si tibi homo*, §. 1. *eod. l. si mihi pure, hic*, ubi legendum, *voluerit*, scilicet testator, quæ ratio semper adnotat legatum vindicationis. Ergo ex his locis intelligimus legati per vindicationem esse actionem in rem, et actionem in personam, legati per damnationem non erat nisi actio in personam, ex constit. Justin. est etiam vindicatio, *l. 1. C. Comm. de leg.* sed olim legati damnationis non erat nisi actio ex testamento, non vindicatio. Igitur hic §. *ult.* qui loquitur de variis actionibus dandis nomine legati, est accipiendus de legato vindicationis, quod illa verba indicant, *legatum datum.* Proprie enim vindicationis legatum dari dicitur ab ipso testatore legatum damnationis datur ab hærede damnato dari: legatum vindicationis recta a testatore proficiscitur ad legatarium, et hoc legatum vindicationis, non tantum potest vindicari, sed etiam peti actione in personam. Nec nos movet quod dicitur, neminem posse rem suam petere actione in personam: et sane videtur difficilis concursus harum actionum, ut rem petam quasi meam, et quasi mihi debitam non meam: sed hoc fit facile arbitrio agentis, quia si hic malit, legatum vindicationis, eodem loco habebit, quo si esset legatum optimo jure, id est, per damnationem: sicut ex SC. Neroniano, ut Ulp. in frag. ait, res aliena legata per vindicationem, quod jure civili non valet, ex eo SC. eodem loco habetur, quo si optimo jure esset legata, id est, per damnationem, et confirmatur legatum SC. ac similiter mihi licebit eo genere rem legatam, aut vindicare aut petere in personam quasi legatam damnationis modo, quasi meam, non quasi mihi debitam: verum ut ait Papin. legatarius utraque actione experiri non potest: esset enim pugna quædam, si et ageret in rem et in personam: non potest, inquam, experiri utraque actione legatarius in solidum, vel pro parte: non solidum, quia defunctus semel duntaxat dari voluit: non partem legati una actione, partem altera, quoniam legatum, quod unum est, scindi non potest, nec unum est legatum mistum ex vindicatione et damnatione. Regula est, legatum unum scindi non posse, quæ prohibet non tantum divisionem rei legatæ, si velit partem rei amplecti legatarius, partem spernat, sed etiam divisionem actionis, licet propter fideicommissarium promittatur divisio legatæ actionis, *l. Imperator, sup. hic.* Igitur legatarius utraque actione simul experiri non potest, quia variæ actiones ei dantur, ut laxior sit agendi facultas. Ceterum una eligenda est, quod et plerumque fit in omnibus concurrentibus actionibus, quæ rem persequuntur eandem, nisi plus sit in una quam in altera. Neque obstat *l. 1. §. quæ autem, quod legat.* Nam in specie ejus paragraph. actor sub incerto egit duabus actionibus, et sub protestatione, quæ vitium omne purgat, quæ absurditatem omnem purgat, et non est obscura species. Is qui rem sibi legatam occupavit non ex voluntate hæredis, si eam possidet pro legato, tenetur interdicto quod legat, ut reddat possessionem hæredi, cujus retentione sibi servet Falcidiam: vel si eam rem possidet pro hærede, vel pro possessore, non tenetur interdicto quod legat, sed petitione hæreditatis, vel interdicto quorum bonorum. Finge: incertum est quo titulo possederit eam rem, quid faciet actor? sane utramque actionem instituet actor, *sicut facere solemus*, inquit, *quoties, etc.* nam protestamur ex altera earum nos velle consequi, τὸ ἐπιβάλλον, τὸ ἄξιον, utramque eligimus, et eodem modo in specie legis *contra, C. de inoff. testam.* dictat quis recte simul et querelam inofficiosi, et querelam injusti testamenti, et protestatio vitium omne turbat.

Ad §. 8. Variis et §. 9. Repetendorum.

§. 8. *Variis actionibus legatorum simul legatarius uti non potest, quia legatum datum in partes dividi non potest: non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti: sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim, quæ fuerat electa, legatum petere.*

§. 9. *Repetendorum legatorum facultas ex eo testamento solutorum danda est, quod irritum esse post memoriam defuncti damnatam apparuit: modo si a legatis solutis crimen perduellionis illatum est.*

Irritum fit testamentum damnatione, si vivus testator damnetur capite, et minuatur: irritum fit si damnetur post mortem suam memoria testatoris, veluti ex causa proditionis, *l. 6. §. sed ne eor. de injust. rupt.* proditionem appello, quod et tyrannidem, et ἀσέβειαν Græci vocant, et nos rebellionem, et perduellionem, utrumque nomen a bello deducentes, si quis prodiderit patriam, quod legis Juliæ majestatis gravissimum est caput. Alia capita legis Juliæ leviora sunt: nam ex aliis capitibus crimina morte extinguuntur, etiamsi in reatu decesserint post accusationem ante damnationem: ex capite perduellionis, crimen morte non extinguitur, sed mortuorum memoria damnatur, sive ut ait Mamertinus in Panegyrico ad Imper. Maxim. et Dioclet. interdicitur posteris nomen, et fastis eximitur. Est elegans exemplum damnatæ memoriæ Carthaginensis Synodi cap. 84. Si Episcopus, Græcum, id est, paganum, testamento scripserit, postposita ecclesia sua, eo decreto præcipitur ut nomen ejus aboleatur, et eradatur albo sacerdotum, utque judicetur

extorris in Ecclesia post mortem, et ut ejus testamentum irritum fiat: quod convenit jure civili: damnatione memoriæ irritum testamentum fit: quid igitur fiet si ante damnationem memoriæ hæres scriptus legata persolverit, an dabitur condictio indebiti, et constat dari. Sed cui dabitur? fisco in quem cadunt bona damnati irrito facto testamento, videlicet si hæres scriptus solverit legata de hæreditate, *l.* 2. *et* 5. *sup. de condict. indeb.* vel condictio indebiti dabitur hæredi scripto, si legata solverit de sua pecunia, ut Accurs. notat recte ex *l. quod si possessor*, *sup. de petit. hæred.* Sed diligenter distinguendum est utrum hæres scriptus de suo solverit legata, non exacta cautione, evicta hæreditate legata reddi, an instituta accusatione perduellionis, an post institutam accusationem: nam si solverit de suo ante illatum crimen perduellionis, vel ipse condicit quod solvit de suo, vel id retinet ex hæreditate, quod de suo solvit, si hoc malit, et cedit fisco condictionem indebiti, quia non debet in damno versari qui solvit bona fide nondum mota controversia hæreditatis: verum si solverit post accusationem institutam de suo, vel de hæreditate, hoc casu dolo non caret: et ideo nec ipse condicit solutum, nec retinet ex hæreditate id quod solvit, quinimo fisco tenetur eo nomine quasi dolo malo diminuerit hæreditatem, quam post motam controversiam debebat conservare, *l. dolo, ad leg. Falcid. l. hæc autem*, §. *ultim. inf. si cui plus quam per leg. Falc.*

Ad L. LXXVII.

Cum pater filios eorumque matrem hæredes instituisset: ita scripsit: Peto a te, filia, ut acceptis ex hæreditate mea in portionem tuam centum aureis, et prædio Tusculano, partem hæreditatis restituas matri tuæ: *respondi, predium quidem hæreditarium judicio divisionis de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam.*

Pertinet hæc lex ad legem Falcidiam, cujus tractatio ubique horret spinis, et quidem statim prima quæstione complectemur explicatonem legis *deducta*, §. *nummis, infr. ad Trebell.* atque etiam *l. filium, Cod. famil. ercis.* quanquam ejus speciem non sim explicaturus. Finge; pater filium et filiam, et eorum matrem sibi hæredes instituit: filiam rogavit ut portionem hæreditatis sibi adscriptam matri suæ restitueret acceptis aureis centum, et accepto prædio Tusculano: quæritur quo jure accipiat centum, quo jure prædium Tusculanum, jure hæreditario, an jure legati? a semetipso, an a cohæredibus? quod interest scire propter legem Falcidiam: nam in Falcidiam imputantur ea quæ jure legati, aut fide commissi a cohæredibus accepit, *l.* 15. §. *pen. l. quod autem, l. in quartam inf. ad leg. Falcid.* Et hac in re nihil distat Falc. quæ detrahitur ex legatis, vel fideicommissis rerum singularum a Falcid. quæ detrahitur ex fideicommissariis hæreditatibus. quod festinavi jam prodere omnibus, atque ita explosa est vetus sententia quæ Falcidiam legatorum censebat esse alio jure, quod ad imputationes attinet, quam Falcidiam hæreditatis fideicommissariæ. Id autem placet secundum sententiam Jul. et Cels. ut ait *l. in ratione* §. *tametsi*, *inf. ad leg. Falcid.* comprobatam constitutione Adriani, *l. acceptis, eodem*, *l. deducta*, §. *nummis, inf. ad Treb.* in est constitutione D. Pii, qui et Adrianus propter adoptionem nuncupatus est, ut ait *dict. l. in quartam* §. *placet his omnibus*, ut sicut in Falc. imputantur ea quibus perceptis, vel deductis, vel retentis, hæres rogatus est hæreditatem restituere, quæ præcipere, deducere, vel retinere visus est, ita imputentur etiam ea quæ accipere jussus est, atque ita hæc quatuor verba paria sunt, hac in re, *præcipere, retinere, deducere, accipere.* Sed in his omnibus, ut hic demonstratur, *et d.* §. *nummis* attigi sup. *l.* 66. *et* 69. separanda est pecunia a prædiis: nam si pecuniam præcipere, deducere, retinere, vel accipere hæres jubeatur, atque ita restituere suam portionem, totam eam pecuniam imputat in Falcidiam, quoniam totam eam pecuniam jure hæreditario capere videtur, id est, ex hæreditate eam sumere videtur, vel ex hæreditatis portione sua: sed si prædium retinere, præcipere, vel accipere jussus sit, ejus prædii partem suo jure capit quasi hæreditariam, et hanc imputat in Falcidiam, partem a cohæredibus consequitur judicio divisionis, ut ait hic, id est, actione familiæ ercisc. constat enim legata, vel prælegata hæredi relicta venire in actionem familiæ erciscundæ: et hanc partem quam a cohæredibus accepit, quia jure hæreditario non capit, sed legati jure, non imputat in Falcidiam Atque ita magna est differentia inter pecuniam, et corpus, id est, predium, qua accepta hæres rogatus restituere portionem hæreditatis, tota pecunia, quam accipere jubetur, inest portioni hæreditatis, quam restituere jubetur, licet in ea portione nulli sint nummi, qui ex ea confici possint, et in usu est, ut tantum quis debeat habere in nummis, quantum ex suis rebus conficere potest, *l.* 12. *sup.* Totum autem prædium quod accipere jubetur, neque inest, neque inesse videtur suæ portioni hæreditariæ, cum in ea non sit totum, sed commune sit inter omnes hæredes. Et ideo pecuniam quidem hic hæres unico tantum jure accipit, nempe hæreditario: totum prædium accipit diverso jure; hæreditario, et legati, hæreditario pro sua parte; legati, pro cohæredum parte, *d. l. deducta*, §. *num-*

mis. Retentiones, deductiones, præceptiones, acceptiones prædiorum pro partibus cohæredum habentur pro legatis: imo et si hæres sit institutus ex asse, et rogatus restituere hæreditatem retento prædio, prædium illud prælegatum dicitur, *l.* 3. §. *cum Pollidius sup. de usuris*. Omnis igitur deductio, retentio, præceptio, acceptio prædii pro legato habetur: pecuniæ non item, quoniam pecuniam videtur retinere ex hæreditate tota, quæ retinetur, vel accipitur, vel præcipitur, vel deducitur; at prædii retentio, vel acceptio pro legato habetur: et in *l. filium, Cod. famil. ercisc.* quidam dum dicunt, filium habuisse fundum non jure legati, sive prælegati, sed ex retentione, non animadvertunt se idem confirmare et negare: nam et retentio pro legato est, et omnino ita est, nihil referre in ea *l. filium* penes filium fundum habuisse jure legati, vel prælegati, vel fideicommissi, vel retinere, deducere, præcipere, aut accipere jussum: nam hæc omnia pro legatis habentur, et Græci 42. Basil. ad eam l. ponunt etiam filium rogatum restiteure suam partem, retinuisse eum fundum, *παρακατασέχειν τὸν ἀγρὸν τέλειον, καὶ ἀποκαθῆσαι, τὸ μέρος κληρονομίας*. Atque ita quoquo modo ex his ponas, posita ea lex erit optime sub titulo familiæ erciscundæ, quia illa omnia veniunt in hanc actionem, alioquin aliena est a titulo hoc, ut si ponas habuisse jure peculii. Proprie quidem legata hæredi relicta separantur a retentionibus, præceptionibus, deductionibus, acceptionibus, *d. l. in quartam*, sed hoc quia propter retentiones, deductiones, præceptiones acceptiones, quæ pro legatis habentur, potest et alio modo legari hæredi per vindicationem, vel damnationem, vel per fideicommissum, *l. ab omnibus*, §. *si Titio, sup. lib.* 1. *l.* 1. §. *quis, inf. quod legat.* Verum ad rem licet, quantum ad rationem imputationis attinet, nihil interesit, utrum rogetur hæres portionem suam restituere extraneo, an cohæredi: tamen cum cohæredi rogatur restituere suam portionem, accepto prædio de communi, quamvis partem prædii, quam a cohærede accipit, et ideo non accipiat jure hæreditario, non imputet in Falcid. tamen compensat eam cum Falcidia, quam ex portione restituenda cohæredi detrahere desiderat, *d. l. filium, l. Nezennius, l. filio, inf. ad leg. Falcid. l. hæredi, inf. de his quib. ut ind. l. ex facto proponebatur*, et *l. qui non militabat, in princ. de hæred. inst.* Ergo cum rogatur restituere cohæredi partem prædii, quam capit jure hæreditario, imputare debet in Falcidiam partem quam capit a cohærede jure legati, debet compensare cum rogatur restituere extraneo accepto prædio, a quo tamen nihil accepit jure legati, sed a cohæredibus, partem prædii quam capit jure hæreditario, sibi debet imputare in Falcidiam, partem alteram quam capit a cohæredibus jure legati, non potest compensare, quia eam non capit ab extraneo. Igitur hæc æquitas compensationis, deficiente imputationis causa, admittitur cum cohæredi rogatur restituere suam portionem. Nam partem prædii, quam a cohærede vicissim accipit, etsi non imputet; compensat tamen cum Falcidia. Igitur si ea pars expleat Falcidiam, nihil deducit jure Falcidiæ: si non expleat Falcidiam, deducit in supplementum quod Falcidiæ deest, *d. l. filium.* Quid si ea pars superet Falcid. ut si pluris sit prædium quod accipit quam portio hæreditatis quam restituit cohæredi? et placet, cohæredem cui restituitur portio cohæredis in superfluo prædii, id est, in eo quo pluris est sua portio prædii, quam rogato dat, ut ait *d.* §. *prædiis*, videlicet si et aliis legatis sua portio onerata sit, ita ut interveniat Falcidia, Falcidiam eum in eo superfluo inducere posse, et hæc est sententia *d. l. deducta*, §. *acceptis in fin.* nam in principio §. posuit, tantum fuisse in portione hæreditatis, quantum in eo, quod is qui eam portionem restituere rogatus est, accipere videtur: nam Flor. recte *acceptis centum*, hæreditatem restituere rogatus; ponit igitur tantum accepisse quantum restituit: in fine autem pluris fuit, quod acciperet, quam portio hæreditatis, quam restituere jussus est: et ideo in superfluo prædii cohæres cui fit restitutio, si de aliis legatis oneratus sit, inducit Falcidiam.

Ad §. 1. *Eorum.*

§. 1. *Eorum quibus mortis causa donatum est, fideicommitti quoquo tempore potest: quod fideicommissum hæredes salva Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus esemplo legatorum locum habere placuit, præstabunt. Si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiæ fungetur. Si tamen alimenta præstari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse, respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de majore pecunia præstari non dubie voluit integra.*

Sciendum est, a donatario causa mortis posse fideicommissum relinqui, *l. ab eo, C. de fideic. l. cum hi*, §. *idem, erit, sup. de transact.* non a donatario inter vivos, nisi infirma sit donatio, quæ confirmanda sit morte, *l.* 68. *sup.* et ut ait in hoc §. a donatario causa mortis potest fideicommitti, *quoquo tempore*, id est, tam a vivo, quam a moriente, atque ita donatio causa mortis habetur instar legatorum: habetur etiam instar legatorum quod ad Falcidiam attinet ex constit. Severi, *l.* 5. *Cod. ad leg. Falcid.* atque etiam in donationibus morte confirmatis, *l.* 2. *C. d. eod.* Sciendum est

etiam, hæredem, vel quasi hæredem solum uti Falcidia, non legatarium, ne partiarium quidem, ut si legatarius rogatus sit restituere legatum alteri supra dodrantem, vel totum legatum, non deducet Falcidiam: lex Falcidia lata est hæredis causa, non legatarii. Igitur legatarius etiamsi partiarius sit, non utitur Falcidia, *l. mulier*, §. *ult. inf. ad Treb.* Verum si legatarius a quo fideicommissum relictum est, patiatur Falc. id est, si ejus legatum minuat Falcidia per hæredem inducta, id quod passus est, imputabit legatario, atque illa minuetur fideicommissum, inducet autem Falcid. legatarius non ex sua persona sed ex persona hæredis, id est, ut hæres minuit ejus legatum, ita ipse minuet fideicommissum a se relictum: ut si sint legata viginti, et rogatus restituere quinque, et Falcid. inducta ab hærede detraxerit quartam viginti, id est quinque integra, quinque non præstabit fideicommissario, sed reliquorum quindecim, quæ apud eum remanserunt, fideicommissario restituet quartam partem, *l. pœnales*, §. *ult. inf. ad leg. Falcid. l. Plautius*, §. *ult. inf. de cond. et demonstr. l. facta*, §. *si Titius*, *inf. ad Trebell.* Idque plerumque æquum est, ut quod passus est legatarius, reputet suo fideicommissario, *l. 3. inf. si cui plusquam per l. Falc.* Cur ait, *plerumque ?* Quoniam excipiuntur duo casus *d. l. pœnales*, §. *ult.* Unus est si testator aliud voluerit, id est, si nominatim jusserit legatarium restituere totum quod cepisset ex testamento, nam totum restituet integrum, non tanto minus, quanto et ipse minus percepit ab hærede. Alter casus est in libertatibus excepto favore libertatum, si rogatus sit servum suum restituere: vel servum alienum: nam legato rescisso per legem Falcidiam, nihilominus libertatem præstabit. Finge: jam, ab eo cui donaveram mortis causa, fideicommissum Titio reliqui: hoc fideicommissum hæredes salva Falcidiæ ratione præstabunt: sic Flor. sed hoc est falsum: nam fideicommissum a donatario mortis causa relictum hæredes non præstabunt, quoniam non est ab eo relictum, sed donatarii præstabunt. Itaque melius Haloander legit *hæredi*, neque addendum *scilicet*, et omnino hæc verba sunt intercludenda (*hæredi salva placuit*) placuit, D. Severo scilicet. Sensus est, donatarii mortis causa, a quibus est fideicommissum relictum, fideicommissum præstabunt, sed ita tamen ut hæredi salva sit Falcidia, quæ locum habet etiam in donationibus causa mortis. Finge: donatarius causa mortis rogatus est restituere Titio tertiam partem rerum donatarum, et intervenit Falcidia: hæres Falcid. deducet ex donatione id est, non tantum ex partibus, quæ apud donatarium remanent, sed etiam ex parte tertia quam donatarius restituere rogatus est, id est lege Falc. hæres imminuet res omnes donatas, etiam eas quæ fideicommisso continentur, atque ita donatarius eo minus præstabit fideicommissum: idem erit si rogatus sit donatarius restituere centum, pecuniam, vel certam rem ex donatione; eadem enim intervenit ratio, et confirmatur supradictis legibus, quibus probatur, legatarium restituere fideicommissario Falcidiam quam passus est: verum recte ait hic, *si pars donationis*, veluti tertia pars rerum donatarum, vel certa res, aut summa ex donatione: nam aliud dicendum est, si non partem donationis definitam, sed alimenta a donatario mortis causa per fideicomm. reliquerit: nam deducta Falcidia ex universa donatione, nihilominus ex residuo donationis integra alimenta præstabuntur fideicommissario, non minuetur fideic. alimentorum: an hoc fit favore alimentorum? minime: alioquin essent excipiendi tres casus, cum duos tantum exceperimus: unum ob voluntatem defuncti, alterum ob favorem libertatis: et sane hic JC. non nititur favore alimentorum, sed ratione prioris exceptionis, propter voluntatem defuncti, quia defunctus de majori summa voluit præstari integra, nec videtur voluisse ut alimenta præstarentur, tam ex ipsis rebus donatis, quam ex reditu earum: ita plane voluit fideic. hoc totum præstari: idem confirmat *l. maritum* §. *ult. inf. ad leg. Falcid. l. liberto*, §. 1. *de ann. leg.* nam ibi quæ dicuntur, annua sunt alimenta: exigimus autem majorem summam remanere apud legatarium, quæ sufficiat alimentis et delendum, ut recte Bart. quod scripsit Accurs. ad verba *non dubie*. Quod si legatarius rogatus sit restituere totam donationem, et passus sit Falcidiam, vel similiter legatarius rogatus sit restituere totum legatum; si passus sit Falcid. constat hoc casu totum residuum esse restituendum, nec invitum uti Falcidia, nullo retento, et ita accipienda *l. si mihi Stichus*, *sup. l.* 1.

Ad §. 2. *Mater.*

§. 2. *Mater filiis suis vulgo conceptis dotem suam, mortis causa donando, etc.*

Est de donatione causa mortis, et de Falcidia deducenda de donatione causa mortis: a donatario causa mortis fideicommissum relinqui potest, quoniam quæ pœnitentia adimi et revocari possunt, et per fideicomm. adimi possunt, *l. quidam testamento*, §. *ult. sup. lib.* 1. Donatio causa mortis pœnitentia adimi, et revocari potest exemplo legati, et fideicommissi, §. 1. *de donationib.* ergo et per fideicomm. adimi potest: item repetendum illud est, legem Falcidiam pertinere etiam ad donationes causa mortis ex constit. Severi: et eundem esse modum donationis causa mortis, et legatorum

sicut l. Furia idem modus dabatur legatis, et donationibus causa mortis, auctore. Ulp. in Frag. et ideo cautio Falcidiæ interponitur hodie etiam in donationibus causa mortis, *l.* 1. §. *in mortis, inf. si cui plusquam per l. Falc.* Finge nunc: mater filiis suis spuriis animo donandi mortis causa permisit ut in mortem suam a marito stipularentur dotem quam marito dabat: atque ita filiis donavit eam dotem mortis causa, et subjecit eos ut stipularentur eam sibi reddi mortua matre: deinde eadem mater eorum filiorum fideicommisit, ut potest, ut cum mortua esset, eam dotem eidem marito restituerent: non pœnituit eam donationis, sed donatariorum fideicommisit: si pœnituisset fideicommittere non potuisset: quod ademisti pœnitentia, fideicommisso jam non potes adimere: deinde mater decessit constante matrimonio scriptis hæredibus, non filiis spuriis, sed extraneis: in hac specie spuriis maritus tenetur ex stipulatu ut dotem reddat, et retro spurii tenentur marito extraordinaria persequutione fideicommissi: habet ergo etiam maritus retentionem dotis: nec enim tantum qui ordinariam; sed et qui extraordinariam persequutionem habet, multo magis habet etiam exceptionem sive retentionem. Dos ergo hoc casu debetur marito post mortem mulieris ex causa fideicommissi, et servatur retentione, et debetur tota dos si Falcidia non intervenerit, quæ solet minuere etiam donationes causa mortis exemplo legatorum, §. 1. *sup.* Sed si Falc. intervenerit, quid fiet, si exhausta sit hæreditas matris, et onerata, et extranei hæredes instituti velint Falcidiam inducere, et singulas donationes causa mortis rescindere? hoc casu hæres matris aget actione in factum adversus defunctæ filios spurios: filii autem spurii augent adversus maritum actione ex stipulatu qua actione cum effectu repetent quadrantem dotis, id est, Falcidiam: cumque persolverit hæredibus scriptis a matre, dodrantem jure fideicom. maritus retinebit, hoc casu totius dotis retentionem non habebit, quia Falc. minuit dotem. Quænam est illa actio in factum quæ datur hæredibus scriptis adversus donatarios mortis causa Falc. obtinendæ causa? est actio subsidiaria vindicationis, id est, utilis in rem, et hac in re maxime distant legata a donationibus causa mortis: nam legatorum Falc. servatur retentione tantum: donationum causa mortis Falcidia servatur actione in factum: qua de causa et interdictum quod legatorum ad legata et fideicommissa pertinet, retinendæ Falcidiæ causa, quæ non potest ex legatis alia ratione servari: ad donationes causa mortis non pertinet, quoniam in eis Falcidia servatur actione in factum, *l.* 1. §. *si quis, inf. quod legat.* Est etiam alia in re differentia inter legata et donationes causa mortis circa Falcidiam, quoniam hæres testamentarius detrahit Falcidiam etiam ex donationibus causa mortis; hæres legitimus licet detrahat Falcidiam ex fideicommissis, non tamen detrahit Falcidiam ex donationibus causa mortis, quia ab intestato donationes causa mortis legatorum vel fideicommissorum exemplum non sequuntur, *l. filii, inf. de leg. præstand. l. tam is inf. de donat. cau. mor. Basilic. ad leg. Seja et leg. tam is, eodem*: valde notandum est ex hoc §. actionem, qua hæres sibi servat Falcidiam ex donatione causa mortis, esse actionem in factum, et ita actionem accipere oportet *in* §. *Mævio, inf. l. pen. C. ad leg. Falc.* id est, pro actione in factum vel utili in rem: sed explicanda est species *d.* §. *Mævio*, qui usque adeo visus est difficilis, ut ad eum quatuor sensus accommodentur. Sciendum est mandatum re integra moriente domino, id est, mandatore finiri et solvi, ignorantibus tamen succurritur qui mandatum expleverunt post mortem mandatoris errore, vel qui fidem mandati sequuti sunt, ne in damno versentur qui dolo vel culpa nihil admiserunt, qua de re tractatur in *l. pen. sup. de reb. cred.* Finge jam: Mævio debitori meo ex causa vindicationis mandavi, ut pecuniam debitam solveret Titia, cui mortis causa donatam volebam, non ponit JC. ullam fuisse interpositam stipulationem ejus donationis perficiendæ causa, quod tamen interpretes comminiscuntur, sed hic tantum ponit me mandasse Mævio meo debitori, ut pecuniam debitam solveret Titio cui eam mortis causa donabam, si Mævius solvisset me vivo, et manente adhuc mandato, liberatus fuisset obligatione, sed Mævius solvit Titio post mortem meam sciens me mortuum esse, et finitum mandatum: sane Mævius non liberatur, quia non recte solvit finito mandato, *l. ult. inf. de sol.* correcta transpositione. Ergo Mævius qui sciens me mortuum, solvit Titio, hæredi meo tenetur ex stipulatu, quoniam non liberatur solvendo Titio, cum morte mea expirarit mandatum: sed quid si inanis sit ea actio quæ hæredi meo in Mævium competit propter egestatem Mævii, an eo casu hæredi meo dabitur adversus Titium cui solutum est, conditio totius donationis, quasi re non sequuta, vel an dabitur actio in factum Falcidiæ tamen nomine quam donatarios causa mortis peti constat? et tamen negat Papin. ullam in Titium esse actionem: optima ratione, quoniam quod solutum est, Titius non possidet pro donato mortis causa, quia finita erat ejus donationis causa, cum ei sciens Mævius solvit. Id igitur quod accepit, videtur habere a Mævio, non a me: et ideo id hæres meus solvendo in solidum, pro parte, id est, Falcidia non potest revocare, sed neque Mævius conditione indebiti tenebitur, quia sciens solvit: sed quid si Mævius ignorans me mortuum esse bona fide Titio solverit ex

mandatu meo; an in Titium erit actio et Mævio lapso facultatibus? et constat hoc casu a Titio revocari posse Falcidiam si interveniat, actione in factum scilicet, quia eodem loco res esse censetur, quasi eam pecuniam vivus cepisset ex donatione causa mortis propter errorem et ignorantiam solventis, idque utilitas exigit, §. *recte, instit. de mand.* quæ est summa ratio, et κορυφὴ τῶν νόμων: igitur ignorantia solventis Mævii facit, ut Titius, quod solutum est, videatur habere ex donatione mortis causa et ideo Falcidiam patitur. Dices, ignorantiam Mævii prodesse Titio, quia facit ut donatio causa mortis obtineat etiam pecunia soluta post mortem meam, id quod est contra regulam *l. iniquissimum, inf. de juris et facti ig.* quæ definit nemini ignorantiam alterius quam suam prodesse, ergo ignorantia Mævii non debet prodesse Titio: dicam ignorantiam Mævii non prodesse: imo potius nocere Titio, quia facit ut et detrahatur Falcidia. Scientia Mævii magis prodest Titio, quia tum nihil ei abradi potest, neque ab hærede meo, neque a Mævio qui solvit sciens. Et ad hæc dicam, regulam illam leg. *iniquissimum*, non usquequaque esse veram et tam ignorantiam alterius, quam suam, principali personæ non prodesse, ut Mævio mandatario in hac specie, cum quo principaliter negotium contractum est, nihil prodest ignorantia Titii, et ideo si ipse scierit me mortuum esse, Titius ignoraverit, non ideo liberatur Mævius ignorantia Titii Mævio non prodest. Contra tamen ignorantia principalis personæ, veluti Mævii, alii prodesse potest ut in specie leg. 2. *inf. de litigios.* et ita explicandus est §. *Mævio*: est stultum cogitare, vel dubitare an ea quæ continentur eo §. hodie sint immutata *l. si quis arg. C. de donat.* evidentissimum enim est nihil eam speciem ad ea quæ inducit Justinianus pertinere, ut donatio perficiatur consensu, quæ non perficiebatur nisi traditione vel mancipatione.

Ad §. 3. *Surdo, et* §. 4. *Hæreditatem.*

§. 3. *Surdo et muto qui legatum accipit, ut cum morietur restituat, recte mandatur: nam et ignorantes adstringuntur fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quæritur.*

§. 4. *Hæreditatem filius, cum moreretur, filiis suis, vel cui ex his voluisset, restituere fuerat rogatus: quo interea in insulam deportato, eligendi facultatem non esse pœna peremptam, placuit: nec fideicom. conditionem ante mortem filii hæredis existere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerunt, cum de aliis eligendi potestas non fuerit.*

In hoc §. ostenditur, legatarios ignorantes etiam fideicommissis adstringi et obligari, qui etiam ignorantes acquirunt legata, *l. filiusf. sup. qui test. fac. poss. l. si a furioso, inf. de oblig. et act. l. ult. C. quando dies leg.* legati ergo actio ignoranti acquiritur, ergo persequutioni fideicommissi ignorans adstringitur. Res tamen legatæ non acquiruntur ignoranti, quia agnitione opus est, vel traditione, ut dixi *l.* 32. *sup.* At contra in *l. si partem in fi. sup. quemad. servit. amitt. et l. magis*, §. *fundum, sup. de reb. eor. qui sub tut.* res legata dicitur esse ignorantis vel deliberantis, sed res in expedito est: hoc enim ideo dicitur, quia cum actio legati acquiratur ignoranti, pro domino esse videtur, et res legata acquiri ignoranti: nam id nostrum esse dicimus de quo actionem personalem habemus, *l.* 15. §. *quod avus, inf. ad leg. Falcid. l.* 15. *inf. de regul. jur.* ubi eleganter Joannes: qui legatum agnovit, quia actionem habet, hoc ipso rem ipsam habere videtur, ut implere defuncti voluntatem possit, id est, fideicommissa a se relicta præstare. Proprie tamen id quod habemus in actione personali non est, *l. Quintus*, §. *argento, et l. scribit, inf. de aur. et arg. leg.* non si vir uxori omne argentum quod suum esset legaverit: idcirco ea quæ in nominibus fuerunt, legavit. Notandum hoc loco in ignorantibus exempli gratia reputari surdum et mutum, quia et pro absentibus habentur, et furiosis comparantur, qui per omnia et in omnibus pro furiosis habentur: et ideo recte *lex. ult. de verb. signific.* ait enim: qui exhibet mutum, non præsentiam, sicut et qui exhibet infantem, non præstat hominis præsentiam, quia ex hoc genere nemo satis præsens intelligitur: dubitari de muto poterat, sed confirmatur hic §. ex *l.* 29. §. *ult. sup. commun. divid.* ut Florentin. non male unum ex sociis posse posthulare judicem comm. divid. etiam nesciente vel nolente altero: quin etsi unus mutus sit: quamvis scilicet hic non videatur idoneus litigator, cum pro absente et ignorante habeatur. Inde subsequitur hæc species. Pater hærede filio instituto electionem ei dedit ut filiis suis, vel cui ex eis vellet, hæreditatem restitueret: deinde post mortem patris agnita hæreditate filius deportatus est: deportatione amittit testamenti factionem: non tamen amittit jus eligendi, quoniam hæc electio pendet ex judicio patris, quod ratum manet, et facti potius est, quam juris: idcirco capitis minutione non perit legatum, *sup. de capite minut.* Et hæc Papiniani sententia citatur ab Ulpiano in *l. ex facto*, § *si quis rogatus, ad Trebell. etiam filio deportato talem facultatem eligendi cui liberorum fideicommissum restitui velit*, sic legendum: et ideo deportatione filii non existit conditio fideicommissi: expectanda est mors filii: ante mortem filii non existit conditio fideicommissi: moriente filio, si quem elegerit, vocabitur

et excludet ceteros: si neminem, omnes vocabuntur pro virilibus portionibus, *l.* 67. §. 1. *l. dominus*, *sup.* Deportatio in hac specie non est similis morti, sicut nec in specie leg. *sed si mors, sup. de donat. caus. mort.* et *l. interdicit*, *inf. de condit. et demonstrat.* Nam et deportatus retinet libertatem, id est, non omnia extinguit jura: nam alio jure est maxima capitis diminutio, ut damnatio in metallum, quæ extinguit omnia jura, et in omni jure comparatur morti: et ideo, retenta eadem specie, filio damnato in metallum, perimitur facultas eligendi, et statim filii ejus persequi fideicommissum possunt, non expectata morte patris, qui omnino mortuus videtur cum damnatus est in metallum, et si forte damnationis tempore filios non habuerit, atque ita ea hæreditas reciderit in fiscum deinde dum pœnæ servit filios susceperit, hi filii non vocantur ad fideicommissum: quia semel defecit conditio fideicommissi, quia damnatus est nullos habens liberos, et vires fideicommissi conditio non resumit, *l. pater*, §. *ult. inf. de condit. et demonstrat.* quæ sententia *est* §. *si quis rogatus l. ex facto inf. ad Trebellian.* Est simile fideicommissum in §. *a filia hic.* Sed alia quæstio: nam in specie ejus §. similiter pater rogavit filiam ut cum moreretur, sicut et §. *hæreditatem* ut prædia quædam filiis suis restitueret: ea filia viva, illa prædia uni ex filiis suis donavit: an potest revocare donationem? sic sane, *l.* 67. *sup.* quia non fuit, nec potuit esse hæc donatio certa, electio certa, cum dies fideicommissi sit incertus puta cum moreretur; et ideo filia subinde mutare sententiam potest ante mortem; destinare tamen unum ex his potest, qui inter ceteros fideicommissum habiturus est matre non eligente, et si mater non mutaverit voluntatem, id est, si alium postea non destinaverit, et si is qui destinatus est, superstes fuerit matri, preferetur ceteris: sed si is qui destinatus, est moriatur ante matrem, superstites omnes matri vocantur ad fideicommissum. Igitur ea donatio destinatio potius est certa et firma, donatio non est: infirmatur enim mutante matre voluntatem, vel eo qui destinatus est præmoriente, et in eo §. *nam* accipere oportet pro *sed* παρασυναπτικῶς, ut in *l. cum tibi*, *C. qui pot. in pignor. l. inter stipulantem*, §. *sacram. de verb. obligat.* legendum est *potest.* ut Florent. *l. Stichum*, §. *ususfructus, de solut.* Male novi quidam adjiciunt negationem illo loco, *qui fideicommissum habiturus non est*, et hanc sententiam efficiunt adjuvari *l. filiusfam.* §. *divi*, *sup. lib.* 1. matrem donantem uni ea prædia quæ rogata est restituere, cum moreretur filiis quibus volet, non posse præjudicare ceteris filiis: quoniam talem potuit destinare mater per donationem, qui moriente matre non est habiturus fideicommissum inter ceteros, remota matris electione, id est, nulla facta electione a matre. At quomodo fieri potest, ut is quem destinavit moriente matre non habeat fideicommissum inter ceteros? uno tantum modo si ante matrem mortuus sit: sed hoc sensu ademisse frustra diceres remota matris electione: nam et facta electione, eadem ratio intervenit, ut præmortua, sit inefficax destinatio. Igitur sensus est, destinationem posse fieri ante mortem, dummodo is qui destinatur, sit ex numero eorum qui nulla facta destinatione ad fideicommissum invitari possunt: certam donationem et immutabilem fieri non posse, et hoc non esse accipiendum παρασυναπτικῶς.

Ad §. 5. *Qui dotale et* §. 6. *Mævio.*

§. 5. *Qui dotale prædium contra legem Juliam vendidit, uxori legatum dedit, et emptoris fidei commisit, ut amplius ei pretium restituat: emptorem fideicom. non teneri constabat: si tamen accepto legato, mulier venditionem irritam faceret: eam, oblato pretio, doli placuit exceptione summoveri.*

§. 6. *Mævio debitori suo reus stipulandi mandavit, ut Titio, cui mortis causa donavit, pecuniam debitam solveret, cum sciens dominum vita decessisse Mævius pecuniam dedisset; non esse liberationem secutam, constitit: nec, si Mævius solvendo non esset, in Titium actionem solidi, vel jure Falcidiæ dandam esse: quia mortis causa cepisse non videretur; diversum probandum foret, si Mævius ignorans dominum vita decessisse, pecuniam errore lapsus dedisset: tunc enim portio jure Falcidiæ revocaretur.*

Tres explicabo quæstiones: duæ priores sunt de legato relicto ei cui debemus aliquid compensandi animo *in* §. *qui dotale et* §. *cum. pater.* Tertia erit de evictione rei legatæ §. *evictis.* Ad §. qui dotale, admonendi sumus legem Juliam prohibere marito alienationem prædii dotalis invita muliere, cui adjecit Justinian, ut etiam consentiente muliere alienare non possit, eandemque legem porrexit ad provincias, cum valeret tantum in Italia: sed præterea sciendum est, a debitore fideicommissum relinqui posse ex constitutione Divi Pii, ut si ab eo qui mihi centum debet, relinquam Titio 50. verbis fideicommissi, debitorem rogando, ut ei det integra centum: et hoc casu fideicommissario in debitorem est actio ex fideicommisso, debitori autem in hæredem creditoris si petat debitum, est exceptio doli, quasi videatur hæres rogatus id debitori remittere, *l. si pecunia*, *sup. lib.* 1. vel fideicommissario in ipsum hæredem est fideicommissi petitio, videlicet ut cedat suas actiones

adversus debitorem, *l. si servus legatus*, §. *qui margarita*, *sup. l b.* 1. his addenda est *l. cum quis decedens*, §. *pater*, *lib.* 3. Testator filio emancipato inter vivos donavit omnia bona, exceptis quibusdam servis, et stipulatus est a filio cui donabat omnia fere bona, et ponitur ibi elegans formula stipulationis, ut ea bona restitueret patri, vel cui pater volet: et spopondit filius. Deinde pater per fideicommissariam epistolam filium rogavit, ut ex ejus bonis quædam quibusdam restitueret. Quæritur, si filius patri hæres non extiterit, vel bonorum possessor, si nihil ex hæreditate ejus possideat, donatio illa inter vivos non habetur quasi ex hæreditate, an filius teneatur ex fideicommisso? et ait, filium suum hæredibus patris teneri ex stipulatu, ut restituat quibus pater postea cavit se restitui velle: deinde eum etiam teneri fideicommissariis epistola fideicommissaria comprehensis ex causa fideicommissi, idque hodie esse certum, id est, constitutione Pii qui hoc induxit, ut posset debitoris fidei committi aliquid. Adjicit Accursius non male, hodie fideicommissariis comprehensis illa epistola adversus filium dari actionem utilem ex stipulatu, atque ita non tantum dari ex fideicommisso ex *l. quoties, C. de his quæ sub modo,* quæ citatur vulgo, non explicatur, quæ tamen non loquitur de actione ex stipulatu, sed de actione utili, id est præscriptis verbis, ut Eudoxius interpretatur 47. *Basil.* ad leg. *quoties*: et ita utilis actio accipitur in *l.* 1. *C. de pact. convent. l. cum mota*, *C. de transact.* Species est leg. *quoties*: aliquid donavi Primo ea lege, ut id post tempus certum, vel incertum restitueret Secundo: si stipulatus sum mihi, vel Secundo post tempus reddi, quia et mihi stipulatus sum, habeo actionem ex stipulatu, si post tempus non reddat Primus: si pactus tantum non stipulatus sum mihi, vel Secundo reddi, habeo actionem præscriptis verbis ex lege donationi apposita ex continenti. Sed si Secundo tantum reddi stipulatus sum, non mihi, vel Secundo, non habeo actionem ex stipulatu quia alteri stipulatus sum, et nihil mea interest Secundo dari, cum Secundo id non debuerim, sed ultro donatum voluerim: id enim ponendum est, utrique voluisse donare, uni ad tempus, alteri post tempus, et eadem ratione si pactus non stipulatus sum Secundo reddi, non habeo actionem præscriptis verbis, quæ datur in id quod interest, sed Primo non restituente post tempus, secundum legem donationis, competit mihi conditio rei donatæ quasi re non sequuta: hæc de actione quæ mihi competit adversus eum qui legi non obtemperat, non obtemperanti: nunc de actione quæ Secundo competit: an ulla competit Secundo si stipulatus sit a Primo sibi reddi post tempus? certum est, dari actionem ex stipulatu: si stipulatus non sit, ipso jure nulla ei datur actio, quia pactio mea, vel stipulatio mea ei parare actionem non potest: alteri stipulamur vel paciscimur inutiliter: sed ut mea voluntas impleretur, qui post tempus a Primo ad Secundum rem donatam transferre volui, benigne principes Secundo dederunt actionem præscriptis verbis ex pacto donationis; et eodem modo si non tantum pactus, sed etiam stipulatus fuerim Secundo reddi, putarem verum esse quod Accurs. ait, hodie Secundo dari utilem ex stipulatione: et hoc ita si utrique donatum volui, uni ad tempus, alteri post tempus, non alias ut declarat *lex cum res*, *C. de donat.* id in ea specie est benigne receptum, ut effectum habeat utraque donatio: quæ benigne recipiuntur non extenduntur, sed sua specie continentur. Verum quod dixi a debitore posse fideicommissum relinqui, ei videtur obstare huic §. *qui dotale*: sed si speciem perpendas recte, nihil videbitur obstare: tres posuit Accurs. Finge: maritus contra legem Juliam vendidit prædium dotale: deinde moriens uxori legavit certum aliquid, quod tamen prædii venditi pretium non efficiebat: et ideo emptoris fidei commisit, ut amplius pretium, id est, id quo pluris esset prædium venditum, quam res uxori legata restitueret, id est, ut uxori suppleret dotem, sive quantitatem dotis: hoc casu emptor fideic. nomine non tenetur, quia nihil accepit ex testamento mariti, non fuit, quia scilicet jam ei solverat omne pretium, quo scilicet prædium emerat, de quo inter eos convenerat: ergo dum emptoris fidei commisit, neque ulla est ratio emptorem fideicommisso obstringendi. Quid ergo, an uxor poterit ab emptore prædium vindicare quasi suum, cum alienatio sit nulla ex lege Julia? hic distingue: aut uxor legatum accepit, aut repudiavit: si repudiavit legatum, proculdubio prædii dotalis venditionem irritam facere: et prædium vindicare potest: hic nullus est labor: sed si uxor acceperit legatum, ipso quidem jure competit etiam in eum vindicatio prædii venditi, contra legem Juliam: verum repelletur exceptione doli ab emptore oblato superfluo prædii, id est, oblato eo quo pluris est prædium, quam res legata, quodque dotis deest. Igitur quæ accepit legatum, sequi debet voluntatem defuncti, qui utique voluit eam rem legatam, sicut et superfluum prædii quod doti deest, si ab emptore præstaretur, compensare cum prædio dotali. Aut igitur amplectatur judicium mariti, aut non: si non amplectator, integra ei est vindicatio prædii dotalis: si amplectatur judicium mariti, compensatio inducetur, et oblato superfluo prædii ex judicio mariti vindicantem uxorem repellet emptor, et ita in *l. dotale*, §. *dotale sup. de fundo dot.* si ab uxore hæ-

rede instituta fundus dotalis legetur: inhibetur autem leg. Jul. omnis alienatio fundi dotalis: ergo et legatum: sed si legetur, et adeat hæreditatem uxor, fundum dotalem retinere non potest, si tamen habeat in hæreditatem quantum est in pretio fundi: si minus habeat in hæreditate, id tantum retinere potest quod quantitati doti deest.

Ad §. 7. *Cum pater.*

§. 7. *Cum pater fideicommissum prædiorum, ex testamento matris, filiæ deberet: eandem pro parte ita hæredem instituit, ut hæreditatem fideicommisso compensaret: eademque prædia filio exhæredato dari voluit: quamquam filia patris hæreditatem suscipere noluisset, fideicommissum tamen ab hæredibus esse filio præstandum, ad quod hæreditatis portio, quam accepit filia redierat, placuit: quod si alium filiæ substituisset, eum oportere filio fideicommissum reddere.*

In §. *cum pater* hæc proponitur species. Pater ex testamento uxoris suæ filiæ fideicommissi nomine debet prædia quædam: filium exhæredavit, filiam hæredem scripsit ex parte, hac mente, ut portionem hæreditatis compensaret cum fideicommisso materno, et ut filio exhæredato predia illa fideicommissi materni restitueret: idemque filiæ adjecit cohæredes extraneos: sane si filia agnoverit hæreditatem patris, fideicommisso materno excludetur compensationis jure, et filio exhæredato prædia fideicommissi præstabit: sed quid si repudiaverit hæreditatem patris? et ait, a ceteris hæredibus filio esse præstandum fideicommissum, quod est iniquissimum, cum portio hæreditatis filiæ sit relicta compensandi animo: ea igitur portione repudiata, æquum est filiæ integram conservari petitionem fideicommissi materni: quæ non vult uti compensatione oblata a patre, sed vult omnino persequi fideicommissum: si agnoscat hæreditatem patris, fateor fideicommissum esse exhæredato præstandum; sed si repudiat filia hæreditatem patris, relictum fideicommissum maternum præstandum erit filiæ, non filio. Igitur hoc loco ita lego: *fideicommissum tamen ab hæredibus esse filiæ præstandum*: idque confirmat quod subjicit: *si pater alium substituerit repudiata hæreditate, substitutum etiam debere filiæ fideicommissum reddere*: sic recte Haloander, *et eum fideicommissum reddere*: unde et idem Haloander consequenter supra legit *filio*, pro *filiæ*: nam si postremo loco, *filiæ*, legit, debuit et primo. Denique quæstio hujus §. non est hæc, an legata relicta ab instituto debeantur a substituto, vel a cohærede cui accrescit portio repudiantis, de qua in *l. licet, sup. lib.* 1. *l.* 29. *et l.* 41. *sup. hic et* §. *ab instituta, inf. hic*: sed quæstio hæc est, an substitutus, vel cohæres cui jure accrescendi obvenit portio cohæredis repudiantis sustinere debeat onus æris alieni, quod cohæredi repudianti defunctus debuit, quodque hæreditati defunctus compensare voluit? et respondetur, sustinere, et fideicommissum maternum filiæ non perire, fideicommissum paternum filio perire, quia compensandi animo filiam hæredem instituit: unde consequitur, spreta hæreditate, filiæ integram esse fideic. materni petitionem. Illud notandum ex his verbis, *ad quos hæreditatis portio quam accepit filia*, id est, ad quos cohæredes portio hæred. filiæ adscripta redierat, jure accrescendi proprie hæreditatem redire, non tamen ad agnatos jure legis ab intestato, ut dixi *l. peto*, sed etiam ad cohæredes ex testamento.

Ad §. 8. *Evictis.*

§. 8. *Evictis prædiis, quæ pater, qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliquit: nulla cum fratribus et cohæredibus actio erit: si tamen inter filios divisionem fecit: arbiter, conjectura voluntatis non patietur, eum partes cohæredib. prælegatas restituere: nisi parati fuerint et ipsi patris judicium, fratri conservari.*

Hic §. est de evictione rei legatæ. Pater filios hæredes instituit, uni ex his per fideicommissum reliquit prædia quædam aliena, quæ ipse possidebat, et sua esse existimabat, verus dominus ea prædia filio evicit post mortem patris. Quæritur, an huic filio eo nomine ulla sit actio adversus fratres? et ait, nullam actionem esse: imo vero est petitio æstimationis: nam licet in legato rei alienæ distinguamus inter scientem et ignorantem, ut dixi *l.* 67. si sciens legaverit rem alienam, legatum deberi, si ignorans non deberi; tamen hoc posteriori casu si quis ignorans legaverit propinquo, cui legaturus esset, verisimiliter, etiamsi scisset rem alienam esse, legatum valet, *l. cum alienam, C. de legat.* vel eadem oratione si uxori legaverit, *l. quoties* 1. *in fin. inf. de auro et arg. leg.* vel alii tali personæ velut alienæ, *l. in testamento, inf. de fideicommiss. libert.* his consequenter, quia in hac specie filio pater legavit prædia aliena quæ sua esse putabat, hæc ignorantia nihil officit filio: et ideo fratres consortes huic filio tenentur ad æstimationem prædiorum, videlicet si ea prædia non tradiderit filio, vel si jam tradiderit, nimirum inventa in hæreditate, cum ea possedisset pater bona fide, fratres consortes fratri non tenentur prædiis evictis: denique de evictione non tenetur in id quod interest: nam hæredes legatariis, vel

fideicommissariis de evictione non tenentur, si res certæ ei legatæ sunt, *l. si a substituto*, *in fi. sup. lib.* 1. tales res dant hæredes, quales sunt: imo vero eo nomine si promiserint de evictione non tenentur, *l. si legati servi, lib.* 1. Lucrativæ rei possessor ab evictionis actione repellitur. Paulus *quinto Sentent. tit.* 11. Dixi, si res certa legata sit; nam aliud est si homo generaliter legetur, quo casu electio fit hæredis; nam data potestate eligendi hæredi, hoc videtur voluisse testator, ut unum eligeret quem faceret accipientis, ut non defunctorie eligeret, *d. l. si a substituto*, *l. si domus* §. 1. qui paragraphus accipiendus est ex initio legis *qui concubinam*, §. *si hæres*, *lib.* 3. Eodem modo in legato rei certæ, si appareat hoc voluisse testatorem, ut hæres legatario præstaret habere licere, utique præstabit ex voluntate defuncti: qui voluit hæredem onerari evictionis nomine, ex voluntate defuncti, non legati natura; legatariis enim non est actio evictionis: proinde et hoc casu si pater inter filios bona sua omnia diviserit, factis mutuis præceptionibus id est, relictis invicem prælegatis singulis, alter alteri tenetur, ut quisque suam partem firmo jure habeat, teneat, ex conjectura voluntatis defuncti quia divisione facta hoc videtur voluisse, ut inter se eam divisionem ratam perpetuo facerent: arbiter familiæ erciscundæ jubebit eos invicem restituere partes pro legatas, ita ut ei vice mutua præstent evictionem, quod a simili confirmatur *l. si pater*, *sup. de famil. ercisc.* et præter voluntatem defuncti hanc habent rationem: ex qua ducitur voluntatis conjectura, quod hoc modo facta divisione bonorum veluti certa lege inter se permutationem faciant: omnis divisio fit permutatione, *l. si filia*, §. *si pater*, *sup. fam. ercis.* §. *hæreditatem, hic.* Ex permutatione autem constat nasci actionem evictionis, *l.* 1. *et* 2. *sup. de rer. permut.* alias legatario rei certæ hæres non tenetur de evictione: excipitur tamen voluntas defuncti expressa, vel voluntatis conjectura certa: nec obstat lex *non quocunque*, §. 1. *sup. lib.* 1. Ego rem absentis reipub. causa usucepi: cum is abesset, ego eam acquisivi ex causa lucrativa, sed avelli mihi potest per restitutionem in integrum: itaque firmo jure eam non acquisivi ex legati causa: et ideo si eadem res mihi fuerit legata alterius testamento, et reversus eam evicerit mihi restitutionis beneficio, post evictionem quasi sublata priori causa lucrativa, licebit mihi ab hærede eandem rem petere ex legati causa: quia jam non est concursus duarum causarum lucrativarum: non ex eo colligit recte hæredem legatario teneri de evictione: nam ibi hæres legatario qui ex legati causa rem acceperat, non dicitur teneri de evictione: necdum enim rem acceperat ex causa legati, sed dicitur res legata evicta, quam legatarius acquisiverat ex alia causa lucrativa, veluti ex usucapione, superesse legatario legati nomine actionem: aliud est actio ex legato, aliud actio ex evictione. Nihil obstat lex *scimus*, §. 1. *C. de inoff. testam.* quæ loquitur de legata portione relicta filio in rebus certis quibusdam: si res illæ evincantur, atque ita portio illa evincatur, post evictionem filio competit querela inofficiosi testamenti, perinde atque si non fuisset relicta portio legitima, vel actio supplementi in legitima portione: hoc facile admitti, quia est debitum bonorum subsidium, non in legato: et in specie hujus §. initio licet proponatur filio fuisse relicta prædia, cui debetur portio legitima, tamen evictis illis prædiis filio non evincitur legitima cum supersit hæreditas, quæ sufficit filio ad portionem legitimam: fuit enim institutus, et præterea relicta sunt ei prædia: prædia evincuntur, hæreditas non evincitur: et ideo ob evictionem non habet regressum adversus fratres eosdemque cohæredes: nam ponendum omnino est, hæreditatem largiri portionem debitam.

Ad §. 9. *Pater*, *et* §. 10. *A filia*.

§. 9. *Pater certam pecuniam exhæredatæ filiæ verbis fideicommissi reliquit: eamque, nupturæ dotis nomine dari voluit, filio dotem stipulante: cum filius minorem dotem dedisset, superfluum esse filiæ reddendum constabat. Divortio quoque secuto, fideicommissum recte petitura, ut actio stipulationis sibi præstaretur: quoniam verisimile non erat patrem interponi stipulationem voluisse, qua filia post primas nuptias indotata constitueretur: celerum si postea puberet, ad secundas nuptias cautionem extendi non oportere.*

§. 10. *A filia pater pe ierat, ut cui vellet ex liberis suis prædia, cum moreretur, restitueret: uni ex liberis præd a fideicommissi viva donavit: non esse electionem, propter incertum diem fideicommissi certæ donationis videbatur: nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter celeros habiturus est remota matris electione.*

Pater filium hæredem instituit, filiam exhæredavit, et filium rogavit ut sorori exhæredatæ cum nuberet, dotis nomine daret ducentos aureos, et ut eam dotem a marito sororis soluto matrimonio, sibi reddi stipularetur, hæc est voluntas patris, post cujus mortem filiæ nubenti, filius centum dedit in dotem, non ducentos, et secundum voluntatem defuncti stipulatus est sibi ea centum reddi: an potest filia superfluum petere? et ait, hoc esse certum, superflui petitionem filiæ dari; nec enim filius hæres minuere fideicommissum potuit: testator ipse minuere fideicommissum, extenuare vel adimere potest, sed cum ea superflui petitio non

excludatur etiam in patre, multo minus non erit superflui petitio filio centum dante: nam si pater filiæ ducenta legaverit dotis nomine, et post testamentum factum filiam collocaverit in matrimonium, et ei dederit centum tantum dotis nomine, non ducentos aureos, quos legarat, dicemus superflui petitionem competere post mortem patris, et diminutum legatum non videri, *l.* 22. *in fi. sup. hic*: repræsentat sæpe testator legata quæ reliquit vivus et munus hæredis sui præsumit. Plin. 6. epist. eleganter *tam rara in amicitiis fides, tam parata oblivio mortuorum, ut ipsi nobis debeamus etiam conditoria extruere, omniaque hæredum officia præsumere*. Atque ita hæredis officium præsumit testator qui legatum vivus solvit, vel in totum, vel pro parte, sed si solverit pro parte non ideo statim perempta intelligitur superflui petito, et mutatæ voluntatis probatio incumbuit hæredi. Igitur non videtur hoc casu minuisse legatum qui minuere potuit, multo minus in hac specie, filius hæres a quo filiæ exhæredatæ relicti sunt ducenta dotis causa, minuisse videbitur fideicommissum, si dederit tantum centum, cum nec minuere possit. Erit ergo hoc casu filiæ superflui petitio. Sed quid si matrimonium filiæ solvatur divortio, an filius ex stipulatione repetet centum quæ dedit marito sororis, quam stipulationem interposuerat jussu patris, qui ita caverat, ut filiæ exhæredatæ daret 200. dotis nomine, et dos sibi recideret per stipulationem dotem reddi soluto matrimonio? Et sane filius ex stipulatu repetet centum quæ dedit marito sororis divortio facto: sed mox eadem centum ab illo filia jure fideicommissi persequetur vel si nondum ea filius repetierit, eodem jure, id est, fideicommissi obtinebit filia, ut sibi cedatur actio ex stipulatu adversus maritum dotis repetendæ causa, et ut id quod deest fideicommisso suppleatur, quia in casum divortii non est verisimile patrem, qui jussit filium stipulari, voluisse filiam indotatam manere; ideoque in casum tantum mortis filiæ patrem voluisse filium stipulari, et cum effectu dotem retinere interpretabimur. Denique divortio facto dos integra filiæ præstabitur, quæ si forte iterum nubat, tum non licebit invita filia, filio stipulari sibi dotem reddi a secundo marito; quia pater de primis nuptiis sensisse intelligitur, non de secundis, ut primis nuptiis sibi stipularetur filius dotem reddi, non etiam secundis, ut et in aliis plerisque causis nuptiarum mentio primas tantum complectitur: et omnino in comparatione dotis et ultimæ voluntatis, doti quantum potest favemus magis, quæ est sententia hujus §. De superfluo reddendo quod dixit initio, constabat, ut ait, inter omnes Jureconsultos, est hoc verbum *constat* proprie nostrum. Tullius pro Flacco dum ait, retulit ad Jureconsultos, constabat inter omnes, et quod Petronius ait, de verbo *paret*, quod est etiam proprie nostrum, maxime in formulis actionum, *Jurisconsultus paret, non paret habeto*, idem dixeris de verbo *constat*, *et non constat Jureconsultus habeto*. Atque ita hoc loco ait, *de superfluo fideicommissi reddendo constabat*: sed de casu divortii placuisse, non constitisse, quæ erat quæstio difficilior, et ita in §. *qui dotale*, *sup.* primum quod constat proponit, deinde quod placuit: et in his libris responsorum Papinianus hoc verbo *placuit* significat constitutiones principis. Aliis autem verbis, qualia sunt in hac *leg. videbatur*, *intelligabatur*, *apparuit*, *visum est*, significat sententiam suam; quam et plerunque subsequebatur placitum principis. At quid omissa superiore specie si testator nominatim jusserit filium stipulari in omnem casum? superiore specie jussit filium stipulari dotem quam dabat pro sorore sibi reddi, id est, in casum mortis, et in casum divortii: Accursius negat, hanc sequendam esse voluntatem patris, duabus rationibus: unam ducit ex favore dotis, favor quidem dotis magnus est, sed non ita magnus, ut non possit pater initio constituendæ, vel dandæ dotis legem quam velit suæ rei dicere confirmatam stipulationibus, *l. quoties*, *sol. matrim.* et tractatur in *l. avia*, *C. de jure dot.* Cur ergo hanc legem non dicet, ut filius stipuletur in omnem casum? idque etiam Papinian. significat, dum ait, *quoniam non est verisimile patrem voluisse*: si igitur voluisset, sequeremur voluntatem patris: est enim ἀντιδιαστολὴ manifesta, alteram rationem Accursius sumit ex jure gentium, quo filiis portio bonorum paternorum debetur quam leges taxarunt ad finem quadrantis, hodie trientis, vel semissis, sane debetur hæc portio filiis, sed gratis, non ingratis et male meritis, qualem hanc fuisse filiam exhæredatio demonstrat, quam injustam fuisse pronunciatum non est, nec enim proponitur filia egisse querela sive centumvirali judicio itaque mansit testamentum patris, et obtinuit exhæredatio quasi justa, exhæredatio justa delet nomen sui hæredis, adimit omnia jura exhæredato, etiam portionem debitam ex jure gentium, retinet tamen exhæredatus jura sepulchrorum, nisi nominatim prohibitus sit, *l.* 6. *sup. de religios.* retinet assignationem libertorum, *l.* 1. §. *sed et si exhæred. de assignand. lib.* si non sit mutata voluntas patris, retinet et dotem inter vivos datam sibi, vel suis, nec ademptam, quia nec potuit adimi: non potest minui ne a patre quidem; *l. dotem*, *de collat. bonor.* *l.* 1. §. *videamus*, *de rei uxor. act.* Cetera omnia amittit exhæredata, si querelam recte non pertulerit, ut hic non proponitur pertulisse querelam, et ut hoc addamus ad ea quæ diximus ad *l. cum filius*, de querela inof-

ficiosi testamenti, non erit inutile colligere omnes appellationes hujus actionis: actio dicitur inofficiosi testamenti, et accusatio, et centumvirale judicium; et semptemvirale judicium, et hastæ judicium, et quadruplex judicium, et petitio hæreditatis de inofficioso, et in scholis Rhetorum judicium abdicationis, quoniam Rhetores multa scripserunt de judicio abdicationis, quæ omnia intelligimus referenda ad querelam inofficiosi testamenti, et alia pleraque aliter in Schola, aliter in foro nuncupantur. Actio dementiæ in foro, petitio curatoris dandi dementi, inscripti maleficii actio in schola Rhetorum, stellionatus in foro, actio malæ tractationis in schola, actio rei uxoriæ, vel actio de moribus, in foro hodie ex stipulatu de dote actio, talionis in schola, actio injuriarum in foro, judicium abdicationis, sive abdicatorum in scholis, querela inofficiosi testamenti in foro, vel judicium exhæredationis. Quintilianus ait 7. *cap.* 4. *judicium exhæredatorum, et bona apud consules repetentium*, ubi substituas, *vel bona apud Centumviros repetentium*, et ut paulo post idem declarat, loquens de eodem. Si pater filium a se exhæredatum testatus fuerit elogio, omnis quæstio est an huic delicto pater debuerit ignoscere, et centum viri tribuere debeant veniam. Hæc autem querela in hac specie cum non fuerit perlata, ut dixi, a filia, frustra objicit nobis Accursius rationem jurisgentium quam peremit justa exhæredatio, non rescissa per querelam. Paragraphum *a filia* exposui supra cum §. *hæreditatem*.

Ad §. 10. *Fidei hæredum.*

§. 10. Fidei hæredum meorum committo, ne fundum Tusculanum alienent, et ne de familia nominis mei exeat: *secundum voluntatem, eos quoque invitatos intelligendum est, quibus hæredes extranei fideicommissam libertatem reddiderunt.*

Sententia hæc est; ad fideicommissum familiæ relictum, ut cum prohibiti sunt hæredes alienare fundum extra familiam, invitari etiam libertos testatoris, posteriore tamen loco et gradu post agnatos, *l. ult. C. de verb. signif.* Ideo autem invitantur quia sunt ex eodem nomine, ergo ex eadem familia; nam familia nominis est familia et manumissiones liberti honorantur patroni nomine. Lactant. 4. *Inst. servus liberatus patroni nomen accipit tanquam filius*: exemplo sit *l. ult. sup. de instit. act.* libertus Octavii Felicis Octavius Terminalis, et in *l.* 126. *de verb. oblig.* Libertus Julii Quintiliani Julius Zosas, et in *l. quæro*, §. *ult. sup. de testam. tut.* Libertus Lucii Titii Lucius Eros: etiam in specie ejus legis videtur dominus libertatem dedisse directam hoc ipso quod his verbis et tutorem scripsit, *Lucius Eros tutor esto*: duplici nomine imposito, honore sui nominis ei attributo. Plane igitur videtur tutelam ei detulisse et libertatem directam: nam servi uni cum tantum nomen habent, idque per breve, id est, trisyllabum, quo facilius vocati exaudiant, libertas adjicit alterum nomen: exemplo sit in antiqua inscriptione quadam, *C. Julius Fortunatus. C. Julii Augusti libertus*, qui et in eadem inscriptione appellatur libertus verna: nam quæ cœpit distinctio in servis vernarum ab his qui de lapide empti sunt, eadem distinctio continuatur in libertis: et directo quidem manumissos certum est accepisse nomen patroni transisse in familiam patroni, et ideo invitari fideicommisso familiæ relicto, per fideicommissum: manumissi non accipiebant nomen hæredis, sed testatoris, id est, ejus qui dedisset libertatem: is qui rogat servum manumitti, dat libertatem, is qui rogatur, reddit potius quam dat, qui debitam non gratuitam dat, *l.* 1. *C. de libert. et eor. lib.* et ideo non habet etiam plenum jus patroni, *d. l.* 1. *l. qui ex causa, inf. de bonis lib.* quoniam actionem ingrati non habet, vel operarum impositionem; et ipse etiam manumissus non ejus nomine honoratur, sed defuncti, qui reliquit fideicommissariam libertatem: qua de causa ait in hoc §. eum qui manumissus est, per fideicommissum invitari ad fideicommissum familiæ relictum, etiamsi ab hærede extraneo ex causa fideicommissi manumissus sit quia non hujus nomen assumit, sed testatoris: et testator qui dedit fideicommissariam libertatem hunc suorum libertorum numero habet recte, quamvis ipse non manumittat, adeo ut legato relicto libertis, legato contineatur, etiamsi quis verbis precariis manumisit, *l.* 2. *inf. de alim. leg.* Unde colligo, sicut legato relicto libertis, continentur etiam verbis precariis manumissi: ita fideicommisso relicto familiæ, iidem continentur: et retro ita statuamus: sicut legato relicto libertis non continentur libertorum liberti, quod est centum ex *l. alimenta*, §. 1. *inf. de alim. leg.* ita consequens est, ut fideicommisso relicto familiæ libertorum suorum non contineantur libertorum liberti: et verius esse puto hoc sensisse Scævolam in *l. pater*, §. *duobus*, *inf. lib.* 3. Hæc est species: duos libertos suos hæredes scripsit Stichum et Erotem, et ita cavit, *fundum Cornelianum de nomine meorum exire veto*, sic est Flor. scriptum recte, et intelligitur *libertorum*, ac si dixisset, *fundum de nomine libertorum exire veto*, quibus verbis non videtur reliquisse fideicommissum universum familiæ suæ, sed familiæ libertorum suorum, ut et in §. *libert. inf. hic.* Ideoque in eodem §. *duobus*, ejus fundi parte legata liberto, libertæ quæstio instituitur tantum de collibertis, an fideicommissum petere

possit, non de omnibus qui sunt ex familia defuncti, qui non omnibus prospexit, et ideo pone quod Stichus unus ex hæredibus, idemque libertus testatoris unam ancillam suam Arethusam, sic est scribendum, liberam esse jussit, et ei legavit fundi Corneliani partem: quæritur an Eros cohæres, et ceteri colliberti ex causa fideicommissi, fundi partem petere possint, respondet Scævola, *non contineri*, id est, ut vulgo accipiunt interpretes, rectius vereor quam Alciatus, fideicommisso non contineri libertam liberti, id est, Arethusam, et ideo collibertos fideicommissum petere posse, quia libertus liberti, libertus meus non est, *d. l. alimenta*, §. 1. *l. Modestinus*, *inf. de verb. signif.* Alciatus aliter qui non legit in eo §. *meorum*, suis libertis prospectum voluit: si universæ familiæ suæ prospectum voluisset, admitterem etiam libertos libertorum qui sunt omnes ex eodem nomine, sed prohibitio illa alienationis suorum familiam non egreditur.

Ad §. 11. *Fidei tuæ.*

§. 11. Fidei tuæ committo, uxor, ut restituas filiæ meæ, cum morieris, quicquid a te quoque nomine de bonis meis pervenerit, *etiam ea, quæ postea codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur: nam ordo scripturæ non impedit causam juris ac voluntatis, sed dos prælegata retinebitur: quoniam reddi potius videtur, quam dari.*

Maritus cum reliquisset uxori multa testamento suo, et dotem prælegasset, rogavit eam ut filiæ restitueret quicquid ad eam ex bonis suis pervenisset, an reddet dotem prælegatam? Minime, quia reddi videtur potius quam dari, qua ratione in eadem causa utitur etiam Ulp. in *l.* 2. *alias* 3. §. *mulier*, *de dote prœleg.* et Paul. 4. *Sent. tit.* 1. quia quæ dotem capit ex causa lucrativa testamento, nihil capere videtur, cum proprium recipiat, et ideo ab ea non potest fideicommissum relinqui, excepto quod pro modo commodi repræsentationis ab ea fideicommitti potest. Ceterum ut dotem ipsam restituat ab ea fideicommittitur inutiliter, qua ratione dotis relegatum non patitur Falcidiam, *l. sed ususfruct.* §. *dos*, *inf. ad leg Falcid.* Legata tamen patiuntur Falcidiam, dos dicitur, relegari potius quam prælegari sæpe in libris nostris, et in ipso titulo de dote prœleg. ut Haloander legit: igitur legendum de dote relegata, περὶ προικὸς ἀντιλεγατευθείσης, et inde ut in actione crediti, vel depositi, ita in dotis actione duæ sunt quæstiones, sed nonnunquam junctæ, an datum sit, an creditum sit, id est, an dederit mulier: an datum sit, an creditum sit, id est, an dederit mulier, an reddiderit maritus. Ergo illo fideicommisso continentur ea quæ postea maritus codicillis reliquit uxori testamento, et jussit ut redderet quicquid cepisset, quicquid pervenisset ex suis bonis; an debet ea reddere quæ postea dedit codicillis? sic videtur: nam videtur ita dedisse eodem tempore, eodem testamento, eodem contextu: et ideo omnia veniunt in fideicommissum, non observato ordine scripturæ, ut ait *l.* 6. *inf. de solut.* et hic, sed ex jure et ex voluntate defuncti sumitur quod actum sit, quod sequendum sit non ex ordine scripturæ: ubi jus est certum et voluntas certa, nihil mutat ordo scripturæ: et alia est ratio *l. uxori*, §. *uxori*, *inf lib.* 3. in qua dixit se legare uxori quæ vivus donaverat, deinde post testamentum aliquid donavit uxori: quæritur an id quod postea donavit legato contineatur? ait, non sensisse testatorem de futuro tempore, quia scilicet evidenter loquutus est de præterito tempore, et hic quæ donantur, alio atque alio tempore donantur: quæ testamento et codicillis eodem tempore relinqui videntur: sunt enim codicilli pars testamenti.

Ad §. 12. *Volo.*

§. 12. Volo prædia dari libertis meis: quod si quis eorum sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo. *Collibertum patris eundemque filium ex voluntate substitutionem excludere placuit.*

Quæritur hoc §. an liberorum appellatione contineantur naturales. Quidam libertis suis prædia quædam per fideicommissum reliquit, eosque in eo fideicommisso invicem precario substituit sub hac conditione, si quis eorum sine liberis decederet: inter eos libertos duo sunt, pater et filius colliberti simul ab eodem patrono manumissi. Quæritur patre mortuo, an sit substitutioni locus? non: quia filium habet eundemque collibertum, et substitutionis conditionem defectam videri, quia non decessit sine liberis, qui hunc filium reliquit, et hoc responsum Papiniani citatur ab Ulp. in *l. ex facto*, §. *si quis rogatus*, *ad Trebell.* Filius qui excludit substitutos erat filius naturalis, quoniam in servitute susceptus et collibertus patri non justus filius. An ergo ex hoc loco generaliter definiemus, filios naturales liberorum appellatione contineri et excludere substitutos? non utique: nam hoc tantum hic dicitur de filio libertino, qui et ipse priori gradu inter ceteros libertos ad fideicommissum prædiorum venit, ut scilicet in portione patris præferatur ceteris, quoniam credibile est juste etiam de eo filio sensisse testatorem in conditione illa, *si quis sine liberis decesserit*, quam in fideicom-

misso comprehenderat. Alias an liberorum appellatione contineatur naturales; si quæratur, generaliter nihil definiam. Hoc tantum dicam, facti sive voluntatis esse quæstionem: proposito facto me responsum redditurum exemplo Ulpiani, qui ita hac in re concludit, *d.* §. *si quis rogatus, inf.* et rem æstimandam ait, esse ex conditione, ex dignitate fideicommittentis, ut si ipse libertinus sit, sive naturalis, ejusdem conditionis homines non aspernetur: ex dignitate, ut si sit patritius aut clarissimus, qui familiam suam filiorum naturalium admistione conspurcari nolit: ex voluntate etiam dicemus contineri, ut in specie hujus §. atque etiam in specie *l. ult. sup. de jure delib.* pater filium libertinum, id est, in servitute quæsitum et collibertum, cum esset pupillus, adhuc hæredem instituit: Deinde ita cavit: *si mihi nullus filius erit, qui in suam tutelam veniat*, id est, *qui pubescat, tum Dama liber et hæres esto*, an videtur sensisse de filio naturali? sic sane, cum eum priore loco hæredem instituerit nondum puberem: et videtur secundo loco substituisse in secundum casum: atque ita filii appellatione in ea specie ex voluntate testatoris plane continebitur naturalis sive libertus filii: idem accidit in specie *l. hæred.* §. *ult. inf. ad Trebell.* Pater filiam furiosam hæredem scripsit ex parte, et rogavit restituere hæreditatem suis cohæredibus si sine liberis decederet: post testamentum idem pater eam filiam furiosam in matrimonium collocavit: matrimonium justum non est cum furiosa: et ideo qui ex eo conjugio nascentur liberi, non erunt justi, sed naturales: pone ex ea conjunctione natum filium, deinde post patrem mortuam filiam furiosam, relicto illo filio, an cohæredes fideicommissum petere possunt, quasi videatur decessisse sine liberis quæ reliquerit filium injustum? et ait, excludi fideicommissarios, quasi defecta conditione fideicommissi, et suscepto illo filio, satisfactum videri conditioni: nam et hoc evidens est, de eo filio sensisse patrem, qui cum ipse auctor fuerit earum nuptiarum injustarum, probasse videtur liberos qui ex his nascerentur. Eadem ratio intervenit in *l. pen.* §. *Damæ, inf. hic.* Species est: mulier quædam Damam et Pamphilum servos suos directo manumisit in testamento, et eis fundum legavit, et rogavit, ut eum fundum cum moreretur, restituerent filiis suis: Pamphilo jam erat una filia Pamphila naturalis: hujus etiam filiæ Pamphili, id est Pamphilæ ea mulier rationem habuit: nam eodem testamento ab hæredibus suis Pamphilæ dedit fideicommissariam libertatem sub conditione aliqua, hoc est ponendum necessario: nam et plerunque fideicommissariæ libertates dabantur ex die, vel sub conditione, qua ratione Græci ad *l.* 5. *de manum. test.* 48. *Basil.* his verbis, ἢ ὑπὸ αἵρεσιν, significant fideicommissarias libertates. Hæc vero cum ita statuisset mulier illa, decessit: post mortem ejus, et post aditam hæreditatem ejus, Pamphilus Mævium sibi hæredem instituit, et rogavit ut suam hæreditatem, id est fundi illius partem dimidiam quam solum habebat in bonis, nihil præterea, et ob id intervenit Falcidia: rogavit, inquam, ut eam restitueret Pamphilæ filiæ suæ: cum libera fuissset, id est, cum extitisset conditio fideicommissariæ libertatis, noluit Pamphilam filiam suam hæredem instituere, ne acquireretur hæreditas hæredibus patronæ, sed Mævio amico suo hæredi instituto fideicommisit, ut hæreditatem filiæ suæ liberæ factæ restitueret: post cujus mortem Pamphila manumissa est: existente conditione libertatis quæritur ex quo testamento fideicommissum petat, id est, fundi partem, ex testamento patronæ paternæ quæ patris fidei commiserat, ut restitueret filiis post mortem suam: an ex testamento patris naturalis: ex testamento patronæ paternæ nihil detrahetur fideicommisso, quia legatarii non utuntur Falcidia ex sua persona: ex testamento patris naturalis Mævius feret Falcidiam. Utilius ergo erit Pamphilæ fideicommissum petere ex primo testamento: nam ex secundo testamento Pamphilus frustra ei reliquit quod debebat, *l.* 67. *sup. hic*: sed ex testamento patronæ adhuc dubitari posset, an prodesset viduæ hæc filia naturalis ad fideicommissum, et respondetur, de ea quoque filia patronam sensisse videri, cum eam habuerit jam Pamphilus testamenti tempore, et ea patrona etiam honoraverit Fideicommissaria libertate. Videtur ergo rogasse Pamphilum ut huic filiæ, vel si quos alios susciperet, postea restitueret portionem fundi: atque ita ex conjectura voluntatis veniunt naturales: et conditionem fideicommittentis non alias tenere: nam plerunque dicemus, potius fideicommisso contineri tantum justos liberos, *l. generaliter*, §. *ult. C. de instit. et subst.* Certum est hodie liberos puta filios vel nepotes rogatus restituere hæreditatem simpliciter quibusdam personis, ita demum obstringi fideicommisso, si nullos filios susceperint: Nam auctoritate Papiniani factum est ut huic fideicommisso insit semper hæc conditio, si sine liberis decesserint, etiamsi non exprimatur, *l. cum avus, inf. de cond. et demonstr*, *l. cum acutissimi*, *Cod. de fideicomm.* et hoc Papinian. induxit tantum in liberis justis rogatis restituere post tempus, ut subintelligatur conditio si sine liberis decesserit: sed produxit Justinianus eam sententiam in *d. l. generaliter* ad filios naturales, ut scilicet si filii naturales rogentur restituere, insit etiam fideicommisso tacite hæc conditio, si filii naturales sine justa sobole decesserint, nam hæc conditio justos liberos desiderat plerum-

que, nisi aliud suadeat voluntas, vel conditio, vel dignitas fideicommittentis.

Ad §. 13. *Curatoris.*

§. 13. *Curatoris sui frustra fideicommisisse videbatur, ut hæredi fratris negotiorum gestorum rationem redderet: quanquam igitur testamento cautum esset, ut cum ad statum suum frater pervenisset, ei demum solveretur: tamen sub curatore alio fratrem agentem, recte placuit, actionem inferre: cum illis verbis fratri potius consultum videretur, quam solutio, quæ juste fieri potuit, dilata.*

Notandum est, debitoris fidei committi posse, ut di i §. *qui dotale*, puta ut det, restituat alteri quod debet, vel partem debiti; frustra tamen ei committitur ut hæredi nostro restituat, sive solvat quod debet: quoniam et citra fideicommissum hæres noster jure hæreditario id habiturus est omnimodo: et ideo frustra fideicommissum hæredi nostro relinquimus a debitore, *l.* 67. *sup. in princ.* atque ita curatori meo inutiliter committo, ut negotiorum gestorum rationem reddat fratri hæredi meo; nam et hoc non commisso, utique reddet rationem fratri hæredi meo: unde si huic fideicommisso injecta sit mora, puta cum frater meus ad annum 25. pervenerit, rationes ei reddito, quem hoc loco Papin. vocat statum, ut Græci, ἀκμὴν, et *l. cum de ætate sup. de probat.* non tamen expectabitur ille dies: nam a fratre meo curator meus poterit conveniri ante 25. annum: fuit inutile fideicommissum. Fuit ergo etiam inutilis moræ injectio, et frater meus idemque hæres meus statim a meo curatore nihilominus exiget curationis rationem: injecta illa mora fratri meo consulere volui, ne interim pecuniam solutam disperderet: curatori meo consulere nolui, ne ante eam ætatem solvere compelleretur, quod tamen et velle potuit: nam liberatur ad tempus legatum, *l.* 9. §. 1. *de liber. leg.* Igitur frater idemque hæres meus a meo curatore confestim rationem curationis exigere poterit ante 25. annum, et primum ait, *videbatur*: deinde subjicit, *placuit*: significat principes isse in sententiam suam, quod etiam accidisse opinor in sequenti specie: legata sive fideicommissa relicta ab instituto, debentur etiam a substituto vulgari ex tacita voluntate defuncti, ut substitutio obveniat cum onere, et ita Papinian. ait in §. *ab instituto*, et ita definitum est constitutione Severi et Antonini, *l. licet, sup. l.* 1. *l.* 4. *C. ad Trebell.* Videntur etiam a substituto tacite repetitæ legatorum conditiones et dies, *d.* §. *ab instituto*. Quidam extraneum hæredem rogavit, ut libertis sui testatoris cum moreretur, restitueret prædia quædam, et cavit ne liberti ea alienarent extra familiam quod hic exprimitur in §. *substituto*, sed nihil facit ad quæstionem quæ in eo §. instituitur. Sat s igitur est poni eum instituisse extraneum, et ab eo cum moreretur prædia quædam reliquisse libertis. Deinde instituto alium substituit vulgariter: si institutus hæres repudiavit hoc fideicommissum, alligabitur huic repetitioni sub eadem conditione, puta cum moreretur institutus: nam eadem quæstio repetita intelligitur. Neque quicquam obstat *l. sup. conditione, sup. de hæreditat. institut.* quæ dicit hæredi instituto sub conditione substitutum simpliciter pure institutum videri, et conditionem in substitutione repetitam non videri. Sed longe alia est ratio, aliaque species ab hac: hoc modo conditio imposita hæredi instituto non videtur imposita substituto: hoc concedo, quoniam alia est instituti, alia substituti persona: ergo alia institutionis, alia substitutionis causa et affectio. Conditio imposita legatario ab instituto, eadem non videtur legatario imposita a substituto, hoc non concedo, hoc est falsum: nec elicitur ex *l. sub conditione*, quoniam hic est una legatarii persona: ergo una semper legati causa et affectio, nisi constet defunctum mutasse voluntatem: quamobrem quam imposuit conditionem legatario primo gradu, eandem intelligitur imposuisse secundo gradu. Falsum est quod ait Accurs. conditionem repetitam non videri, si ipse testator nominatim repetierit legatum vel fideicommissum a substituto: convincitur *l. in repetendis, inf. lib.* 3. quæ repetitiones legatorum testamento expressam definit repetere etiam dies, et conditiones. Sed hic modus addendus est, ut non videatur repetita conditio quæ inutile legatum faceret, id est, ita repetendæ sunt conditiones a substitutis ut inutilia non fiant legata, *l. si quis a filio, l. servo legato*, §. *ult. sup. lib.* 1. *l. ult. de fideicom. lib.* Idem dici potest eadem ratione in repetitione tacita, ut non repetatur conditio quæ inutilia reddit legata: alioquin nec legata repetita viderentur. Postremum, quod est notandum, est de fideicommisso mensæ argentariæ. Quidam Titio per fideicommissum reliquit mensam argentariam: quænam est vis hujus fideicommissi et mens fideicommittentis? hæc videtur esse, ut fideicommissarius sustineat etiam omnia onera mensæ, sicut cum legat hæreditatem Mævianam, vel hæreditatis suæ partem: hoc velle videtur ut pro modo legati legatarium commoda et incommoda sequantur, *l.* 8. §. *ult. et* 76. *sup.* Sic etiam hoc velle videtur, ut mensæ legatarium jus omne mensæ sequatur, id est, commodum et incommodum: et ideo fideicommissarius cavere debet hæredi de indemnitate, interpositis stipulationibus ad exemplum stipulationum empte

et venditæ hæreditatis, et hoc ait in §. *mensæ*, hoc fideicommissum mensæ esse emptioni simile : nam creditores mensarii veniunt ad hæredem argentarii, et ideo debet sibi prospicere cautione, legatum non solet esse damnosum *l. si hæreditatem, sup. mand.* hujusmodi tamen legata possunt esse damnosa, ut si plus mensæ debeat quam ei debeatur, si plus sit in ære alieno quam in quæstu : quæstus accipitur pro fœnore, quod Græci κέρμα, et ita vendita hæreditate non quæritur de quantitate hæreditatis, an plus sit in ære alieno, quam in lucro, *l. qui filiif. in fi. sup. de hæred. vend.* et hoc mensæ negotium est simile emptioni hæreditatis vel nominis : nam et similiter qui nomen vendit, locupletem debitorem præstare non tenetur, sicut qui mensam legat, locupletem non legat, sed qualis est. Igitur mensæ nomine non significatur corpus, sed jus et negotiatio illa dandi et accipiendi pecunias, et fœnerandi, et obligandi, et solvendi, quæ a mensariis publice agitabantur in foro. Et quovis nomine mensarii iis quorum pecunias tractaverunt rationibus reddendis obnoxii sunt judicio in factum, sicut tutores, curatores, gestores, procuratores : sed hi rationes reddunt specialibus actionibus, tutelæ, mandati, negotiorum gestorum : mensarii actione in factum, *l. quædam, sup. de edendo.* Et quod de mensa, idem dicendum de taberna argentaria, ut significetur jus his verbis, non corpus, *l. qui tabernas, sup. de contrah. empt.* et in qualibet alia taberna in foro posita in *l. cum tabernam, inf. de pignorib.* qui obligat pignori tabernam in foro positam, videtur obligasse merces, et nomina tabernæ, et jus omne : erant plerunque tabernæ in foro positæ, et solum erat publicum, unde publico reddebant salaria, et ob id quum decoxerant suis creditoribus, dicebantur foro cessisse, *l. si hominem, §. quoties, sup. depos. Seneca 4. de benefic. Si debitor foro cesserit, portionem feram,* id est, si decoxerit, et creditores uno consilio coierint, et unum elegerint, id est, magistrum bonis debitoris vendundis, ex redacto portionem feram, hoc vult Seneca. Id declaratur etiam apertius a Theoph. *tit. de successión. quæ fieb. per bon. vendit. l. Imperator, sup. de pactis :* bona quæ reliquerat qui foro cesserat, vendebantur per magistratum : magister constituebatur a creditoribus, qui bona proscribebat, legemque dicebat bonorum vendendorum, si quis vellet emere bona decoctoris : emptori demum addicebantur bona debitoris : idemque erat vice hæredis, et ideo obligabatur creditoribus omnibus, eademque decisio fit plerumque a creditoribus, ut invitent hæredes scriptos ad adeundum, alioquin repudiaturos nisi velint creditores venire in portionem, *l. majorem, sup. de pactis, l. 3. inf. ad leg. Falcid.*

Ad §. 14. Pater filiæ.

§. 14. ***Pater filiæ mancipia, quæ nubenti dedit, verbis fideicommissi præstare voluit partus susceptos, etsi matres ante testamentum mortuæ fuissent, ex causa fideicommissi præstandos respondi : nec aliud in uxore confirmatis donationibus pridem observatum est,***

Ad hunc §. species poni non potest sine his fundamentis : donationem inter virum et uxorem non valere, donationem inter patrem et filium filiamve familias non valere, et concessionem potius esse quam donationem, sicut concessionem peculii, quæ finitur morte patris, et nullum jus tribuit filio, vel filiæ : datio tamen dotis valet favore nuptiarum, et non finitur morte patris, et ideo datam filiæ morientem patrem filiæ prælegare necesse non est, imo frustra est, quia jam est res filiæ propria, id est, jam dos etiam patrimonium facta est filiæ. Quæ autem quis vivus uxori aut filio, filiæve famil. donaverit, vel in peculium concesserit, si post mortem suam ea voluit esse rata, necessario ea debet legari cui donavit, ut dictum est *l. 55. sup.* legatum erit confirmatio donationis : sed hodie supervacua est hujusmodi confirmatio in filiof. collata, silentio, et morte confirmatur in uxore, ex Oratione D. Severi, *l. cum hic status, sup. de donat. inter vir. et uxor.* quæ donationes inter virum et uxorem morte donatoris ipso jure, et tacito intellectu confirmari vult : atque ita Papiniani ætate donationes inter virum et uxorem confirmabantur morte : donationes inter patrem filium et filiamf. non confirmabantur morte sine voluntate patris, *l. 2. §. 1. pro hærede, l. 1. §. 1. pro donato.* Nam ut morte confirmetur, novissimo jure hoc introduxit Justinianus. Sequitur species. Pater filiæ nubenti usus, et ministerii sui causa ancillam donavit : dico donavit, non in dotem dedit, et ita Dynus posuit recte donasse patrem ancillas, Accursius male in dotem dedisse, cujus Glossæ omnes in hunc §. una litura castigandæ sunt, et summarium Bartoli : donavit igitur filiæ ministerii causa, non dotis, deinde moriens pater in testamento per fideicommissum donationem confirmavit nominatim, ut tum erat necesse, his verbis, *quicquid filiæ dedi, donavi, concessi, id sibi præcipiat, sumat habeat,* ut in *l. pen. in princ. inf. hic.* Ancillæ donatæ jam erant mortuæ ante testamentum, ante confirmationem donationis, sed partus earum supererat. Quæritur, an ex fideicommisso sive confirmatione, illa filia partuum retentionem habeat ? sane videtur : qui donat ancillas, vel qui confirmat donationem ancillarum, et partuum ; etiam si hi soli supersint, donationem confirmat. *Nec aliud,* inquit, *in uxore confirmatis donationibus, etc.* confirmatis, expres-

sim scilicet et specialiter : nec enim pridem silentio, et morte mariti sola, confirmabantur : necessaria erat expressa confirmatio, sicut in donatione collata, in filium vel filiamf. Idem vero in uxore pridem observatum est nominatim confirmatis donationibus, sicut dixi, ut scilicet uxor retineret partus ancillæ sibi a marito donatæ, etiamsi ancilla ante confirmationem mariti decessisset, et solus partus superesset. Hodie in uxore non est opus confirmatione expressa ex Oratione Severi, Et ideo ait, *pridem*, id est, ante constitutionem Severi. In filiaf. non ait *pridem*, quoniam in ea necessaria erat expressa confirmatio, *l. donationes, C. de donationib. inter vir. et ux.* Opposuit Accurs. huic §. *l. uxorem*, §. *sorori*, *inf. lib.* 5. quæ lex sorori legatis ancillis, eademque rogata ancillas post mortem suam restituere filiis testatoris, ait, partus ancillarum in restitutionem non venire. Sed decisio ejus §. *sorori* nihil commune habet cum decisione hujus §. quod utriusque decisionis collatio statim demonstrabit. Hujus §. decisio est eum qui donat, confirmatione donationis ancillarum et partus donare post donationem editos: §. *sorori* decisio est eum qui per fideicommissum adimit ancillas legatas non adimere partus apud legatarium editos, pendente conditione fideicommissi : confirmatio donationis retrotrahitur, ademptio legati per fideicommissum non retrotrahitur, quæ differentia causam habet præstitam in voluntate non obscure confirmantis, vel fideicommittentis.

Ad §. 15. *Hæreditatem* §. 16. *Filia mea*, *et* §. 17. *Dulcissimis.*

§. 15. *Hæreditatem post mortem suam rogati restituere, nominum periculo, quæ per divisionem obtigerunt, inter cohæredes interpositis delegationibus, non adstringuntur : non magis quam prædiorum, cum permutatio rerum discernens communionem intervenerit.*

§. 16. Filia mea præcipiat, sibique habeat, volo rem matris suæ: *fructus quos medio tempore pater percipiet, nec in separato habuit, sed absumpsit, vel in suum patrimonium convertit, non videntur filiæ relicti.*

§. 17. Dulcissimis fratribus meis, avunculis autem tuis, quæcunque mihi supersunt in Pamphilia, Lycia, vel ubicunque, de maternis bonis, concedi volo, ne quam cum his controversiam habeas : *omnia corpora maternæ hæreditatis, quæ in eadem causa dominii manserunt, ad voluntatem fideicommissi pertinent : ex iisdem igitur facultatibus percepta pecunia, et in corpus proprii patrimonii versa, item jure divisionis res propriæ factæ non præstabuntur: cum discordias propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare.*

Ad hunc §. ponemus hæc fundamenta : inter cohæredes bonorum et nominum divisionem fieri : bonorum mutuis permutationibus, id est, partibus ultro citroque permutatis, sive mutuis emptionibus factis per adjudicationem, quæ est emptio necessaria, quia fit imminente arbitrio divisionis, *l. si pignori, sup. fam. ercisc. l.* 7. §. *si debitor. sup. communi divid.* Nominum autem, id est, æris alieni inter cohæredes divisio, fit mutuis delegationibus, et mutuis cessionibus actionum, *l. tale pactum* §. *post divisionem*, *sup de pact.* et hic ait, permutatio discernit communionem bonorum, delegatio discrevit communionem nominum, alio modo quam discrevit nomina l. 12. tabul. quæ utique nomina discrevit pro hæreditariis portionibus, sed in divisione non semper legem sequuntur. Nunc finge : unus ex hæredibus, aut duo rogatus est hæred tatem suam, id est, portionem restituere Titio: post mortem divisione facta inter cohæredes ex bonis adjudicatis hæredi rogato, vel ex nominibus ei attributis quædam perierunt nomina, vel deteriora facta sunt redactis debitoribus ad egestatem, vel bona casu perierunt et absumpta sunt. Quæritur, cui perierint, an perierint fideicommissario ? sic sane pro hæreditaria parte, *l. mulier*, §. *sed enim*, *inf. ad Trebell.* At pro parte adjudicata vel attributa videntur periisse hæredi, quoniam pro ea parte illa ex venditione habuit, vel ex cessione, et delegatione, vel ex permutatione. Verum placet, quia invitus emit aut permutavit, et invito cessæ sunt actiones communionis dirimendæ causa, æquum esse, ut hæres non subjiciatur periculo nominum, vel rerum hæreditariarum, et ut nomina bonaque pereant, quæ pereunt sine dolo aut culpa hæredis, fideicommissario pro dodrante, hæredi pro quadrante Falcidiano, ut *l.* 54. *sup. famil. ercisc.* Vulgo certe, neque illius legis vim et potestatem tenent. Alia species est facilior. Sciendum est, bona materna per filium vel filiamf. patri acquiri pleno jure, id est, ita jus fuit, ut acquirerentur patri pleno jure: nam ex constitut. Constantini constitutione acquiruntur patri ususfructus tantum jure : ante Constantinum acquirebantur pleno jure, ut in *l. qui in aliena inf. de acq. hæred. l.* 5. §. *verbum*, *de donat. inter vir. et ux. l.* 1. §. *qui operis*, *inf. ad Tertyll.* Nunc finge ea bona, id est, ut ait, *rem matris filiorum* : *rem* id est, hæreditatem cum pater acquisivisset per filium jure potestatis, postea moriens filio ea bona quæ acquisierat per filium eidem filio in testamento prælegavit, quæritur, an fructus quos pater ex eis bonis percepit medio tempore, veniant in prælegati causam ? et ait, non venire fructus consumptos a patre, vel in corpus patrimonii sui

a patre versos: venire tamen fructus extantes, quos scilicet pater in condito, in deposito, in separato habuit, quia eos videtur reservasse filio: et ita in fide commissaria hæreditate restituenda veniunt fructus extantes mortis tempore, *l. Centurio, sup. de vulg. subst. l. ita tamen* 91. *inf. ad Trebell.* Eadem vero ratio intervenit in specie *l. ult. inf. de pecul. leg.* quam Accurs. citat quasi pugnantem, ego quasi valde consentientem. Pater filio prælegavit domum et centum aureos, et peculium usuræ centum aureorum (quod hic de fructibus, ibi de usuris) quas pater medio tempore percepit, filio non debentur, sed debentur tantum centum aurei: sed si post testamentum pater filio centum aureos cum usuris acceptos tulerit in rationibus domesticis quasi debitor filii, si se in suis rationibus et sortis, et usurarum nomine filii debitorem fecerit, *S' il en a tenu compte à son fils*, tum centum aurei cum usuris peculio legato continebuntur: ut fructus quos seposuit, videtur seposuisse filio: ita usuras quas seposuit filio, id est, acceptas tulit filio, dicemus venire in prælegati causam, non quas ipse sibi excepit, vel quos sibi consumpsit; fructus autem in rem suam vertit ante mortem: nec dissimilis est alia species: mater filium hæredem instituit, et a filio hærede instituto fratribus suis per fideicommissum reliquit quicquid sibi ex bonis maternis superesset, et adjecit non se ea bona relinquere fratribus, communionis tollendæ causa, ne de divisione filius cum suis avunculis aliquando contenderet, id est, ne quid suus filius haberet commune cum avunculis. Ex ejus bonis postea vivente matre quædam divisa sunt, quædam indivisa et communia cum fratribus remanserunt: docet Papinianus in §. *dulcissimis*, separanda esse divisa ab indivisis, id est, communia a propriis: hæreditatis avitæ corpora omnia communia in fideicommissum venire, et deberi avunculis: pecuniam consumptam a matre, vel in suum patrimonium a matre conversam, vel corpora jure divisionis matris propria effecta ex ea hæreditate non venire in fideicommissum, quia illo elogio, *ne ulla sit controversia cum avunculis*, mater satis indicavit se voluisse relinquere tantum fratribus communia bona materna, quæ communiter cum iis possidebat pro indiviso, non quæ desiissent, aut desierunt esse communia, ne adscripto elogio omnia venirent divisa et indivisa, *l. Imperator*, §. *ult. et duab. seqq. sup. h. t.* cui respondendum est ita posita distinctione inter elogium adscriptum, et non adscriptum fideicommisso.

Ad §. 18. *Pater pluribus.*

§. 18. *Pater, pluribus filiis hæredibus institutis, moriens claves et annulum, custodiæ causa, majori natu filiæ tradidit: et libertum eidem filiæ, qui præsens erat, res, quas sub cura sua habuit, adsignare jussit, commune filiorum negotium gestum intelligebatur: nec ob eam rem apud arbitrum divisionis præcipuam causam filiæ fore.*

Pater cum plures haberet filios moriens omnes hæredes scripsit, et majori natu claves, et annulum custodiendum dedit, et præterea libertum, eidem filio res quas libertus solebat habere sub sua cura, assignari jussit. Primum igitur custodiendum dedit annulum signatorium, et eidem filio injunxit sigillare eodem annulo repositas res in horreum, aut conclave et obsignatas. Quæritur an videatur pater huic filio prælegasse clusa et obsignata omnia quæ quis posset præsumere ex traditione clavium et annuli signatorii, sicut de Alexandro scribit Justinus *lib.* 12. *qui jam moriens sexta die præclusa voce, exemptum digito annulum Perdiccæ tradidit, quæ res gliscentem amicorum dissensionem sedavit*: nam etsi non voce nuncupatus hæres, judicio tamen electus esse videbatur, traditio annuli præsumptio fuit hæredis instituti. Et Valerius quoque *lib.* 7. *cap.* 9. ponit trium civium Romanorum exempla, qui morientes amicos suos ludibrio habuerunt, ita ut eis annulos suos veluti hæredibus traderent: In hac specie, quam proposui, ludibrium nullum est, sed neque prælegatum est ex traditione clavium et annuli, quia videtur potius pater rem communem gessisse omnium filiorum, dum filio majori natu quasi prudentiori commisit omnia quæ sub clavibus erant, et sub annulo signatorio, et omnino ea tradidit filio majori natu custodiæ causa, non prælegandi animo. Et hæc est sententia §. *pater pluribus*, §. *cum imperfecta* exposui in *l.* 50. *sup.*

Ad §. 19. *Filius matrem.*

§. 19. *Filius matrem hæredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat, cum testamentum nullo jure factum esset: nihilo minus matrem legitimam hæredem cogendam præstare fideicommissa, respondi: nam enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.*

Constituendum est, ex testamento injusto vel imperfecto, vel irrito nihil omnino deberi, ne codicillorum quidem jure, id est, etiamsi quod scriptum est in testamento quasi in codicillis scriptum valere possit; tamen non debetur. Denique id testamentum neque pro testamento, neque pro codicillis habetur, *l.* 11. §. 1. *inf. lib.* 5. *l.* 1. *sup. de jure codicill. l. ex testam. C. de fideicomm. l.* 81. *si quis testam. hic.* Ubi ponit patrem filios hæredes instituisse, et ab eis fideicommissum re-

liquisse non ut a legitimis hæredibus (possunt relinqui fideicommissa a legitimis hæredibus, *l. si Titio pecuniæ*. §. *ult. sup. lib.* 1.) sed ab his fideicommissum reliquisse, ut a scriptis, et postea testamentum aliquo casu irritum factum fuisse veluti capitis diminutione patris maxima, aut media Quæritur an filii succedentes patri ab intestato debeant præstare fideicommissum? et respondetur non obligari fideicommissis: sed hoc ita procedit, si testamento non sit adjecta clausula codicillaris, id est, non dixerit testamentum id velle se vice codicillorum valere, *l.* 3. *sup. de mil. test. l. cohær.* §. *cum filiæ*, *sup. de vulg. sub. l. ult. C. de codicill.* et est hujus clausulæ exemplum in *l. ex ea scriptura*, §. *ult. qui test. fac. poss.* ubi testator ita dixit, *hoc meum testamentum omni jure valere volo*, videtur voluisse his verbis ea quæ reliquisset testamento præstari; etiamsi intestatus decessisset, etiamsi vitio aliquo testamentum irritum factum fuisset. Ea verba vim habent clausulæ codicillaris. qua omissa non inducimus jus codicillorum. Est et aliud exemplum in *l.* 13. *sup. de inoff. test.* testator ita dixit ultima parte testamenti, *ea quæ supra dari fieri jussi, ea dari, fieri volo ab omni hærede bonorumve possessore, qui mihi erit, etiam jure intestati*: est hæc aperta clausula codicillaris: et ideo si testamentum illud destituatur, id est, si repudietur hæreditas ab hæredibus scriptis, vel si injustum pronuncietur, vel si rumpatur, vel si irritum fiat, omnia quæ sunt in eo testamento scripta, debebuntur jure fideicommissi ab hæredibus legitimis, non tamen debebuntur propter illam clausulam, si testamentum inofficiosum pronuncietur: nam illa clausula hoc casu vim suam amittit, quia is cujus testamentum pro inofficioso habetur, pro furioso habetur: et ideo quasi furiosus, videtur non habuisse testamenti, factionem, *l.* 17. §. *ult. lib.* 5. et qui non habet testamenti factionem, etiam codicillorum factionem non habet, *l.* 2. *sup. lib.* 1. Est et hujus clausulæ aliud exemplum elegans in *l. pen.* §. *ult. hic*: testator ita dixit: *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, etc.* Contempsit solemnia juris, atque ita non jure testatus est, non adhibuit jurisperitum, qui dictaret et conciperet verba legitima, ut veteres solebant, *l. moris, inf. de pœnis*, *l. dictantib. C. de testam.* Ammianus Marcell. 28. *maritum testari compellit et periti juris adsciscuntur*: non adhibuit ille testator diligentem observationem, quam vocat Justin. in *tit. de milit. test.* ipse vocavit *miseram, et nimiam diligentiam*, ut. Tull. 7. Verri *ex nimia prætoris diligentia*, et omnino ita testatus est, ut Staberius apud Horat. Sat. 2. 1. *Sive ego prave, seu recte hoc volui*, et constat testamentum illud non esse testamentum, et hæredes scriptos adire hæreditatem non posse, eundemque decedere intestatum, et vocari agnatos proximos. Sed quæritur an a proximis agnatis, qui intestato successerunt, hæredes testamento scripti ex causa fideicommissi possint petere portiones hæreditatis, eis testamento adscriptas? respondet, *posse, pro justo et legitimo habere debet etc.* vim habent clausulæ codicillaris. Illius ergo hæredes legitimi restituent hæreditatem hæredibus testamento scriptis, deducta Falcidia, cujus scripti damnum faciunt propter vitium testamenti, quia non ex testamento veniunt, sed quasi ex codicillis filius matrem hæredem scripsit non jure facto testamento, et eam rogavit cum jurisjurandi religione, ut fideicommissum testamento relictum omnino præstaret, puta his verbis, *per Deum rogo te, ut in eo quod a te petam, fidem mihi præstes*, ut in *l.* 3. *inf. de jure fisci.* Vel per salutem principis rogo te, ut quæ dari, fieri jussi, des, facias, ut §. 1. *de fideicom. hæred.* et de hac jurisjurandi impositione Justinian. scribit in *l.* 2. *C. comm. de legat.* qui locus nondum explicatus est. Distinguit Justin. verba directa a precariis, et a jurisjurandi impositione: nam ex jurisjurandi impositione alii legati, alii fideicommissi argumentum sumebant, atque ita jurisjurandi impositionem huc atque illuc distrahebant: et verba hæc sunt, *sive verbis directis, sive precariis, sive juramentum interposuerit, cum et hoc nobis audientibus ventilatum est, testatore quidem dicente ἐν ὀρκῷ, partibus autem hujusmodi verbum huc atque illuc lacerantibus.* Emendandum, *juramentum imposuerit*, versus ex veteri scriptura σὺν ὅρκῳ, quomodo legisse videtur Accurs. Alciatus legit, ἐν ὅρκω, et rem explicat perperam, posito exemplo tali: testator ita cavit, *juro me daturum Titio centum*: ex hac scriptura alii dicebant Titio deberi centum, alii negabant: ego vero existimo neminem id dixisse unquam deberi centum ex ea scriptura, imo consuluisse nullam ex ea scriptura obligationem nasci. Qui dixit, vel juravit se daturum, nec dat, nihil videtur dedisse, *l.* 34. *in princ.* et in ea *l. ea verba huc atque illuc*, referre malim ad legati, et fideicommissi jura diversa: hoc sensu alios jurisjurandi impositionem accepisse pro legato, alios pro fideicommisso. Accurs. male exemplum posuit in conditione jurisjurandi imposita legatario, vel hæredi quæ edicto Prætoris remittitur et circumscribitur: de ea igitur nihil ambigi potest. Nos igitur exemplum ita ponamus: testator ita dixit, *τῷ ἐκείνῳ τόσσα νομίσματα σὺν ὅρκῳ δοθῆναι βούλομαι*: hæc verba, σὺν ὅρκῳ, etiamsi nullum lex nomen apposuerit, pro jurejurando accipio, ut in Pindari Nemeis, *ναὶ μὰ ὅρκων par mon serment*, vel quia veteres jurare solebant per ὅρκων, ut Hesiodus in Theogonia, ὅτε κέν τις ἑκὼν

ἐπίορκων ὀμόσῃ, id est, *orcus ulciscitur perjuros*, vel etiam ut Pindari interpretes ajunt, qui reverentia et metu divini numinis omittebant deorum nomina, et ita jurabant per jusjurandum. Atque ita testator qui dixit σὺν ὅρκῳ, satis rem objuravit etiamsi non expresserit nomen Dei. Verum redeamus ad speciem quam cœpi proponere: filius matrem hæredem instituit in injusto testamento, id est, minus solemni, et σὺν ὅρκῳ, rogavit fideicommissum præstare tabulis relictum, mater filio ex testamento hæres non extitit, quæ nec potuit cum esset injustum; sed filio extitit hæres ab intestato ex SC. Orfitiano, an mater ab intestato teneatur his quibus testamento fideicommissa relicta sunt? et videtur non teneri, quia non fuit apposita clausula codicillaris. Placet tamen Papiniano, æquius esse ut dicamus matrem teneri propter enixam voluntatem; valde enim et enixe, et fortiter voluisse videtur filium id de quo matrem per Deum rogavit. Catullus in Epithal. Pelei.

Qui dum aliquid cupiens, animo prægestit apisci,
Nil metuit jurare, nihil perjuria curat.

Dum igitur objuravit filius, sane palam demonstravit se prægestire ut animo suo satisfieret, ut fideicommissum omnimodo præstaretur: argumento igitur enixæ voluntatis dicemus, matrem præstandis fideicommissis obligari sive ab intestato hæres exstiterit, enixæ voluntatis preces ad omnem tam legitimam quam testamentariam successionem porrectæ videbantur: atque ita jurisjurandi impositio descriptionem bonorum quam defunctus fecit confirmat *Nov.* 48. quæ alioquin infirmaretur. Mater autem hæc quæ rogata est enixe, tenetur fideicommissariis: at repudiante matre hæreditatem filii, et ex testamento, et ab intestato, hi qui post matrem veniunt, ex successorio edicto non obligarentur his fideicommissariis, *l.* 1. §. *ult. inf. lib.* 5. quia matrem solam rogavit, non omnem legitimum successorem: si omnem legitimum successorem rogasset, et omnis teneretur, *l. pen.* §. *filiam infr. hic.* Pater filiam hæredem scripsit et nepotem ei substituit vulgari modo, deinde ita cavit: *si quod abominor, filia et nepos hæredes mei non erunt, tum fundum illum libertis meis dari volo,* deinde filia et nepos vivo testatore decesserunt, atque ita res recidit ad causam intestati, et huic testatori pronepos ab intestato hæres extitit, quæritur an fideicommissum testamento scriptum debeatur præstari libertis? et ait, deberi, quia, legitimorum hæredum fidei satis aperte commissum est, ut præstarent libertis fundum: cum enim dixit, *si filius vel nepos hæredes mei non erunt, quos solus instituerat, hoc videtur dixisse, si intestatus decessero libertis fundum dari volo.* Videtur ergo aperte onerasse fideicommisso legitimos hæredes, et ideo quicunque sint qui intestati bona capiant, fideicommisso obligabuntur: in specie hujus §. mater sola obligaretur, quia mater sola obligari proponitur.

Ad §. 20. *Mando.*

§. 20. Mando filiæ meæ pro salute sollicitus ipsius, uti quoad liberos tollat, testamentum non faciat: ita enim poterit sine periculo vivere: *fideicommissariam hæreditatem sorori cohæredi non videri relictam apparuit: quod non de pecunia sua testari: sed, obtentu consilii, derogare juri, testamentum fieri prohibendo, voluit.*

Sciendum est, testatorem juri publico non posse derogare ullo modo, id est, neque directis, neque precariis verbis, *l. nemo*, *sup. lib.* 1. *l.* 5. §. *Julianus*, *sup. de administ. tut. l. Cerdonem*, *inf. de operis lib. l. unica*, §. *is procul. C. de Latina lib. toll.* non potuit testator vetare Falcidiæ deductionem propter eam rationem, quia non potest juri publico derogare: hodie tamen potest prohibere Falcidiam ex Nov. 1. Justinian. non potuit vetare cautionem legatorum: hodie potest ex constitutione Marci, *l.* 2. *C. ut in poss. leg.* non potuit hæredi suo injungere, ut aliquem, puta Titium sibi hæredem institueret, quia jure publico libera cuique testamenti factio debet esse, quia supremum judicium alterius constringi pœnali voluntate non potest: hodie tamen potest id injungere ex SC. quod interpretamur ex ejus verbis, hæredem rogari ut hæreditatem restituat, *l. ex facta*, *l. Imperator*, §. *pen. hic*; et consequenter licet non potuerit testator hæredem prohibere testamentum facere, tamen hodie ex decreto Antonini si qui filium hæredes instituerat testamento ita caverit, ut proponitur in *l. qui filium*, *inf. ad Trebell.* Mando tibi filia, ut quoad liberos susceperis, testamentum non facias, his verbis rogata videtur filia, ut si sine liberis decesserit, hæreditatem restituat fratri: mando sive ἐντέλλομαι, est verbum precarium §. *ult. de sing. reb. per fideic.* et hoc facto quod proponitur *d. l. qui filium*, *in fin.* simile videtur esse hoc quod dicitur hic: Pater duas filias hæredes scripsit, et de filia ita cavit: *Mando tibi pro salute tua sollicitus, ut quoad liberos tollas, testamentum non facias, ita enim poteris sine periculo vivere*: quæritur an his verbis videatur fideicommissaria hæreditas relicta sorori? minime, quia illa verba *pro salute tua sollicitus, atque ita poteris sine periculo vivere*, consilium patris demonstrant, non fideicommissum faciunt, utroque modo potuit pater juri publico derogare, testamentum fieri pro-

hibendo, sed uno modo induceretur obligatio, id est, fideicommissum: altero, id est consilio non inducitur obligatio in *l. generaliter*, §. *si petitum, inf. de fideicom. lib. l. testatorem*, §. 1. *inf. lib.* 3. Cur consilio non inducitur obligatio? quia qui consilium dat, de re sua non testatur, et hoc est quod ait, *quod non de pecunia sua testari, etc.* respicere videtur ad l. 12. tab. *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei*: nam in testamentis ea rata sunt, quæ cavimus de re nostra non quæ cavimus de re aliena, et quæ scripsimus non nostrum, sed hæredis gratia, et omnino ut in contractibus mandatum quod ipse facio mea gratia, vel mea et tua, id est, communi ex causa, obligat, ita mandatum quod facio tua tantum gratia, non obligat, et quamvis dixerit sic: Mando, quod est precarium, tamen ejus generis mandatum magis est consilium quam mandatum aut fideicommissum, *l.* 2. §. *ult. sup. mand.* in *l. pen.* §. *mater*, hic, fuit fideicommissum, non consilium, uxorem hæredem scripsit atque ita cavit, *a te peto uxor ne quid post mortem, etc. habes filios sororum tuarum quibus relinquas*: uxor decessit intestato: fratres ei hæredes extiterunt ab intestato sed an teneantur hæreditatem restituere filiis sororum? sic videtur, quoniam illa verba defuncti, speciem habent fideicommissi, non consilii nudi.

Ad §. 21. *Rogo.*

§. 21. Rogo, filia, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit: *videtur omnibus liberis, etsi non æqualiter promeruerint, fideicommissum relictum, quibus matris electione cessante, sufficiet, si non offenderint: eos autem, quos mater elegerit, fore potiores, si soli promeruissent, existimavit: quod si neminem elegerit, eos solos non admitti, qui offenderunt.*

Filiam institutam rogavi ut liberis suis quandoque bona sua restitueret, ut quisque mereretur, hoc verbo *quandoque*, injecit conditionem fideicommisso, et liberum spatium dedit filiæ eligendi cui vellet liberorum restituere usque ad mortem. Illis autem verbis *ut quisque de te meruerit*, inerit arbitrium boni viri *l.* 11. §. *sic fideicomm. lib.* 3. et ideo ut ait in hoc §. cessante electione matris, ad fideicommissum vocantur hi qui bene meriti sunt de matre: et quidem omnes, etiamsi non sint æqualia omnium merita, ut dixi *l.* 17. §. *ult. sup.* veniunt ad fideicommissum non tantum bene meriti, sed et qui neque bene, neque male meriti sunt, id est, qui non offenderunt, male meriti repelluntur. Quod si mater eligere velit, non potest promiscue quoslibet eligere ex liberis, sed eos tantum qui promeruerunt, et quidem omnes, non ex his quosdam. Non potest mater male meritos eligere, id est, qui offenderunt, licet non sint in pari offensa omnes. Non potest igitur male meritos eligere, quoniam electio ei data est quasi bono viro, bene meritos potest eligere, sed omnes debet, non quosdam ex his. Item non potest mater præponere bene meritis eos qui medii sunt generis, id est, qui neque promeruerunt, neque offenderunt: potest eos quidem commiscere bene meritis, non tamen præponere: et sicut in causa inofficiosi apud centumviros meritorum ratio habetur, ita ex causa hujus fideicommissi apud Prætorem fideicommissarium habebitur ratio horum.

Ad §. 22. *Libertis.*

§. 22. *Libertis prædium reliquit, ac petit, ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent: si excepto uno, ceteri partes suas vendiderint: qui non vendidit, ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet: eos enim ad fideicommiss. videtur invitasse, qui judicio paruerunt: alioquin perabsurdum erit vice mutua petitionem induci, scilicet et ut ab altero partem alienatam quis petat, cum partem suam alienando perdiderit, etc.*

Patronus a libertis petiit, ut fundum legatum in familia libertorum retinerent, et non alienarent exteris: libertis solis prospexit, non universæ familiæ suæ, quoniam dixit in familia libertorum, ut in *l. pater*, §. *duobus, inf. lib.* 3. *l. filiusf.* §. *div.* 2. *sup. lib.* 1. Pone quatuor fuisse libertos quibus patronus eum fundum legavit hac lege, ut remaneret in familia libertorum, et pone etiam omnes vendidisse suas portiones extraneis, excepto quarto, qui non vendidit suam partem fundi; si consentiente quarto alii vendiderunt, quarto nulla superest petitio fideicommissi, qui remisit jus fideicommissi consentiendo *l. nihil* §. 1. *lib.* 1. *l. pen.* §. *insulam, l. quoties, C. de fideic.* ut dixi *l. Titia*, §. *Lucia*; sed vendiderunt primus, secundus, tertius, non consentiente quarto, quarto competit persequutio partium venditarum jure fideicommissi, quia collibertum quartum præferre debuerunt exteris secundum voluntatem patroni: quod cum non fecerint, fideicommissi conditio extitisse videtur, et quartus partes venditas persequetur ac petet ex causa fideicommissi. Quod si omnes liberti vendiderint, nemine excepto, prorsus extinguetur fideicommissum, *d. l. quoties*, *et Nov.* 159. videlicet si simul et pariter omnes vendiderint, id est, eodem tempore: non idem est, si separatim vendiderint diversis temporibus: nam si primus vendiderit suam partem extraneo, alii qui necdum vendiderunt partem primi ex causa fideicommissi persequentur.

Tum deinde si secundus partem suam extero vendiderit, tertius et quartus, qui nondum partes suas vendiderint, partem secundi persequentur jure fideicommissi, non etiam primi: atque ita primus tertio, et quarto partem non faciet in portione secundi, quia primus alienatione suæ partis jam omni jure fideicommissi exclusus est. Itaque ad partem secundi tertius tantum et quartus venient: et eodem modo si post primum, et secundum tertius vendiderit suam partem extraneo, solus quartus qui nondum vendidit suam, ad partem tertii veniet, non etiam primus et secundus, qui jam sunt exclusi fideicommisso, et quartus partem tertii propriam quam vendidit extero, revocabit quidem jure fideicommissi sed quartus tertio non avocabit partem, quam quarto tertius fecit in portionibus primi et secundi, quia collibertorum partes alienatæ exteris, quas ceteri liberti acceperunt jure fideicommissi, qui nondum suas partes vendiderant, eas optimo jure retinent, etiamsi postea partem, quam tertius in fundo habuit, non etiam quam tertius acquisivit jure fideicommissi vendiderit. Si post alios, id est, si post primum, secundum, et tertium, extraneis etiam quartus portionem suam vendiderit, fideicom. petitio nulla supererit prioribus collibertis, qui exclusi sunt fideicommisso propter alienationem suarum partium: sed neque liberis eorum erit fideicom. petitio, quia perinde est atque si omnes simul vendidissent. Finitur igitur et extinguitur fideicommissum. Et est notandum ex his quæ ita proponuntur in hoc §. fideicommissi persequutionem eis tantum dari, qui judicio patroni paruerunt id est, qui non vendiderunt exteris. Notandum etiam, prioribus vendentibus suas partes exteris, quod alii qui nondum vendiderunt, acceperunt ex causa fideicommissi, id eos non amittere, etiamsi postea et ipsi suas partes vendiderunt, et suas partes quas vendiderunt peti ab eis posse: si quis supersit qui non vendiderit partes quas sunt adepti jure fideicommissi, avocari eis non posse. Notandum est etiam conditionem ejus fideicommissi existere cum aliquis libertorum partem suam extero vendit, vel etiam legat, et pro extero haberi etiam libertum liberti, quia testator libertis tantum suis prospicere voluit, dum dixit, in familia libertorum, quasi invicem eos substituerit *l. pater*, §. *duobus, inf. lib.* 3. quem explicavi in §. *fidei hæredum.* Notandum tamen, pro exteris non haberi libertorum liberos: hoc sibi quisque persuadebit pro exteris non haberi libertorum liberos, et singulos suam portionem in liberos suos transmittere posse, omissis collibertis, licet libertorum liberi sint hæredes extranei, non ex eadem familia: atque ita accipio §. *cum inter*, qui sequitur, quasi debeat in eo §. poni eadem species quæ initio §. *libertis*, vel potius non debeat disjungi a §. *libertis*, quod et Accurs. ponit, qui in eo §. *cum inter*, ad verbum *familiæ*, subaudit libertorum, non familiæ universæ testatoris. Inde ita colligamus, liberos legatariorum, etiam si sint ex alia familia præferri fideicommissariis, id est, collibertis, quasi hoc videatur voluisse testator, ut liberti portiones suas conservarent liberis suis, vel his deficientibus collibertis: quam interpretationem voluntatis etiam Papinianus indicat in specie *l. cum acutissimi*, *Codic. de fideicommiss.* Igitur ita demum videtur extitisse conditio fideicommissi hujus, si non liberis vel collibertis, sed aliis portiones suas dederunt, vel reliquerunt. Verum quod restat ex §. *libertis*, si nemo libertorum partem suam extero dederit vel reliquerit, ut si primus, secundus, tertius morientes partes suas liberis suis reliquerunt, et quartus, qui novissimus mortuus est, portionem suam extraneo hæredi scripto reliquerit, cum liberos non haberet, hoc casu hæredi quarti nulla superest fideicommissi petitio, quia priores liberti judicio paruerunt: suas enim portiones liberis suis reliquerunt, qui tamen si non paruissent, fideicommissi petitionem quartus etiam in hæredem extraneum transtulisset, *l. prox.* §. *pen.* ubi prohibitio coarctatur in familia liberorum, sicut hic in familia libertorum, et ubique eadem intervenit ratio: et contra adversus quarti hæredem extraneum nulla est fideicommissi persequutio: quoniam supremo morienti ex his fideicommissariis licet suam partem cuilibet reliquere etiam extraneo, quasi finito fideicommisso, quod libertorum personas non egreditur. Quin, et partes quas liberti emerunt a collibertis, possunt in extraneum transferri, quia hac prohibitione suam quisque partem prohibetur alienare extero, non partem emptam a colliberto, *l. pater* §. *quindecim, inf. lib.* 1. Et cum liberti vendiderunt collibertis non exteris, verum est semel defecisse conditionem fideicommissi, quia vendiderunt quibus voluerat vendi patronus: conditio autem semel defecta, non resumitur, *l. pater* §. *ult. inf. de cond. et demonstr.* Idem dicendum opinor de partibus quas jure fideicommissi acceperunt, cum essent venditæ exteris, ut possint eas transferre in extraneum, cum et evinci eis non possint, licet postea suas etiam partes extraneis vendiderint, ut dixi sup. Denique ita concludo; partes quas habent jure emptionis a collibertis, possunt in extraneum transferre, et quas habent jure fideicommissi, possunt in extraneum transferre: partes proprias quas habent jure legati, non potest eorum quisquam in extraneum transferre, nisi supremus.

Ad §. 23. *Cum existimaret.*

§. 23. *Cum existimaret ad solam consobrinam*

suam bona perventura: *codicillis ab ea factis*, *pluribus fideicommissa reliquerat*, *etc.*

Species est: quidam habebat consobrinum et consobrinam, sed existimabat consobrinum decessisse, cum falsus rumor perlatus esset, atque ita putabat se ab intestato habiturum hæredem solam consobrinam: et ideo ad consobrinam codicillos scripsit nullo facto testamento, quod eam solam ab intestato hæredem existimavit. Et in eis codicillis fideicommissum reliquit: ei ab intestato hæres extitit consobrina, et consobrinus quem existimabat mortuum: quæritur an consobrina cui consobrinus aufert partem bonorum, obligetur in solidum fideicommissariis? consobrinus non obligatur, quia non est rogatus, quia venit suo jure, non judicio defuncti, cum ad eum non sint codicilli scripti. Igitur an consobrina tenetur in solidum fideicommissariis? videtur teneri, quia sola consobrina rogata est fideicommissa præstare, et ad eam solam codicilli scripti sunt. Papinian. tamen ait, æquum esse consobrinam pro parte dimidia relevari, id est, ut præstet tantum fideicommissum pro parte dimidia, quæ apud eam remanet, et pro parte consobrini, ut infirmetur, et utitur his verbis, *rationib. æquitatis*, *et perpetui edicti exemplo*. Quæritur quale sit hoc edictum perpetuum, nec profecto traditur, dico esse edictum de bonis libertorum, ex quo edicto a liberto extraneo hærede scripto, et patrono præterito, patrono datur semissis tantum bonorum possessio contra tabulas liberti: alterum semissem retinet scriptus, et ex edicto prætoris scriptus pro parte dimidia legatorum præstatione exoneratur, *l. Plautius*, *inf. de cond. et demonst.* ubi ait, *exoneratur per prætorem*, id est, edicto prætoris ex hoc §. atque ita unus locus ex alio explicandus est: idem confirmat *l.* 20. §. *libertus*, *inf. de bonis lib.* Ergo scriptus præstabit legata non in plenum, licet ab eo sint relicta in solidum, sed pro parte tantum quam retinet, pro parte quam patronus aufert, infirmantur relicta exteris, nisi exceptis personis, *l.* 4. *inf. de cond. et demonst.* Et his convenienter Imp. Antoninus in *l.* 11. §. *Imperator*, *inf. ad l. Falcid.* decrevit, hæredes quibus pars bonorum ablata est, veluti in hoc casu per bon. poss. contra tabulas liberti, non teneri legatorum nomine in ampliorem partem, quam pro ea parte quæ remansit. Ergo pro parte ablata relevari: et eodem modo si filius tuus idemque impubes ex asse institutus sit, et ei facta sit substitutio pupillaris, et a substituto legata relicta sint, alius filius emancipatus præteritus sit, hic filio suo et pupillo per bonorum possessionem contra tabulas aufert semissem, qua de causa substitutus pupilli a quo secundis tabulis legata relicta sunt, pro semisse exonerabitur legatorum semisse, *l. etsi contra, sup. de vulg. substit. l.* 3. §. 1. *de legat. præst.* et pro parte ablata a præterito infirmabuntur legata. Idem accidit rescisso testamento pro parte ex causa inofficiosi: nam hæres scriptus pro parte, exoneratur legatorum præstatione: ita pro parte injuncta legata confirmantur, *l. cum duob. Cod. de inoff. test.* his exemplis etiam in specie hujus §. consobrina erit relevanda fideicom. præstatione pro parte dimidia, quam consobrinus abstulit: sed neque consobrinus his fideicommiss. obligatur pro parte, quam abstulit, quoniam suo jure venit, non judicio defuncti. Sed quid fiet de libertatibus, fideicommissariis scilicet: nam directæ non dantur codicillis factis ab intestato, et si codicilli facti fuerint ab intestato, libertatum et fideicommissorum diversa est ratio: legata sunt dividua, et possunt præstari pro parte: libertates sunt individuæ, nec præstantur pro parte: an intercidunt? minime, sed dices libertates fideicommissarias esse præstandas a consobrina, oblata scilicet æstimatione partis, *l. judicatæ*, *inf. de except. rei jud.* id est, redemptis partib. manumissorum a consobrino; atque ita est accipiendum quod ait in fin. *sed libertates ab ea præstandas quas damni causa intercidere durum videbatur*, id est, pro parte ablata partem a consobrino ei supplendam, offerendam esse æstimationem partis, alioquin plane eas intercidere: sed ita durum est eas intercidere, si offeratur pretium partis, quod et observatur in servitutib. prædiorum, *l. cum filius*, *in princ.* 78. *inf.* Et ita accipe quod dicitur in *l. pen. sup. de jure codicill.* similem speciem enarrantis, id est, existimantis se unum tantum habiturum hæredem ab intestato, cum habuerit duos, *eorum*, inquit, *quæ pro parte præstari non possunt*, *nihil præstabitur*, ut scilicet sive servitus prædialis, sive libertas fideicommissaria relicta sit, non sit præstanda nisi oblata æstimatione partis. Igitur quod hic dicitur de libertatibus fideicommissariis id declaratur *l. qui gravi*, *de jure codicill.* Idem produci potest ad servitutes prædiorum, ut scilicet intercidant, si modo offeratur æstimatio partis, *d. l. cum filius*, *obstat l. post emancipationem*, *inf. lib.* 3. Quidam post emancipationem, id est, amisso jure agnationis, suscepit filiam: patronus ergo huic filiæ non est agnatus, sed cognatus: quia emancipatione patris, et pater exit de familia, et ipse non censetur esse in ea familia: patronus et avunculus ab intestato simul succedunt quasi cognati ambo: si patronus mansisset agnatus, exclusisset avunculum, sed quia desiit esse agnatus, patronus et avunculus concurrent in bon. possess. unde agnati ab intestato mortua filia. Nunc

finge: hæc filia existimabat patruum sibi futurum hæredem ab intestato quasi agnatum, atque ita errabat, et ideo patrui fidei commisit ut partem hæreditatis restitueret avunculo et agros duos: fideicommissum hoc est inutile, quia avunculus suo jure venit ad successionem filiæ ex parte unde cognati, una cum patruo, atque ita partem hæreditatis capit suo jure, non jure fideicommissi: agrorum autem partem etiam capit suo jure alteram an petet jure fideicommissi? ait petiturum, sed deinde quærit, quid si fideicommissa aliis sunt relicta a patruo, quem solum se habiturum hæredem putabat, et abstulerit ei avunculus partem dimidiam, an patruus ea fideicommissa debeat præstare in solidum? Resp. esse præstanda: ergo non relevabitur patruus pro parte dimidia, quod est evidenter contra hunc §. Et vero cogimur dicere quod retulit Accurs Scævolam spectasse jus rectum, quod sc licet patruus solus nominatim rogatus sit fideicommissa præstare. Ergo jure ipso deberi in solidum. Papinian. spectasse æquitatem; ait enim, *rationibus æquitatis*, et Scævolæ similem fuisse Marcellum *d. l. pen. sup. de jure codicill.* ubi dixit in plenum esse præstanda fideicommissa omnia, sed ut ad Marcellum subjicitur adnotatio, *imo duntaxat partem*, quæ est Ulp. Ita Claudius qui notas scripsit ad Scævolam, fortasse adscripserat, *imo duntaxat partem ex æquo*, nec si omiserat, nos supplere non debemus ex Papiniano. §. *pater* explicui in l. 64.

Ad §. 24. *Titio.*

§. 24. *Titio fratri suo, Mævius hæreditatem Seji, a quo hæres institutus erat, post mortem suam restituere rogatus, eodem Titio hærede scripto, petit, ut moriens Titius tam suam, quam Seji hæreditatem Sempron. restitueret, cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset: æris alieni loco, non esse deducendum fideicommissum, respondi: quoniam ratione compensationis percepisse debitum videbatur: plane si ea lege Mævius Titium hæredem instituat, ne fideicommissum in testamento Seji retineat. Falcidiam compensationi sufficere, sed iniquitati occurrere: prudentius autem fecerit, si ex testamento fratris hæreditatem repudiaverit, et intestati possessionem acceperit, nec videbitur dolo fecisse, cum fraudem excluserit.*

Dividam in duas partes: Primæ partis hæc sit species: Sejus Mævium hæredem instituit, et rogavit ut moriens hæreditatem restitueret Titio fratri suo, has personas oportet accurate tenere. Mævius moriens eundem Titium fratrem suum hæredem instituit, et rogavit ut moriens Titius tam suam quam Sejanam hæreditatem restitueret Sempronio, id est, tam bona quæ accepisset a Mævio Mævii propria, quam bona Seji, quæ testamento Seji ad Mævium pervenerant, ut ea omnia restitueret Sempronio. Quod attinet ad hæreditatem Mævii, utile fideicommissum est; quod attinet ad hæreditatem Seji, id est, quam a Sejo Mævius accepit, inutile fideicommissum est, quia eam hæreditatem Titio Mævius debuit ex testamento Seji jure fideicommissi: debitor creditori frustra legat, aut frustra eum hæredem instituit in eo quod debet, *l. 67. sup. hic.* Ideoque eum non potest onerare fideicommisso in eo quod debet. Mævius debuit Titio Sejan. hæred. ergo non potuit Titium rogare, ut Sejanam hæreditatem restitueret Sempr. et ideo hæres Titii post mortem Titii in restitutione hæreditatis ex testamento Mævii, et in ponenda ratione l. Falcid. deducet, et retinebit hæreditatem Sejanam æris alieni loco, ut fieri solet in ponenda ratione legis Falcid. licet confusione sublatum videatur æs alienum: deductio enim ejus est, nihilominus deducet. Igitur hæreditatem Sejanam quasi debitam ei deducet pro dodrante: nam dodrans tantum debebatur Titio salva Falcidia. Igitur pro quadrante Sejanæ hæreditatis utile fideicommiss. est ex testamento Mævii, non pro dodrante, *l. 8. inf. ad leg. Falcid.* Ergo Titii hæres deducet primum Sejanæ hæreditatis dodrantem cum fructib. quasi æs alienum, deinde ex reliquis bonis Mævii deducet Falcidiam, et Falcidiæ fructus residuum restituet Sempr. uno tamen casu, ut in hoc §. ostenditur, etiam totius hæreditatis Sejanæ utile fideicom. est, videlicet si fructus a Titio medio tempore percepti, id est, pendente conditione fideicommissi: ex reliquis bonis efficiam pretium dodrantis Sejanæ hæreditatis, quæ ei debetur ex testamento Seji: nam hoc casu fructus cum debito compensabuntur, et ratione compensationis Titius fideicommiss. debitum percepisse videbitur, *l. 15. §. quod avus, inf. ad leg. Falcid.* hoc igitur casu Titius patrono restituet utramque hæreditatem, et fructus medii temporis usque ad concurrentem summam, vel ut ait §. *quod avus*, pari pecunia compensabuntur cum fideicommisso Sejanæ hæreditatis, quod Mævius Titio debuit: si fructus non sufficiant debito, id quod deerit debito, deducetur bonis ante omnia, ponenda ratione l. Falcid. æris alieni loco si fructus superant, id est, si plus sit in fructibus medio tempore perceptis quam in fideicom. superfluum imputabitur in Falcid. fructus enim medio tempore percepti imputantur in Falcid. *l. in fideicomm. inf. ad Treb.* atque ita Accurs. interpretatur recte *d. §. quod avus*, et differentiæ postremæ glossæ potissimum sunt notandæ: si superfluum fructuum non sufficiat Falcidiæ, quod deerit Falcid. in supplementum de-

ducetur ex bonis: quod si fructus medio tempore percepti a Titio sufficiant debito, et Falcidiæ, imputabuntur in Falcidiam, cum debito compensabuntur, et neque jure debiti, neque jure Falcidiæ ulla deductio fiet, et integra hæreditas Mæviana, et Sejana restituetur Sempronio: differentiam facio inter reputare, et compensare: fructus medii temporis imputantur in Falcidiam: in his æs alienum non imputatur, sed cum debito compensatur: atque ita etiam quod hæres jure legati capit a cohærede, id non imputat in Falcidiam, quia non capit jure hæreditario, id tamen compensat cum Falcid. quam vult detrahere ex legato, vel fideicommisso, quod ab eo vicissim cohæredi relictum est, *l. fil. C. famil. ercisc. l. Nezennius, inf. ad leg. Falcid.* et dixi: *sup. hic:* et quidam male imputationem interpretatur compensationem in *d. l. filium*: pars hæreditaria quam hæres capit, imputatur in Falcid. pars quam habet jure legati compensatur, cum vice mutua cohæredi legatum aut fideicommiss. relictum est: imputatio fit ipso jure. Denique ipso jure retinetur in Falcidiæ ratione quod obvenerit jure hæreditario: compensatio fit ex æquitate, etiam eorum quæ non obvenerunt jure hæreditario, opposita exceptione doli: hæc de prima parte. In secunda specie longe alia ratione fit compensatio: in prima specie Mævius Titium fratrem suum hæredem instituit, non compensandi animo, id est, eo non expresso, ut debitum compensaret cum Falcid. quod exponi necesse est, si nolumus Falcid. compensari cum debito, *l. 14. C. ad leg. Falcid.* ut Græci notant, et Fulgos. Et ideo in prima specie Titius fideic. debitum ex testamento Seji non compensat cum Falc. sed cum fructib. medii temporis, vel si nulli sunt fructus, deducet bonis. In hac autem secunda specie Mævius Titium fratrem suum hæredem instituit compensandi animo, id est, hac mente ne Titius fideicom. sibi debitum ex testamento Seji deduceret æris alieni loco: in imponenda Falcidia, id est, ne Sempronio creditum suum reputaret; sed compensaret cum Falcidia, quod Sempr. consequetur apud arbitrum legis Falcidiæ ratione exceptionis doli mali. Nam si Titius præter Falcidiam velit etiam suum creditum deducere, repelletur exceptione doli, *l. 12. inf. ad leg. Falcid. l. Lucius §. matris, inf. ad Trebell.* Igitur remedio exceptionis doli servabitur voluntas Mævii, qui voluit Falcidiam compensare cum debito, non remedio cautionis Mutianæ, ut Fulgosius voluit, non remedio cautionis propriæ de implendo modo ut Accurs. voluit, quoniam neque modus neque conditio ulla injicitur institutioni, cum defunctus ab hærede instituto petit ne debitum deducat. Ergo cessant illæ cautiones, et delenda sunt quæ scripsit Accursius ad verbum *retinuerit*, et cetera fere omnia, et sufficit remedium exceptionis doli, et arbitrium judicis Falcidiæ. Ergo Titius in hac secunda specie, ex hæreditatem Mævii fratris sui, et ei confusa hæreditate Seji, ex utriusque bonis, ut Rogerius sensisse videtur, non intelligente Accursium, deducet Titius Falcidiam tantum, non debitum. Et si Titius tantum habeat in Falcidia, quantum est in fideicommisso debito ex testamento Seji, nihil deducet debiti nomine, quoniam jussus est Falcidiam compensare cum debito, Falcidia contentus esse: alioquin, ut in prima specie, utrumque deduceret, Falcid. et debitum: nullis existentibus fructibus, vel medii temporis fructibus compensatis cum debito, et reputatis in Falcidiam, id quod Falcidiæ vel debito deesset, deduceret. Sed hic in secunda specie Falcidia contentus esse debet, si modo sufficiat debito, et tantum sit in Falcidia quantum in debito: sed si in Falcidia tantum non sit quantum est in fideicommisso debito ex testamento Seji, cum quo Titius jussus est compensare Falcidiam, id quod decrit debito Titius deducet ex dodrante, ut *l. 15. §. cum fideicommiss. inf. ad leg. Falcid.* Atque ita quanticunque fructus compensationi non sufficiunt, quod tamen Accurs. ait ex *l. 12. inf. ad leg. Falcid.* quæ id non dicit, et omnino secundum id quod diximus, accipienda est, ut concurrentes tantum quantitates compensentur, residui deductio supersit: hæc autem jussio, et voluntas testatoris jubentis Falcidiam compensari cum debito quæ approbatur per nos, palam quidem non prohibet Falcid. quæ et ante Justinianum prohiberi non potuit nisi favore libertatis, *l. decem, inf. de fideicom. libert.* vel annuente principe, *l. si legato, §. ult. ad Trebell.* Igitur ea voluntas, quæ compensationem inducit Falcidiæ cum debito, propalam non prohibet Falcid. sed fraudem ei facit quodammodo, et ut ait hic iniquitas quædam occurrit, *sed iniquitatem occurrere.* Nam verbi gratia, si plus non sit in Falcidia quam in debito cum quo jussus est Titius compensare Falcidiam, Titius jure Falcidiæ nihil habere videtur quia id quod deducit jure Falcidiæ, jam ei debebatur ex testamento Seji. Hæc igitur compensationis injunctio Titium quodammodo fraudat Falcidia, et ideo hoc casu cum plus non est in Falcidia quam in debito, suadet recte Papin. ut Titio cum Mævio fratre suo possit ab intestato succedere, ut ex testamento Mævi hæreditatem non adeat, sed ab intestato. Atque ita Sempronio non obligatur ex causa fideicommissi, et integram hæreditatem Titii consequetur, et id omne quod sibi Mævius debuit: et ut ait Papinian. *id poterit facere impune*, id est, citra metum edicti, *si quis omissa causa testamenti,*

poterit omittere ex testamento hæreditatem Mævii, et eam amplecti ab intestato: eo edicto prætor occurrit calliditati hæredum scriptorum, qui ut fraudent eos, qui ex testamento aliquid acceperunt, omittunt causam testamenti, et quoniam sunt agnati, veniunt ab intestato. Et perinde prætor in eos dat actionem legatariis aut fideicommissariis, atque si ex testamento adiissent: sed hoc si dolo malo fecerint, non ut excluderent fraudem testatoris, ut in hac specie Titius institutus a Mævio fratre sub compensationis lege ne Falcidiam admittat, ne Falcidia fraudetur, poterit repudiare testamentum, et venire ab intestato, nec incidet in illud edictum, ut in specie *l.* 42. *sup. de ac u. hæred. et l.* 6. §. *si patronus*, *sup. si quis omissa cau. testam. et l. patronus*, §. *quarta*, *de inoff. test.* ubi ostenditur, licere omisso testamento adire ab intestato, non fraudis inducendæ causa, cui occurrit edictum §. *ult. l.* 34.

Ad §. 25. *A te peto.*

§. 25. *A te peto marite, si quid liberorum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris, tuis vel meis propinquis, aut etiam libertis nostris:* non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factum substitutioni, respondi.

Ita dixit uxor marito instituto, *rogo te ut hæreditatem restituas liberis quos susceperis post mortem meam, vel si liberos non habueris, tuis propinquis, sive meis propinquis, aut libertis nostris communibus.* Quæritur, an uxor videatur marito dedisse electionem, ut ex his personis eligat quos volet? Respondetur, non videri electionem datam marito, sed ordine scripturæ factam substitutionem, quæ loquutio Papinianum redolet; id est, substitutioni impositum ordinem scripturæ; quod apparet ex primo gradu substitutionis, quoniam dixit, *liberis, vel si liberos non habueris, propinquis:* quare sequentes etiam gradus eodem modo accipere oportet, ut liberis videantur substituti propinqui, propinquis mariti propinquis uxoris, propinquis uxoris liberti communes: ordinem scripturæ sequimur, si non repugnet voluntas defuncti, §. *fidei tuæ ux. sup.* et quamvis dixerit uxor *aut*, *vel*, *sive*, disjunctione has non dicemus esse mendaces, id est, disjunctiones non accipiemus pro conjunctionibus, cum scilicet apparet testatorem voluisse facere plures gradus substitutionis; est substitutio etiam in fideicommissis, ut dixi *l. 8. sup.* Et ideo quod dicitur in *l.* 4. *de verb. signif.* cum ita legatur X. aut XX. lego esse mendacem distinctionem, et *aut*, pro *et*, accipi: excipiendi sunt duo casus qui ibi non sunt ab Accursio excepti: unus est ex *l.* 16. *sup. hic*, si adjecerit, *illi*, *aut illi*, *utri volet hæres*: tunc enim utrique non debet. Alter casus hic est, cum apparet testatorem voluisse facere plures gradus substitutionis: nam substituti vocabuntur non simul, sed gradatim, et voluisse eum facere plures gradus, primus satis indicio est, cum dixit, *liberis*, *vel si non habueris*, *etc.* unde et sequentibus gradibus subaudiendum est, *vel si propinquos non habueris*, *libertis*.

Ad L. LXXVIII.

Qui solidum fideicommissum frustra petebat, hærede Falcidiam objiciente: si partem interim solvi sibi desideraverit, neque acceperit, in eam moram passus intelligitur.

Quæro interveniente Falcid. is qui solidum fideicommiss. petit, an plus petat, et verius est eum plus non petere, quia ipso jure solidum debetur ei: Falcidia tamen inducitur, minuitque legata aut fideicommissa, opposita exceptione doli mali, non ipso jure, *l. hæres*, *inf. ad Treb. l.* 15. *in pr. et* 16. *et* 80. *in fin. ad leg. Falc.* Qui solidum fideicom. petit, plus non petit, frustra tamen petit, ut ait hic, propter objectionem Falcidiæ, sive propter exceptionem doli mali. Rursus quæro, an ei qui solidum fideicom. petierit, cum lex Falcidia intervenerit, et objiceretur ab hærede scripto, mora videatur in dodrante præstando: et significat hic ei moram non fieri, quoniam non dodrantem, sed solidum petiit, et ei ratione Falcidiæ recte contradicitur, quod notandum: nam et, quod accidit frequenter, ei qui peterit ducentos aureos: cum centum ei deberentur, mora non videtur fieri in præstandis centum aureis, licet reus neque eos solverit, neque obtulerit. Verum si is qui petierat ducentos aureos, cum reus fateretur centum tantum deberi sibi: interim dum disceptaretur de ducentis desideraverit reum sibi solvere centum quos debere confitebatur, et non solverit reus, ab eo tempore, videtur moram fecisse in centum, non antea, quod quotidie evenire potest. Et eodem modo ait in specie hic posita, si cum petiisset fideicommissarius fideicommissum integrum, et objecta ei fuisset Falcidia, interim dum excutitur ratio Falcidiæ, desideravit fideicommissarius sibi dodrantem solvi, qui omnino debetur, etiamsi Falcidia locum habeat, et hæres non solverit, ab eo tempore quo id desideravit fideicommissarius mora ei facta videbitur in præstando dodrante, non ab initio litis. A quo tempore fiat mora præstandorum legatorum, aut fideicommissorum interest scire: nam a tempore moræ rerum legatarum periculum pertinet ad hæredem scriptum, *l.* 3. *de usur. et fruct. leg. l.* 39. §. *fructus*, *sup. lib.* 1. et ab

eodem tempore duntaxat fideicommissariis, et legatariis per damnationem usuræ et fructus debentur, *l.* 2. *C. de usur. et fruct. leg.* et commoda omnia, quæ obvenerunt post moram, *d. l.* 39. §. *fructus*, *et* §. *seq.* *l. quæsitum*, §. *ult. eod. l.* 84. *si quis servo inf. hic*: sed exponamus *d. l.* 2. *C. de usur.* deinde explicabimus *l.* 84. In *l.* 2. dicitur, hæredes plerunque improbe et frustratorie morari legata aut fideicommissa obtentu Falcidiæ, et ideo Prætorem fideicommissarium debere operam suam interponere, et jubere statim solida fideicommissa solvi, si modo fideicommissarii caveant satisdato, quanto amplius quam per legem Falcid. liceat, reddituros: sed quid si non possunt satisdare, si non inveniant fidejussores, si, inquit, satisdationem implere non potuerint, arbitro dato, Prætor fideicommissarius eis definiet diem certum, intra quem, etiam cessante altera parte, partibus suis fungetur, id est, cognoscet de Falcidia, locum habeat, necne, ubi quod ait *arbitro dato*, post illud, *potuerint*, dividenda est oratio sicilico non inciso: et *arbitro dato*, sic accipio probandis fidejussoribus: plerunque enim arbitri dantur probandis fidejussoribus, ut *l. arbitros*, *sup. qui satisd. cog.* In causa autem ipsa fideicommissi prætor fideicommissarium non potuit arbitrum dare, quoniam ejus cognitio est extra ordinem: in causis legati potuit dare, ut *l.* 73. *sup.* Igitur prætor fideicommissarius dederat arbitros ad probandos fidejussores: non sunt inventi idonei, reprobati sunt, atque ita fideicommissarii non potuerunt implere satisdationem. Tum prætor diem cognitioni dixit, et eo die si constiterit Falcidiæ locum non esse, jubet hæredem præstare fideicommissariis usuras et fructus perceptos vel percipiendos post litem contestatam: quoniam a lite contestata moram fecisse hæres intelligitur, et fit vulgo mora præstandorum fideicommissorum a lite contestata, id est, cum conventus per judicem non solvit: sed posset etiam fieri ante litem contestatam, si congrue peteretur, et generaliter mora fit quoties petenti non datur, Paul. 4. *Sent. tit. ult.* in *l.* 84. eadem de re hæc proponitur species: quidam servo suo pure fideicommissariam libertatem reliquit, eidem etiam pure certæ pecuniæ fideicommissum reliquit: constat libertatem eidem cedere ab adita hæreditate, extraneo hærede scripto qui manumitti ab hærede debet: fideicommissi autem pecuniarii quidam dicebat diem cedere ex apertis tabulis ex lege Julia, sicut et ex eadem legatorum et fideicommissorum omnium dies cedunt ex apertis tabulis: sed hoc si concedamus in hac specie fideicommissi pecuniarii servo proprio cum libertate fideicommissaria relicta, diem cedere citius quam libertatis, id est, ex apertis tabulis, inutile fiet fideicommissum pecuniarium, si quo tempore aperiuntur tabulæ, statim hæreditas non adeatur: quoniam fideicommissi servo proprio relicti dies inutiliter cedit, si et libertatis dies simul non cedat: et ideo æquissimum visum est, diem fideicommissi pecuniarii non ante cedere, quam adita sit hæreditas, *l.* 8. *C. quando dies leg.* id est, antequam dies libertatis cesserit, aditio hæreditatis moram facit, non tantum cessioni libertatis fideicommissariæ, sed etiam cessioni libertatis adjuncti fideicommissi pecuniarii. Alia fideicommissa jure novo cedunt ex apertis tabulis, jure antiquo et novissimo cedunt ex die mortis testatoris, consimiliter autem, ut ait *l.* 84. mora quæ sit libertati fideicommissariæ, in eadem specie videtur etiam fieri fideicommisso pecuniario. Atque ita hæc duo erunt simul semper, eodemque jure censentur, et ex mora facta libertati fideicommissariæ, eadem ratione fideicommissi pecuniarii usuræ peti possunt secundum superiorem definitionem, et non tantum usuræ, sed etiam commoda omnia, ut ea quæ per ejusmodi servum interim acquisiset, sunt hæredi scripto: nam ea etiam restituenda sunt fideicommissario, et congruit *l. qui concubinam*, §. *uxori*, *inf. lib.* 3. *l. in impuberem*, §. *item si servo ad leg. Cornel. de fals.*

Ad §. 1. *Cum post mortem.*

§. 1. *Cum post mortem emptoris, venditionem reipublicæ prædiorum optimus, maximusque princeps Severus Augustus rescindi, hæredibus pretio restituto, jussisset: de pecunia legatario, cui prædium emptor ex ea possessione legaverat, conjectura voluntatis, pro modo æstimationis partem solvendam esse, respondi.*

Quidam emit quædam prædia reip. id est, civitatis cujusdam, et emit jure, probe, bona fide, a curatore reip. vendente probe. Deinde ex universa ea possessione quam emit, id est, συνκτήσει, nam emerat plura prædia reip. prædium unum Sempron. per fideicommissum reliquit, et Sempronius post mortem emptoris prædium vindicavit, deinde rescissa est illa venditio decreto Severi Imp. hac lege, ut hæredibus Titii pretium respub. redderet, et prædia sua reciperet et rescissa est venditio decreto Imp. ex justa aliqua causa restitutionis in integrum: nam respub. utitur jure pupillorum vel adolescentum, qui restitutionem in integrum postulare potest, eique datur causa cognita, *l.* 4. *C. ex quibus ca. mai.* et ait hic, *Imperatorem jussisse*, quo verbo significatur decretum prolatum in causæ cognitione, *l. Imperator inf. ad Trebell.* atque ita decreto Severi Respub. restituta est in integrum, ut prædium venditum repeteret, et pretium restitueret bonæ fidei emptoris hæredibus, quod erat necessarium ita decerni: nam restitutio in integrum

reponit eam in pristinum statum ex utraque parte, maxime cum bona fide emit: nam si mala fide, pretium non redderetur, *l. 7. C. de agric. et cens.* hoc ita peracto ait, fideicommissarium cui Titius reliquerat solidum venire in partem ejus pecuniæ, sive pretii quod resp. reddidit hæred. Titii: nam fideicommissario respub. evicit jure restitutionis in integrum pretium ejus prædii, et Papinian. ait conjecturam voluntatis defuncti suadere ut audiatur fideicommissarius, utque debeant hæredes. Titii ex ea pecunia ei pro portione dare, atque ita hæredes fideicommissario tenentur de evictione, si pretium fundi relicti recuperaverit conjectura capta ex voluntate defuncti: sed si pretium recuperaverint hæredes, legatario rei certæ, de evictione non teneri, ut dixi *l. cum pater*, §. *evictis, sup.* ait hic, *conjectura voluntatis*, Papinianus solet a me appellari στοχαστικὸς, quod admodum sit solers in conjecturis capiendis, quod eo ingenio multa nove excogitaverit: nullus est Jureconsultus qui tot auctoritatibus jurisprudentiam auxerit, qui tot res novas in remp. invexerit, et plerunque in his reb. utitur conjecturis, *l. cum pater*, §. *intestato*, *l. cum proponebatur*, *sup. hic*, *l. cum avus*, *inf. de cond. et dem.* ait etiam *optimus maximusque princeps*, nullo addito semper est Severus, *l. extraneo*, *inf. de quæst. l. cum in honoribus*, *inf. de vac. mun.*

Ad §. 2. *Etiam*.

§. 2. *Etiam respublica fideicommissi post moram usuras præstare cogitur*, *etc.*

De repub. est etiam hic §. Certum est hodie, remp. hæredem institui posse: finge remp. fuisse hæredem institutam, et oneratam fideicommissis, an fideicommissorum usuras etiam respub. debet ex mora? quid ni? at quomodo potest facere moram, non ipsa quidem facit moram, sicut non adit hæreditatem, sed actores reip. et hi quoque actores reip. qui moram fecerunt in præstando fideicommisso damnum sarcient reip. quæ coacta est usuras fideicommissorum dependere propter moram actorum, sive curatorum suorum, qui inquit, *post dictam sententiam judicatum solvere supersederunt*, id est, qui moram fecerunt: nam actores reip. qui moram fecerunt, eo nomine usque ad sententiam fideicommissario debent commoda omnia, omnes accessiones, ut explicat *l. 3. inf. de usur.* quæ proprie convenit his verbis explicandis *qui post. dictam sententiam. etc.* Igitur propter moram actorum sive syndicorum reip. usuras fideicommissi præstat, præstet etiam sumptus litis fideicommissario, præstat honoraria, ut ait lex *quoties*, §. *sicut*, *sup. de administ. tut.* ubi cum dicit honoraria, eo verbo complectitur sumptus omnes litis: nam præcipui sumptus etiam in litibus sunt in honorariis quæ dantur, ut est in libello καθημέρινῆς ὁμιλία. dantur δικολόγῳ τιμιχῷ. id est oratori principali, καὶ τοῖς συνηγορόις et ceteris advocatis, καὶ νομικῷ, id est, jureconsulto: nam et in litibus adhibebantur jureconsulti subministrandarum legum causa oratoribus et advocatis, *l. moris, inf. de penis Nov. Valent. de episc. judicio.* Atque ita qui dicit, præstanda esse honoraria, dicit, refundendos esse sumptus litis, verum si ea honoraria præstiterit, eo nomine damnum sarcient actores, si litigandi ratio non fuerit, id est, si temere litigaverint, et ob id damnata sit respub. in honoraria, et viatica: nam temerarius litigator suffert sumptus litis, *l. eum qem temere sup. de judic.* sed si non litigaverit temere sed justa ac probabili causa, damnari non debet in sumptus, et neuter eo casu damnatur in sumptibus litis, *Nov.* 82. Igitur aut justa fuit causa litigandi aut non fuit justa causa, actori reip. imputabuntur honoraria quæ ræsp. persolvit victori, si fuerit justa causa litigandi, sed si victus forte actor. reip. fuerit injuria judicis, ipse actor sumptus reputabit reip. vel resp. si solverit victori, ipsa eos non reputabit actori, qui justa ex causa litigavit, *d.* §. *sicut*, qui est de tutoribus. Sed quæ dicuntur de tutoribus, plerunque locum habent etiam in curatoribus rerum publicarum, ut declaratur in §. *etiam.* Comparatur resp. plurimum pupillo, *l. 3. C. de jure reip. l. 4. C. quibus ex ca. maj.* ut contra pupillum indefensum, ita contra rempub. indefensam dicta sententia ipso jure non valet, *l. 1. C. de jure reip.* ut pupillus vel minor, ita resp. in integrum restituitur, sicut dixi in hoc §. et ultimo loco adjicitur, ut tutores pupillorum vel curatores minorum non tantum dolum præstare debet in rebus quas administrant, sed etiam culpam levem, *l. quicquid*, *C. arbitr. tut.* ita actores sive curatores reip. non tantum dolum præstant, sed etiam ignaviam suam, id est, culpam levem: eadem est distinctio culpæ levis: et male hic Accurs ignaviam appellat stultitiam, stultitia in libris nostris semper est imperitia juris: ergo lata culpa est, scilicet ignoratio ejus quod sciunt omnes, et privatio quasi communis sensus, et cum dicimus stulte quem dicere aliquid, semper ita intelligimus per ignorantiam juris.

§. *pen.* exposui in *l. cum pater*, §. *libertis*.

Ad §. 3. *Si creditor.*

§. 3. *Si creditor ab eo, qui testamentum fecit, domum acceptam jure pignoris vendidit contra emptorem fideicommissi causa, tametsi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur.*

Hic ostenditur, quendam debitorem, qui rem suam

pignori obligaverat creditori, suo; postea eam Titio per fideicommissum reliquisse. Post mortem ejus creditor jure pignoris rem vendidit, is qui emit a creditore, non erat ignarus fideicommissi, id est, sciebat, se emere rem Titio per fideicommissum relictam, an ideo dicemus eum improbe emisse, et rescindi venditionem posse? minime: non rescinditur venditio, quod scierit emptor rem alii fuisse a domino obligatam, cum scilicet emerit a creditore, qui jus habuit distrahendi. Emit ergo probe, et rescindi venditio non potest, nec scientia illa malam fidem inducit: imo vero non rescindetur venditio illa, licet dominus rei vetuerit eam rem alienari, nam vetuit tantum voluntariam alienationem: hæc fuit necessaria, et prohibitio illa non potest esse fraudi, *l. fil. inst.* §. *div*, *lib.* 1. et dixi in *l.* 69. §. *prædium.* Hoc etiam casu fideicommissario hæres non tenebitur, ut recte Accurs. si non fuerit negligens in luendo pignore: culpæ rationem reddere debet, *nihil*, inquit *decernetur*, a Pretore scilicet vel Præside ad rescindendam venditionem, quod emptor ignarus non fuerit fideicommissi.

Ad L. LXXIX.

Quæ fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem prædiorum suis quoque libertis fructum reliquit: juris ignoratione lapsi, qui petere prædia ex mariti testamento debuerunt secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt: non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

Maritus quidam hæredem uxorem scripsit, et rogavit ut moriens prædia quædam restitueret libertis suis id est, libertis mariti: ipsa autem moriens eorumdem prædiorum usum, non ipsa prædia libertis mariti, atque etiam libertis sui per fideicommissum reliquit, voluntati mariti non paruit, quia non reliquit prædia, sed usumf. et non libertis mariti solis sed etiam suis libertis: et ideo liberti mariti ab hærede mulieris ex primo testamento, id est, mariti, prædia petere potuerunt: sed *juris ignoratione lapsi*, ut ait, ea non petierunt ex testamento mariti, sed ex testamento mulieris una cum libertis mulieris usumfructum eorundem prædiorum longo tempore perceperunt. Qua vero juris ignoratione lapsi sunt? quia scilicet existimarunt omne fideicommissum poni potuisse in voluntate hæredis: et ideo existimarunt ex sola mulieris voluntate per fideicommissum deferri, non ex voluntate patroni: qua de causa dum sequuti sunt judicium mulieris, nec egerunt ex testamento patroni, quæritur, an amiserint petitionem fideicommissi ex testamento patroni? respond. petitionem prioris fideicommissi non esse peremptam. Recte, quia juris ignorantia suum petentibus non nocet, *l.* 7. *et* 8. *de jur. et facti ig.* Et suum est non tantum quod vindicare possunt, sed et quod eis debetur, *l.* 15. §. *quod avus, inf. ad Falc. l.* 15. *inf. de reg. jur.* Et petitio fideicommissi longo tempore non perimitur, quod hic locus probat optime, et in eam rem est præcipue notandus, petitionem fideicommissi atque adeo legati non perimi longo tempore. Hæ actiones dantur in perpetuum, sicut personales meræ et mixtæ, hodie 30. annis ex Theodosio, sed non longo tempore. Igitur licet liberti tacuerint longo tempore, sed mulieris voluntatem sequuti sint, fructum prædiorum percipientes cum ceteris libertis mulieris, non ideo amiserunt persequutionem fideicommissi prioris. Huic sententiæ Accurs. opponit *l.* 3. *in princ. inf. si quid in fraud. pat.* libertus alienaverat quædam in fraudem patroni, id est, quo minus debita portio bonorum ad patronum perveniret, ut minus patronus ferret ex liberti bonis portione debita: deinde moriens patronum hæredem scripsit ex parte debita, id est ex semisse, hodie ex triente: hæredem scripsit ex parte debita, quoniam dixit, *ex semisse hæres esto*, cum tamen antea multa alienasset in fraudem patroni: hoc casu patronus eligere debet, utrum malit adire hæreditatem ex testamento, an petere bonorum possessionem contra tabulas, propter ea quæ alienata sunt in fraudem, quasi diminuta portione debita; et poterit petita bonorum possessione contra tab. revocare alienata actione Faviana testato liberto, Calvisiana intestato liberto, et patronus non petiit contra tabulas, sed adivit hæreditatem ex testamento liberti; errans tamen id est, dum ignorat libertum aliqua in fraudem alienasse, quæritur an ignorantiæ ejus succurri debeat, ne decipiatur fraudibus liberti? Respondet, non esse succurrendum, et alienata in eadem causa remanere, quia agnovit judicium liberti: non potest igitur rescindere facta liberti, et ideo non potest revocare alienata actione Faviana: sibi scilicet imputare debet patronus, qui cum posset petere possessionem contra tabulas propter deminutam portionem suam, eam sprevit, et amplexus est hæreditatem ex testamento. Hæc est sententia *l.* 3. ex qua apparet eam frustra opponi huic legi: nam hæc lex est de ignorantia juris, hic non fuit ignorantia juris, et decepit Accursium corrupta scriptura: nam ita legerat Accurs. *an succurri jus ignoranti*, Florent. *an succuri ignorantiæ ejus debeat*: ea porro fuit facti ignorantia non juris, facti ut eadem lex exprimit, quia ignorabat libertum aliqua alienasse in fraudem. His igitur quæ sunt scripta de juris ignorantia inscite opponis ea, quæ sunt scripta de facti ignorantia. Sed adhuc inspici dignum est, cur in eadem specie *l.* 3. facti ignorantia noceat patrono, quæ scilicet secundum

regulam juris non potest nocere, nec in damnis, nec in compendiis, *l.* 8. *C. de ju. et facti igu.* cur ibi nocet patrono? Respond. non tam facti ignorantiam nocere quam culpam patroni, quod ea lex significat his verbis, *sibi eum reputare debere.* quibus arguitur culpa et simplicitas patroni, et hoc significatur, de seipso quidem patronum debere quæri, a seipso deceptum, cur enim incautius sequutus est judicium liberti qui deliberanti et consultandi tempus habuit: eadem ratio intervenit mea sententia in *l. filium, sup. de acquir. hæred.* filium emancipatum hæredem instituit, et ei substituit generali modo: filius emancipatus credidit patrem dementem fuisse, qui tamen sanus erat, et hoc credidit vana simplicitate deceptus, quæ utique semper nocet, *l.* 5. *in princ. sup. ad Macedon.* Atque ita is filius cum putaret supine et simpliciter patrem non habuisse testamenti factionem, neglecto testamento ab intestato possedit hæreditatem, vel petiit bonorum possessionem unde liberi: non erit hæres ab intestato, quia testamento est locus substituto vulgari, est locus quasi repudiato testamento, atque ita suo vitio videtur amisisse hæreditatem, qui persuasit sibi dementem eum esse, qui erat sanus. Eadem ratio videtur movisse Papinianum in *l. Claudius, eod. tit.* Idem homo est hæres scriptus priori testamento et posteriori testamento: priori perfecto, posteriori imperfecto: priori igitur rupto per posterius, quia prius perfectum posteriori imperfecto non rumpitur: hic vero hæres adiit hæreditatem ex posteriori testamento imperfecto, et minus solemni temere, et re non bene explorata, qui debuit adire ex priori testamento, seipsum decepit: et ideo non erit hæres ex posteriori testamento, quia ex eo non potuit adire: non erit etiam hæres ex priori testamento, quoniam id repudiasse videtur; verum si quis extrinsecus deceptus fuerit aliqua ex causa, quæ et prudentissimum virum falleret, hic nulla est culpa, nulla simplicitas, et error facti nihil obest, ut si quis adierit ex falso testamento ignorans, quem non fallit imitatio scripturæ? et vere testamentum erat omnibus numeris perfectum, sed falsum erat, quod qui adiit ignorabat: an ideo repellitur a legitima hæreditate si postea reperiatur falsum testamentum? hic solus error facti subest, nulla culpa subest adeuntis. Idem erit si adierit hæreditatem ex vero et justo testamento, quod tamen incertum erat, querela inofficiosi rescinderet, necne: nec enim qui agit de inofficioso semper rectam causam perfert, non semper vincit, non potest igitur culpari, qui adiit ex justo testamento, quod sperabat querela rescissum non iri, *l.* 4. *sup. de petit. hæred. l. mater, sup. de inoff. test. l. Paulus, inf. de bonis libert.* sed ut ad Accurs. redeamus, in specie *d. l.* 3. si fuisset juris ignorantia, quid dicemus? eam obstaturam patrono, etiam in ea specie juris ignorantia nocuisset patrono, et ut Accurs. fecit in hanc legem, responderem hoc modo juris ignorantia in damnis amittendæ rei suæ non prodest: hic fuit damnum amittendæ rei suæ, id est, fideicommissi debiti, et ideo non nocet juris ignorantia. Ceterum juris error in compendiis etiam non prodest, *d. l.* 8. in *d. l.* 3. fuit compendium, id est, hæreditas liberti, quæ etsi dicatur, quod Accurs. attigit quasi debita patrono, sicut et hæreditas parentum vel liberorum, ut in *l.* 10. *pro socio, l. ult. inf. de bonis damnat.* tamen vere debita non est, et ideo in his hæreditatibus capiendis, viris aut fœminis juris error non prodest, *l. ult. C. qui pet. tutor.* His hæreditatibus similem facit Accurs. quartam quæ debetur impuberi arrogato ex constit. Antonini: sed hæc quarta magis posset comparari debito, esse debitum, non quasi debitum, cum transmittitur in hæredem etiamsi relicta non sit, vel petita, *l.* 1. §. *si impuberi, de collat. bon.* sed tamen hæc etiam non omnino comparatur debito, cum in ea quarta adrogator possit impuberi substituere in secundum casum, *l. si adrogator. sup. de adopt.* L. 80. explicavi in *l. cum pater* 77. §. *filius matrem.*

Ad L. LXXXII.

Debitor decem legavit creditori, qui ei post annum sub pignore debebat: non, ut quidam putant, medii temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed tota decem peti possunt. Nec tollitur petitio, si interim annus supervenerit: nam sufficit quod utiliter dies cessit. Quod si vivo testatore annus superveniat: dicendum erit, inutile effici legatum: quamquam constiterit ab initio. Sic et in dote prælegata responsum est. totam eam ex testamento peti posse. Alioquin secundum illam sententiam, si interusurium tantum est in legato, quid dicemus, si fundus legatus sit? ex die debebitur: nam nec pecunia peti potest, quæ non est legata: nec pars fundi facile inveniretur, quæ possit pro commodo peti.

Debitor creditori legat fruastra, et inutiliter, et non necessario, *l.* 66. *et* 67. *sup. l.* 5. *inf. ad leg. Falcid.* nisi scilicet plus sit in legato quam in debito: utamur exemplo hoc proposito: si ducenta pure legentur ei cui debentur in diem vel sub conditione, legatum valet propter repræsentationis commodum, quod Græci vocant ἐμπροθεσμόν, et ea ratione fideicommissum relinqui potest ab eo legatario pro modo interusurii, id est, utilitatis medii temporis, *l.* 7. §. *ult. inf. lib.* 3. *l. idem est, inf. de lib. leg.* quæ est repetita ex *d. l.* 7. *l.* 2. §.

ult. inf. de dote præleg. Et si interveniat lex Falcidia, in eo tantum interusurio ponitur Falcidia, id est, ex interusurio tantum Falcidia minuit non ex sorte, *l.* 1. §. *si quis creditori. inf. ad leg. Falcid.* interusurium est emolumentum illud medii temporis in pecunia legata, ut ducentorum quæ legata sunt, cum deberentur post annum, interusurium est 12. annorum, id est, usura semis, quæ erat usura civilis, et frequens : ex eo interusurio deducetur Falcidia. Græci vocant τὸ διαφερὸν ἢ ἐν μέσω χρῆσιν. Hæc ut ita sint, tamen si quis quærat cum legantur ducenta pure ei cui debentur in diem, vel sub conditione, utrum interusurium tantum sit in legato, an tota ducenta? dicam tota ducenta esse in legato, et tota ducenta peti posse actione ex testamento legati nomine, quoniam et medio tempore constitit legatum in tota ea pecunia quæ scilicet nondum debebatur, si nondum venerat dies debiti : et quod constitit semel jure legati, eodem jure permanet, et perdurat, eodem jure peti potest semper. Ideoque quamvis integra petatur tota ea pecunia jure legati, si dies debiti veniat, vel conditio existat, atque ita incipiat esse debita quæ legata est post mortem testatoris, scilicet si dies aut conditio debiti existat post mortem testatoris, inutile legatum non fit, cujus dies inutiliter cessit, cessit moriente testatore, quo tempore debiti dies, aut conditio nondum extiterit : cessit ergo utiliter dies, quod in legatis semper spectatur, hoc momentum observamus, quod eo momento collatum non præsumitur, *l. cum filius*, §. *servus sup. l. ult. communia præd. sup.* Verum quid fiet si vivo testatore atque ita ante cessionem legati, debiti dies, vel conditio extiterit, an inutile fit legatum? et videtur fieri inutile, quoniam dies ejus legati videtur cedere inutiliter, moriente enim postea testatore, id est, tempore mortis testatoris pecunia legata invenitur debita pura, quoniam extitit conditio vivo testatore: legatum quidem constitit ab initio, id est, tempore testamenti, quia quod legabatur nondum debebatur cum effectu : sed quia in eum casum recidit a quo incipere non potest, dies ejus legati inutiliter cedere videtur. Quod si dixerit inutiliter diem cedere, inutile esse legatum dixeris, et ita Paulus sentit hic, a quo dissentit Papinian. Nam Papin. putat, etiamsi vivo testatore debiti dies extiterit, diem legati utiliter cedere, et satis esse quod constiterit ab initio, id est, testamenti tempore, *l.* 5. *inf. ad leg. Falcid.* et obtinuisse sententiam Papiniani Justinianus ait, §. *ex contrario de legat.* et Græci addunt hanc rationem, *erubescit lex infirmare judicium ultimum defuncti quod semel constitit* : et quod vulgo dicitur, ea quæ ab initio constiterunt evanescere si in eum casum recidant a quo incipere non possunt, id non est certum, imo falsum in plerisque, ut *l.* 2. §. *ex his, l. pen.* §. *ult. inf. de verb. obl. l. a filio sup. lib.* 1. Dissentit ergo Paulus a Papiniano hac in re : et ita non mihi, sed et Baroni et aliis plerisque videtur : dissentit etiam Paulus alia in re ab alio quodam, dum ait, *non ut quidam putant*, et videtur esse Ulp. Nam est ei res semper cum Ulp. quem non aliter demonstrat, quam ut dicat, *quidam, alius, alii, l.* 84. *inf. l. lecta, de reb. cred. l.* 2. §. *si in diem, inf. pro empt.* Ulpianus putabat, interusurium tantum esse in legato, et capi jure legati. Paulus putat, totam pecuniam esse in legato, et totum peti posse ex testamento : quoniam medio tempore constitit totum legatum, in tota pecunia perseverat. Igitur in tota pecunia quod constitit semel: et utitur argumento fundi ab absurdo, *alioquin*, inquit, *fundo debito in diem et legato pure* : si dixeris, in legato esse tantum interusurium, vel commodum medii temporis, sequetur nullum esse legatum, quia hic nullum est interusurium, in pecunia est semper interusurium: etiamsi post paucos dies, dies debiti veniat. In fundo non potest constitui interusurium, potest tamen constitui commodum fructuum : sed finge, diem debiti cito extitisse vel conditionem, nullum erit interusurium, nullum commodum medii temporis, et pars fundi non potest pro commodo accipi : nam interusuria et commoda sunt extra rem ipsam, *l. usura, de verb. oblig.* Melius est igitur dicere, fundum totum esse in legato, alioquin dicendum erit inutile esse legatum.

Ad §. 1. *Si Primo.*

§. 1. *Si Primo et Secundo et Tertio hæredibus institutis sic legata dentur:* Si mihi Primus hæres non erit, Secundus Titio decem dato : si Secundus mihi hæres non erit, Primus Sejo fundum Tusculanum dato : *utriusque omittentibus hæreditatem, Primo et Secundo, quærebatur substituti, quos eis dederat, an et cui legata præstare debent : ab utroque substituto legata debentur.*

Est de legatis relictis ab institutis, an videantur repetita a substitutis : est aliquid quod dubitationem movet. Scripsi tres hæredes Primum, Secundum, et Tertium. Deinde ita legavi : *si Primus hæres non erit, Secundus dato centum* : et subjeci : *si Secundus hæres non erit, Primus dato Titio fundum illum* : non expressit tertium casum, *si neuter hæres erit*, et ei dedit substitutos vulgares, singulis substituit, Primum substituit Secundo in primum casum. Quæritur an substitutus Secundo debeat legatum relictum a Secundo ; substitutus Primo a Primo? videbatur non deberi, quoniam testator omiserat tertium casum, *si neuter hæres erit*,

et quia voluisse videbatur, ut alterutrum tantum legatum valeret, repudiante Primo, legatum relictum Secundo, repudiante Secundo, legatum relictum Titio, Respond. ab utroque substituto præstanda esse legata: itaque constit. Severi et Antonini, *l. licet, sup. lib.* 1. pertinet ad hanc speciem.

Ad §. 2. *Servo alieno.*

§. 2. *Servo alieno posse rem domini legari Valens scribit: item id, quod domino ejus pure debetur, cum enim servo alieno aliquid in testamento damus, domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamenti factio: ceterum ex persona servi constitit legatum. Et ideo rectissime Julianus definit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset. Calumniosa est enim illa adnotatio, posse legari servo et quandiu serviat: nam et hoc legatum ex persona servi vires accipit. Alioquin et illud adnotaremus esse quosdam servos, qui licet libertatem consequi non possint; attamen legatum et hæreditatem possunt acquirere domino. Ex illo igitur præcepto quod dicimus, servi inspici personam in testamentis, dictum est, servo hæreditario legari posse. Ita non mirum, si res domini, et quod ei debetur, servo ejus pure legari possit: quamvis domino ejus non possent utiliter legari.*

Sciendum est, servo alieno non posse legari nisi et domino ejus legari possit, quia servus personatur ex persona domini, id est, dominus servum χαρακτηρίζει *Theoph. tit. de stip. ser.* alioquin servi nulla est persona: et ideo si dominus capax fuerit, erit et servus ejus, si dominus incapax fuerit, erit et servus ejus incapax, *l.* 12. §. *regula sup. lib.* 1. huic sententiæ quodammodo opponitur alia: ex persona servi, cui legatum relinquitur, legatum vires accipere, vel ejus servi, cui legatum relinquitur, personam inspici: at profecto nihil hæc sententia discrepat a superiori, sed hoc tantum conjuncta utraque sententia demonstratur, in his quæ testamentis relinquuntur servis, et dominorum et servorum personam inspici. At si velis servo alieno legare, duo exigi, primum ut dominus sit capax, id est, ut cum domino sit testamenti factio, deinde, ut quod servo legatur, servus ipse liber factus capere possit: hoc vel illud si defuerit, inutile est legatum, illud vero exigo in partem, ut quæ res servo legatur, possit etiam domino ejus utiliter legari: non exigo id ἐν μέρει sed ut illi libero facto possit legari: et testamenti factionem separo a rebus quæ legantur: testamenti factio est cum servo alieno ex persona domini, rerum singularum legatum in servo alieno consistit ex persona servi. Et hæc est Juliani distinctio proposita in hoc §. et *præceptum* dicitur in fine legis, id est, θεώρημα, definitio hæc est *id demum*, ut ait, id est, τοῦ τομόνου, *id solummodo*, servo alieno legari posse res domini sui, quamvis domino eadem res utiliter legari non possit: domino res sua inutiliter legatur, nec caret effectu legatum hujusmodi, si modo servus ad libertatem pervenerit ante diem legati cedentem: totum capiet ipse, et ipse acquiret legatum, id est, petet rem domini ab hærede scripto: vel æstimationem, quia constitit legatum ab initio ex persona servi, et ideo non potest objici regula Catoniana, quia valuit ab initio. Et pari ratione debitor domini servo creditoris legat utiliter quod omnino ejus debet pure, licet ipse domino idem leget inutiliter, quia debitor creditori legat inutiliter, debitor creditori legat inutiliter quod debet, sed debitor servo creditoris non legat inutiliter quod domino ejus debet pure: et hoc est quod ait, *item ejus quod pure*, recte *pure*: nam quod sub conditione debetur, non tantum servo, sed etiam ipsi domino legaretur utiliter, ut dixi propter commodum repræsentationis. Et inde liquet in fine hujus legis transposita esse verba, vulgo ita legitur: *ita non mirum si res domini et quod ei debetur, etc.* hic locus ita restituendus, *ita non mirum si res domini, et quod ei debetur pure, servo ejus legari possit*: et post illud *pure*, est apponenda virgula. Porro secundum eandem definitionem Juliani servo hæreditario, id est, jacentis hæreditatis legari potest, licet dominum non habeat cui possit legari, modo cum defuncto fuerit testamenti factio cujus vicem sustinet hæreditas jacens, ut exposui in *l.* 55. *sup.* Atque ita legatum valet ex persona servi, alioquin non valeret, cum dominum non habeat cui possit legari, et ex contrario, licet domino possit legari via ad fundum domini, frustra tamen servo ejus legatur via ad fundum domini, *l.* 5. *inf. de servit. leg.* quia si servus liber esset, sane inutiliter ei legaretur servitus ad fundum alienum. Quod igitur ei legatur, æstimatur ex ejus persona, non ex domini persona, *l.* 5. *inf. de servit. leg.* definitionem hanc Juliani Marcellus calumniatur, qui in notis ad Julianum nimio studio notandi erravit, et Marcelli notam significat hic, licet Marcellum non nominet, dum ait, *calumniosa est enim illa adnotatio*: notæ dicuntur etiam notata, *l. mutuis, sup. pro soc.* et adnotationes, et hanc notam sive adnotationem fuisse Marcelli indicat *l. servo alieno, in princ. lib.* 1. ubi citatur Marcellus in eandem rem: definitio Juliani hæc est: in testamentis servi cui aliquid relinquitur, personam inspici. Et ideo legata relicta servo alieno ita valere, si ea liber factus capere possit. Eam definitionem Marcellus ita calumniatur: servo alieno sic

legatur recte : quamdiu servus erit Titii, illi lego: hoc legatum valet, *d. l. servo alieno, in princ.* et tamen liber factus ad hujusmodi legatum non admitteretur, quoniam relictum est ad conditionem certam, quoad serviet Titio, et relictum videtur domini gratia potius quam servi. Posset etiam quis similiter, ut Paulus adjicit adversus Julianum hoc modo : *servo qui ad libertatem perduci non potest*, ut scilicet quia vetitus est manumitti testamento, *l. 2. C. qui ad lib. perven. non po.* huic servo, qui libertatem adipisci non potest, recte legatur, et tamen liber factus id non caperet, cum nec liber fieri possit. Verum ex his omnibus perperam colligitur, ex persona servi legatum non valere: nam priore casu liber factus legatum capere posset, nisi apposita fuisset illa conditio, *quamdiu servus erit Titii*, quamdiu conditionem facit, *l. 4. sup. de servit.* Et posteriore casu si liber fieret, legatum caperet. Hæc igitur argumenta sunt captiosa, et non labefactant definitionem Juliani : calumnias vocat Paulus hic, sive calumniosas adnotationes, ut Aristoteles σοφίσματα vocat etiam συκοφαντίσματα, cavillationes in *l. 1. inf. de reg. Caton.* Et quod est notandum, ut Joannes dixit recte, est captio sive fallacia secundum quid et qualiter, quæ ab Aristotele παρὰ τὸ συμβεβηκὸς παραλόγισμος, id est captio ex accidenti et attributo. Juliani opinio de re simpliciter legata servo alieno oppugnatur argumento legati, cui extrinsecus adjecta est conditio, *quamdiu serviet Titio.* Et omnino Marcellus captionem suam ita formaverat : id demum servo legari potest, quod posset si liber esset : sed libero non posset legari quamdiu servus esset Titii, cum liber sit non servus ; ergo servo etiam non potest legari quamdiu servus erit Titii : hoc autem est falsum : nam servo potest legari quoad serviet Titio : ergo illud est falsum, id demum posse servo legari quod libero, vel brevius id demum potest servo legari quod posset si liber esset : non poterit igitur servo legari quamdiu serviet suo domino : sed hoc est falsum : ergo et illud, captiosa est ex accidenti et attributo : nam id quod in propositionem sumitur simpliciter, ei in assumptionem adjungitur attributum, puta conditio, quæ mentio fallaciam inducit, et eadem est omnino captio ac si quis ita argumentaretur ad hominem. Non ignoratis, adoptionis nomen esse generale, et dividi in duas species, quarum altera similiter dicitur adoptio, altera adrogatio : adoptio fit per magistratum, adrogatio per principem *l. 1. et 2. de adopt.* Ergo adoptio est genus, adrogatio non est genus, posses tentare esse genus hoc modo : omnis adrogatio est adoptio, adoptio est genus : ergo adrogatio est genus. Idem est captionis genus ex accidenti et attributo. Omnis adrogatio est adoptio : hoc non est verum simpliciter ; sed talis adoptio, id est, quæ fit per principem, talis adoptio non est genus, ergo adrogatio non est genus, et falsa erat conclusio illa, atque ita manifesto Marcellus Julianum calumniatus est in hac specie.

Ad L. LXXXIII.

Latinus Largus. Proxime ex facto incidit species talis. Libertinus patronum ex semisse hæredem instituit, et filiam suam ex alio semisse : fideicommisit filiæ, ut quibusdam ancillis patroni restitueret, cum hæ manumissæ essent: et si eadem filia hæres non esset, substituit ei easdem ancillas : quoniam filia non voluit hæres existere, ancillæ jussu domini, id est patroni, adierunt defuncti hæreditatem: post aliquantum temporis ab eo manumissæ quærebant an fideicommissum petere ab eodem patrono possent: rogo ergo quid de hoc existimes, rescribas. Respondi: nec repetitum videri in hunc casum fideicommissum, sed alterutrum datum, vel fideic. vel ipsam hæreditatem: melius autem dici, in eundem casum substitutas videri, in quem casum fideicomm. ss. meruerunt, et ideo ad substitutionem eas vocari. Cum enim servo alieno fideicommissum ab uno ex hæredibus sub conditione libertatis fuerit datum, idemque servus ei hæredi substituatur : licet pure substitutio facta sit, tamen sub eadem conditione substitui videtur, sub qua fideicommissum meruit.

Species est: Libertus patronum hæredem instituit ex debita parte, id est, ex semisse; filiam autem suam hæredem instituit ex alio semisse, et eam rogavit ut hæraditatis portionem suam sibi adscriptam restitueret ancillis patroni, cum liberæ essent. Et idem etiam filiæ postea eodem testamento substituit vulgariter easdem ancillas patroni. Ergo dupliciter ei substitutit ancillas directo et pure in primum casum, precario, et sub conditione cum liberæ essent in secundum casum. Extitit conditio, et casus directæ substitutionis non precariæ, quoniam filia repudiavit hæreditatem patris, vel abstinuit se hæreditate paterna, atque ita ancillæ adierunt hæreditatem jussu domini ex substitutione vulgari, postea manumissæ sunt a domino. Quæritur, an possint a patrono petere fideicommissum hæreditatis quod est eis relictum cum liberæ essent? Respond. non posse, recte : quia suo quæque substitutio casu continetur : fuit duplex, directa et precaria : directa in primum casum, precaria in secundum, suo quæque casu continetur. Extitit casus directæ substitutionis; precariæ, sive fideicommissi casus non extitit, quia filia hæres non extitit, et ideo fideicommissi petitio nulla est. Inter-

rogatus fuerat Paulus de fideicommisso: respondet, nullum esse, adjecit ancillas posse venire ex substitutione vulgari post manumissionem, quia scilicet conditio apposita fideicommisso, cum liberæ erunt, videtur repetita in substitutione vulgari quæ subjecta est fideicommisso: itaque videntur substitutæ vulgariter sub eadem conditione, cum liberæ essent. Post manumissionem igitur hæreditatem vindicabunt. Neque obstat quod adierint ante manumissionem jussu domini: nam adierunt inutiliter instituti sub conditione, ante conditionem nihil agunt, *l. 13. sup. de acq. hæred.* Et hic substitutio vulgaris intelligitur fuisse conditionalis: substitutio omnis alias fit pure, ut cum extrinsecus nulla ei adjicitur alia conditio, quam quæ propria est substitutionis, ut si hæres non erit: alias fit sub conditione sive vulgariter sive pupillariter, *l. qui liberis, sup. de vulg. substit.* Quærit Accurs. qui eam explicavit male, si casus extitisset fideicommissi, non directæ substitutionis, an ancillæ potuissent filiam cogere adire et restituere? resp. potuisse, sed id probat male: nam leges quas adfert, non adferunt hanc speciem, debuit adducere *l. recusare, §. Titius, inf. ad Trebell. L.* 84. explicui in *l.* 78.

Ad L. LXXXV.

Creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.

Licet debitor creditori frustra leget quod debet, ut jam explicatum est sæpius, tamen rem pro debito pignori obligatam creditori non legat inutiliter, sed legato pignore creditori, quæritur an perimatur actio crediti ipso jure, vel per exceptionem, id est, an præter legatum possit etiam creditor pecuniam creditam petere: ait hoc genere legati non perimi crediti actionem, atque ita sicut si creditor debitori reddiderit pignus, vel si creditor debitori legaverit pignus, non videtur peremptum debitum, *l. 3. de pact. l. 1. de lib. leg.* Etiamsi debitor creditori pignus legaverit, non perimitur actio crediti, nisi compensandi animo debitorem pignus creditori legasse evidenter probetur, compensare volentem, voluntatem manifestam et expressam exigimus, *l. creditor, C. de legat.* Atque ita aditione hæreditatis, id est, si creditor debitoris hæreditatem adierit, non ita perimitur sive confunditur crediti actio, ut non possit hoc creditor in ponenda Falcidia deducere, quod scilicet defunctus debuit, vel citra Falcidiæ rationem, ut non possit a cohærede petere partem debiti actione creditæ pecuniæ: nam et in ponenda Falcidia totum creditum deducit, et citra Falcidiam partem a cohærede petet creditor, nisi scilicet evidenter probetur voluisse defunctum debitum compensari cum hæreditate, quod explicatum est in *l. cum pater, §. Titio, sup. hic.* Et ad hanc postremam speciem non ad priorem pertinet *l. ult. §. pen. hic.* Mater filium et filiam hæredes scripsit, liberto quædam legavit, et eum rogavit, ut res legatas post mortem meam restitueret filiis: mortua est filia, deinde mortuus est libertus relicto hærede filio patronæ ex semisse, et extraneo ex alio semisse: uterque adiit hæreditatem liberti: quæritur, an confusione, videatur sublata fideicommissi petitio quod libertus filio debebat ex testamento matris? Respond. non omnino esse sublatam: nam semis filii sublatus est confusione: pro alia semisse in cohæredem extraneum salva est petitio fideicommissi: cui congruit *l. Lucius Titius. lib. 1. l. 2. C. de evict. l. si compensandi C. de hæred. instit. l. si ab eo, C. de negot. gest.* Et hoc ita procedit, si non probetur compensare defunctum voluisse hæreditatem debito. At si forte compensandi animo debitor creditori legatum vel portionem hæreditatis relinquerit, quæro an quantulumcumque legatum, vel quantulacunque portio hæreditatis compensationi sufficiat? et id supra demonstratum est, non sufficere: superesse enim petitionem superflui, et compensare tantum concurrentes quantitates dictum est, *dict. l. cum pater, §. Titio*: aliter tamen sensit Accurs. hic citata *l. Imperator, §. si centum, sup. hic*: qui tamen non loquitur de creditore cui aliquid legatur compensandi animo, sed de legatario cui pecunia legatur ea lege, ut rem suam, rem propriam reputet alteri; hic legatarius agnito legato omnimodo cogitur rem propriam restituere, etiamsi pluris sit quam legatum, quia unusquisque rei suæ est æstimator et arbiter: is pluris eam æstimasse non videtur quam erat in legato, quod dum agnovit, et onus ei adjunctum agnovit. Creditor tamen agnito legato relicto compensandi animo, superfluum certæ pecuniæ creditæ remittere non videtur, reputare non vetatur, concurrentes tamen quantitates compensare videtur.

Ad L. LXXXVI.

Cajus Sejus pronepos meus hæres mihi esto ex semisse bonor. meorum, excepta domo mea, et paterna, in quibus habito, cum omnibus, quæ ibi sunt, quæ omnia scias ad portionem hæreditatis, quam tibi dedi, non pertinere: *quæro, cum sit in his domibus argentum, nomina debitorum, supellex, mancipia, an hæc omnia quæ illic inveniuntur, ad alios hæredes institutos debeant pertinere. Paulus: Respondi, nomine debitorum non contineri,*

sed omnium esse communia: in ceteris vero nullum pronepoti locum esse.

Quidam tres hæredes scripsit, Primum ex quadrante, Secundum ex quadrante, Tertium ex semisse cum hac exceptione, *excepta domo mea et domo paterna, in quibus habito, cum omnibus quæ ibi sunt*, *semisse* adscripto Tertio exemit utramque domum et omnia quæ illic essent. Quid fiet hoc casu? Tertius hæres nihilominus erit ex integro semisse, verum prælegati sive fideicommissi nomine cohæredibus tenebitur restituere utramque domum cum omnibus quæ illic sunt: atque ita tanto minus feret ex semisse sibi adscripto: et similiter si quis unum tantum hæredem scripserit ex asse excepto fundo: hic quidem erit hæres ex asse, perinde atque si nihil exceptum fuisset, ut in *l.* 7. *sup. de hæred. inst.* sed conjectura ex voluntate testatoris capienda hæredibus legitimis testatoris tenebitur eum fundum restituere; quoniam legitimorum gratia testator videtur eum fundum excepisse, et hoc addi volim ad *d. l.* 74. ex hoc loco quod notandum: primo casu cum plures sint hæredes scripti cohæredum gratia quædam prædia excepit: secundo casu unico hærede scripto legitimorum gratia, et ita in *l.* 69. *sup.* demonstratum est his verbis: hæres peto contentus sis tot aureis, alias cohæredibus, alias legitimis hæredibus consuli, et fideicommissum relinqui. At priori casu quæritur hic, his verbis *cum omnibus quæ ibi sunt,* an contineatur argentum quod ibi est, id est, vasa argentea; an contineantur mancipia quæ ibi sunt, an supellex, an nomina debitorum quæ ibi sunt? et respondet contineri argentum, supellectilem, mancipia: et de mancipiis est similis locus in *l.* 23. §. *cum ita, hic.* Tertius ergo ea omnia debet restituere cohæredibus suis nedum ædes utrasque, et recte hoc loco distinguit supellectilem a ceteris, ab argento et mancipiis: nam in supellectili non est argentum, in supellectili non sunt animalia: supellex est patrisfam. domesticum instrumentum quod in aliam speciem non cadit, id est, quod neque argento, neque auro, neque vesti adnumeratur: et instrumentum mutuum non animale, non mancipia, *l.* 1. 2. 3. *de supell. leg.* lecti, pelves, vasa aquaria, imperia, ut ait l. 3. et his similia, et imperia illo loco Græci in Basil. προσκεφαλαῖα, quo nomine significantur pulvini, *oreillers*, ut in libello, καθομερινῆς ὁμιλίας duobus locis: qua de causa videtur legendum impilia: nam impilia sive impelia, non tantum dicuntur operimenta pecudum, ut in *l. argumento*, §. 1. *inf. de auro et arg.* sed latius etiam patet hoc nomen, et comprehendit mollia strata quæque. Ceterum ut ad rem redeamus, adjicit hic, non contineri prælegato nomina debitorum, cautiones debitorum esse communes omnium hæredum quæ inveniuntur in ejus ædibus pro hæreditariis portionibus eorum: relicta verbis legati, aut fideicommissi facile sequuntur, mancipia quæ ibi sunt, et vasa argentea et utensilia, supellex: nummi tamen vel emptiones aliorum servorum, aut emptiones aliorum prædiorum, aut instrumenta contractuum, aut cautiones debitorum, domum etiam relictam non sequuntur statim, nisi contraria voluntas approbetur, quod et eodem libro idem Paulus dixit, *l. si mihi Mævia, inf. lib.* 3. et confirmat *l. quæsitum*, §. 1. *eod. l. quæsitum*, §. *pen. inf. de inst. vel inst. leg.* Et idem *Paulus* 3. *Sent. tit. de leg.* omnibus, quæ in domo sunt, legatis, cautiones debitorum, emptionesque servorum legato non cedunt, sic hæredum nummi non continentur inventi in arcis, vel exacti ex diversis nominibus. et ibi depositi, ut rursus mutui darentur, vel ut in res necessarias impenderentur: hi non continentur fideicommisso, quoniam ibi sunt ad tempus, sicut et cetera quæ fideicommisso non cedere dixit *l. uxorem* §. *leg. l. si fundus, lib.* 3. Et his verbis, *Cum omnibus quæ ibi sunt*, ea demum videntur relicta, quæ ibi sunt destinata ut sint perpetuo, ut supellex, ut vasa, ut mancipia familiaria, nummos tamen ibi repositos præsidii causa, ut fit plerunque metu civilis belli, dicerem contineri fideicommisso mobilium: nam fideicommisso mobilium, id est, mobilibus omnibus legatis receptum est contineri pecuniam numeratam sepositam in ædibus præsidii causa, metu futuræ calamitatis, *l. si chorus* §. 1. *inf. lib.* 3. Quam pecuniæ sepositionem rustici, Latine appellabant peculium, posteriores appellarunt præsidium simpliciter in Comœdia Queruli. Quod est in fine hujus legis pertinet ad titulum *de reb. dubiis.* Quidam legat Titio fundum Sejanum, qui appellatione significaverat semper universam quandam possessionem prædiorum, sive σύνκτησιν et massam, sed tamen quo facilius conductorem inveniret, solebat universam eam possessionem dividere in duas partes, et ex qualitate loci superiorem partem appellare Sejanum superiorem, inferiorem partem, Sejanum inferiorem, ut in provinciis ex qualitate regionis, aliam facimus Mysiam superiorem, aliam inferiorem, atque ita solebat super. partem uni locare, infer. alteri. Ceterum et rationibus, et quotidianis sermonibus ipse appellatione fundi Sejani complectitur utramque partem, universam massam prædiorum. Quæritur inde, an tota possessio prædiorum legato contineatur, et quæ pars, superior an inferior, id est, an sequemur rationes locationum quibus commodioris locationis causa universa illa possessio dividetur in duas partes, an sequemur rationes domesticas quibus universa ea possessio uno nomine continetur: respondet, in dubio deberi universam possessionem, sed

conjecturas contrariæ voluntatis non esse rejiciendas, ut in *l.* 1. *inf. de reb. dub.* in qua licet colligere exemplum contrariæ voluntatis. Habebat universitatem prædiorum quam uno nomine appellabat fundum Mævianum, habebat spec alem fundum quendam Mævianum aut Sejanum: legatarii est electio: quæritur an possit eligere universitatem illam prædiorum, id est, appellatione fundi Meviani utrum significetur universitas illa prædiorum, an specialiter ille fundus Mævianus: res dubia est, sed dubitationem ait posse dissolvi ex comparatione fundi Sejani: legavit Mævianum aut Sejanum: videtur optionem dedisse æqualium fundorum, aut pene æqualium. Igitur si fundus specialis Mævianus non magna pecunia distinguatur a pretio fundi Sejani, ille tantum videbitur esse in legato, non universitas illa prædiorum: sed si fundus Sejanus adæquat universitatem prædiorum, videbitur non parvulus ille fundus legatus, sed universitas illa prædiorum. Atque ita in illo tit. dubitationes multæ dissolvuntur. Igitur et in hac specie, quod respondet in dubio Jureconsultus venire universam possessionem, non rejicit conjecturas, ideo nec probationes contrariæ voluntatis. Initium *l.* 87. explicui in *l.* 22. *sup.*

Ad §. 1. *Usuras L. LXXXVII.*

§. 1. *Usuras fideicommissi post impletos annos vigintiquinque puellæ, ex quo mora facta est, deberi respondi; quamvis enim constitutum sit ut minoribus vigintiquinque annis usuræ omnimodo præstentur; tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur.*

In §. 1. hoc cont netur, moram præstandorum legatorum vel fideicommissorum fieri in personam, quod jam dixi supra, id est, ex interpellatione legitima ex litis contestatione, si hæres interpellatus vel judicio conventus non solvat legatum aut fideicommissum, et ex mora debentur usuræ, ut dixi *l.* 78. *sup.* et hoc ita procedit, moram fieri in personam, sive ex persona, si legatarii sint majores 25. annis: nam debet interpellare hæredem, ut constituant eum in mora: non interpellatus, moram non fecisse videtur: minoribus tantum 25. annis mora fit sine interpellatione, re ipsa ex constitutione Severi, et ideo usuræ eis debentur perinde, atque si interpellassent hæredem, *l. cum vero*, §. *apparet*, *inf. de fideicommiss. lib.* Et hoc specialiter in minoribus, non tantum in legatis et fideicommissis, sed etiam in libertatibus fideicommissariis, et in omnibus bonæ fidei contractibus; in quibus usuræ veniunt ex mora: nam debentur minoribus usuræ etiam extra restitutiones, *l.* 5. *C. in quibus ca. rest. non est nec. l.* 5. *C. de act. empt.* sed post legitimam ætatem ubi pervenerint ad annum 25. minoribus usuræ deberi desinunt, et rursus deberi non incipiunt, nisi fiat mora in personam, id est, per interpellationem, atque ita mora quæ fit beneficio ætatis, re ipsa, non est proprie mora, ut indicat *d. lex.* 5. Nam si esset mora, usuræ currerent perpetuo, nec desinerent deberi in legitima ætate, et hoc significatur hoc §. et quod ait; *Quamvis constitutum sit*, a Severo scilicet.

Ad §. 2. *Seja libertis.*

§. 2. *Seja libertis suis fundum legavit, fideique eorum ita commisit.* Fidei autem vestræ Vere et Sapide committo, ne eum fundum vendatis: eumque qui ex vobis ultimus decesserit cum morietur restituat Symphoro liberto meo et successori, et Beryllo et Sapido, quos infra manumisi, quive ex his tunc supervivent: *quæro, cum nec in prima parte testamenti, qua fundum prælegavit, eos substituit: in secunda tamen adjecerit verbum,* Qui ultimus decesserit, *an pars unius defuncti ad alterum pertineret. Paulus respondit: testatricem videri in eo fideicommisso, de quo quæritur, duos gradus substitutionis fecisse: unum, ut is qui ex duobus prior morietur, alteri restitueret, alterum, ut novissimus his restitueret, quos nominatim postea enumeravit.*

Duobus libertis Primo et Secundo quidam fundum legavit, ea lege ne venderent fundum, et ut qui ex his ultimus decederet, eum fundum restitueret aliis quibusdam libertis: videtur fecisse duos gradus precariæ substitutionis: uno gradu videtur invicem substitutisse Primum et Secundum in fundo legato: altero gradu novissimo morienti in eundem fundum palam substituit alios libertos: legatum fundi, prima parte testamenti scriptum hic appellatur prælegatum, ad differentiam eorum quæ in prima parte testamenti relinquuntur. Denique hæc fuit voluntas testatoris legandi fundum duobus libertis, deinde ut duo illi liberti invicem substituti essent in illo fundo per fideicommissum, et supremo morienti ut substituti essent in eodem fundo alii quidam liberti: prior substitutio palam verbis expressa non fuit, posterior expressa fuit, sed et prioris substitutionis argumentum præbet illud *verbum, qui ultimus decesserit*: quo tamen argumento Accurs. ne moveatur facit *l. vel singulis*, *sup. de vulg. sub.* cujus longe alia est ratio: hic §. est de substitutione in legato, *l. vel singulis* est de substitutione in hæreditate: hic §. est de substitutione facta extraneis verbis precariis, *l. vel singulis* est de substitutione facta liberis impuberibus verbis directis: qua quidem lege qui plures habet fi-

lios impuberes et novissimo morienti substituit directo in secundum casum, videtur jus legitimarum hæreditatum inter eos custodiri voluisse, et substitutum novissimo morienti capere non tantum portionem novissimi, sed etiam portiones præmortuorum inventas in hæreditate novissimi, id est, jure legitimo devolutas, id novissimum est, *l. qui duos, inf. de reb. dub.* hæc est hujus substitutionis vis et potestas, eademque erit vis precariæ substitutionis, si filio novissimo morienti substituerit precario, et ad constituendam differentiam hac in re inter substitutionem directam et precariam nihil movere debet *l. eum qui, inf. ad Trebell.* quæ non loquitur de eo qui novissimo morienti substituit simpliciter in hæreditatem totam, sed de eo qui novissimo morienti substituit precario, addita taxatione in partem tantum ei adscriptam : quo certe casu substitutus veniet tantum in eam partem, vel etiam ut ibi proponitur, si ea pars non appareat, substitutio precaria extinguetur. Secundum hunc §. exposita est *l. vel singulis.* Nunc ostendamus discrimen secundum hunc §. eum, qui legavit duobus libertis fundum, et supremo morienti substituit precario ut scilicet eum fundum restitueret aliis quibusdam : sane non potest videri jus legitimarum hæreditatum inter eos custodiri voluisse, cum inter libertos nullum sit jus successionis legitimæ : sunt enim inter se extranei, et etiamsi esset jus successionis legitimæ inter eos quia sunt puberes non impuberes, ea voluntas patroni frustra in his puberibus inhiberet testamenti factionem. Quid igitur restat, nisi ut dicamus, in hac specie inter eos libertos mutuo precariam substitutionem factam videri illis verbis : *qui ultimus decesserit,* non ut Accurs. sup. verbis quibus cavit ne fundum venderet : nam hæc verba, *ne fundum vendatis,* per se sola nudum præceptum efficiunt : ergo per se sola fideicommissum non inducunt, *l. filiusf.* §. *divi, sup. lib.* 1. et etiamsi id non dixisset ne venderent ex illo verbo, *qui ultimus decesserit,* nihilominus decedens duos gradus substitutionis precariæ fecisse videtur. Restat igitur, ea verba, *qui ultimus decesserit*, argumentum præbere substitutionis prioris, quæ palam verbis non est expressa, posteriorem substitutionem palam verbis esse expressam. Et ex ea tacite prioris argumentum duci, et *verbum* hoc accipit pro dicto, dum ait *verbum qui ultimus,* in *l. jam hoc jure, sup. de vulg. subst. hoc communi verbo,* sed proprie, ut Donatus scribit in Eunuchum Terentii, *axioma,* id est, *sententia sive divinatio, quæ uno ligatur et astringitur verbo, verbum a veteribus appellabatur.*

Ad §. 3. *Imperator.*

§. 3. *Imperator Alexander Augustus Claudiano Juliano Præfecto urbi : si liquet tibi, Juliane carissime, aviam intervertendæ inofficiosi querelæ patrimonium suum donationibus in nepotem fatis exinanisse, ratio deposcit, id quod donatum est, dimidia parte revocari.*

Claudius Julianus Præfectus urbi consuluit Imperatorem Alexandrum de immodicis et inofficiosis donationibus. Claudianus Julianus hic appellatur a Capitolino Claudius Julianus in Maximo et Balb. cujus refert gratulatoriam epistolam de morte Maximi. Apud Præfectum urbi instituebantur accusationes officii male præstiti, ut si libertus officia non debita exhibuisset patrono, querela officii male præstiti instituebatur apud Præfectum urbi, hic et querela inofficiosæ donationis instituta est apud Claudianum Julianum Præfectum urbi. Et quia nova erat querela donationis, dubitabatur an esset revocanda donatio, et pro qua parte : et ob id consuluit Imperatorem, qui rescribit quasi judici, *si liquet*, quod verbum pertinet ad judicem, *l. ubi*, *C. ad l. Cornel. de fals. l. Pomponius, inf. de re jud.* Et hoc primum rescripto querela inoff. donationis, ut indicat §. *ult.* hocque non obtinuerat antea, et consequenter postea etiam ultro dicta est querela inoff. dotis, utraque ad instar inoff. testam. hic origo illius tit. de inoff. donat. est ex rescripto Alexandri. Species hujus §. est : quidam universas suas facultates contulit, *intervertendæ,* inquit, *inofficiosi querelæ gratia*, hoc est ad imminuendam et eludendam querelam inoff. testamenti, ut ait *l.* 1. *C. de inoff. donat.* Et similiter intervertendi fideicommissi, *l. Titius, inf. ad Treb.* quod in Nov. εἰς ἐπιβουλὴν καὶ βλάβην τῆς ἀποκαταστάσεως, *imminutionem fideicommissi*, ut ait *l. sed et si lege,* §. *quod autem*, *sup. de petit. hæred. l. Imperator*, *l. deducta,* §. *ult. l. mulier,* §. *cum proponerem*, *ad Trebell.* Igitur avia intervertendæ querelæ inofficiosi causa, viva uni ex nepotibus donavit fere omnia sua bona, modicum sibi retinuit, atque ita sane fraudavit alterum nepotem justa portione, sed moriens eadem avia inofficiosum testamentum non fecit : nam utrumque nepotem hæredem instituit, ut quicquid erat residuum, etiamsi esset permodicum, haberent institutionis jure : sed fecerat ante inofficiosam donationem, eamque contulerat in unum ex nepotibus, omisso altero : movit Imperatorem æquitas, ut scilicet alteri nepoti exemplo inoffic. testamenti daret querelam inoff. donationis, per quam revocaret donationem pro dimidia parte. Igitur alter nepos donationem immodicam revocabit et rescindit pro dimidia parte : quæ verba videntur obscura Doctoribus nostris. Memini alias me vidisse disputatam hanc quæstionem misere ab his fuisse, sed cuilibet jurisperito prava videbitur opinio Bulgari et Azonis, sic est legendum

in Accurs. non *Hugol.* et *Martini*, qui dicunt non rerum donatarum eum dimidiam partem revocare, sed dimidiam quartæ partis rerum donatarum, id est, sescunciam: unciæ semis, quæ est portio legitima, quæ competit nepoti, et hoc ita esse confirmat *l. si mater, C. de inoff. donat.* et *Nov.* 92. Ergo tota donatio non rescinditur, non revocatur, etiam pro virilibus portionibus, sed quantum portioni debitæ, id est, quantum quadranti legitimæ portionis satis est, quantumque deest, quam *supplementi actionem* vocat Symmachus in epist. loquens de eadem re. Et consequenter si hæc avia quæ habebat duos nepotes, non filios, in extraneum contulisset immensam donationem in fraudem nepotum, in eversionem debitæ portionis, duo nepotes non revocarent totam donationem, sed tantum quadrantem rerum donatarum, eumque inter se dividerent ex æquo, et singuli haberent sescunciam quæ est portio debita; atque ita licet extranei hæredes scripti non detrahant Falcidiam ex donationibus inter vivos, detrahunt ex legatis, fideicommissis, mortis causa donationibus, inter vivos, detrahunt ex legatis, fideicommissis, mortis causa donationibus morte confirmatis: non detrahunt ex mortis causa capionibus, multo minus detrahunt ex donationibus inter vivos, *l. Seja*, §. *ult. de donat. caus. mort.* licet extranei non detrahant Falcidiam ex donationibus inter vivos, tamen liberi hæredes scripti, si ex ceterorum legatis, vel fideicommissis, vel mortis causa donationibus Falcidiam, id est, debitam portionem servare non possunt, eam servant sibi ex donatione inter vivos, et revocant Falcidiam tantum, vel quod Falcidiæ deest, non integras donationes, non viriles portiones: quod ita procedit, si hi liberi superstites fuerint donationis tempore. Nam liberi post immodicam donationem suscepti, donationem collatam in extraneum revocant in solidum, quia verisimile est parentem donaturum non fuisse extraneo si putaret se habiturum liberos, *l. si unquam, C. de revocand. donat.* qua ratione etiam ipsemet donator revocat donationem, quia de liberis non cogitaverat. Ergo vel ipse donator, vel liberi postea nati revocant donationem in solidum collatam in extraneum, quod etiam in legibus Longob. *l.* 14. *de successor*, et *l.* 1. *de eo quod filiis vel filiabus relinquere necesse parentes habent.* Collatam autem donationem in liberos liberi postea nati non revocant in solidum, sed pro ratione Falcidiæ tantum, *l. si totas, C. de inoff. donat.* Itemque donator ipse eam revocat tantum pro ratione Falcidiæ, id est, supplendæ Falcidiæ causa liberis postea natis: et hic est hujus quæstionis summa, et eorum omnium quæ hic Bart. multis verbis perquisiit, et si quid omissum, id etiam diluetur facile ex supradicta definitione, quale illud est, quod idem Bart. quærit, an beneficio *dict. l. si unquam* donator possit renunciare, puta dicendo, dono, nec revocabo, etiamsi postea liberos suscepero, intelligere potest quis eum posse revocare: nam cur est jus revocandi? quia verisimile est donaturum non fuisse si putasset se habiturum liberos; si igitur cogitasset de liberis, et nihilominus caverit se non revocaturum donationem, rata est cautio, et consequenter eodem casu cum renunciavit beneficio *l. si unquam*, ipsi liberi postea nati etiam ab extraneo non revocabunt donationem in solidum, sed pro ratione Falcidiæ. Verum ut docet responsum, ad fideicommissa vel legata pertinet hic §. sciendum est hoc rescriptum in hoc §. proponi propter §. sequentem, qui est de fideicommissis, cujus quæstio definitur ex hoc rescripto. Quidam habebat quinque filios: uni ex eis puta Cajo vivus donavit fere omnia sua bona; modicum residuum sibi servavit, ut Florent. scriptum, non reservavit: moriens testamentum fecit, et omnes filios hæredes instituit, et quasi satis non habuisset Cajo dedisse amplissimas facultates inter vivos, testamento ei prælegavit duo prædia, quæ sibi retinuerat, sed rogat Cajum ut ex reditibus rerum donatarum daret fratri tot aureos, alii tot. Cajus dicit, oneratam esse portionem sibi testamento adscriptam, et ideo vult uti beneficio leg. Falc. an potest ex fideicommissis fratribus relictis detrahere Falcidiam? respondet, eum debere præstare fideicommissum fratribus, quibus fratribus debeat reddere, maxime cum pater caverit in testamento qui etiamsi non cavisset, omnimodo fratribus redderet portionem, rescissa donatione, his præcepit Alexander citra voluntatem patris ut rescinderetur donatio: multo magis idem sequemur, cum præcepto Alexandri congruit voluntas patris, id est, cum jussit donatarium in quem amplas facultates contulerat, eumque præterea prælegato oneraverat, ut ex reditibus rerum donatarum certum fideicommissum præstaret fratribus. Igitur præstabit solidum fideicommissum sine deductione Falc. ad finem supplendæ debitæ portionis. Atque ita hic Cajus contra regulas juris quodammodo imputabit in Falc. donationes inter vivos, ea fideicommissa non imminuet. Hæc quæstio et species est facilis; sed non poterat definiri nisi proposito rescripto de inofficiosis donationibus.

Ad L. LXXXVIII.

Lucius Titius testamento ita cavit: Sed quid cuique liberorum meorum dedi, aut donavi, aut in usum concessi, aut sibi acquisiit, aut ei ab aliquo datum aut relictum est: id sibi præcipiat, sumat,

habeat: *filii nomine Calendarium fecerat: postea sententia dicta est : et placuit, id, quod sub nomine ipsius filii in Calendario remanserat, ei deberi, non etiam id, quod exactum in rationes suas pater convertisset : quæro : si id, quod exegisset pater ex nominibus filii ante testamentum factum, iterum post testamentum factum in nomen filii convertisset : an ad filium secundum sententiam pertineret : respondi, id, quod ex eadem causa exactum, in eandem causam rediisset deberi.*

Primum Scævolæ responsum ad hanc speciem pertinet. Pater prælegavit liberis ea, quæ dederat aut donaverat in usum concesserat: in jure disjuncta pro conjunctis accipiuntur, *l. sæpe, inf. de verb. signif.* Ubi utitur eodem exemplo liberis, vel servis, pater liberis dederat inter vivos, concesserat in usum, ut hic exprimitur: sic et in legib. Agrar. hæc distinguuntur *data, donata, concessa*: eisdem liberis pater prelegavit ea, quæ liberi sibi acquisiissent sua industria et parsimonia, et quæ eis ab aliquo data vel relicta essent, data a vivente, relicta a moriente, quæ omnia computantur in peculium filiorumf. et ideo patri acquiruntur jure patriæ potestatis, quæ in peculium paganum accepta feruntur, patri acquiruntur. Atque ita Tiberius adoptatus ab Augusto gessit se pro optimo filiof. cum hæreditates, et legata non perceperit aliter quam ut peculio referret accepta, Sveton. Et contra quæ in peculium filiisf. non imputantur, patri non acquiruntur, ut in specie *l. Papin. §. 1. sup. de inoff. test.* filiusfam. præteritus a matre agnovit bon. poss. litis ordinandæ gratia, id est, futuræ litis de inoff. testamento matris ordinandæ, et separandæ causa: nondum tamen instituit querelam inoff. testamenti, atque ita decessit: finita, inquam, est querela inoff. testamenti, quæ dabatur filii nomine, non patris, aut patris nomine, id est, filius querelam inoff. testamenti matris non transmisit in patrem quasi hæredem, quoniam filiusfam. hæredem habere non potest. Pater filiifam. non est hæres, nec ullus alius: jure etiam potestatis patris per filium non est acquisita quærela inof. testamenti, quæ nondum instituta fuerat filii nomine. Et qui eam instituit, non potuit invito filio, quoniam filii ignominia est, qui est præteritus, id est, exhæredatus silentio a matre, filii indignatio est, *d. l. Papin. in pr. l. filius eod.* Et licet filius agnoverit bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, tamen nihil videtur acquisiisse, id est, hæc bonor. possessio non auxit peculium filii, quoniam fuit sine re, id est, nondum fuit cum re, et ideo non videtur fuisse in peculio. Nihil igitur per eum videtur fuisse acquisitum patri, cum et ea non videantur fuisse in peculio filii, quod color fuerit quidam, et titulus futuræ quærelæ, non jus illud resve ulla filio quæsita ex ea indignatione, et ut Græci dicunt Illo loco : τὸ μὴ ὑφεστὼς οὐ λογίζεις πεκούλιον, et: τὸ μὴ δυνάμενον διὰ τὸ μη ὑφεστάναι εἰς πεκούλιον εἶναι, οὐδὲ προσπορίζεσθαι δύναται: *quod non existit, non computatur in peculium : quod non potest in peculio esse, ob id ipsum quia non extat, neque acquiri potest.* Igitur in specie proposita, etiam quæ liberi sibi acquisierunt, et peculio adventitio accepta tulerunt, et ea quæ perceperunt ab aliis inter vivos, et mortis causa, ea omnia sunt in peculio, et in hæreditate patris inveniuntur quasi acquisita patri: data quoque, donata, et concessa filiisf. morte patris finiuntur, et redeunt in communem hæreditatem patris, nisi prælegentur liberis quibus data sunt, qui ea acquisierunt: si sint prælegata liberis non veniunt in communem hæreditatem, sed liberi ea retinebunt præcipua judicio famil. ercisc. Itaque si pater, qui ita legaverat, ut dixi, filii nomine. Calendarium fecerit; id est, si certam pecuniam fœnori occupaverit sub nomine filii, et eam pecuniam cum usuris in suis rationibus filio adscripserit quasi peculiarem, filius judicio familiæ ercisc. eam pecuniam præcipiet, *l. ult. de pecul. leg.* quasi scilicet prælegatam superioribus verbis legati, quibus legari videntur omnia, quæ liberi habuerunt in peculio. Sed si pater eandem pecuniam quam nomine filii collocaverat exactam a debitoribus in rem suam nomenque suum transcripserit, prælegato non continentur, quia desiit esse in peculio, quia in eadem causa non mansit, sive ita eam transcripserit causam post testamentum, sive ante, nisi filius probet aliam fuisse voluntatem patris, *l. pen. §. ult. inf. de adimend. legat.* Quid si pater pecuniam exactam testamenti tempore in rem suam converterat, an prælegato continebitur. Resp. contineri quasi aucto prælegato post testamentum commutatis nominibus. Idem erit et si quid post testamentum filio præterea dederit, donaverit, concesserit, augebit enim prælegatum, et hoc est in primo responso.

Ad §. 1. A te peto.

§. 1. A te peto, Titi, fideique tuæ committo, uti curam condendi corporis mei suscipias: et pro hoc tot aureos e medio præcipito: *quæro, an si Lucius Titius minus, quam decem aureos erogaverit : reliqua summa hæredibus proficiat : respondi, secundum ea, quæ proponerentur, hæredum commodo proficere.*

Quidam testator Lucium Titium fecit curatorem funeris sui, et pro hoc jussit eum e medio præcipere decem aureos, id est, ad funus decem, e medio, id

est, e media hæredi'ate, ut ait in §. *quisquis*, *inf.* quæritur, an Lucio Titio decem aurei videantur legati: non videntur: cura tamen funeris ei mandata est, quasi amico et familiari; ut olim fieri solebat, ut dixi *l.* 17. *sup.* Svet. in Tib. *omnes amicitias, etiam quibus ea funeris curam moriens demandaverat.* Est igitur Lucius Titius curator funeris, non legatarius decem aureorum: et ideo si minus impenderit quam decem aureos, reliquum compellitur restituere hæredibus, quoniam summæ legatarius non fuit, reliquum quod non consumpsit in funus proficit hæredibus; curator funeris reliquis reddendis obnoxius est, ut tutor sive curator reip. ut œconomus. Idem dicendum de curatore monumenti: alius est funeris, alius est monumenti ædificandi curator, nam hæc cura separatim mandabatur testamento, *Plin* 6. *epist.* Inertia ejus cui cura mandata est. Hi omnes curatores si minus impenderint, residuum commodo hæredum proficit. Quod si curator funeris vel monumenti plus impenderit, id est, si quid ultra pecuniam delegatam in funus de suo impenderit, an id poterit repetere ab hæredibus? vide *l. qui aliena,* §. 1. *sup. de neg. gest. quod amplius erogatum est*, non posse repeti ab hæredibus, nec actione negot. gest. quoniam defunctus finem impensæ fecerat, quam curator monumenti excedere non debuit, et si excesserit, sibi imputare id debet: *nec*, inquit, *jure fideicommissi*: sic legendum, non, *de jure fideicommissi*: fideicommissarius in ea pecunia non fuit. Quæro, cur hic curator funeris minus possit impendere, ut in hac specie proponitur, quoniam testator non præcepit ut omnino impenderet, decem aureos, alioquin non posset minus impendere, nisi ipsemet testator modum excessisset: nam voluerunt in funeribus et sepulchris modum servari, Tull. 2. de legib. et non observari ineptas voluntates testatorum, qui magnificentiam funerum optant, et hoc declarat *l. cum in testamento*, *inf. de verb. sig.* in qua lege hæredes qui jussi sunt centum aureos consumere in funus, vel in monumentum, non possunt minus impendere, quoniam scilicet testator dixit, ut dumtaxat impenderent 100. aureos, qui articulus dumtaxat fidem facit quoad impendere liceat, et quoad id impendere necesse sit, ut in lege simpludearia de publicis funeribus apud Festum quibus adhibentur duæ litteræ D. et T. quod dicimus *dumtaxat*: igitur propter illum articulum, hæredes minus impendere non possunt: et si minus impenderint, contra voluntatem facere videntur: plus possunt impendere: qui plus impendunt, et quantum taxatum est impendunt: interest scire fecerit hæres citra voluntatem necne: nam olim hæredi hæreditas auferebatur ut indigno, *Paulus* 5. *Sentent. tit.* 5. *l. ult.* §. *ult. C. de fideic.* Ad hæc quæro, quid fiat si curator funeris vel monumenti, accepta pecunia in eam rem delegata funus non ducat, monumentum non faciat, quæ actio in eum hæredibus competit? si esset cohæres, competeret famil. ercisc. sed non est cohæres, sed nudus curator: placet extra ordinem eum posse compelli a prætore ut funus ducat, vel teneri eum actione de dolo, qui nihil fecit in funus: nec facit *l. et si quis*, §. *si cui funeris, sup. de relig.* Alii contendunt esse actionem mandati, et objiciunt *l. si vero non remuner.* §. *ult. sup. mand.* quæ actio si est, non potest esse de dolo, quia de dolo subsidiaria est actio. Verum alia est ratio §. ult. nam ibi mandavit inter vivos, mandatum contraxit vivus, ut post mortem scilicet monumentum faceret, et animus fuit contrahendi mandati, et constituendi procuratoris non curatoris: in hoc §. in *d. l. et si quis*, moriens funeris sui curam commisit Lucio Titio, nec fuit animus contrahendi mandati, animo solo discernuntur negotia. Interdum testator curatorem non facit funeris vel monumenti, sed legat certam pecuniam in funus, vel ad monumentum faciendum, *l.* 1. §. *ultimo*, *infra ad legem Falcidiam*, et hoc casu residuum quod non impenditur in funus, remanet apud legatarium: hæredibus non proficit, et in eo residuo legatarius patitur Falcidiam, ut illa *l.* 1. declarat §. *ult. inf. ad l. Falc.* Curator funeris vel monumenti in hoc comparatur mandatario, sive procuratori, et ut apud procuratorem sive mandatarium, *l. ex mandato*, *sup. mand.* ita apud curatorem funeris nihil remanere debet, sed legatarii alia est conditio, et ita in specie *l. crediti* §. *si inter*, *sup. mand.* Pater qui in collocanda filia cavit genero se filiam et servos ministerii causa ei traditos exhibituram, id est, educaturam suis sumptibus, si genero dederit certam pecuniam ad exhibendam uxorem, cujus exhibendæ onus pater sibi receperat, residuum ejus pecuniæ, quod non erit consumptum in exhibitione filiæ, pater repetet actione mandati: qui mandatum contrahit, ei mandatarius obnoxius est reliquis reddendis: sed si mandato non contracto ab initio in collocanda filia, et constituenda dote id actum est, ut pater dotem conventam non præstaret, sed præstaret genero dotis usuras, quoad integram dotem solveret, et interim ut gener sustineret onus exhibendæ uxoris atque ita ut ipse pater daret usuras dotis genero, et vicissim gener sustineret onus exhibendæ uxoris: hoc casu residui repetitio non est, id est, ex usurarum pecunia, quod non est consumptum in exhibitione uxoris pater non potest repetere: nec enim hoc mandatum contractum, sed mutatio veluti quædam facta est usurarum cum oneribus matrimonii, si id actum est vel tacito intellectu, id est, si actum est

expresse, vel intellectu, *l. ossa*, §. *ult. sup. de relig.* § *quæ marito* exposui in *l.* 76. §. *ult.*

Ad §. 2. *Quisquis.*

§. 2. Quisquis mihi hæres hæredesve erunt hoc amplius Lucius Eytychus, quam quod eum hæredem institui, a media hæreditate sumito, sibique habeto una cum Pamphilo, quem liberum esse jubeo, instrumentum tabernæ ferrariæ, ita ut negotium exerceatis. *L. Eytch. viva testatrice decessit: pars hæreditatis ejus ad cohæredem pertinuit: quæro, an Pamphilus eodem testamento manumissus, ad petitionem partis instrumenti admitti possit: licet taberna, ut voluit testatrix, exerceri non possit: respondi, admitti.*

Duos hæredes scripsit Primum et Secundum, prælegavit Primo et Pamphilo eodem testamento manumisso, qui non erat hæres, instrumentum tabernæ ferrariæ, ita ut ambo eam tabernam exercerent: taberna ferraria non hic est in qua fit ferrum et fabricatur: privatis enim non licebat ejusmodi habere tabernas, et ferrum facere, *l. ult.* §. *Mævius, sup. de pub.* sed hic est taberna fabri ferrarii: Gall. *Mareschal*: a Plinio appellatur officina ferraria lib. 13. *Tudes ferrariis officinis præcipua.* Igitur legavit uni ex hæredibus, id est, Primo et Pamphilo conjunctim instrumentum omne tabernæ ferrariæ: vivo testatore decessit: hæreditatis portio ei adscripta accrescit cohæredi si non mutaverit testamentum jure antiquo, non ex legibus caducariis: sed hic locus accipiendus est secundum jus antiquum. Quæritur, an post mortem testatoris Pamphilus possit petere partem instrumenti? dubitationem facit quod duobus legavit instrumentum, ita ut ambo id exercerent, sed jam non sunt ambo: videtur igitur deficere causa legati: an igitur licebit partem petere? respond. licere, nec extinctum esse legatum, et causam legandi non cohærede legato, finita causa et modo, non finiri legatum: quæritur quam partem petere possit Pamphilus? (Azo intellexit recte) dico Pamphilum petiturum partem reliquam instrumenti tabernæ ferrariæ, quæ jure legati constitit, id est, tam partem suam quam partem Primi collegatarii. Primus enim instrumenti tabernæ ferrariæ habuit partem dimidiam, aut erat habiturus, concursu alteram dimidiam habiturus erat Pamphilus. Sed an illam dimidiam habuisset duplici jure, partem jure hæreditario, partem jure legati? nunc sic statuo: pars hæreditatis quam Primus habuit in instrumento ejus tabernæ accrescit cohæredi, pars quam Primus habuit in eo instrumento jure legati accrescit collegatario, id est. Pamphilo, cum fuerit ex conjunctis re et verbis. Itaque deducta portione hæreditaria, quam in eo instrumento habuit Primus, reliquum omne instrumentum debetur Pamphilo jure legati.

Ad §. 3. *Sempronia.*

§. 3. *Sempronia substituta hæredi instituto, legata accepit, si hæres non esset, movit contra institutum actionem, quod dolo ejus factum esse dicebat, quo minus testatrix volens primo loco scribere eam hæredem, testamentum mutaret, nec obtinuit: quæro an legati persecutionem salvam haberet: respondi, secundum ea, quæ proponerentur, salvam habere.*

Quidam hæredi instituto substituit Semproniam in primum casum, id est: in vulgarem casum, et si Sempronia hæres non esset ex substitutione vulgari, id est, si institutus adiisset, aditio extinguit substitutionem vulgarem: Semproniæ legavit centum: post mortem testatoris Sempronia egit adversus hæredem institutum qui adierat hæreditatem, atque ita extinxerat substitutionem, dicens dolo ejus factum quo minus testator mutaret testamentum, qui volebat Semproniam primo gradu hæredem instituere: egit Sempronia adversus hæredem institutum actione de dolo, vel actione in factum prætoria, ut recte Accurs. *Nov.* 115. *de causis exhæredationis*, adhibita Juliani interpretatione, quæ actio est in simplum quanti ea res est: posteriore loco idem Accurs. quasi mutata sententia perperam ex ea causa esse condictionem ex lege in duplum, ex *Nov.* 134. cum tamen in eo loco *Nov.* non proponatur actio adversus prohibentem testamentum fieri, qualis hæc est, qua usa est Sempronia adversus hæredem institutum. sed adversus præsidem provinciæ, qui pecuniam exigit ab his qui testamentum faciunt: id est, qui non approbat testamenta, nisi quasi jus testandi ab eo data pecunia testatores redemerint. Est igitur ex ea *Nov.* actio, ut eam pecuniam restituat in duplum: hæc actio datur testatori: illa qua egit Sempronia non datur testatori, sed ei cujus interest testatoris, interclusam libertatem testandi non fuisse: et ita Sempronia non egit ea actione, quæ in præsides tantum competit; sed egit de dolo, quod dolo hæredis factum sit, quo minus testator mutaret testamentum, et non obtinuit: hac actione quæritur an legati petitionem amiserit? qui impugnat testamentum, amittit legati petitionem, ut is qui falsum testamentum dixit de inofficioso, nec obtinuit. At Sempronia certe non impugnavit testamentum, sed de dolo tantum hæredis egit, et ideo non repellitur a legato. Et ita is qui injustum testamentum dixit id est, minus solemne, et non obtinuit, non repellitur a legato, quoniam testamentum non nu-

pugnavit aut accusavit, sed de juris solemnitate disputavit, an solemne esset testamentum, *l.* 5. §. 1. *et l. pen. inf. de his quæ ut ind.*

Ad §. 4. *Testator.*

§. 4. *Testator legata ante quinquennium vetuit peti præstarique. Sed hæres quædam sua sponte ante quinquennium solvit. Quæsitum est an ejus, quod ante diem existentem solutum est, repræsentationem, in reliqua solutione legati reputare possit: respondi, non propterea minus relictum videri quod aliquid ante diem sit solutum* (*a*).

Quidam testator pluribus legata dedit, et vetuit, aut cavit ne præstarentur ante quinquennium, sed præstarentur ad finem quinquennii: nam qui vetat præstari ante quinquennium, vult præstari ad finem quinquennii, sicut qui promittit ante Calend. se daturum, perinde est ac si Calendis promiserit: hæres autem uni ex legatariis ultro repræsentavit legatum, et solvit ante diem, quod potuit facere, *l. post mortem, C. de fideicom.* Quæritur in ponenda ratione legis Falcidiæ, an hæres repræsentationem ejus legati reputare possit ceteris legatis, quasi ita oneratus super dodrantem, qui si non festinasset ante diem legatum solvere, integrum quadrantem habuisset: sed commodum minuendi temporis in repræsentando legato amisit, cui prospexerat testator ne oneraretur supra modum legitimum, dum solutionem legatorum distulerat in quinquennium. Et merito Scævola respondet, eum hac ratione nequaquam posse ceterorum legata minuere jure Falcidiæ, quoniam ipse sibi onus accersivit, stultitia ejus legatariis damno esse non debet. Neque adversatur quod ante *Nov. Just. de hæredib. et Falcid.* constitutum fuit, hæredem qui interveniente Falcidia uni ex legatariis solvit legatum integrum, non ideo minus ex ceterorum legatis Falcidiam detrahere posse, *l.* 15. §. *non idcirco, ad leg. Falcid. l.* 6. §. *ult. Cod. eod.* Nam hoc casu hæres ab initio ab ipso testatore oneratus fuit legatis: nostro casu a testatore non fuit oneratus, sed id ipse se oneravit, et quibusdam festinavit solvere legata ante diem: et ideo hoc ceteris damno esse non potest. Delenda sunt omnia quæ scripsit Accurs. sic et in contextu legendum est *reputare*, non ut Flor. *repudiare*, et legendum *deberi*, non ut est adnotatum in margine Flor. *Non deberi*: et est similis error in *l. pen. inf. de dote præleg. l. Titia*, §. *an nutu, sup.*

(*a*) *Vide Merillium variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 18.

Ad §. 5. *Lucius Titius.*

§. 5. *Lucius Titius testamento ita cavit: prædiolum meum dari volo libertis libertabusque meis, et quos hoc testamento manumisi, et Sejæ alumnæ meæ, ita ne de nomine familiæ meæ exeat, donec ad unum proprietas perveniat: quæro, an Seja in communione cum libertis habeat portionem, an vero sibi partem dimidiam ejus prædioli vindicare possit: respondi, perspicuam esse testantis voluntatem, omnes ad viriles partes vocantis.*

Quidam prædium legavit libertis et Sejæ alumnæ suæ his omnino verbis: *ne de nomine familiæ meæ exeat, donec ad unum proprietas perveniat.* Alumni numerantur in familia: nam et in hanc rem hic locus est notandus; Sejam libertorum loco esse. Quæritur autem Sejæ alumnæ utrum debeatur dimidia portio prædii, an virilis? erant plures liberti et libertæ, legavit libertis et Sejæ: de partibus quæritur, an dimidiam habebunt liberti, dimidiam Seja, vel an fiet divisio in capita? lex ait virilem tantum portionem deberi Sejæ: opponitur *l. si quis, sup. de usuf. accresc.* Quidam legavit usumf. Attio et hæredibus, non fient viriles portiones, et quod notandum est, hæredes eo casu pro dimidia parte videntur vice mutua legato obstringi. Cum quis legat suis hæredibus, videtur vicissim eis legare, ut alter alteri præstet legatum vice mutua *l. quid ergo. l. ab omnibus*, §. *si Attio. lib.* 1. *sup.* verum hæredes habebunt tantum dimidiam, Attius alteram dimidiam: similiter obstat *l. interdum, sup. de hæred. instit.* testator ita dixit: *Primus et filii fratris mei hæredes sunto.* Primus erit hæres ex semisse, fratres filii ex altero semisse, eadem ratio intervenit in *l.* 9. *sup. de vulg.* quanquam Justin. eam abrogaverit *l. ult. C. de impub.* Pater filio impuberi ita substituit in secundum casum: *quisquis mihi hæres erit, simul et Titius filio meo impuberi hæredes sunto.* Plures hæredes instituerat sibi ex substitutione pupillari: ait Labeo, Titium habiturum semissem, hæredes patris alterum semissem, non fient viriles portiones. Cur idem non dicis in hac specie? cur eamdem rationem non observabis? His omnibus quæ objici possunt, Scævola satis respondet, dum ait, perspicuam esse voluntatem testantis, omnes ad viriles partes vocantis; in obscura voluntate duo semisses fierent, sed hoc perspicue voluit, ut viriles portiones fierent, unde colligis id perspicue voluisse testatorem qui non tam personarum quibus legabat quam familiæ suæ rationem habuit, ut præceptum legato subjectum demonstrat, *ne de nomine familiæ suæ exeat quoad eorum aliquis*

supererit. Et perinde est atque si familiæ prælegasset simpliciter: quo casu viriles partes fierent, *l. cum pater*, *§. hæreditatem*, *sup.* Nugantur qui in hac specie dicunt fieri inter legatarios viriles portiones, quod legatarii fuerint per damnationem: hæc enim verba *dari volo*, esse damnationis verba: sed aptantur etiam fideicommissis, et inter legatarios per damnationem non est jus accrescendi: hoc ita nisi aliud voluerit testator, ut legatarii per damnationem uterentur invicem jure accrescendi: quodammodo enim in hac specie ex verbis testatoris inducitur jus accrescendi, quia dixit, *donec ad unum proprietas perveniat*, id est, ut morientis portio reliquis accrescat, ita ut ad novissimum totus fundus pertineat, *l. codicillis*, *in princ. de usufr. leg.* Falsum est igitur in hac specie, inter legatarios non esse jus accrescendi, et manifesto adversum voluntatem testatoris: et præterea mallem dicere, libertos et Sejam in hac specie fideicommissarios fuisse, non legatarios per damnationem: verba hoc patiuntur, *dari volo*, quæ sunt communia fideicommissorum et legatorum per damnationem: et fideicommissarios fuisse etiam ex eo colligo quod demonstret vindicare eos posse prædium relictum, quod non possunt legatarii per damnationem in fideicommissis. In rem missio, quæ ante Justinianum fuit, est similis in rem actioni, sicut persecutio fideicommissi est similis actioni ex testamento in personam. Atque ita ut legatorum per vindicationem, ita fideicommissorum variæ erant actiones, id est, in rem et in personam, legatorum per vindicationem et his similium fideicommissorum: in rem missio est fideicommissi persequutio, utraque extraordinaria: variæ erant actiones, id est, in rem, et in personam: legatorum per vindicationem, *l. cum filius*, *§. variis*, *sup.* puta in rem et ex testamento, hodie est hypothecaria: addere debuit illo loco per vindicationem, esse etiam actionem ad exhibendum et in factum, quæ præsidio est actioni ad exhibendum docet *l. quod legatur, sup. de judiciis l.* 63. *sup.* atque ita plane variæ sunt actiones.

Ad §. 6. Impuberem.

§. 6. *Impuberem filium hæredem instituit: uxori dotem prælegavit*, *item ornamenta, et servos*, *et aureos decem, et si impubes decessisset, substituit*: *a quibus ita legavit*: Quæcumque primis tabulis dedi, eadem omnia ab hæredis quoque hæredis mei in duplum dari volo. *quæritur*, *an ex substitutione*, *impubere mortuo*: *dos quoque iterum debeatur*: *respondi non videri de dotis legato duplicando testatorem sensisse. Item quæro, cum corpora legata etiam nunc ex lucrativa causa possideantur, an a substitutis peti possint: respondi*, *non posse.*

Filium impuberem heredem instituit, et ei substituit in secundum casum, id est pupillariter: variis legata dedit, et in his uxori dotem prælegavit, et alia quædam, deinde legata relicta a filio hærede instituto in primis tabulis repetiit in secundis tabulis a substituto, ut si locus esset substitutioni, ea legata substitutus præstaret in duplum, quæ semel legavit ab instituto ac præstari voluit a substituto: mortuus est impubes ante pubertatem, atque ita substitutus ex substitutione ei hæres extitit. Quæritur, an etiam dotem prælegatam uxori debeat præstare in duplum? minime, ut Scævola respondet: quoniam dotis æs alienum est potius, id est, redditur dos potius quam datur, et quasi quodammodo frustra prælegatur salvo commodo repræsentationis, *l.* 2. *§. ult. l. pen. inf. de dote præleg.* Rursus quæritur in hac eadam specie, an hic substitutus teneatur his qui jam corpora legata nacti sunt ex causa lucrativa? Resp. non teneri, quia duæ causæ lucrativæ in eandem rem concurrere non possunt. Imo teneri dices, quia duplicata sunt legata, et cessat illa regula, quoties testator voluit præstare duplicata legata. Scævola putabat corporum legata duplicata non fuisse, sed quantitates tantum: nam quantitates multiplicationis capaces tantum sunt: itaque dum jussit præstari legata in duplum, de pecuniariis intellexit, quæ proprie multiplicationem recipiunt, non de corporum legatis, nisi legatarii id probent, quod notandum, et dos consistebat in quantitate ut plerumque fit, sed hæc tamen etiam duplicatione eximitur.

Ad §. 7. Civibus.

§. 7. *Civibus meis do lego chirographum Gaji Seji*: *postea codicillis vetuit a Sejo exigi*, *et ab hærede petit*, *ut ex alterius debitoris debito quem codicillis nominavit*, *eandem sumam reipub. daret*, *quæsitum est*: *si posterior idoneus non esset*, *an integram quantitatem hæredes præstare debeant? respondi*, *hæredes reipub. adversus eum dumtaxat debitorem qui novissimis codicillis* (*ut proponitur*) *designatus est*, *actionem præstare debere.*

Species est: legavi civibus chirographum Seji, modo ait civibus suis, modo reip. suæ: nihil enim refert: civitati an reip. legem, *l.* 2. *inf. de reb. dub.* Igitur civibus suis legavit chirographum Caji Seji, videtur legasse actionem crediti quam habet in manu, et hæres nihil amplius ex hoc legato præstare debet quam actionem: summam quam debuit Cajus non debet præstare: et si Cajus sit egenus, inutile erit legatum: quia vanis est actio

propter inopiam rei, quæ sola est in legato *l. servum filii*, §. *eum qui*, *l. legatum ita erat*, *sup. lib.* 1. At deinde hic idem testator legatum hoc quod reliquerat reip. in testamento, in codicillis ademit reip. et Cajum liberari jussit: sed rogavit hæredes suos, ut reip. ex alterius debito tantamdem pecuniam persolveret. Quæritur, hoc posteriori legato, utrum videatur legasse summam, an actionem tantum: et ait recte, quod sicut testamento reip. legaverat nomen tantum aperte, sive chirographum, id est, actionem, ita codicillis vice ejus legati quod testamento relictum videtur, tantum aliud nomen legasse. Itaque hæres cedendo actionem liberatur adversus alterum debitorem quem nominavit et designavit codicillis, et si inops sit debitor, atque ita sit inanis actio, non ideo magis hæres tenebitur reip. Nec mutat quod codicillis dixit ut hæres præstaret reip. eandem summam: nam ideo tenetur in summam ipsam, quandoquidem adjecit eandem summam ex debito illo, ita verosimilius est, argumento ducto ex priori legato, eum nomini nomen substituisse, non testamento nomen legasse, codicillis summam, non etiam nomini summam substituisse, et ex qualitate prioris legati elicitur qualitas posterioris: et ne objiciatur hic *l. Paula*, §. *ult. inf. lib.* 3. quoniam ibi non fuit argumentum tale, nulla talis conjectura: sed res unde gesta est: species est; quidam plures hæredes scripsit, et alumno suo legavit quinquaginta: ea (quod notandum) voluit præstari a Julio Mauro colono suo ex pensionibus debitis ab eo, et eidem Mauro quædam legavit: legendo eum textum, statim quis existimabit legatum fuisse relictum a Julio Mauro quasi a legatario: nam et legaverat aliquid, et si non legasset, posset relinqui a Julio Mauro, quasi reliquatore: nam a debitore legari potest per fideicommissum. Sed hoc non dicendum: nam in hac specie testator non est loquutus cum Julio Mauro, id est, *Julii dato ex reliquis alumno*: locutus est cum hærede, et cavit ut hæres daret quinquaginta a Julio Mauro, hoc est quæ sumeret a Julio Mauro, ut *l. quidam*, *in princ. sup. lib.* 1. Deinde hæredibus scriptis fiscus fecit controversiam hæreditatis, vindicans hæreditatem velut ab indignis, et pendente lite jussu procuratoris Cæs. Jul. Maurus debiti hæreditarii ex pensionibus prædiorum solvit reliqua fisco, quod jussum est legitimum: nam sicut pendente lite de hæreditate, atque ita cum nondum constat quis sit hæres, creditoribus hæreditariis datur electio, ut agant vel cum possessore, vel cum petitore, *l. ult. C. de pet. hæred.* Ita etiam judicis arbitratu pendente lite debitores hæreditarii solvent vel possessori vel petitori, in ea specie hujus litis arbiter Procurator Cæsaris, qui solet judicare inter privatum et fiscum, Julium reliqua jussit solvere fisco: deinde hæredes scripti obtinuerunt adversus fiscum: quæritur, an alumnus possit a Mauro fideicommissum petere? Resp. non posse: nam is primum solvit quod debebat fisco, fiscus restituere debet hæredibus scriptis; deberi fideicommissum non videtur relictum a Julio, sed ab hæredibus, dum testator dixit a Mauro, videtur tamen demonstrasse unde pecuniam sumeret, nec videtur nomen legasse, sed summam. Itaque nomine perempto salva erit persequutio fideicommissi adversus hæredes scriptos, hic nullum subest argumentum ut sub[illegible] in hac specie §. *Filiam* exposui in *l. cum pater*, §. *filius matrem*.

Ad §. 8. *Quisquis.*

§. 8. Quisquis mihi hæres erit, sciat, debere me Demetrio patruo meo denaria tria, et deposita apud me a Seleuco patruo meo denaria tria, quæ etiam protinus reddi et solvi eis jubeo: *quæsitum est, an si non deberentur, actio esset*: *respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso.*

Hujus §. ex lectione sola statim satis intelligetur species: ex ea igitur id tantum colligamus, causam debiti, quæ adscribitur in legato, etiamsi falsa sit causa, etiamsi nihil debeatur, legatum non vitiare. Igitur etsi ex scriptura legati non sit actio quasi ex debito; re enim mutuum et depositum contrahitur, quibus exemplis utitur hic: confessione, vel consensu solo mutuum aut depositum non contrahitur. Igitur ex hac scriptura legati non erit actio quasi ex debito quod non est, sed erit actio quasi ex legato, *l. Lucius*, §. 1. *inf. lib.* 3. *l. Æmilius*, §. *ult. de lib. leg.* nisi scilicet hæres probet evidenter testatorem non habuisse animum legandi, id est, reddendi animum habuisse non dandi: in dubio videtur quæsisse prætextum legato: uno casu ex hac scriptura neque ex debito, neque ex legato est actio, videlicet si in fraudem legum prætextu debiti incapaci legaverit, id est, si finxerit se reddere quod dabat incapaci: reddimus recte, non damus recte: hoc casu nulla est actio nec ex debito, nec ex legato, *l. qui testam. sup. de probat. l. cum quis*, §. *pen. inf. lib.* 3. Et ideo in specie *l. qui uxori*, *inf. de auro et arg. leg.* quæ congruit cum hoc §. ponendum est, uxorem cui legabatur fuisse capacem, et ideo prætextum et obtentum debiti non vitiare legatum uxori relictum. Nam præter decimam bonorum quæ matrimonii nomine uxori legari poterat, quæque in ea lege proponitur fuisse legata, et alia quædam legari uxori poterant ex aliis causis, aliisque nominibus, Ulp. in *Fragm. tit.* 15. Atque ita ponendum est in ea *l.* uxori omnia fuisse jure legata, et hujus juris de capacitate uxoris vel mariti vestigia demonstravi

sup. *l.* 45. unum omisimus de tertiæ partis legato, cujus beneficio liberorum erat capax uxor, *l. Lucius*, §. *maritus*, *inf. ad Treb.* Alio casu ex hac scriptura legati debiti actio constituitur, actio quasi ex debito constituitur, vel debiti probatio certa inducitur, ut si testator affirmaverit se jusjurandum dedisse creditori, fore ut pecunia redderetur, *l. cum quis*, §. *codicillis*, *inf. lib.* 3. Species est. Quidam codicillis cavit, ut darentur quindecim millia Maximo, quæ ut dixit, acceperat in causam depositi a patruo Maximi, ea lege ut ea cum usuris Maximo restitueret, cum ad 25. annum pervenisset: lex dicta erat filio fratris in contractu depositi, non inutiliter, ut in *l. Publia*, *in princ. sup. depos.* Accesserat etiam in eo deposito conventio usurarum non inutiliter, *dict. l. Publia*, §. 1. *et l. Lucius eod.* et illa 15. millia cum usuris efficiebant triginta millia, quæ nominatim præstari jussit, id est, usuræ æquabant sortem, si recte rationes supputes, quæ etiam non poterant supra eum modum deberi, usuræ nequaquam excedunt duplum, *l. si non sortem*, §. *supra duplum*, *de condict. indeb.* Quæritur in eo §. deficiente omni probatione depositi an ad petendam pecuniam depositam sufficiat scriptura codicillorum? et ait, secundum ea quæ proponerentur, videlicet testatorem affirmasse se jusjurandum dedisse patrono Maximi de reddenda pecunia cum usuris filio fratris, et jurisjurandi memoria et interpositio facit ut omnimodo credamus scripturæ et ut admittamus actionem, non tantum quasi ex legato, sed etiam ex deposito.

Ad §. 9. *Lucius Titius.*

§. 9. *Lucius Titius Damam et Pamphilum libertos suos ante biennium mortis suæ de domu dimisit, et cibaria, quæ dabat, præstare desiit : mox facto testamento, ita legavit :* Quisquis mihi hæres erit, omnibus libertis meis, quos hoc testamento manumisi, et quos ante habui, quosque, ut manumittantur, petii, alimentorum nomine in menses singulos certam pecuniam dato : *quæsitum est, an Damæ et Pamphilo fideicommissum debeatur : respondi, secundum ea, quæ proponerentur, ita deberi, si hi: qui petent, manifeste docerent, eo animo circa se patronum, cum testamentum faceret, esse cæpisse, ut his quoque legatum dari vellet: alioquin nihil ipsis præstetur.*

Patronus iratus libertos duos Damam et Pamphilum exclusit, dimisitve de domo, et cibaria quæ eis dabat, destitit præstare, deinde moriens omnibus libertis generaliter legavit certam summam in menses singulos alimentorum nomine. Quæritur, an Damæ etiam et Pamphilo debeatur legatum alimentorum, cum proponatur legatum omnibus suis libertis? Respondet Scævola, legatum alimentorum non deberi Damæ et Pamphilo, quasi scilicet non videatur sensisse testator de his quibus alimenta præstare desiit, quibusque interdixit domo: amicis tantum legamus, amici non sunt quibus interdiximus domo. Hic enim erat modus olim dissolvendæ amicitiæ, Cornel. Tacit. *lib.* 5. Cæsar in Com. Non videtur igitur legasse Damæ et Pamphilo : verum si Dama et Pamphilus probaverunt gratiam reconciliationis factam, conjectura voluntatis admittentur ad legata, arg. *l.* 4. *inf. de adim. leg.* Id singulare est in hac l. de dimissione illa de domo, quæ offensionem animi declarat. §. *Damæ* explicat *l. cum pater*, §. *volo*, *sup.*

Ad §. 10. *Scævola.*

§. 10. *Scævola : Codicillis Gajo Sejo centum legavit : ejusque fideicommisit, etc.*

Legata erant Cajo centum sub onere fideicommissi, ut ea restitueret ancillæ testatoris, an utile est fideicommissum? Minime, quia servo proprio inutiliter relinquitur sine libertate: utile etiam legatum non est quoniam testator id apud Cajum remanere noluit, et statim restitui voluit ancillæ suæ: utrumque igitur est inutile et legati petitio non est, *l. si quis eum*, *inf. de condit. et dem.* Est tamen retentio legati, si quo casu legatarius nactus sit legatum; idque exposui in *l.* 17. *sup.* et nominatim hic dicitur acceptum legatum hæredi Cajum restituere non compelli, quia retentionem habet : id tamen petere eum non posse. In hac specie ab initio inutile fuit fideicommissum relictum servo proprio, non adscripta libertate : sed si fideicommissum fuerit utile ab initio et postea defecerit, tunc hæredis commodo non proficit, et legatario competit petitio legati nedum retentio, *dict. l.* 17. *et l. Julianus*, *sup. l. pater*, §. *fideicomm. inf. lib.* 3. Hodie huic responso non est locus, quia ex constitutione Justiniani servo proprio utiliter legatur sine libertate, *l. pen.* §. *illo*, *C. de necessar. servis*, et hæc est summa eorum omnium quæ hic Accurs. et Bart. pertractarunt.

Ad §. 10. *Insulam.*

§. 10. *Insulam libertis utriusque sexus legavit: ita ut ex reditu ejus masculi duplum, fœminæ simplum percipiant, eamque alienari vetuit : ex consensu omnium ab hærede venundata est : quæro, an et ex pretio insulæ duplum mares, simplum caperent fœminæ : respondi, ob pretium nullam fideicommissi persecutionem esse : nisi ea mente venditioni consenserunt, ut similiter ex*

pretio mares quidem duplum, fœminæ autem simplum consequantur.

Quidam libertis utriusque sexus per fideicommissum reliquit domum, ita ut ex reditu ejus fœminæ simplum, mares duplum caperent: et vetuit ne domus alienaretur extra familiam libertorum: quæ verba aliud fideicommissum efficiunt mutuum inter libertos: post mortem ejus omnium libertorum consensu hæres eam domum vendidit extraneo: posterius fideicommissum extinguitur, quia domus relicta libertis vendita est ab hærede, consentientibus libertis. Itaque consensu prioris fideicommissi petitionem amiserunt, *l. nihil*, §. 1. *sup. lib.* 1. et dixi in *l. Titia*, §. *Luciam*: *sup.* Sed additur exceptio hic, nisi liberti consenserint venditioni, ea mente, ut pretium ex venditione redactum ad eos rediret, utque easdem partes haberent in pretio, quas in legato, id est, ut altero tanto plus haberent mares quam fœminæ: alioquin si hac mente eos fuisse non constet, amiserunt fideicommissi petitionem; et ait, testatorem cavisse, ut ex reditu domus mares duplum, fœminæ simplum caperent; quid vocat reditum? reditus in libris nostris proprie et semper est pecunia, quæ ex locatione prædiorum redigitur *l. fundi*, *inf. de usuf. leg. l. liberto*, *inf. de annuis leg.* Et dicitur reditus a redigendo, cum et redactus dicatur in *l. defuncta*, §. *pen. sup. de usufr. Pallad.* 1. *in Julio cap.* 2. *et Septemb. cap.* 8. Sed necesse est explicari speciem *l. liberto*, *in princ.* cum eam hic adducat Accurs. Quidam ita legavit, *illi præstari volo quoad vivet*, etiamsi non dixisset, *quoad vivet*, legatum reditus finiretur morte, *dict. l. fundi*, sed referamus integram orationem. Dixit igitur, *illi præstari volo quoad vivet*, *omnis reditus qui e prædiis*, vulgo, *quæ pro prædiis*. Floren. *quæ prædiis*: leg. *qui e prædiis a colonis vel emptoribus fructus ex consuetudine domus meæ præstatur.* Igitur legavit quinquagesimam partem omnis reditus qui præstaretur ex consuetudine domus suæ a colonis; ubi emptoribus oportet interpretari *conductoribus fructus*: verissime. Nam reditus est tantum id quod redigitur ex locatione, et constat in locatione et conductione nos promiscue uti emptionis verbo, *l. veteres*, *et l. seq. sup. de act. empt.* Utraque lex est de publicanis, aut pertinet ad edictum de publicanis, qui conducunt fiscalia, et emptores dicuntur sive redemptores: nam veteres et emptionis, et venditionis verbo promiscue utebantur, non ita scilicet ut emptionem acciperent pro venditione, et venditionem pro emptione; sed quomodo? id explicat *l. seq.* id est, *in locatione*, *et conductione*: nam certum est in *l. seq.* legendum *esse, id est*, *et in locatione*: ac si diceret utimur emptionis verbo non tantum in contractu emptionis, sed et promiscue in contractu locationis, et locatorem, venditorem appellamus, conductorem, emptorem; nam locatio est affinis emptioni, et merces appellatur pretium, et ita Hygenus *lib.* 2. *de limit. const. mancipibus vendentibus*, id est, conducentibus, locantibus in annos singulos. Festus in verbo *vendit. venditiones*, inquit, *omnes appellabantur locationes Censorum.* Idem in verbo *redemptores.* Hic igitur et in *l. liberto* emptores sunt conductores. Igitur ex reditu legavit quinquagesimam, deinde hæres vendidit prædium, ex cujus reditu legaverat quinquagesimam: potuit vendere; nec enim prædium fuit in legato, sed portio reditus. Quæritur, an legatario debeatur quinquagesima usuræ pretii, quæ ex consuetudine in ea regione frequentatur. Alius est reditus prædiorum, qui scilicet reficitur ex locatione, alius est reditus pecuniæ, ut *l. litis sup. de præscript. verb.* qui scilicet reficitur ex usuris. An igitur vendito prædio, legatario cui prædii reditus quinquagesima fuit legata, nunc debebitur quinquagesima reditus pretii? Minime: nam interest hæredis mei ne hoc ita fiat. Alia est ratio reditus prædiorum, alia reditus pecuniæ: reditus pecuniæ est certus, reditus prædii non est certus, modo minor, modo major: et ideo hæres non præstabit legatario reditum pecuniæ, sed quinquagesimam partem reditus prædii venditi, id est, æstimationem, et explorabitur singulis annis quantus fuerit reditus, et an ex locationis pretio diminutum fuerit.

Ad §. 11. *Instituto.*

§. 11. *Instituto filio hærede, et ex eo nepotibus emancipatis, testator ita cavit*: Βούλομαι δὲ τας ἐμὰς οἰκίας μὴ πολεισθαι ὑπὸ τῶν κληρονόμων μοῦ, μηδὲ δανείζεσθαι κατ᾽ αὐτῶν ἀλλὰ μένειν αὐτὰς ἀκεραίας αὐτοῖς, καὶ υἱοῖς, καὶ ἐκγόνοις, εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον. ἐὰν δέτις βουληθῇ αὐτῶν πωλῆσαι τὸ μέρος αὐτοῦ, ἢ δανείσασθαι κατ᾽ αὐτοῦ, ἐξουσίαν ἐχέτω πωλῆσαι τῷ συγκλερονόμῳ αὐτοῦ, καὶ δανείζεσθαι παρ᾽ αὐτοῦ. ἐὰν δέ τις παρὰ ταῦτα ποιήσῃ. ἔσται τὸ χρηματιζόμενον ἄχρηστον καὶ ἄκυρον, id est, Volo meas ædes non vendi ab hæredibus meis, neque fœnerari super eas: sed manere eas firmas, simplices meis filiis et nepotibus per universum tempus. Si autem aliquis eorum voluerit vendere partem suam vel fœnerari super eam: potestatem habeat vendere cohæredi suo, et fœnerari ab eo: si autem aliquis præter hæc fecerit, erit, quod obligatur inutile atque irritum: *quæritur cum filius defuncti mutuam pecuniam a Flavia Dionysia acceperat, et locatis ædibus pro parte sua pensiones sibi debitas creditrici delegaverit, an conditio testamenti extitisse videatur*,

ut filiis suis fideicommissi nomine teneatur: respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non extitisse.

Pater filium instituit hæredem, instituit etiam nepotes ex filio, deinde vetuit ne ædes suas venderent, aut pignorarent, quibus verbis hæredes obstringuntur mutuo fideicommisso: nam si quis eorum vendat partem suam quam habet in ædibus, ceteris competet fideicommissi petitio, et adjecit, ut si quis eorum vendere voluerit aut pignorare partem suam, ut eam venderet cohæredi suo non extraneo, alioquin ut τὸ χρεματιζόμενον irritum esset: τὸ χρεματιζόμενον interpretor *quod gestum erit*, id est, si venderet vel pignoraret extraneo quod gestum esset, irritum esset. Alciat. *quod ob pecuniam obligatum est*, quasi deducatur ἀπὸ τῶν χρημάτων. Sed omnino verba testatoris ita legenda sunt, et sic interpretor: *volo ædes meas ab hæredibus meis neque vendi neque pignori obligari, et integras eas apud filios meos et nepotes meos remanere semper: sed si quis eorum velit vendere, aut pignorare partem suam, licebit ei cum cohærede suo contrahere: quod si non ita fecerit, quod gestum erit, inutile et irritum erit.* Hæc est voluntas testatoris: unus postea ex hæredibus creditori suo delegavit conductionem ædium, conductio non fuit vetita, alioquin fuisset vetitus usus ædium. Sic igitur unus ex hæredibus creditori suo delegavit conductionem ædium pro parte pensionum quam ei debuit, qui conductor erat extraneus: quæritur an ceteris cohæredibus competit fideicommissi petitio? non: quia venditio tantum et pignoratio prohibita est, non delegatio debitoris ex pensione ædium; et ideo fideicommissi petitio ceteris non competit, delegatio rata est cum ædes maneant in familia liberorum, quod potissimum pater voluit, §. *pen.* exposui in *l. cum pater*, §. *filius matrem*, et §. *mand.*

Ad L. LXXXIX.

Testator filium et uxorem suam hæredes instituit postea epistolam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius, ei donavit, et adjecit præcipua hæc eum, suique juris, et post mortem suam habere velle: quæro, cum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret: epistola autem non sit obsignata: an, quæ epistola continentur, ad filium pertineant. Respondi, si fides epistolæ relictæ constaret, deberi, quæ in eum dare se velle significavit.

Initio legis ultimæ species hæc proponitur. Quidam testamento uxorem, et filium hæredem scripsit, et cavit ut si quid filius *a se obsignatum recepisset*, sic est emendandum, id vice codicillorum valeret. Deinde per epistolam filio peculium donavit præcipui titulo, quæ tamen epistola non erat obsignata: an habet vim codicillorum: si non habet vim codicillorum, donatio illa non valet: si habet vim codicillorum: valet: videtur non habere vim codicillorum quia cavit ut id demum vice codicillorum valeret, quod filius obsignatum reciperet, epistola non erat obsignata an igitur filio debetur peculium jure codicillorum? Respondet deberi, quia licet testamento caverit se non alias codicillos, quam obsignatos valere velle; tamen postea facti codicilli valent, quamvis obsignati non fuerint: epistola valet vice codicilli, quamvis obsignata non fuerit, quia his quæ postea gessit, prioribus derogavit *l.* 6. §. *licet, sup. de jure codicill.* et voluisse eum maxime derogare prioribus ex eo apparet quod satis non habuit epistola filio diserte donare peculium: sed etiam, ut hic proponitur, adjecit se id præcipuum, suique juris, et post mortem suam filium habere velle: voluit igitur ut id omnino filius haberet: suprema voluntas potior est, nec potest testator sibi legem dicere, quam non possit, infringere posteriori voluntate. Neque quicquam obstat *l.* 12. §. *ult. sup. lib.* 1. ubi ostenditur, interdum priorem scripturam valere, non posteriorem, ut si ita dixerit: quod infra Titio legavero, neque do, neque lego: quod infra Titio legatum erit, non valebit. Denique prior scriptura valet, non posterior hoc ideo quia in posteriori scriptura, qua legavit Titio, nihil dixit palam, quo priori derogaretur, sed simpliciter legavit Titio tantum, et prior scriptura licet sit ordine prior, tamen intellectu est posterior quia continet ademptionem legati: ademptio posterior est datione.

Ad §. 1. Qui indivisam.

§. 1. *Qui indivisam cum fratre suo rem habebat, filias suas hæredes instituit, et ita cavit, etc.*

Filias hæredes instituit, et petiit ab eis, verbis fideicommissi, ut portionem hæreditatis paternæ quam cum fratre communem habebat, et quam universam constitisset esse duorum milium aureorum, (quæ verba notanda sunt quod ex eis pendeat decisio §.) patruo restituerent, acceptis mille aureis: idem testamento suo quinquennio supervixit, et interim mirum in modum auctum est patrimonium, quod cum fratre commune habebat: quæritur post mortem ejus, an patruus fideicommissum consequi posset, oblatis mille aureis? respondit, non posse: ratio explicatur male, cur non potest: quoniam scilicet testator præsentis æstimationis patrimonii communis cum fratre dimidiam filiabus dari voluit a pa-

truo fideicommissario: et ita demum mille datis hæreditatem patruo restituit, si universam eam constitisset esse aureorum duorum millium, et consequenter aucto patrimonio amplioris æstimationis, quæ foret mortis suæ tempore, dimidiam filiabus dari a patruo voluisse videtur. Si igitur mortis tempore patrimonium quod habebat commune cum fratre fuerit trium millium aureorum, patris fideicommissum non consequetur nisi obtulerit mille, et quingenta: eadem erit ratio diminuti patrimonii: nam pro rata minus offerendo patris fideicommissum consequetur: ratio hujus responsi pendet ex verbo constiterit, quod verbum conditionem facit, *si constiterit mortis meæ tempore esse duorum millium*, hoc casu, ut fideicommissum consequatur datis mille, non aliter, ut etiam hoc verbum accipitur similiter in misere vexata illa specie §. *Agerius l. qui Romæ, de verb. oblig.* cui dilucidandæ momenti plurimum affert, quæ tamen ad eam nemine applicatur, in utroque tamen §. est eadem conditio, *Si constiterit.* Quidam aut ego tibi stipulanti promisi quicquid patrem meum tibi debere constiterit: hæc verba conditionem faciunt, *si constiterit*, quod quantumque tibi debeat pater: et hoc constat inter omnes, sed quæritur, utrum ita sint accipienda, *si constiterit*, vivo patre meo, vel moriente, nihil refert: nam momentum moriendi tribuitur vitæ: an vero sint accipienda hoc pacto? *si constiterit*, quandocunque etiam post mortem patris? Finge, vivo patre non constitisse de debito, mortuo constitisse, an committitur stipulatio? Respondet Scævola, si conditio stipulationis non extitisset: stipulationem non esse commissam, his verbis, si conditio non extitisset, sumit quod est probabilius, et verosimilius est id esse actum inter contrahentes, ut promissor teneatur, non quia constiterit de debito quocunque tempore, sed si vivo tantum patre aut moriente de debito constiterit, ut in *l. fidejussor obligari*, §. 1. *de fidejussor.* hæc conditio *l. si hæres non solverit* non ita accipitur, si reus ipse vel hæres ejus non solverit, sed si vivus reus non solverit. Si igitur verisimile est id actum esse, conditio stipulationis non constitit: et ideo respondet promissorem non teneri, ut in illo §. verbum constiterit conditionem facit, et conditionem talem *si constiterit, illo vivo, vel moriente*: ita in hoc §. verbum *constiterit*, conditionem facit, me vivo, vel me moriente: qua de causa intelligimus nihil huic §. obstare legem 11. §. *cum esset, inf. lib.* 3. cui ibidem Accurs. respondet male: cum hæres rogatus est restituere portionem suam, accepta certa pecunia, ea pecunia contentus esse debet, quantulacumque fuerit portio hæreditatis: non quærimus, quanta sit portio hæreditatis: sed eam restituere cogitur omnino accepta dicta summa, quia scilicet nulla hic apponitur conditio: de §. *Sejo, dixi in l.* 17. *sup.*

Ad §. 3. Lucius Titius.

§. 3. *Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet uxorem, et ex ea filiam emancipatam, codicillis hæc verba inseruit*: Pertinent autem hi codicilli ad uxorem, et filiam: primum autem rogo, sic inter vos agatis, ut me vivo egistis: itaque rogo, ut quidquid aut ego reliquero, aut quod vos ipsæ habetis, commune vobis sit: *filia intestati patris bon. poss. accepit, quæritur, an aliqua pars hæreditatis Lucii Titii ex causa fideicomm. a filia matri deberetur, et quota: respondi, secundum ea, quæ proponerentur, et dimidiam partem deberi: si modo uxor parata sit in commune bona sua conferre.*

Qui habebat filiam et uxorem ab intestato factis codicillis rogavit utramque, ut bona sua, id est, testatoris, et bona uniuscujusque propria communiter possiderent: scripsit codicillos ad hæredem futurum ab intestato, id est, ad filiam, sed eosdem scripsit etiam ad uxorem, quæ tamen non est futura hæres ab intestato. Rogavit utramque ut omnia essent eis communia, et propria et testatoris. Post mortem ejus filia petiit bonorum possessionem unde liberi, necessaria fuit filiæ bon. possessio quæ emancipata erat, et ideo bona etiam quædam propria habebat: igitur falsum est quod ait Accurs. eundem casum poni posse in filiof. Quæritur an filia matri teneatur ex causa fideicommissi? respondet filiam matri teneri in dimidiam partem bonorum paternorum et bonorum propriorum, si modo, pendente voluntate defuncti mater parata sit etiam bona propria communicare filiæ: tum petet bonorum partem filiæ, deinde aget de dividendis bonis, et hoc Scævola scripsit etiam libris Digestorum *l. Lucius in princ. ad Trebell. inf.* Scævola quod scripsit libris responsorum, retulit etiam in libros Digestorum, ut quod in responsis scribit *l. Lucius in princ. inf. lib.* 3. idem in Digestis scripsit eisdem verbis *l. pater*, §. *Jul. eod.* quod responsis scripsit *d. l. Lucius*, §. 1. idem in Digest. in *l. Aurelius*, §. *ult. inf. de liberat. leg.* Quod idem responsis *d. l. Lucius*, §. *ult.* et Digestis *l. pater*, §. *ult. eod.* et quod in responsis *l. ult.* §. *Titia, inf. de liberat. leg.* idem et in Digestis *l. Aurelius*, §. *Mævia eod. tit.* et similiter quod in *l. negotium, inf. de appell.* idem in *l. ult. inf. de re judic.* lib. Digest. et quod in *l. filiof. sup. de peculio*, idem *l. ult. eod.* unum responsis, alterum Digestis: et quod in *l. alter, sup. de distract. pignor.* idem *l.*

ultim. eod. hæc collatio horum locorum erit jucundissima.

Ad §. 4. *Quatuor filios.*

§. 4. *Quatuor filios æquis partibus instituit, et fundum per præceptionem singulis legavit: filii, cum universa bona patris obligata essent, mutua accepta pecunia, etc.*

Quatuor hæredes sunt scripti filii, quibus pater vice mutua fideicommissum reliquit, quæ in dividenda hæreditate præciperent, hoc fideicomm. invicem petere possunt, vel actione personali fideicommissorum apud Prætorem fideicommissarium aut præsidem provinciæ, vel actione familiæ erciscundæ, *l. 7. C. famil. ercisc.* ubi dat utramque actionem; nam ibi Prætor est Prætor fideicommissarius, quod notandum. At cum universa bona patris cuidam creditori pignori obligata essent, filii eo se creditore liberaverunt, mutato creditore, id est, versura facta, contraxerunt novum æs alienum, ut vetus dissolverent, et huic novo creditori eadem bona pignori obligaverunt, cui cum non solveretur debitum, postea ea bona vendidit lege pignoris, et vendidit uni ex filiis, uni ex hæredibus, atque ita unus ex hæredibus habet universa bona jure emptionis: quæritur, an alii ab eo fideicommissum petere possint? subtiliter ita respondet, quod si alii cohæredes et fratres ei non solvant debitum sive pretium quo emit ea bona, et persequantur fideicommissum, repellentur exceptione doli mali: sed si ei debitum offerant, vel pretium quo recuperavit ea bona, jure dabitur eis fideicommissi petitio, sive personalis actio fideicommissorum, vel etiam fideicommissum recte deducent in actionem familiæ erciscundæ, ut *d. l. 7.* loquitur tamen hic de actione personali fideicommissorum, id est, de persequutione extraordinaria fideicommissorum apud Prætorem fideicommissarium, quæ imitatur actionem ex testamento, sicut in rem missio in fideicommissis imitatur vindicationes, *l. pen.* §. *Lucius, sup.* Et male Accurs. hic personalem actionem fideicommissorum accipit pro actione familiæ erciscundæ: non inficior esse actionem familiæ erciscundæ, sed præterea dico esse actionem personalem fideicommissorum, id est, persecutionem extraordinariam. Dico etiam familiæ erciscundæ, quamvis cohæres ea bona videatur possidere pro emptore, non pro hærede. Nec obstet *l. hæredes*, §. *quod pro emptore, sup. famil. ercis.* quæ dicit, in actionem familiæ erciscundæ venire non quod hæres possidet pro emptore, vel pro donato: nam ita respondeo, cohæredi qui emit ea bona a ceteris cohæredibus pretio reddito, jam non videri eum ea possidere pro emptore, sed pro hærede, ideo merito deducetur etiam in actionem familiæ erciscundæ.

Ad §. 5. *Filiæ.*

§. 5. *Filiæ fidei commisit in hæc verba:* Peto a te filia mea, ut dotalem cautionem post mortem meam mutes, et ita renoves, ut fratres tui dotem stipularentur hoc casu, ut, si sine liberis uno pluribusve in matrimonio morieris, dos ad eos perveniat: *post mortem patris decessit maritus antequam renovaretur cautio dotalis, et postea alii nupta decessit, nullo liberorum relicto, vivo adhuc Titio uno ex fratribus: quæsitum est, an Titius petitionem haberet rerum, quæ in dotem fuerant: respondi, posse fideicommissum ab hæredibus sororis peti, si per eam stetit quo minus dotem frater stipularetur.*

Filiam hæredem instituit, et petiit ut post mortem suam dotalem cautionem novaret, id est, ut frater stipularetur dotem sibi reddi in hunc casum, si illa sine liberis in matrimonio decessisset, quæ preces fideicommissum faciunt. Nunc si post mortem patris filia novarit obligationem dotis consentiente marito: nec enim eo dissentiente potest, ne ab initio quidem, *l. 2. in princ. sup. sol. mat.* Atque ita si consentiente marito cautionem dotalem novarit, et sic dotem quam se redditurum filiæ promiserit se redditurum fratri, et postea decesserit in matrimonio sine liberis, fratri erit actio ex stipulatu adversus maritum, non actio fideicommissi adversus hæredem sororis: idem erit si per filium mora non fuerit, quo minùs frater dotem stipularetur, sed per maritum, qui noluit fratri promittere: nam et hoc casu perimitur fideicommissum: sed si per eum steterit et decesserit in primo matrimonio, vel in secundo nulla facta novatione, fratri salva est petitio dotis adversus hæredem sororis ex causa fideicommissi a patre relicti. §. *pen.* exposui sup. l. 85.

Ad §. 6. *Filium.*

§. 6. *Filium et filiam hæredes instituit, et libertis legata dedit, eorumque fidei commisit in hæc verba:* a vobis peto ut, quidquid vobis legavi, contenti sitis viventes, ut post vos filiis meis restituatis: *defuncta testatricis filia Mævia, libertus decessit, hærede instituto patronæ filio ex parte debita, ex altera extraneo: quæsitum est,*

an adita hæreditate patronæ filius a cohærede suo partem eorum, quæ ex testamento matris ad Mævium libertum pervenerant, petere potest: respondi, ejus quod ei deberetur, si hæreditatem non adisset, partem a cohærede petere posse.

Ponendum est, rogatum restituere hæreditatem nihil diminuere posse, et si quid vendiderit, retractabitur venditio ex causa fideicommissi, id est, rem venditam fideicommissarius ab emptore revocabit, *l. ult.* §. *sin autem*, *Cod. commun. de legat. l.* 3. §. *res, inf. ad Trebell.* Hujus tamen sententiæ sunt exceptiones variæ: si emptor emerit a creditore hæreditario rem sibi obligatam distrahente, etiam si sciens emerit: nam hoc casu venditio non retractatur prætextu fideicommissi, *l. qui solidum*, §. *ult. sup. hic.* Item si ipse hæres qui rogatus restituere hæreditatem, rem hæreditariam vendiderit propter æs alienum hæreditarium, cum non haberet unde creditorem hæreditarium emitteret et liberaret: nam hoc etiam casu non retractabitur venditio, licet emptor emerit sciens fideicommissum, *l. pater*, §. 1. *inf. lib.* 3. ubi ut in *d. l. qui solidum*, §. *ult.* quo loco est scriptum, *si emptor fideicommissum ignoraverat*, videtur deesse negatio, *si emptor fideicommissum non ignoraverat*: nam eo casu ignorantia emptoris non exigitur, ut etiam notat Accurs. ibidem recte: tertia exceptio hæc est, si ignorans emerit ab ignorante, et justa fuit utriusque ignorantia, non supina: in specie hujus §. maritus uxorem hæredem scripsit ex asse testamento, codicillos etiam fecit et obsignavit sua manu, et præcepit ut post mortem tantum uxoris aperirentur, non quandiu viveret uxor hæres instituta, cui voluntati paruit etiam uxor, sed eadem uxor interim fundum infructuosum, puta pestilentem, saxosum, sterilem, ut *l. pen. sup. de reb. eor. qui sub tut.* ignara fideicommissi relicti, codicillis nondum apertis, vendidit Titio æque ignoranti fideicommissum: ait: hoc casu post mortem uxoris apertis codicillis et comperto fideicommisso, non esse retractandam venditionem: bona fides emptoris et venditoris facit ut non retractetur venditio, sed fideicommissario salva est petitio pretii adversus hæredem mulieris. Hic exceptionis ratio, justa ignorantia: alias significat hic Scævola, retractari venditionem rerum fideicommisso subjectarum, qui locus in hac re est singularis, nec citatur vulgo ad *d. l. ult. C. comm. de leg.* Hic locus plane indicat non posse retractari venditionem, cum dicit, hoc casu non retractari propter justam ignorantiam: superioribus duobus casibus non fuit ignorantia, sed suberat causa necessaria æris alieni contracti a testatore; cujus æris alieni causa est semper potior fideicommisso.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. I. de annuis legatis, lib. XXXIII. Digest.

Hic Tit. hoc loco ita conceptus est, *de annuis legatis et fideicom.* In indice titulorum aliter: *de annuis et menstruis legatis.* Utramque inscriptionem probo. Nam et hic tit. communis est legatis et fideicommissis, ut et qui sequuntur aliquot, quique præcedunt, et non tantum de annuis sive annalibus, sed etiam de menstruis sive mensurnis, imo et de diurnis, ut in l. 2. Et in summa, hic tit. de iis est legatis et fideicommissis, quæ divisis temporibus et pensionibus alii vel aliis dari, fierive testatores jubent, id quod vel jubent dari fierive in æternum, aut jussisse intelliguntur: ut si annuum aliquod certæ personæ et hæredibus ejus legaverit: nam hic legasse intelligitur in perpetuum: hæredibus, in infinitum, *l. in annalib.* 22. *C. de leg.* Vel si annua aut menstrua legaverint certo corpori, puta Reip. vel curiæ, vel collegio licito, vel Ecclesiæ, vel aliis locis pietati dedicatis: nam et quæ hisce corporibus annua vel menstrua legantur, sempiterna sunt *l.* 6. *l.* 20. §. 1. *l.* 23. *et* 24. *h. t. l.* 46. *et* 57. quæ duæ sunt Græcæ Constitutiones Justiniani, *C. de Epis. et Cler.* Vel etiam annua aut menstrua testatores relinquunt, quandiu legatarii vixerint, ut in l. 13. in princ. hoc tit. Quod etsi non expresserint, tamen semper intelligitur, cum alimentorum vice ea reliquerint. Denique annua vel menstrua relinquuntur vice alimentorum, morte alimentarii finiuntur, et ad hæredem redeunt, a quo relicta sunt, *l.* 4. *et l.* 8. *hoc tit. l. patrimonii* 22. *tit. seq. l. Firmio* 26. *in fin. quando dies leg. l. cum hi* 8. §. *modus, de transaction.* Nisi forte non ad vitam, sed usque ad certam conditionem relinquantur, veluti Titiæ donec nubat, tot quotannis, vel quot mensibus dari volo, *l.* 17. *hoc tit.* vel usque ad annos certos, veluti usque ad annum ætatis legatarii 25. ut *l.* 21. §. *filium*, *et* §. *largius, hoc. tit.* Solent autem alimentorum vice annua vel menstrua relinqui, aut misericordiæ causa, ut ait lex 6. *de cess. bon.* nempe certis personis, quæ inopia laborant, usque adeo ut nihil habeant, unde tueri se, vitamque suam tolerare possint, aut certe providentia legatariorum, qui rem suam familiarem tueri non possunt, ut *l.* 7. *circa fin. h. t.* dum forte testatores negligentibus filiis, vel cognatis, vel amicis, aut dissolutis et luxu perditis adolescentib.

quibus ea relinquuntur in illo fluxu ætatis prospectum consultumque volunt: ut apud Martial. *lib.* 3. pater filio suo millia bina menstrua constituit, et per omnes dies vivus præstitit, cum inquit, ad filium, *cum vitiis essent danda diurna tuis.* Nam si hisce moribus præditis adolescentibus aut viris, integram aliquam summam testatores relinquerent, ea accepta citius abuterentur, et perderent magis: ex hac re providentia testatorum animadvertitur. Legantur vero hæc adolescentibus, ut dixi, vel iis, qui nec post perfunctam adolescentiam se correxerunt, quique moribus adhuc adolescentes sunt, vel etiam egenis, non alia vice quam alimentorum. Et quia hac plerumque de causa annua vel menstrua relinquuntur aut donantur, hinc fit ut in his libris sæpe annuorum aut menstruorum appellatione significentur alimenta. Et sic in *l. quidam, de pact. dot.* Julianus cum initio dixisset, *annui nomine*, subjicit, *alimentorum nomine.* Dico autem *annuorum* appellatione significari non alimenta simpliciter, sed annua alimenta, vel annua alimentorum nomine relicta vel donata: longe enim distat simplex alimentorum legatum, a legato annuo relicto alimentorum vice. His, quib. alimenta legata sunt miseratione, dimensione, modove nempe minutatim, frustillatim, in dies horasve singulas ea præstantur. Illis autem, quibus annua legata sunt, initio cujusque anni: quod notandum, integra pensio, puta duo aut tria millia nummorum, præstatur, qua se eo anno exhibeant atque tueantur, *l.* 1. *C. quand. dies leg. ced.* Ac rursus iis quibus minuta alimenta legata sunt, quamvis et in eo legato lex Falcidia locum habeat, *l. computationi* 68. *ad l. Falcid.* tamen remittitur satisdatio Falcidiæ, quam legatarii vel fideicommissarii accepto vel petito legato vel fideicommisso hæredibus, legatorum vel fideicom. nomine præstare solent, his fere verbis, *quod amplius, quam per l. Falc. liceret, ceperint, redditum iri.* Et ratio cur remittatur satisdatio, hæc est: quia hi plerumque quibus minuta alimenta relinquuntur, paupertini homines sunt, ut perquam difficile, imo fere impossibile illis sit, fidejussores invenire: quo casu æquum est, illam satisdationem remitti potius, quam illos carere legato tam pio tamque humano, *l.* 6. *inf. si cui plusquam per l. Falc.* His vero, quibus annua relinquuntur, etiamsi alimentorum nomine relinquantur, illa satisdatio non remittitur. Et hæc nimirum differentia proponitur in *l.* 3. §. *quamvis, si cui plusquam per leg. Falc.* et est summe notanda. Porro quæ dixi hactenus, de annuis sunt aut menstruis, quæ providentia legatariorum relinquuntur alimentorum vice locoque. Verum alia sunt annua vel menstrua, quæ relinquuntur non legatariorum causa, aut alimentorum gratia, sed hæredum, ut exonerentur, nec urgeantur ad solutionem integram immensæ cujusdam quantitatis, sed per partes eam certis pensionibus inferant, quæ quidem legata ab illis, quæ alimentorum vice relinquuntur, distant sane plurimum: nam si annua alimentorum vice legata sunt, plura sunt legata, primi anni purum, sequentium conditionale, ut explicabimus in *l. 4. h. t.* Quod si exonerandi hæredis gratia annua legata sint, unum est legatum, non plura, *l.* 10. *l.* 12. *l.* 20. *l.* 26. §. *ult. quand. dies l. ced.* Item posteriore casu de legato annuo non relicto alimentorum causa, etiam sine decreto prætoris transactio fieri potest, non etiam priore casu, cum annua sunt relicta alimentorum vice, ut SC. provisum est, ne tenues et egeni homines, qui de alimentis pendent sub incerto vitæ humanæ, temere de alimentis sibi relictis transigerent, contenti modico præsenti, *l. cum hi*, §. *si in annos singulos, de transact.* Item perpetua pleraque ex iis sunt, quæ non relinquuntur alimentorum vice in annos vel menses singulos, ut ea, de quib. initio dictum est, quæ non tantum certæ personæ, sed etiam hæredibus ejus relinquuntur, aut quæ templo vel Reipublic. Alimenta vero semper expirant cum anima legatarii, idque satis perspicuum est. Est et alia differentia: quia si vir uxori annuum aut menstruum donaverit alimentorum vice, valet donatio, quatenus alimentorum ratio patitur, non etiam si id donaverit alia contemplatione, vel ultra alimentorum modum, *l. ex annuo, de don. int. vir. et ux.*

Ad L. I.

Cum in annos singulos, quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocumque loco petetur, dari debet, sicuti ex stipulatu, aut nomine facto petatur.

Si cui in annos singulos dena relicta sint, nec sit adscriptum, quo loco darentur, eo loco, ut lex definit, dari debent, quo petentur, per judicem scilicet. *Petere* enim proprie est per judicem petere, lite apud eum contestata, *l.* 2. *de usur.* Peti vero tale legatum potest, quia in quantitate, non in corpore consistit; peti, inquam, potest, ut hæc l. ait, quocunque loco, et convenienter, *l. quod legatur, de jud. l. cum res*, §. *sed si id petatur, de leg.* 1. Quod numero, pondere, mensura constat, hoc est, quantitate, ibi dari debere, ubi petitur, hoc est, ubicunque petitur: quod in corpore sive re aliqua hæreditaria consistit, vel ibi peti debet, ubi est, vel ubi relictum est, vel ubi major pars hæreditatis consistit, vel ubi hæres domicilium suum habet, non quocunque loco. Legatum vero quantitatis quocunque loco peti potest, quo inventus fuerit hæres, unde petatur, quia et quocunque loco ejus legati præ-

statio, vel in promptu, vel in facili est: quantitas certo loco non continetur, corpus certo loco continetur. Quantitatis nullum subest corpus; valet enim ipsa per se vel numero, vel pondere, vel mensura solum, non corpore, *l.* 1. §. *et omne, ad l. Falc. l. si is, cui nummos, de sol.* Et in quantitate genus cogitamus semper, non ullam certam speciem, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Quam distinctionem rerum hoc loco glossa non intelligens, idem juris esse statuit in corporibus, et quantitatibus, nempe corpora non quocunque loco peti posse, cum tamen aperte hæc l. dicat, quocunque loco petatur, annuum legatum dari debere. Additur vero in h. l. idem servari, si quantitas annua ex stipulatu debeatur, quæ scilicet promissa sit non adscripto loco, quo daretur aut redderetur: nam quocunque loco petatur, ibi dari debet. Ac rursus idem servari nomine facto, hoc est, obligatione contracta nominibus per scripturam mensæ argentariæ. Exempli gratia de vino, quod forte mutuo datum erit: nam eo loco, si non sit adscriptus locus quo redderetur, reddi debet, vel ejus loci pretium spectari, quo petitur, quocunque tandem loco petatur, quia quantitas petitur, aut quantitatis pretium, non corpus condictione triticaria, *l. vinum, de reb. cred. l. ult. de cond. trit.* Quod tamen genus obligationis, quæ nominibus contrahi dicitur, hodie non est in usu, sicut nec argentariorum officium, ut Institutiones docent *lib.* 3. *tit.* 21.

Ad L. II.

In annos singulos hæres damnatus sinere me frui fundo, *si initio anni, quo colore deberem, moram fecerit, licet postea patiatur, quia cultura sim exclusus, tamen totius anni mihi nomine tenebitur: quemadmodum si* diurnas operas Stichi dare damnatus, *non a mane, sed a sexta diei hora det, totius diei nomine tenetur.*

Sequitur in h. l. testatorem sinendi modo legasse usumfructum fundi in annos singulos, quo genere plura legata constituuntur, *l.* 1. §. *ult. l.* 3. *in pr. quibus mod. ususf. amitt.* aliter quam si simpliciter legetur ususfruct. fundi: nam si simpliciter legetur, unum est legatum, non plura. Cum autem ut proponitur in h. l. testator mihi usumfructum fundi legavit, in annos singulos, si post mortem ejus initio anni, quo fundum colere deberem (ejus enim est fundum colere suis sumptibus ad quem fructus pertinent) si inquam, initio anni, hæres, quominus colerem fundum, mihi moræ et impedimento fuerit; si denique initio anni me cultura fundi excluserit, ut lex ait, hæredem mihi teneri totius anni nomine in id quod interest, etiamsi postea culturæ incongruo tempore nullam mihi moram faciat. Et hac in re plane est initium anni, non ut est in proverbio, *dimidium totius* sed plane totum ipsum integrum, ut ex Marino Suidas refert, ἀρχὴν εἶναι ἀνδὶ ὅλον τὸ πᾶν. Et hoc ita se habere in annuo legato Pompon. h. l. ostendit, exemplo diurnarum operarum servi cujusdam hæreditarii, quas hæres dare cuidam damnatus est: nam si non a mane, sed a sexta hora diei, hoc est, meridie eas præstiterit, totius diei nomine tenetur, non imputatis operis pomeridianis, quia et hic initium diei pro toto die ipso computatur. Et huic quidem parti legis conjungenda est *lex* 3. *de oper. lib.* quæ est ex eodem Pompon. libr. et docet etiam e converso, si a mane operas servi hæres præstiterit ad sextam horam usque, nisi et sex reliquis horis præsto fuerit servus, totius diei nomine hæredem teneri. Et ita liberto, qui promisit diurnas operas, et sex horis tantum antemeridianis præsto fuit, liberationem non contingere, at multo minus, si sex horis duntaxat pomeridianis præsto fuit. Nam ut Virgilius loquitur, *meliore acta parte diei*, cœpit operari, melior pars diei est horarum sex primarum, non supremarum, quia matutinis horis homines ad laborem sunt alacriores. Melior pars, inquam: major autem pars eadem ratione est septem horarum primarum, non supremarum, *l.* 2. *de ver. signif.* quæ est notissima. Melior est sex horarum primarum, at melior et major nonnisi septem primarum.

Ad L. III.

Si legatum sit relictum annua, bima, trima die triginta forte, dena per singulos debentur annos, licet non fuerit adjectum æquis pensionibus.

§. 1. *Proinde et si adjectum fuerit* pensionibus, *licet non sit insertum* æquis: *item si scriptum fuerit* æquis *licet non sit adjectum* pensionibus, *dicendum erit æquas fieri.*

§. 2. *Sed si adjectum* pensionibus inæquis, *inæquales debebuntur. Quæ ergo debeantur, videamus. Et puto eas deberi (nisi specialiter testator electionem hæredi dedit) quas vir bonus fuerit arbitratus: ut pro facultatibus defuncti, et depositione patrimonii debeantur.*

§. 3. *Sed et si fuerit adjectum* viri boni arbitratu, *hoc sequemus, ut pro positione patrimonii sine vexatione et incommodo hæredis fiat.*

§. 4. *Quid si ita*, pensionibus, quas putaverit legatarius, *an totum petere possit, videamus. Et puto totum non petendum simul: sicut et in hæredis electione. Fieri enim pensiones debere testator voluit, quantitates duntaxat pensionum in arbitrio hæredis aut legatarii contulit.*

§. 5. *Sed si ita sit legatum*, hæres meus Titio decem trima die dato, *utrum pensionibus, an vero*

post triennium debeatur? Et puto sic accipiendum, quasi paterfamil. de annua, bima, trima die sensisse proponitur.

§. 6. *Si cui certa quantitas legetur, et quoad præstetur, in singulos annos certum aliquid, velut usuras jusserit testator præstari, legatum valet: sed in usuris hactenus debet valere, quatenus modum probabilem usurarum non excedit.*

Hæc l. est de legato certæ personæ relicto *annua, bima, trima, die,* quod quidem, etsi tres pensiones annuas contineat, in eo tamen distat a legato annuo relicto in annos singulos alimentorum vice, quod non unum hoc sit legatum, sed plura, *l. 4. l. 8. l. 11. h. t.* Illud vero, quod exonerandi et sublevandi hæredis gratia relinquitur, *annua. bima, trima, die*, vel quod idem est, anno, biennio, trien. unum est legatum trib. pension. divisum, ut *l. Firmio*, §. *ult. quan. dies leg. ced.* Neque enim quot sunt pensiones, tot sunt legata, sed tot partes unius legati: plura quidem legata annua, et plures pensiones annuæ sunt, ut *l. 47. ad l. Falcid.* quæ promiscue annua leguta dicit, et annuas pensiones. At contra plures pensiones non semper plura legata sunt, sicut plures pensiones dissolvendi unius nominis, non sunt plura nomina: et plures pensiones, quæ debentur ex stipulatione hujusmodi, tot dari in annos singulos, sane non sunt plures stipulationes. At quæritur cum certa summa, veluti cum triginta legata sunt annua, bima, trima die, neque adscriptum quot dentur singulis annis, quæritur quot dari debeant? Et quidem sive adscripserit testator *annua, bima, trima die æquis pension.* ut apud Tit. Liv. 7. *Semunciarium ex unciario fœnus factum*, et *in pensiones æquas in triennium*. id est, in annuam, bimam, trimam diem æquis pensionibus, et 58. *Pacti sunt trecenta dari per annos sex pensionibus æquis*; et paulo infra *millia dato intra duodecim annos pensionibus æquis*, sive testator illud non adscripserit, *pensionibus æquis*, proculdubio æquæ pensiones debentur, et multo magis si adscripserit, vel *pensionibus* duntaxat, vel *æquis* duntaxat, veluti *dato viginti pensionibus annua, bima, trima die*, vel, *dato triginta æquis annua, bima, trima die*, quoniam quamvis utraque oratio sit imperfecta, tamen et in hac, verbum *pensionibus*, et in illa verbum *æquis*, subintelligitur et assumitur ex vulgari modo legandi, *annua, bima, trima die æquis pensionibus, l. talis* (ubi dicitur hæc esse vulgaris clausula) *d. l. 1. l. cum vulg. de dot. præl.* His igitur omnib. casibus æque pensiones debentur in triennium, id est, secundum speciem propositam, dena per annos singulos. Dena Acc. interpretatur 10. quæ interpretatio sive alio adjuncto, sive adminiculo falsa est: sunt enim dena non 10. simpliciter, sed decem singulis annis, aut 10. singulis hominibus, ἀνὰ δέκα, quod *lex si quis testam. de leg. 1.* quam adducit Accurs. aperte demonstrat. Ait enim Titio et Sejo legatis decem, singulis quina deberi non dena, quia, inquit, qui *decem* dixit, non potest videri dixisse dena: decem singularia sunt, dena autem multiplicia. Verum ad rem: si in legato certæ quantitatis, veluti triginta, alicui relicto annua, bima, trima die non sint expressæ pensiones, diximus, æquas servari: idem fit plurib. hæredib. institutis, vel plurib. certa re legata non scriptis partibus: æquales enim portiones fiunt, *l. quoties*, §. *hæredes, de hæred. institut. l. legata inutiliter*, §. *ult. de leg.* 1. Quid si ita legaverit testator. *Hæres meus dato triginta annua, bima, trima die pensionibus inæqualibus*, nec quantitatem earum pensionum expresserit? Constat quidem, inæquales pensiones fieri debere, sed quantitates earum in obscuro esse videntur, nisi simpliciter testator ejus rei hæredem aut legatarium fecerit arbitrum, data scilicet huic vel illi electione, ut quotannis quam pensionem vellet, daret aut acciperet, servata inæqualitate, nec exsuperato modo leg. At quid fiet, si electionem nulli permiserit? Et Pompon. ait, hoc loco pensiones inæquales ex voluntate defuncti esse constituendas arbitrio boni viri. Itaque huic legato annua, bima, trima die in æquis pensionibus, etiamsi nihil præterea sit adjectum, semper intelligitur inesse arbitrium boni viri, quod *veluti certam quantitatem exprimit*, ut eleganter ait *l. 1. de leg. 2.* Æquitas enim est certa, cujus magister et sacerdos est bonus vir. *Positionem* autem *et depos. patrimonii* Pompon. dixit, ut *l. si noxali 11.* §. *est autem, de pec. positionem peculii*, pro statu, conditione, genere patrimonii, sive peculii: *pro positione igitur patrimonii sine vexatione*, inquit, *et incommodo hæredis*: rectissime: nam in dubio, quantum fieri potest, utrique hæredi semper est parcendum, ne nimium oneretur, ne incommodo afficiatur, *l. Semp. de leg.* 3. Cujus species hæc est: unum testamentum duobus exemplis eodem tempore consignavit idem testator; duobus, inquam, exemplis per omnia similibus, nisi, quod uno exemplari Titio legantur centum, altero quinquaginta tantum: quæritur utrum 150. Titio debeantur, an 100. an 50. tantum? Et ait, Titio deberi 50. tantum, *quia in dubio*, inquit, *parcendum est hæredi*: in dubio, quantum potest exonerare hæredem oportet, quia quem defunctus in deferendo summo isto honore institutionis prætulit ceteris, et supra ceteros dilexisse, minimumque onerare voluisse videtur: et sic in *l. 11.* §. *si quis decem, de leg.* 3. Si quis 10. Titio reliquerit, hoc adjecto, ut si forte ea perdidisset, mox totidem ei præstarentur:

quæritur, an si sæpius eam summam perdiderit, sæpius sit ei legatum sarciendum? et ait, convenienter superioribus, non esse onerandum hæredem, ut in infinitum, quoties perdiderit, Titio tantundem præstare deberet. Denique hæredi esse parcendum, et ideo non amplius quam semel, post quam perdidisset, Titio esse præstanda 10. Et sic etiam in hac ipsa *l. 3. §. pen.* Si testator ita legaverit, *hæres meus Titio triginta trima die dato.* Cum quæreretur utrum pensonibus, ut vulgo fit, nempe annua, bima, trima die triginta præstanda essent, an post triennium demum triginta integra? Pomponius ait, videri testatorem respexisse ad vulgarem legandi modum, plus cogitasse, minus scripsisse vel nuncupasse: denique de annua, bima, trima die testatorem sensisse, nempe exonerandi hæredis gratia: plures pensiones exonerant hæredem, *l. 20. inf. quan. dies leg. ced.* Sequitur alia species in §. *ult. hac l. 3.* Testator certam quantitatem veluti 300. Titio legavit, et quoad ea quantitas Titio præstaretur, legavit certum aliquid. Ait *certum aliquid*, ut Plinius 10. Epistolarum etiam certum aliquid pro introitu dari. Et similiter *l. quidam, de V. O. l. 25. §. si operas, de usufr. l. sive apud acta 28. C. de transact. certum aliquid, veluti usuras*, inquit, usuras certas scilicet. Denique jussit testator, quoad integra pecunia præstaretur, quæ legata est quotannis, aut quot mensibus, legatario præstari usuras certas: quæritur, an valeat tale legatum? Ratio dubitandi hæc fuisse videtur, quam interpretes non animadverterunt, nec ullam etiam aliam attingere audient, cum tamen alias sint diligentissimi in inquirendis rationibus dubitandi: ratio, inquam, dubitandi hæc est, quia hujus legati præstatio posita videtur esse in arbitrio hæredis: quod si ita est, inutile est legatum, *l. senatus*, §. *legatum, de leg. 1.* Est enim legatum donatio sive liberalitas quæ a testatore proficiscitur, quæ si ponatur in arbitrio hæredis, jam non a testatore, sed ab hærede proficisci videtur: ergo nec legatum esse. Videtur autem hoc casu in arbitrio hæredis positum esse legatum certæ summæ, quia id præstare non cogitur, quandiu usuras intulerit, quas interim præstari testator jusserit, ut *l. 4. §. ult. l. qui in futurum 57. sup. de pact.* At vero, quia absolute et simpliciter non est id positum in arbitrio hæredis, alioqui inutile prorsus esset legatum, sed sub onere gravissimo pendendarum usurarum, sub onere gravissimo interusurii, ideo dicitur valere tam sortis, quam usurarum legatum, et ut sortis usque ad l. Falc. modum, ut constat, ita et usurarum profecto, ut subjicit, non nisi admodum legitimum et probabilem. Omnis modus legitimus est probabilis, et contra, *ita scil.* ut ait, *l. 1. de usur. ut legi non offendat*, legi scilicet, quæ usuris modum imponit, vel legi 12. tabul. vel legi Gabiniæ, vel cui alii: fuere enim innumeræ leges fœnebres, nec potest testamento suo efficere, ne in eo leges locum habeant, *l. nemo potest, de leg. 1.* puta ne lex Ælia Sentia, *l. si rogatus, de manu. vindic.* ne lex Falcidia, *l. quod bonis*, §. 1. *ad l. Falcid.* Ergo ne etiam leges fœnebres. *Potentius est*, inquit Quintil. in declamatione quarta, *quod in albo legis, quam quod in testamento.*

Ad L. IV.

Si in singulos annos legatum sit, Sab. (cujus sententia vera est) plura legata esse ait, et primi anni purum, sequentium conditionale, etc.

In hac lege 4. proponitur ex sententia Sabini, quæ obtinuit, cum *quid in annos singulos* alicui legatum est, plura esse legata, non unum, et primi anni legatum esse purum, sequentium conditionale. Cujus sententiæ vis et effectus hic est, ut non semel dies ejus legati cedat, sed per singulos annos initio cujusque anni, quo et peti legata possunt, ut definit *l. 1. C. quando dies leg. ced.* atque adeo, ut primi anni legatum statim debeatur a morte testatoris, et vel statim post mortem testatoris moriente legatario in hæredem ejus transmittatur, si vel momento testator supervixerit, quasi parum legatum, sequentis, autem anni legatum in hæredem legatarii ejus non transmittatur, nisi aliquandiu initio ejus anni legatarius vixerit. Anni cœpti vivo legatario, legatum transmittitur in hæredem, *l. 8. hoc tit.* Anni non cœpti non item. Sequentium enim annorum legatis tacite hæc inest conditio, si vivat legatarius, et conditionalia legata non transmittuntur ad hæredem, si conditio defecerit, aut vivo legatario expleta non fuerit. Et hoc ita, quotiens annua relinquuntur alimentorum vice: alimenta enim finiuntur morte legatarii. Qua ratione etiam fit, quod ait lex 11. *hujus tit.* quam simul explicabo, ut per singulos annos inspiciatur conditio legatarii, an jus capiendi habeat. Potest enim qui hoc anno est capax, sequenti esse incapax capiendi legati: et consequenter, ut conditio dominorum legatarii per singulos annos inspiciatur, an domini jus capiendi legati habeant, quia cum servis non ex persona servorum ipsorum, quæ nulla esse intelligitur, sed ex persona dominorum testamenti factio est, *l. debitor*, §. *servo, de legat. 2. l. non minus, de hæred. instit.* Et dominis igitur incapacibus effectis, etiam servi legati incapaces fiunt, *l. 23. inf. quando dies leg. ced.* quæ omnia confirmant et multæ aliæ leges, *l. 10. et l. 12. in princ. quando dies leg. ced. l. 1. in princ. quando dies ususfruct. leg. ced. l. 1.*

§. *si in annos*, *ad l. Falcid. l. pater*, §. *ult. de condit. et demonstr. l. senatus*, §. *ult. de mort. caus. donat. l. si Stichum*, §. *ult. de verbor. oblig.* Ex quibus locis etiam intelligimus, quam hac in re distet stipulatio *in annos singulos* a legato simili: nam stipulatio est una, legatum multiplex: stipulatio est perpetua, legatum morte legatarii finitur: semel tantum inspicitur conditio stipulatoris initio primi anni, sæpius conditio legatarii: stipulatio est pura, legatum elapso primo anno est conditionale: stipulatio est incerta, quia perpetua et infinita, legatum certum, nempe finitum vita legatarii: de stipulatione in annos singulos sine prætore transigere stipulator potest, de legato simili non item. Et ratio differentiarum omnium ex eo solo pendet, quod legatum ita relictum est legatarii providentia atque respectu, ut sit ei alimentorum vice: stipulatio autem ita concipitur non stipulatoris, sed promissoris providentia, promissoris gratia, hoc est, quod per hoc legati genus ei, cui debetur, per stipulationem similem ei, qui debet, consulatur: quam rationem memini me explicasse ad leg. 16. *de verb. oblig.*

Ad L. V.

A vobis quoque ceteri hæredes peto, ut uxori meæ præstetis, quoad viveret, annuos decem aureos: *uxor supervixit marito quinquennio et quatuor mensibus*: *quæro*, *an hæredibus ejus sexti anni legatum integrum debeatur? Modestinus respondit*, *integri sexti anni legatum deberi.*

Lex 5. apte congruenterque jungitur *l.* 4. Nam quod lex 4. docet legato relicto in annos singulos alimentorum nomine, quod legatum multiplex esse intelligitur, dempto primi anni legato, quod solum purum est, die nimirum ejus cedente statim ex mortis testatoris tempore, atque adeo, etiamsi mox nullo interveniente intervallo legatarius moriatur, legato transeunte ad hæredem ejus, ceterorum annorum legata esse conditionalia, quasi tacite relicta sub hac conditione: *si legatarius vivat.* Nam hæc conditio tacita, quod omnium optime probat et evincit lex 4. conditio, inquam, tacita, quæ venit ex conjectura voluntatis testatoris, quæ ducitur ex ipso tenore testamenti, legatum facit conditionale, quod etiam aliquantulum probat lex *legatum sub conditione*, *de cond. et demonstr.* et *lex quando pure* 6. *quando dies leg. ced.* Conditio quidem juris tacita, quæ venit extra testamentum, veluti *si adierit hæres*, hæc enim semper intelligitur, alioqui nihil in testamento scriptum valet; conditio illa, inquam, quæ extrinsecus assumitur, legatum conditionale non facit *l. conditiones*, *de condit. et demonstr.* At quæ ducitur ex ipso testamento, ex ipsa voluntate defuncti, perinde, atque si fuisset expressa, legatum conditionale facit. Ceterorum igitur annorum legata, cum sint conditionalia, quod videatur illis inesse hæc conditio, *si legatarius vivat*, non aliter transmitti vel transferri in hæredem legatarii, quam si legatarius vixerit initio cujusque anni, ita ut ad eum, priusquam moreretur, ejus anni legatum pertinere cœperit. E contrario vero, si quo anno vel minimum legatarius vixerit, ejus anni integram pensionem, integrumque legatum ad hæredem legatarii transmitti. Hoc idem docet hæc *l.* 5. Maritus uxori legavit annua 10. *quoad viveret*, expressa conditione: illa marito supervixit quinquennio et quatuor mensibus: quæritur, an hæredib. ejus sexti anni legatum integrum debeatur? Et respondet Modestinus, deberi integrum, rectissime. Nam et si vel uno momento anni sexti uxor vixisset, idem foret. Denique anni cœpti nondum expleti integrum legatum mortuo legatario, hæredib. ejus debetur: quod etiam ostendit *l.* 22. *inf. hoc tit.* Pater filiæ, *quotiens vidua esset*, pro solatio viduitatis legavit annua 100. quod legatum ab initio conditionale est, *l. ult. C. de ind. vid. tol.* Si filia minus anno vidua fuerit, non ideo minus totius anni legatum hæredib. ejus debetur, quia jam defunctæ id deberi cœperat. Et simili modo proximi sacrorum scriniorum, et præcipui ex agentibus in rebus, et advocati fisci, patroni fisci, ejus anni quo moriuntur integrum stipendium sive salarium ad hæredes suos transmittunt, *l.* 11. *C. de proxim. sacr. scrin. l.* 5. *C. de agent. in reb. lib.* 12. *l.* 15. *de adv. div. jud.* Quorum exemplo et hæredes Eguinarii Baronis, qui hanc scholam tenuerat, adversus commune istius civitatis lite mota, obtinuisse dicuntur, ut ejus anni: quo optimus ille Jureconsultus obierat, integrum eis honorarium solveretur. Quod tamen his personis datur honoris ergo, et ex privilegio speciali, non quod defunctis intra annum jure debitum: fuerit totius anni salarium, vel stipendium, vel honorarium. Quod enim pro navata reipublicæ vel privatis hominibus opera datur, promittiturve, non debetur, nisi pro rata temporis, quo opera præbita est. Et si is, qui locavit suas operas in annos: vita decessisset, ejus anni, quo vita decessit, proculdubio integram mercedem ad hæredem non transmittit, sed pro rata temporis tantum, quo operas præbuit. Quam in rem tamen perperam adducunt interpretes *leg.* 25. §. *si operas*, *et l.* 26. *de usufr. et l.* 18. §. *cum serv. de stip. serv.* Quoniam ibi non proponitur servus ipse fructuarius, qui operas suas locavit, vita decessisse, sed is, ad quem ejus servi ususfructus pertinebat; servo superstite, ideoque dicitur ab eo tempore, quo fructuarius vita decessit, residui temporis mercedes

operarum servi illius proprietario deberi, quasi extincto usufructu morte fructuarii. Quod autem de iis, qui operas suas locavere in ann. idem incunctanter de aliis, quam Fisci advocatis, dici non potest: qui morte præventi causam agere, et honorarium explere non potuerunt, ut scilicet hæredibus eorum non debeatur integrum honorarium, perinde ac si causam peregissent, sicut de militibus est proditum *l.* 14. *Cod. de erog. mil. ann. lib.* 12. tametsi pro Republica excubant, tamen ejus anni, quo moriuntur, etiamsi in acie moriantur, eos integrum stipendium ad hæredem non transmittere. Quod et in scriba quæstoris obtinuisse refert Plinius 4. *Epistolarum*, scribens ad Arrianum, cujus hæredes ejus anni, quo vita decesserat, integrum salarium sibi vendicaverant, *cum*, inquit, *quæstor scribam, qui sorte obtigerat, ante legitimum salarii tempus amisisset, de salario, quod de publico acceperat, scribæ daturus si vixisset, senatum consuluit quid fieri debeat: acta causa est, dixit hæredum scribæ advocatus, deinde fisci advocatus, et vicit fiscus, non hæres scribæ.* At diversa ratione proximis sacrorum scriniorum, agentibus in rebus, advocatis fisci, id datum est jure singulari, ut hæredes eorum fruantur integro salario ejus anni, quo vita decesserunt, jure singulari, contra regulas juris. Legati quoque annui alia ratio est: nam id statim ab initio cujusque anni legatario deberi incipit, *l.* 1. *Cod. quando dies leg. ced.* Et merito igitur in hæredem ejus transfertur, quasi defuncto debitum. Ad hæc non erit inutile, nec alienum ab hoc loco tractare, quod et Accurs. tractavit in *l.* 4. an si legatum relictum sit, vel stipulatio contracta in *ann. singulos*: quantum ad præscriptionem triginta annorum attinet, sit differentia inter stipulationem et legatum. Multas retuli ante; at superest etiam hæc in causa præscriptionis triginta annorum, puta ut ea præscriptio adversus stipulationem currat statim a die contractæ obligationis, quia una obligatio est: adversus legatum vero initio cujusque anni, ejusque pensionis, quia plura sunt legata. Et mihi quidem magnopere displicet et Joannis et Azonis et Accur. sententia, qui etiam hac in re hanc differentiam esse statuunt inter stipulationem et legatum, cum aperte *l. cum notissimi*, §. *ult. C. de præscript.* 30. *ann.* dicat, *in his legatis, et in his promissionibus*, quod sane est in stipulationibus, et generaliter in omnibus aliis obligationibus, quæ dationem per annos aut menses singulos continent, tempus præscriptionis 30. annorum, non ab initio obligationis, sed ab initio cujusque anni vel mensis computari, hoc est, si creditor cessaverit a petitione primæ pensionis annis triginta, postea petenti eam pensionem obstare præscriptionem triginta annorum, non etiam petenti pensionem secundam vel tertiam, si nec dum anni secundi vel tertii, quo ea pensio peti poterit, exierint anni 30. Denique hoc dicit apertissime *l. cum notis.* §. *ult.* indistincte et in legatis annuis, et in stipulationibus similibus, unamquamque pensionem sive ex legato, sive ex stipulatione debeatur, suum habere proprium tricennium, quo perimatur. Et desuetudine igitur petendi citius perimi pensionem primi anni, quam pensionem secundi: et secundi citius quam tertii: et sic consequenter, quia etsi stipulatio una sit, tamen non omnium pensionum primo anno dies cedit, sed singulis annis, et convenienter singulis annis singularum pensionum nascuntur actiones. Quod et de legato dici potest in annos singulos, etiam eo casu, quo unum est et perpetuum, ut si Reipub. vel templo relinquatur, de quo diximus ad rubricam: nam etsi unum sit legatum, tamen non semel, sed singulis annis singularum pensionum nascuntur actiones, καθ' ἕκαστον ἔτος, ut ait *lex* 45. *Cod. de Episcop. et cler.* Idemque ait de usurarum pensitationibus, *l. eos, in princ. Cod. de usur. l. pen.* §. *ult. Cod. de præscript. trig. an.* singulis annis nasci actiones, quibus petantur usuræ vel fructus, videlicet (quod notandum) si nondum sit perempta obligatio principalis præscriptione 30. annorum: tunc enim et usurarum singulis annis nascuntur actiones: contra si obligatio principalis extincta sit præscriptione triginta vel quadraginta annorum, et ipsa quoque obligatio usurarum vel fructuum extinguitur etiam intra triginta annos, *ex d. l. eos, in princ.* Quod tamen olim non obtinuisse Patricius vetus interpres refert, et novam igitur esse eam Justiniani Constitutionem. Ceterum ex his apparet, ex enarratione nimirum *d. l. cum notissimi*, §. *ult.* manifeste etiam per eam *l.* refelli Bulgari et Rogerii sententiam, qui contra, quam lex, dicant, non ab initio cujusque anni sive pensionis in legatis vel obligationibus annuis aut menstruis, sed ab exordio talium obligationum contendunt præscriptionem triginta annorum computari, ita ut si ab exordio talium obligationum in petitione primæ pensionis per triginta annos cessatum sit, etiam sequentium pensionum petitio perimatur, quo nihil est absurdius: namque hoc dicere, est actionem perimi, antequam nata sit. Ergo ut rem decidam, sicut quot sunt nova opera vicini, tot requiruntur novi operis nuntiationes, tot remissiones, *l. de pupillo*, §. *si in plurib. de nov. oper nunt.* quot sunt crimina, tot requiruntur abolitiones, *l.* 1. §. *si plura, ad Senatuscons. Turpil.* ita quot sunt anni, tot requiruntur etiam præscriptiones: quibus actiones aboleantur. Et ab hac quidem, quam adsero, sententia, sunt etiam Martinus et Albericus, et alii plerique DD. Alios aliud per

quam inepte sentire non est mirum: nam quod M. Tull. dixit de Philosophis quibusdam, *nihil tam absurdi dici posse, quod non dicatur a quodam Philosophorum*, idem merito de DD. dici potest.

Ad L. VI.

Annuam pecuniam ad ludos civitati reliquit, quibus præsidere hæredes voluit. Successores hæredum negant se debere: quasi testator tandiu præstari voluisset, quandiu præsiderent hæredes. Quæro igitur, an cum præsidendi mentionem fecerit, ad tempus fideicommissum, an perpetuo præstari voluerit. Modestinus respondit, fideicommissum quotannis in perpetuum Reip. præstandum esse.

Testator annuam pecuniam *ad ludos* forte Circenses, vel alia quædam certamina, civitati per fideicommissum reliquit, quibus quidem ludis *hæredes suos præsidere* voluit, hoc est, ἀγωνοθετεῖν, ἀγωνοτρέφειν, ἀγωνάρχειν ut in *l.* 10. *de pollicit.* hæredes primi post testatorem defuncti sunt, nec jam ludis præsidere possunt: hæredes hæredum negant se debere legatum civitati, hoc colore sive prætextu, quod testator tamdiu duntaxat voluerit eam pecuniam præstari, quandiu hæredes ejus primi ludis præsiderent. Contra Modestinus respondit non ad tempus fideicommissum illud Reipub. esse relictum, puta *quoad viverent hæredes primi*, Reipub. esse relictum, puta *quoad viverent hæredes primi*, sed in perpetuum, et hæredum appellatione etiam hæredes hæredum contineri, ut in *l.* 65. *et l.* 70. *de verb. sig. et l. quamvis* 40. §. 1. *ad Senatusc. Trebell. l. in annalib. Cod. de legat.*

Ad L. VII.

Quintus Mutius ait, si quis in testamento ita scripsit: Filii filiæque meæ ibi sunto, ubi eos mater sua esse volet, eisque hæres meus in annos singulos inque pueros puellasque singulas damnas esto dare cibarii nomine aureos decem: *si tutores eam pecuniam dare volunt ei apud quem pueri, atque puellæ sunt, nihil est quod ex testamento agere possit. Nam ea res eo pertinet, uti tutores sciant, quæ voluntas testatoris fuit, uti possint eam pecuniam sine periculo dare. Pomponius: In testamentis quædam scribuntur, quæ ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt. Hæc autem talia sunt: si te hæredem solum instituam et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias; nullam enim obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conservandam poteris, si velis facere. Aliter atque si cohærede tibi dato, idem scripsero: nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, cohæres tuus agere tecum poterit familiæ erciscundæ uti facias, quoniam interest illius: quin etiam si utrique jussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis. Ad auctoritatem scribentis hoc quoque pertinet, cum quis jussit in municipio imagines poni: nam si non honoris municipii gratia id fecisset, sed sua, actio eo nomine nulli competit. Itaque hæc Quinti Mutii scriptura:* Liberi mei ibi sunto, ubi eos mater sua esse volet, *nullam obligationem parit, sed ad auctoritatem defuncti conservandam id pertinebit, ut ubi jusserit, ibi sint. Nec tamen semper voluntas ejus aut jussum conservari debet, veluti si prætor doctus sit, non expedire, pupillum eo morari, ubi pater jusserit, propter vitium, quod pater forte ignoravit in eis personis esse, apud quas morari jussit. Si autem pro cibariis eorum in annos singulos aurei decem relicti sint, sive sermone significantur, apud quos morari mater pupillos voluerit, sive ita acceperimus hunc sermonem, ut ipsis filiis id legatum debeatur, utile erit: et magis enim est, ut providentiæ filiorum suorum hoc fecisse videatur. Et in omnibus ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est. Sed interventu judicis hæc omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci.*

Ad *l.* 7. species ita ponenda est: nam vulgo apponunt male Pater cum haberet plures filios, et filias impuberes, eos exhæredavit, extraneum hæredem scripsit, et filiis tutores dedit, ut potest etiam exhæredatis, *l. pater* 4. *de testam. l. avia*, §. *ult. de condit. et demonstr.* et filiis iisdem cibariorum nomine hæredem damnavit dare annua dena: cavit etiam eodem testamento, *ut filii sui ibi morarentur, et educarentur, ubi mater eorum vellet*, ut ipsa filiis eligeret daretque educatorem, ut consilium hac in re matris sequerentur. Porro tutores eam pecuniam primo anno ab hærede perceperunt, nec tamen volunt dare ei, apud quem mater filios morari voluit. Q. Mutius scribit, quod tamen infra Pomponius notat, ei apud quem filii morantur ex consilio matris, ex testamento nullam actionem esse adversus tutores, qua eos compellat, sibi dari pecuniam in alimenta puerorum, et puellarum relictam, quam ab hærede perceperunt, quia scilicet nihil ei relictum proponitur. Et forte apud eum mater decrevit filios esse suos per imprudentiam, cui si detur pecunia, mox eam absumpturus sit, nec eam conversurus in rem, in alimenta puerorum. Itaque tutorum est etiam atque etiam animadvertere, quæ aut qualis voluntas testatoris fuerit, videlicet apud quem verisimile sit testatorem voluisse morari filios suos. Et hoc quoque rursus tutorum est animadvertere, an

possint sine periculo pecuniam dare ei, apud quem mater filios morari voluerit. Et ita hac de re Quint. Mutius scripsit, ad quam Mutii scripturam ac quæstionem planius disceptandam Pomponius diligenter, excusseque notavit hæc, quæ sequuntur: in testamentis quædam scribi, quæ sola nituntur auctoritate scribentis, sola auctoritate testatoris, nec ad alterius commoda pertinent: quædam scribi ad commodum alterius, ut legata, et fideicommissa. Et hæc quidem, quæ respiciunt ad commodum alterius, proculdubio obligationem pariunt, hæres, scilicet obligatur ex testamento legatariis, et fideicommissariis: illa vero, quæ non respiciunt ad commodum alterius, sed nituntur sola testatorum auctoritate, id est, nuda præcepta testatorum, quæ nullius personæ respectu aut contemplatione fiunt, obligationem non pariunt, quia nec ullus est, cui hæres obligetur, quem testator demonstraverit, cuique gratificatum voluerit. Ut in hoc casu, quem proponit Pomponius, si te solum hæredem institui, et jussi *ut monumentum mihi certa pecunia faceres*, ex scriptura nulla obligatio nascitur, id est, non obligat hæredem, cum non sit cui obligetur, cujusque intersit monumentum fieri. Denique nulla actione tenetur hæres ad monumentum faciendum, ut ait *l. hæreditas, de pet. hæred.* Sed si auctoritatem meam hæres observare velit, et mihi præbere fidum obsequium, utique faciet monumentum, sed et non faciet impune, quia ad faciendum nemo eum urgere potest, dicitur tantum impie fecisse. De hærede loquitur Pomponius instituto ex asse, quem ego solum mihi hæredem feci: nam si hæredi, quem mihi monumentum facere rogavero, cohæredem adjecero, cohæres cum illo agere potest familiæ erciscundæ judicio, ut monumentum faciat, id est, in judicio familiæ erciscundæ in judicio dividendæ hæreditatis hoc quoque veniet, ut ille monumentum faciat, quia interest cohæredis monumentum fieri, propterea quod jus monumenti hæredes sequatur. Actio non datur ulla cuiquam, nisi ei cujus interest, *l. qui fundum, loc. l. si procuratorem* 8. §. *mandati, mand.* Et hoc est, quod Marc. Tull. ait, *actiones esse expressas ex cujusque damno vel injuria*, id est, quatenus cujusque interest. Unde et si duo sint hæredes scripti, et ambo rogati facere monumentum, eadem ratione in judicio familiæ erciscundæ invicem disceptabunt de monumento, quod fieri testator jussit, ut id fiat. Quinimo et post divisionem hæreditatis eadem de re invicem præscriptis verbis agere possunt ut, si unus tantum jussus sit facere monumentum, etiam post divisionem bonorum, cum eo alter agere potest actione præscriptis verbis, quasi certa lege partium permutatione facta: nam divisio hæreditatis fit permutatis partibus, et huic permutationi partium videtur indicta esse hæc lex, ut exsequerentur defuncti voluntatem, ut conservarent per omnia defuncti auctoritatem, quæ est sententia *leg. his consequenter*, §. *idem quærit*, *famil. ercisc.* Subjicit alium casum Pomponius, in quo etiam scriptura testamenti non parit obligationem, nec alio, quam pudoris vinculo hæredem adstringit, ad conservandam testatoris auctoritatem. Si forte testator jusserit in municipio *statuas vel imagines suas poni*, non honoris vel ornatus municipii causa, quoniam hoc casu, hæc scriptura pareret obligationem, *l. civitatibus, de leg.* 1. quia interest civitatis honorem sibi delatum exhiberi. Si igitur non honoris municipii causa, quod legatum esset utile, jusserit imagines suas in municipio poni, sed suæ gloriæ, memoriæ causa, ut scirent homines se ex eo municipio esse, hoc casu ex hac scriptura nulla cuiquam constabit obligatio vel actio, quia nullius interest fieri id, quia nullus est, qui agat pro defuncto, cuique agere pro defuncto expediat. His duobus casibus, quos exposuit Pomponius in hac *l.* addi potest tertius, quo etiam nudum præceptum testatorum, sic appellatur in *l. filiusfam.* §. *Divi Severus, de leg.* 1. *et l. pater*, §. *Julianus, de leg.* 3. in quo nudum præceptum, nuda auctoritas testatoris, quæ ad alterius commodum non respicit, quæ non habet adjunctum onus fideicommissi, obligationem non parit, ut si simpliciter *vetuerit fundum aliquem hæreditarium alienari*; aliter atque si causam expresserit, veluti si adjecerit: *ne de familia ejus exeat*, quo casu fundo alienato extra familiam, proximiori agnato defuncti velut ex fideicommisso, fundi persequutio competit, *l. peto*, §. *frater, de leg.* 2. ut si fundum libertis legatum alienari vetuerit, pertinere voluerit nominatim a libertis ad filios eorum, vel ex his natos, ut in *l.* 18. *in princip. hujus tit.* nam et hoc præceptum non est nudum, sed inest in eis fideicommissum, ut scilicet fundus ille servetur filiis libertorum, vel ex illis natis. Ejusdem generis est, id de quo agitur in hac *l.* cum testator jussit *liberos suos ibi esse, ubi mater eos esse vellet:* nulla enim ex hoc præcepto, ex hoc jussu, cuiquam obligatio vel actio competit, qua efficiat, et obtineat, ut liberi ibi sint, ubi mater voluit, sed ad auctoritatem tantum illius ab hærede conservandam pertinet, ut, ubi jusserit, ibi sint: jussit autem ibi esse, ubi mater esse vellet, quod ita fieri non semper expedit. Itaque nec huic auctoritati paternæ semper obtemperandum est, aut non utique semper eam conservare necesse est, ut est proditum in *l.* 1. *sup. ubi pupill. educ. deb.* si pupillum testator jusserit apud aliquem educari, *nonnumquam*, inquit, *a voluntate patris recedit prætor.* Quid enim si aliquo vitio infami, quod

testator ignoravit, labores is, apud quem pater filios suos morari jussit, vel nominatim, vel arbitrio matris? At quod pro cibariis pater filiis reliquit, de eo quoque Q. Mutius negabat cum hærede aut tutoribus agi posse, qui cibaria ab hærede accepissent, quasi id quoque pertineret ad auctoritatem nudam testatoris, non ad commodum pupillorum, vel eorum apud quos pupilli educarentur. Et hoc Pomponius improbat, quia sive pupillis testator reliquit pro cibariis annua decem in gratiam et utilitatem eorum, apud quos pupilli pupillæque voluntate matris educarentur, sive pupillorum ipsorum gratia, ut eis legatum deberetur. Utroque casu ex testamento nascitur obligatio, et utile atque efficax legatum est, nec pendet ex sola voluntate patrisfamil. sed etiam ex utilitate et commodo educatorum, vel pupillorum, et in dubio magis ex commodo puerorum. Et hoc est, quod Pomponius ait, *et magis est, ut providentia filiorum suorum hoc fecisse videatur*, quam eorum scilicet, apud quos mater filios suos educari censuisset. Itaque non nisi filiorum nomine tutoribus adversus hæredem in annos singulos, e in filios filiasque parvulas relictæ pecuniæ petitionem competere Ceterum de eo, quod testator jussit aut voluit, *filios suos ibi esse, ubi mater vellet*, et generaliter de ceteris omnibus, quæ pendet ex nuda auctoritate, ex nudo præcepto testatoris, ita Pomponius definit, quæ definitio valde est notanda, ea neque omnino hæredi esse spernenda, neque omnino observanda, sed ubi ea servari pium et honestum est ubi nulla subest suspicio turpis, quamvis eo nomine nulla cuiquam competat actio, extra ordinem tamen interventu judicis, id est, prætoris vel præsidis, vel cum de religione agitur, veluti de monumento faciendo, interventu principis, aut pontificis, ut ait *l. hæreditas, de petit. hæred. l. ossa, de relig. et sumpt. fun.* Interventu, inquam, earum potestatum, ea præcepta nuda defunctorum servari, et ad effectum produci debere. Itaque in specia proposita judex intervenit, et curabit filios ibi morari, ubi mater jusserit: nisi periculum sit, ubi mater forte imprudenter esse eos jussit, eorum pudicitiæ vel educator ipse, vel quis alius insidietur, *l. pen. ubi pupill. educ. deb.* Et ita hæc *l.* explicanda est illo loco, *sive hoc sermone significatur, apud quos morari mater pupillos voluerit*, id est hi apud quos, etc. Si iis scilicet annua dena in singulos pueros puellasque pro cibariis dari testator voluerit, iis educatoribus legata debentur, et legati petitio est: quamquam magis est, ut gratia puerorum tantum videatur eis legasse annua dena. Denique ut pueris tantum ejus pecuniæ petitio competat jure legati vel fideicommissi. Glossa in verbo *debeatur*, quam nescio, an ullus DD. intellexerit, delenda est. Inter cetera ponit, pueros, puellasque a patre fuisse hæredes institutos, quod nusquam animadvertimus in tota lege, quamvis prolixa sit.

Ad L. VIII.

In singulos annos relictum legatum simile est usufructui, cum morte finiatur. Sane capitis diminutione non finitur, cum ususfructus finiatur. Et ususfructus ita legari potest: Titio usumfructum fundi lego, et quotiensque capite minutus erit, eundem usumfructum ei do: *illud certe amplius est in hoc legato, quod ingressu cujuslibet anni, si decesserit legatarius, ejus anni legatum hæredi suo relinquit, quod in usufructu non ita est: cum fructuarius, etiamsi maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit: hæredi suo eos fructus non relinquet.*

Docet, legatum *in annos singulos* relictum: scilicet alimentorum vice, vel quod idem est, *quoad viveret legatarius*, simile ususfructui legato esse, in eo quod utrumque legatum finitur morte legatarii, quod est certissimum, *l. Firmio, in fi. quand. dies leg. ced. l. patrimonii, tit. seq. l. 4. sup. hoc tit. l. cum hi, §. modus, de transact. l. pœnalis, §. 1. ad leg. Falcid.* unde et Martialis 9. morientem eum, cui Bithynicus annua millia sena dabat, tametsi nihil Bithynico legasset, ait eleganter, imo legasse ei annua millia sena, quia mors ejus illi præstationi finem attulit. In hoc igitur legatum *in annos singulos*, est simile legato *ususfructus*, in aliis plerisque est dissimile: ac primum in eo, quod ususfructus finitum capitis diminutione usufructuarii quacunque, secundum jus vetus, quod obtinuit ante Justinianum, quia personæ relinquitur ususfructus, quam personam immutat capitis diminutio. At legatum in annos singulos non finitur capitis diminutione legatarii, quia hoc legatum quotannis renovatur, et magis consistit in facto, quam in jure, ut ait *l. pen. de cap. minut.* Ususfructus jus personale est, et legatum ususfructus unum. Hæc est prima differentia. Secunda differentia est, quia repeti ususfructus potest, ut postquam finitus est capitis diminutione, restauretur, et his fere verbis, quæ proponit, *Titio usumfructum fundi lego, et quotiensque capite minutus erit, eundem usumfructum ei lego: quotiensque*, ut semper legitur scriptum in Florentinis, pro *quotienscunque*, ut *l. 3. quibus modis ususfr. amitt. l. 5. §. si ususfruct. ususfruct. quemadm. cau. l. 2. §. merito, ne quid in loc. pub. l. decreto, de adm. tut.* Legatum autem *in annos singulos*: hoc modo frustra repeteretur, quia, ut dixi, multiplex est legatum, quod renovatur et renascitur quotannis. Tertia differentia h c

est: ejus anni, quo fructuarius vita decessit, fructus; qui nondum percepti fuerint, ad heredem ejus non pertinent, quia nondum fructus erant, quo tempore fructuarius vita decessit, sed erant pars fundi: fructus pendentes sunt pars fundi, nondum fructus, proprietario igitur adscribuntur, nec pertinent ad heredem fructuari, *l. qui scit*, §. *pen. de usur. l.* 13. *quibus mod. ususfruct. amitt.* At ejus anni, quo vita decessit is, cui quid legatum est in annos singulos, integrum legatum ad heredem ejus pertinet, ut latius exposuimus in *l.* 5. Et has tres differentias proponit Gajus in hac *l.* 8. Addere licet quartam. Legatum in annos singulos cedit statim a die mortis testatoris, non ex die aditæ hæreditatis, *l.* 12. *quando dies leg. ced.* Legati ususfructus dies non cedit, nisi ex die aditæ hæreditatis, *l.* 2. *quando dies leg. ced. l.* 1. §. *dies, quando dies ususfruct. leg. ced.* Nimirum quia legatum annuum statim a morte testatoris consistit: ususfructus legatum non ante consistit, quam legatarius uti frui possit. Non potest autem continuo uti frui a morte testatoris. Addas et quintam differentiam. Ususfructus relictus Reipublicæ, vel templo, finitur spatio centum annorum, quæ vita est longevi hominis. Et vero ut finiatur aliquo tempore, utile est, ne sit prorsus proprietas inutilis, semper ab ea abscedente usufructu, ut ostenditur in *l.* 8. *t. seq.* At legatum in annos singulos relictum civitati, municipio, Ecclesiæ, collegio, templo, æternum et sempiternum est, ut docuimus ad Rubricam. Et postremo, quæ est sexta differentia, quæ proprie convenit inscriptioni *hujus l.* quæ est ex lib. 5. Gaji ad legem Juliam Papiam: legatum in annos singulos, si legatarius vivo testatore decesserit, est in causa caduci: et idcirco pertinet ad fiscum ex legibus Julia et Papia quæ sunt leges caducariæ. At legatum ususfructus non item, hoc est, non pertinet, ad fiscum, quo nunquam recederet, si semel fisco necteretur, sed remanet apud heredem, a quo ususfructus legatus est, vel apud eum cui fundi fructuarii proprietas legata est. Neque enim hæ leges caducariæ in usufructu locum habet, *l.* 9. *t. seq. l. si Titio fructus, de usufr.*

Ad L. IX.

Fundus quem paterfam. libertis legatorum nomine, quæ in annos singulos reliquit, pignus esse voluit: ex causa fideicommissi rei servandæ gratia recte petetur. Paulus *notat: Hoc admittendum est, et in aliis rebus hæreditariis, ut et in eas legatarius mittatur.*

In hac lege ex Papiniano proponitur hæc species Patronus libertis *in annos singulos* verbis directis certorum nummorum legatum dedit: multa sunt legata, primi anni purum, sequientium conditionalia, *l.* 4. *et l.* 11. *hoc tit. l.* 1. §. *si in annos, ad leg. Falcid.* eorum legatorum nomine idem patronus certum fundum hæreditarium libertis pignoris jure obligatum esse voluit: pignus testamento recte constituitur, *l. non est, de pig. act. l. Lucius, inf. de aliment. leg. l.* 1. *Cod. comm. de legat.* Constituitur autem pignus testamento per fideicommissum, quod hæc lex ostendit, dum ait: libertos eum fundum petere posse *ex causa fideicommissi, rei servandæ causa,* inquit, id est, legatorum annuorum servandorum causa, ut scilicet in ejus fundi possessionem mittantur, ut in ejus fundi possessione sint legatorum servandorum causa, quæ veteribus videtur fuisse appellata missio in rem, scilicet per fideicommissum relictam, *l.* 1. *C. comm. de leg. et Novell.* 39. Et hoc est quod ait Papinianus, *ex causa fideicommissi rei servandæ gratia fundus recte petetur*, quem scilicet testator legatorum nomine pignus esse voluit. Ad hanc vero Papiniani sententiam Paulus notat: etiamsi testamento legatariis prospectum sit speciali pignore fundi hæreditarii, quod petere et possidere ex causa fideicommissi possint, legatorum annuorum servandorum causa, non idcirco minus posse etiam prætorium pignus constitui, in ceteris rebus hæreditariis eorundem legatorum servandorum causa legatariis scilicet missis in possessionem omnium rerum hæreditariarum, forte propter, inopiam, postulantibus legatariis, hærede non satisdante legatorum nomine ex edicto prætoris, ex edicto. ut legatorum nomine caveatur, et edicto, ut in possessionem legatorum: cum testamentario pignore pignus prætorium concurrere posse, nec alio aliud perimi: cautionem testatoris non tollere vulgarem cautionem legatorum introductam edicto Prætoriis. Hæc est nota Pauli quæ ut mihi quidem videtur, satis aperte refellit, quod DD. vulgo dictitant; *provisionem hominis tollere aut elidere provisionem legis aut edicti prætorii, quod pro lege est ex l. ult. C. de pact. convent. tam sup. dot.* Quod quidem nec ex eis ii, qui eruditiores sunt, temere admittunt, nisi forte cum cautio legis major, pleniorque non est ea quam adhibuit homo: nam si cautio legis plenior fit, nec mea mens hæc est, ut mihi eam auferam minuscula aliqua et abundanti cautione mea, nec eam quoque contra jus publicum sua cautione mihi alius quisquam auferre possit, ut in specie hujus legis, in qua plenius est pignus prætorium quam pignus testamentarium: nam pignus prætorium constituitur in omnibus, quæ sunt in causa hæreditaria, quæve dolo malo hæredis in ea causa esse desierunt: testamentarium autem pignus constituitur in una re tantum, idcirco cautio testatoris non tollit cautionem legis, sive edicti prætorii, quæ plenior atque pinguior est. Et ad id

quoque Doctorum vulgare dictum comprobandum nihil facit illa *l. ult. C. de pact. convent.* quia in ejus legis specie non concurrit provisio legis cum provisione hominis, de expressa et tacita hypotheca ibi agitur, qua mulier contendit, res mariti sibi esse obligatas pro rebus suis, quas ei dedit extra dotem, id est, pro paraphernis, ut vocant, et ubi mulier sibi cavit expressa hypotheca pro paraphernis, ostenditur, non concurrere tacitam, cessare tacitam, et retro tacitæ locum esse, quam Justinianus dedit mulieribus, ita demum, si non concurrat expresse: si expressim mulier sibi de hypotheca pro paraphernis non cavit. Non concurrunt igitur, et consequenter non mirum, si non elidat alia aliam: nam elisio fit veluti conflictu quodam et concursu duorum corporum. Porro argumento hujus legis 9. non male tentat Dynus vetus Interpres juris, fuit ante Bartolum, etiam legatariis a testatore constituto speciali pignore legatorum nomine, posse eos in ceteris rebus hæreditariis, si hoc malint, exercere jus taciti pignoris, quod eis primus Justinianus dedit, *d. l.* 1. *C. comm. de leg.* Neque enim ante Justinianum legatorum nomine habebant legatarii tacitam hypothecam in hæreditariis bonis, sed expressam tantum, quam sibi cavissent ipsi, vel ipsis cavisset testator, quod et Accursius significat in *l.* 5. §. *postquam*, *ut in poss. leg.* et in *l.* 3. *C. eod. tit.* qui tamen a semetipso dissentit in *l. credetoribus*, *de separ.* dum scilicet eam legem accipit de tacito pignore, quod Justinianus legatariis dedit in omnibus defuncti bonis, adducta *l.* 1. *C. comm. de leg.* qua id Justinianus dedit primum, cum tamen ea *l. creditoribus* de eo tacito pignore non sit, nec vero possit esse, cum nondum esset introductum illud taciti pignoris genus; sed est de prætorio pignore, quod constituitur legatariis missis in possessionem bonorum hæreditariorum, legatorum suorum servandorum causa, *l. missio inf. pro empt.* Et idem Accursius etiam imprudenter in *d. l.* 5. §. *postquam*, ait, hodie legatarios jure taciti pignoris, jure Justinianei pignoris, tanquam hypothecarios creditores præferri chirographariis creditoribus defuncti, quia, ut hoc statim appareat, manifesto falsum esse, toto jure cautum est, ut loquuntur Impp. *C. Theodos. in l.* 1. *si cert. pet.* ex chirographo legatum non deberi, nisi deducto ære alieno, id est, dimissis creditoribus hæreditariis, ne ex testamento quidem militis, *l.* 1. §. *denique*, *ad SC. Trebell.*

Ad L. X.

Sejo amico fidelissimo, si voluerit, sicut meis negotiis interveniebat, eodem modo filiorum meorum intervenire: annuos senos aureos, et habitationem, qua utatur, præstari volo: *non ideo minus annua Sejo pro parte hæreditaria viventis filiæ deberi placuit, quod ex tribus filiis Titiæ duo aliis hæredibus institutis, vita decesserunt: cum tam labor, quam pecunia, divisionam reciperent.*

In hac lege sunt brevia aliquot, nec admodum difficilia responsa Papiniani. Lex primum pertinet ad speciem hujusmodi: Titia cum haberet duos filios et unam filiam, et omnes puberes, eos hæredes fecit ex æquis partibus, et Sejo negotiorum suorum procuratori, si quidem vellet etiam post mortem suam eodem modo filiorum suorum negotiis intervenire, filiorum suorum negotia gerere, reliquit annuos senos aureos, et præterea habitationem, qua etiam tum tempore testamenti, benevolente Titia Sejus utebatur, et auxit beneficium Titia, ei relinquendo eandem habitationem, ut ea uteretur post mortem suam, alioqui habitatio finita fuisset morte Titiæ, *leg. Lucius, de donat.* Post mortem vero Titiæ duo filii vita decesserunt extraneis hæredibus institutis, sorore præterita, atque adeo ad extraneos transmiserunt portiones suas, quas habebant in bonis maternis, non ad sororem, quam omiserant, quæ illis superstes fuit: quo factum est, ut nunc Sejus tantum administret negotia pro parte hæreditaria filiæ superstitis, non etiam pro parte filiorum defunctorum, quæ transferunt ad extraneos. Unde quæritur, utrum minuto labore Seji, qui certe minutus est, cum ei nunc tantum incumbat onus administrandorum negotiorum, quæ ad filiam pertinent pro portione hæreditaria, id est, pro triente: an, inquam, minuatur etiam annuum certorum nummorum, quod Sejo relictum est intuitu laboris, quem caperet in administrandis negotiis filiorum testatoris. an vero integrum legatum, id est, annui seni, quotannis Sejo debeatur. Et respondet Papinianus, non deberi Sejo quotannis integrum legatum, id est, senos aureos, sed pro parte tantum hæreditaria superstitis filiæ, id est, binos aureos, quia ut labor ita et pecunia divisionem et diminutionem recipit; denique cum labore diminuitur et pecunia, laboris præmium. Recte autem ponit Jurisconsultus filios sibi extraneos hæredes instituisse, sororem omisisse: nam si sororem instituissent, non minueretur labor Seji, nec annua præstatio igitur, quod et Bartolus recte observavit hoc loco. At quæro quid sit dicendum, si omnes vivant, nec velint tamen Sejum negotiis suis intervenire, an Sejus, quia per eum non stat, quo minus filiorum negotiis interveniat, secundum voluntatem testatoris, feret quotannis legatum, quod sibi relictum est? Et sane videtur, non ideo minus Sejo deberi legatum an-

nuum senum aureorum, quia per eum non stat, quo minus negotiis filiorum interveniat, excepto uno casu, si filii forte habeant justam causam illum rejiciendi ab administratione, *l. Mævia*, §. 1. *hoc tit. l. pater*, §. *ult. de cond. et demonstr.* Quid enim, si Sejus non ex fide bona negotia administret, si fides ejus arguatur? Annua sena ei relicta sunt fidei remunerandæ causa, quod indicant illa verba: *Sejo amico fidelissimo*, et quæ sequuntur, *si voluerit*, *sicut meis negotiis interveniebat, eodem modo*, etc. *Eodem modo*, id est, pari fide et diligentia. Denique sena relicta sunt fidei remunerandæ causa, ideo si fallat fides, sane non debentur, quæ fidei remunerandæ causa annua relicta sunt. Rursus quæro quid in hac specie sit dicendum de habitatione Sejo relicta, de qua nihil Papin. respondit, sed de annuis senis tantum? et putem non esse eandem causam annuæ habitationis et annuæ præstationis: nam annua præstatio, quæ in pecuniam consistit, facile dividi potest. Habitatio est individua, ut Accursius docet recte in *l.* 1. §. *si usufruct. ad leg. Falcid.* Itaque etiam si imminutus sit labor Seji morte duorum filiorum, qui reliquerunt hæredes extraneos, tamen integra habitatio Sejo præstabitur, quia dividi non potest. Ad hæc videamus, quemadmodum sit respondendum quibusdam legibus, quæ huic *l.* objiciuntur, videlicet *l. annua*, *in princ. inf. hoc tit. l. Gajo*, §. 1. *et l. Stichus*, §. *ult. de alimen. legat. l.* 1. *C. de leg.* Omnium earum legum eadem est species, annua alimenta Titio legata sunt sub conditione, si moraretur cum matre, vel cum filio testatoris, vel quod idem est, *quoad cum eo eave moraretur*: nam uterque sermo conditionem facit, sicut si dixerit: *si vivat*, vel, *quoad vivat? l. 4. et l. 5. sup. hoc tit.* Huic conditioni Titius paruit, id est, demoratus est cum matre aut filio, quamdiu vixit mater, aut filius, quæritur an post mortem matris vel filii alimenta Titio debeantur? Et dicunt omnes certatim, deberi alimenta in perpetuum, id est, dum vivat Titius, nec finiri morte matris aut morte filii. Cur ergo, inquiunt, qui inde ducunt argumentum adversus hanc *l.* et in specie hujus. *l.* non debentur annua sena integra, etiam post mortem filiorum, dum vivit Sejus? Nihil est quod tam facile expediri possit. Ratio differentiæ hæc est, quia ut ante demonstravi, Sejo annua relicta sunt fidei remunerandæ causa quam exhibet in gerendis filiorum negotiis, simul ac laboris, quum in ea re impenderet remunerandi causa, ac proinde non propter utilitatem legatarii, sed propter utilitatem filiorum, qua finita aut diminuta, æquum est etiam remunerationem finiri, diminuive. At in earum legum, quæ objiciuntur specie, alimenta relinquuntur propter utilitatem legatarii pietatis causa, et conditio quæ adscribitur legato, *si cum matre mea, vel cum filio meo moretur*, etiam utilitatem legatarii respicit, ut habeat, ubi, et cum quo moretur, non ut quid faciat et enitatur pro filio vel matre. Neque enim in morando cum eo, eave ullus est labor, qui utilitatem ejus respiciat, imo inutilitas potius et onus. Itaque legatario alimenta perpetuo debentur, cujus solius providentia relicta sunt, sed addenda semper hæc exceptio, nisi evidenter probetur ea fuisse relicta remunerationis vice, ut scilicet interim dum viveret, filio vel matri domi suæ præberet operas, obsequium, ministerium, id est, propter utilitatem filii vel matris, *l. illis libertis* 84. *de cond. et demonstr.* Nam hoc casu, quem excipimus idem statuemus, quod Papinianus in specie hujus legis proposita. Quod et merito Doctores trahunt ad mercenarium famulum, qui locavit suas operas quatuor hominibus, certa mercede nimirum, ut duobus abeuntibus, nec jam famulo dante operam nisi duobus reliquis, minuatur quoque pro parte dimidia ejus merces.

Ad §. 1. *Medico.*

§. 1. Medico Sempronio, quæ viva præstabam, dari volo: *ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt.*

In hoc §. proponitur hæc species: mulier medico per fideicommissum reliquit, *quæ viva præstabat vel præstare solita sit*: non præstabat ei certam erogationem annuam, puta tot aureos quotannis, aut tot culeos vini quotannis, sed modo hac, modo illa re medicum munerabatur. Quæritur ex hujusmodi fideicommisso, quid medico debeatur? Et ait, nihil deberi; quia incertum est fideicommissum, incerta est liberalitatis voluntas: legatum incertæ rei vel quantitatis non valet *l. cum post*, §. *gener*, *de jur. dot.* Paulus 3. *Sent. Legatum*, inquit, *nisi certæ rei sit, nullius est momenti.* Contra vero, si certa et stata fuerit erogatio annua *certa forma*, inquit, *erogationis annuæ*, quam mulier medico suo facere solebat, proculdubio ea debetur.

Ad §. 2. *Uxori.*

§. 2. *Uxori* præter id quod a me vivo annui nomine accipiebat, aureos centum dari volo: *annuum videtur, et semel centum aureos reliquisse.*

In §. *uxori*, proponitur, maritum *præter id*, (hæc sunt verba mariti) *quod a se vivo uxor accipiebat annui nomine, alimentorum nomine legasse*

uxori aureos centum. Quæritur, an centum debeantur quotannis? Minime, quia id non expressit, nec repeti potest ex superiore sermone ἀπὸ κοινοῦ, ut Grammatici loquuntur, quoniam superiori sermone injectus est πρὸς διορισμὸς, injecta est taxatio hæc, *quod a me vivo accipiebat*, et ea centum ab eo vivo non accipiebat. Itaque etiamsi fingatur dixisse maritus aut dicere voluisse, ut præterea mulieri centum quotannis præstarentur, huic dicto, quod adfingitur non congruit scriptum, quoniam non potest id repeti ἀπὸ κοινοῦ, *l. cum pater*, §. *cum imperfecta*, *de leg.* 2. Semel igitur duntaxat centum uxori præbebuntur: quæ autem vivo marito accipiebat, et mortuo eo quotannis accipiet, quia illud, *præter*, includit, non excludit.

Ad §. 3. *Libertis*.

§. 3. Libertis dari volo, quæ viva præstabam: *et habitatio præstabitur. Sumptus jumentorum non debebitur, quem actori domina præstare solita fuit utilitatis suæ causa. Ideo nec sumptum medicamentorum medicus libertus recte petet, quam ut patronam, ejusque familiam curaret, acceptabat*.

In §. *ult.* hoc ostenditur: mulier libertis legavit simpliciter, quæ viva præstabat, quid legato cedit? Utique cedunt annua certæ quantitatis, certæ erogationis, quæ viva eis præstabat, quo nihil est certius: cedit enim legato habitatio, quam viva eis præstare solebat, ut in *l. Sempronio*, *tit. seq.* Et generaliter legato cedunt, quæcunque eorum causa eis præstabat. At quæ eis præstabat sui causa, id est, propter suam, non propter utilitatem illorum, legato non cedunt, quod notandum: ut ecce non debentur sumptus jumentorum, quos liberto *actori*, id est, dispensatori suo patrona suppeditabat excurrenti ad negotia sua: non debentur etiam sumptus medicamentorum, quos liberto medico suo, ut se, familiamve suam curaret subministravit. Medici ipsius erat coemere et conficere medicamenta, nec ut fit hodie, alii conficienda mandare. Unde et Paulus 3. *Sent.* instrumento medici legato ait, deberi omnem apparatum conficiendorum medicamentorum, imo et medici erat membra fracta obligare. Plaut. in Menech. *ab ægrotis medicus venit, obligasse se dicit Æsculapio crura, Apollini autem brachium.*

Leg. 11. explicavimus sup. in *l.* 4.

Ad L. XII.

Cajus Sejus prædia diversis pagis Mæviæ, et Sejæ legavit: et ita cavit, præstari autem volo ex prædiis Potitianis, prædiis Lutatianis annua arundinis millia trecena, et salicis mundæ annua librarum singula millia. *Quæro an id legatum, defuncta legataria extinctum sit. Paulus respondit, servitutem jure constitutam non videri, neque in personam, neque in rem: sed fideicommissi petitionem competiisse ei, cui prædia Lutatiana legata sunt: et ideo cum annua legata fuerint, mortua legataria finitum legatum videri*.

Species leg. 12. quæ est pulcherrima, est hujusmodi: Testator Mæviæ legavit *prædia Potitiana*, Sejæ autem legavit *prædia Lutatiana*: non erant ea prædia vicina: non erant adfinia, sive confinia, sed posita, ut ait, *diversis pagis*, diversis regionibus, quod non frustra proponit, ut paulo inferius demonstrabitur. Itemque testator ex prædiis Potitianis, in quibus erant arundineta et saliceta, præstari voluit (quæ verba sunt fideicommissi) prædiis Lutatianis, in quibus erant vineæ, arundinis annua millia trecena, *et salicis mundæ*, id est candidioris factæ detracto cortice, annua librarum singula millia, arundinis annua librarum millia trecena, et salicis annua singula millia. Arundo, et salix perquam utiles sunt ad jugandas vel alligandas vineas, nec mirum, si appendantur, cum et ligna olim solerent appendi et venire, scilicet, ad pondus, ut et hodie fit Avenione. Trebellius Pollio in Claudio, *Date*, inquit, *ligni quotidiani pondo mille, si est copia, sin minus, quantum fuerit, et ubi fuerit.* Illud autem observandum est, illa arundinis et salicis annua, quæ per fideicommissum relicta sunt prædiis Lutatianis Sejæ legatis, proculdubio Sejæ relicta videri, cui legata sunt prædia Lutatiana, neque enim ipsa prædia fideicommissorum capacia sunt: quamobrem dubitatur, an mortua Seja, annua illa arundinis et salicis mundæ deberi desinant? Quia *annua* (quod præcipue notandum est ex hoc loco) etiam quæ non alimentorum nomine relicta sunt, solent finiri morte legatarii, *l.* 8. *hoc tit.* Et quæ conditio solet annuis vel menstruis adscribi, *quoad vivet*, vel *quandiu vivet*, ut *l.* 5. *sup. et l. prox. inf. hoc tit.* Ea etiam plerunque adscripta esse intelligitur, *argum. l. ult. C. de fidejuss.* maxime si annua relicta sint ex fructu prædiorum, sicuti ea, de quibus agitur: nam arundo et salix in fructu prædii est, *l. qui fundum* §. *cum fundum*, *de contr. empt. l.* 9. §. *ult. l. arbores*, §. *ult. de usufr.* Et quamvis annuo legato ex fructibus prædiorum, vel ex redactu fructuum, vel ex reditu prædii, vel etiam annuo reditu legato, quamvis ut dixi, non videatur ususfructus legatus, qui est jus prædii, jus quod prædium debet homini, quamvis non videatur eo genere legati ususfructus legatus, *l. defuncta*, §. *Sempronio de usufr.* tamen id legatum usuifructui simile est, vel in hoc, ut morte

legatarii finiatur, nec ad hæredem ejus transeat, sed ad hæredem revertatur, a quo relictum est, id est, ad proprietarium, *l. patrimonii*, *tit. seq.* *l.* 6. *usufr. quem. cav.* In aliis autem quibusdam ab usufructu sane plurimum distat legatum reditus annui, vel legatum annuum, quod relinquitur ex reditu, vel ex fructu prædii. Primo enim hæres non potest vendere fundum, id est, plenam proprietatem fundi, cujus ususfructus alii legatus est: vendere tamen fundum potest hæres, fundum, ex cujus reditu, cujusque reditus alii legatus est in annos singulos: quo tamen facto hæres non liberatur, sed tantundem debet legatario præstari, quantum ex reditu fundi redigi consueverat. Item is, cui ususfructus fundi legatus est, ibi habitare prohiberi non potest, alter, cui annua ex fructu vel reditu fundi relicta sunt, ibi habitare ab hærede prohiberi potest, quæ omnia ostenduntur in *l. fundi*, *tit. seq.* Neque iis quidquam obstat *l. cum ita*, *tit. seq.* et *l. si quis ita*, *de usufr.* Nam si, ut ibi proponitur, ita legatum sit: fructus annuos illius fundi illi do, lego, fateor usumfructum illi legatum videri, id est, jus utendi fruendi, quæ est servitus personalis, non quod verba legati id ferant, quibus corpora fructuum potius, qui quotannis perciperentur, significantur, sed quia hæc fuisse mens testatoris videtur, ut ait *d. l. cum ita.* At si *reditum fundi* testator dare voluerit, vel ex reditu, vel ex fructu fundi certum aliquid in annos singulos, tunc sane non videtur servitutem constituisse, id est, usumfructum, sed corpora fructuum tantum, vel redituum quantitatem, quam ex fundo redigeret hæres, vel partem eorum, ut in *l. liberto*, *hoc tit. Reditus*, qui et *redactus* dicitur, a redigendo dicitur, et est proprie hodie pecunia, quæ ex locatione prædiorum a domino redigitur, *des fermes*, ut in *d. l. fundi*, *de usu et usufruct. leg.* *d. l. liberto*, *h. tit.* et *l. Titius* 24. *de præscript. verb.* *l. pen.* §. *insulam*, *de leg.* 2. Qui igitur reditum legat, non legat servitutem, non usumfructum, sed quod hæres redegerit ex locatione prædii vel fundi. Et eodem modo in specie *h. l.* ex prædiis Potitianis, certo pondere arundinis, et salicis legato prædiis Lutatianis, recte Paulus ait, *neque jure constitutam videri servitutem in personam*, id est, servitutem personalem ususfructus, per quam prædia personis serviunt, ut ait *l. dominus*, *de usufr.* quia non usumfructum legavit, sed ex fructu prædiorum, ex arundine, ex salice libras pondo aliquot. Neque item servitutem in rem constitutam videri, id est, servitutem realem, sive prædialem, per quam prædia prædiis serviunt. Et ratio hæc est, ad quam Interpp. nonnulli animadverterunt: quia hæ prædiorum servitutes constitui non possunt inter prædia longe dissita, qualia illa erant, de quibus agitur, quod non abs re Paulus proposuit statim ab initio, nimirum ea fuisse posita diversis pagis, sed prædiorum servitutes constituuntur tantum inter prædia vicina, propter utilitatem prædiorum, aut inter prædia adsita proxime, *l.* 5. *de servit. rustic. præd.* *l. si ædes*, et *l. seq. de serv. urb. præd.* Igitur ex illa scriptura, ut ex prædiis Potitianis, prædiis Lutatianis annua pondo præstentur arundinis et salicis tot: ex illa, inquam, scriptura, ne dicas servitutem personalem aut realem constitutam esse, quia manifesta ratio refragatur, quam ante indicavi; sed dicas obligationem tantum personalem, adversus Mæviam, cui prædia Potitiana legata sunt, et petitionem ex causa fideicommissi Sejæ; cui Lutatiana legata sunt, competere, videlicet ut sibi præstentur annua arundinis et salicis, quæ prædiis sive legatis relicta sunt. Et hæc est sententia *h. l.* quam et Rogerius secutus videtur, et quam belle confirmat *l. ult.* §. *ult. de contr. empt.* etiamsi non de legatis sit, sed de stipulationibus. Verum hac in re pari jure legata et stipulationes sunt, et sicut et in aliis plerisque, *l.* 1. *hoc tit.* Adeo ut ab iis sæpe ducatur argumentum ad illa, et contra, *l. servum*, §. *eum qui*, *de leg.* 1. Hæc vero est species, *d. l. ult.* §. *ult.* Lucius Titius promisit de fundo suo prædiis Gaji Seji stipulatoris centum millia modiorum frumenti annua: postea L. Titius, ut potuit, fundum suum vendidit, et dixit se eum vendere, quo jure, quaque conditione hodie est, ut eodem jure, eademque conditione eum emptor habeat, teneat, possideat, quæritur, an emptor annuæ præstationi frumenti obnoxius sit Gajo Sejo? Et Scævola in *d. l. ult.* §. *ult.* negat, emptorem huic pensitationi annuæ obnoxium esse, quia scilicet supra dicta stipulatione, neque realis neque personalis servitus constituta est, per quam prædia L. Titii serviant prædiis Gaji Seji, vel Gajo Sejo, sed contracta tantum est obligatio in personam L. Titii et hæredis ejus, a qua persona non potest recedere, quia personæ L. Titii omnimodo cohæret: denique non potest transire in emptorem, qui obligatus non est, ac nec fundi quidem comparati nomine transire potest in emptorem, quia nec fundus ille huic præstationi obnoxius est, sed L. Titium tantum, obligatio L. Titii, cum sit personalis, non potest sequi fundum, ergo nec emptorem fundi. Et illa verba, quæ usurpavit Lucius Titius *de fundo*, demonstrant tantum unde frumenti ille modus sumendus sit, ut in *l. quidam*, *de leg.* 1. Non etiam jus aut servitutem fundo imponunt. Congruit omnino *d. l. ult.* §. *ult.* cum *h. l.* 12.

Ad L. XIII.

Mævia nepotem ex Mævio puberem hæredem instituit, et Lucio Titio ita legavit: Lucio Titio viro bono, cujus obsequio gratias ago, dari volo annuos; quamdiu vivat, aureos decem, si rebus nepotis mei interveniat, omnemque administrationem rerum nepotis mei ad sollicitudinem suam revocaverit: *Quæro cum L. Titius aliquo tempore Mævii negotia gesserit, et per eum non constet, quo minus gerat, Publius autem Mævius nolit eum administrare, an fideicommissum præstari debeat? Respondi si non propter fraudem aliamve quam justam causam improbandæ opera causa remotus esset a negotiis, quæ administrare secundum defuncti voluntatem vellet, percepturum legatum.*

§. 1. *Uxore hærede scripta ita cavit:* Libertis meis omnibus alimentorum nomine singulis annuos denarios duodecim ab hærede dari volo, si ab uxore mea non recesserint. *Quæro, cum paterfamilias sua voluntate de civitate difficile profectus sit; ea autem assidue proficiscatur, an liberti cum ea proficisci debeant. Respondi, non posse absolute responderi, cum multa oriri possent, quæ pro bono sint æstimanda. Ideoque hujusmodi varietas viri boni arbitrio dirimenda est. Item quæritur, cum proficiscens eis nihil amplius obtulerit, ac per hoc eam secuti non sint, an legatum debeatur? Respondit, et hoc ex longinquis brevibusque excursionibus et modo legati æstimandum esse.*

Duæ in *h. l.* de annuis legatis quæstiones proponuntur: de priore jam aliquid attigimus in *l.* 10. *in pr.* Testator Lucio Titio per fideicommissum reliquit annuos denos aureos, quamdiu viveret, sub conditione, si nepotis sui negotiis interveniret omnemque eorum negotiorum administrationem ad sollicitudinem suam revocaret. Lucius Titius aliquo tempore conditioni paruit, id est, nepotis negotia gessit, et nunc quoque in ea administratione perseverare paratus est, sed nepos opera ejus amplius uti non vult, quæritur, an fideicommissum ei debeatur. Respondet ei deberi, quia per eum non stat, quominus ea negotia gerat. Itaque conditio habetur pro impleta, ut in *l.* 5. §. *item si qua conditio, quando dies leg. ced. l.* 14. *de condit. et dem.* Et iniquum est eum, qui culpa vacat, emolumento fideicommissi carere, *l. Titia*, §. *si ea conditione, de leg.* 2. Verum hoc loco additur una exceptio, nisi propter fraudem, aliamve justam causam improbandæ operæ causa remotus sit a negotiis, quæ administrare secundum defuncti voluntatem vellet, quod exposui latius in *d. l.* 10. Hoc tantum addi velim, quod Bartolus hoc loco notavit, quia rationi congruit remotum a negotiis ex justa causa sequentis temporis annua ex causa fideicommissi non percepturum, ceterum præteriti temporis, si ea nondum consequutus fuerit, utique percepturum. Posterior quæstio, de qua agitur in *h. l.* hæc est: libertis suis testator per fideicommissum reliquit singulis annuos denarios 12. alimentorum nomine sub hac conditione, *si ab uxoris suæ latere, quam hæredem scripserat, non recederent*, ipse quidem testator non facile solebat de civitate sua exire: at uxor ejus, quam hæredem scripsit, modo hac, modo illa extra civitatem assidue vagabatur, et nunc post mortem mariti vagatur assiduissime. Excursiones mulieribus gratæ sunt, sed quibus gratæ, summopere vitandæ, juxta illud Theognidis ἐχθαίρω γυναῖκα περίδρομον. Ac quæritur hoc loco, an uxore patroni hac illac oberrante passim ubique liberti eam sequi debeant, ne fideicommissum amittant? Et respondet eleganter, quæ verba memoriæ mandanda sunt, non posse absolute responderi, *Cum*, inquit, *multa oriri possint quæ pro bono et æquo sint æstimanda.* Ideoque hujusmodi varietas viri boni arbitrio dirimenda est. Sensus hic est: hanc quæstionem, quæstionem esse facti, non juris: quæstionem esse facti, non juris regula, nulla jurisperitorum tractatione sive explicatione decidi posse, ut ait lex *mora*, *de usur.* judicialem quæstionem esse, *l. Lucius*, *mand.* quæ ad judicis aut viri boni cognitionem, aut æquum arbitrium remittenda sit, ut *l.* 135. §. *Seja, in fin. de verb. obligat. l.* 2. *C. plus val. quod. agit. l. voluntatis*, *C. de fideicommiss.* Aristoteles 4. Ethicor. *Non est facile verbis distinguere ac definire ea, quorum judicium in rebus singularibus, et in sensu consistunt, quæ variant subinde, nec semper eodem statu manent.* Finge: mulier vult proficisci in locum aliquem inhonestum: sane eo casu vir bonus non arbitrabitur ut eam sequantur liberti, sicut si arbiter compromissarius jubeat in locum aliquem inhonestum adesse litigatores, velut in popinam, vel in lupanar, impune ei non paretur, *l. quid tamen* 21. §. *sed si* 11. *de recept. qui arb.* id est, non committetur ob eam rem pœna compromissi. In id etiam libertos non adiget vir bonus, nimirum ut sequantur mulierem, si importuno tempore aliquo mulier stulta excurrere velit, et multo minus, si vagari velit tota vita per terrarum orbem, argumento *leg. quod nisi*, *in fine*, *de oper. lib.* aut si libertorum comitatu uti velit supra modum, tanquam vilissimorum mancipiorum, ut in *l. Gajo* 13. *inf. de alim. leg.* quæ est ex eodem libro Scævolæ. Quæstio etiam ea est facti, quam paucis hoc loco idem Scævola attingit, si quæratur, an sequi liberti patroni uxorem debeant sumptu et vectura uxoris, an

sumptu suo, vectura sua: nam id æstimandum est ex varietate causarum: varie, nec absolute definiri potest, puta æstimandum est ex modo, ex quantitate legati. Ingens enim aut idoneus si sit legati modus, voluisse testator videtur, ut ipsi sequentes uxorem itinerarium sumptum facerent de pecunia legata. Ideinque rursus æstimandum est ex spatio excursionum; breve enim si sit spatium, æquum est, ut ipsi viatica sufferant, quibus pro præmio laboris annuum fideicommissum adscriptum est: non enim si longinquum sit nimis spatium. Et ne longius evager, breviter sic statuo: ubi justa est libertis causa recedendi ab uxore, fidicommissum eis debetur: ubi justa causa deficit, si ab ea recedant, fideicommissum eis non debetur. Id igitur omne dirimendum est arbitrio boni viri, vel ut T. Livius loquitur, *æquo arbitrio.*

Ad L. XIV.

Si cui annuum fuerit relictum sine adjectione summæ, nihil videri huic adscriptum, Mela ait: Sed et verior Nervæ sententia, quod testator præstare solitus fuerat, id videri relictum, si minus ex dignitate personæ statui oportebit.

Sciendum est, quod et jam monui sæpius, *annuum* plerunque accipi pro annuo relicto alimentorum vice. Et potissimum hoc docui initio hujus tituli. Et ita annum in hac *l.* accipiendum esse demonstrat Accursius recte, cum hac *l.* collata *l. cum alimenta, inf. de aliment. leg.* quæ in alimentis ponit, quod hæc in annuis. Si annuum igitur legatum, ut hæc lex ait, Titio relictum sit alimentorum vice, non adscripta certa quantitate, certa summa, non continuo dicendum est, quasi incertæ rei inutile legatum esse, quod tamen Melæ Jurisconsulto videbatur, quia potest redigi ad certam summam: summa quidem annui non est expressa, sed tamen potest legatum alia via redigi ad summam certam. Itaque non est prorsus incerta, veluti habita ratione ejus, quod vivus testator Titio quot annis erogare solebat, si modo id habuerit certam formam erogationis, ut ait *lex* 10. §. 1. *hujus tit.* certum statumque modum exactionis, aut semper scilicet, aut tempore saltem proximo morti, ut ait *lex Mela*, §. 2. *de aliment. legat* Nam si quis varie pro alimentis faciebat erogationes, novissimum tempus spectandum est, quantum scilicet tempore proximo morti erogare solitus erat. Habita igitur ratione ejus, quod Titio vivus testator præstare solitus erat quotannis, legatum illud, cui non adscripta est certa summa, poterit redigi ad certam summam: nam et post mortem suam testator eandem erogationem fieri voluisse videtur, perinde atque si dixisset, annuum quod vivus præstabam. Quod si inde ratio nulla certa dici possit, vel quia nihil ei vivus præstabat, vel quia liquido non apparet quantum ei præstare solitus esset, tunc *ex dignitate personæ legatarii* æstimandum esse ait, arbitrio scilicet boni viri, æquo arbitrio, quantum ei pro alimentis quotannis erogari oportet. Alimenta enim sunt eroganda pro dignitate personarum, sicut et servis diaria demensa erogari solebant pro qualitate ministerii, *l. servis urbanis, de legat.* 3. Id igitur æstimandum est ex dignitate personæ legatarii: adde, atque etiam ex dignitate personæ testatoris, ut est proditum de operis patrono debitis, *l. ejus artificii, inf. de oper. liber.* Ex dignitate igitur et ex facultatibus testatoris, et ex charitate, qua legatarium complexus est, hæc omnia æstimabit bonus vir, atque perpendet, atque ita legatum incertum, certum faciet legatum, cui non est adscripta certa summa, rediget ad certam summam. Neque enim videtur voluisse testator inutiliter legatum relinquere: denique voluntas testatoris ad effectum perducetur officio judicis, aut arbitri, æquo arbitrio: arbitrium boni viri, velut certam quantitatem exprimit, quæ sunt verba *legis* 1. *de legat.* 2. summe notanda: nam nec incerta est quantitas legati vel contractus, licet non sit expressa, quam certæ conjecturæ, certa argumenta, certam faciunt, vel ut ait *lex* 10. §. *ult. de reb. dub.* quæ per judicis substilitatem manifestatur.

Ad L. XV.

Javolenus: Eum, qui rogatus post decem annos restituere pecuniam, ante diem restituerat: Respondit, si propter capientis personam, quod rem familiarem tueri non posset, in diem, fideicommissum relictum probetur, et perdituro ei id hæres ante diem restituisset, nullo modo liberatum esse. Quod si tempus hæredis causa prorogatum esset, ut commodum medii temporis ipse sentiret, liberatum eum intelligi: nam et plus eum præstitisse, quam debuisset.

Testator hæredem rogavit, *ut post decem annos Titio præstaret certam pecuniam*: nihil refert dixerit, *post decem annos*, an, *in annos decem.* Nam sive hoc, sive illo modo legavit, non nisi novissimo ejus temporis die legatum debebitur, id est, novissimo die decennii: *l. si in annos, de condit. et demonstr.* At quæritur, si hæres eam pecuniam legatario repræsentaverit, præstiterit ante diem, id est, intra decennium, an liberetur? Et Javolenus hac distinctione utitur, qua et ante eum in quæst. fructuum Pegasus usus erat, *l. si ita relictum*, §. *Pegasus, de leg.* 2. Aut fideicommissum in diem Titio relictum est propter ipsius Titii

personam forte impuberis, cui statim pecuniam committere neque tutum neque utile erat, quia, ut ait, rem suam familiarem nondum tueri poterit. Et hoc casu si perdituro, si consumpturo, si scorto protinus daturo adolescenti hæres sciens fideicommissum ante diem restituerit, non liberatur, quia fecit contra prudens consilium testatoris. Aut non providentia fideicommissarii, sed hæredis gratia in diem fideicommissum relictum est, ne statim urgeretur ad solutionem, sed commodum medii temporis, quod appellatur uno verbo in jure nostro *interusurium*, ipse sentiret. Et hoc casu solvendo ante diem liberatur, quia et plus solvit quam debuit, hæc est ratio Javoleni, cui similis est ea, quæ proponitur in *l. 7. de aqu. pluv. arcend.* Plus solvitur non re tantum, sed etiam tempore, ut et minus solvitur non re tantum, sed et tempore, quod Institut. docent *lib. 4. tit. de action.* Et ideo in aliis obligationibus omnibus, quoties dies adjicitur debitoris gratia, quoties differtur actio sive petitio debitoris gratia, debitor solvendo ante diem liberatur; et ideo, quod notandum est, quamvis plus tempore solverit, non habet soluti quasi indebiti condictionem, ubi ei, qui solvit, liberatio contingit, non eidem unquam competit condictio indebiti, *l. in diem, de condict. indebiti, l. qui res, paragraph. mihi dare, de solut.* Et huc pertinet *lex quod quis, de oblig. et action.* quæ est et de legatis, et de stipulationibus, et *l. stipulatio ista, paragraph. inter incertam, de verb. obligat.* Sunt et multæ aliæ, quæ huc pertinent, *lex continuus, paragr. cum ita, circa fin. de verbor. obligat.* Et hoc, ut dixi, si debitor solverit ante diem, cum dies solutionis ipsius gratia appositus esset, si solverit, atque adeo si creditor solutum acceperit, alioquin oblatam pecuniam ante diem creditor accipere non cogitur, nec si recuset eam accipere, quæ offertur ante diem, moram videtur facere, et consequenter oblatione, imo nec obsignatione et depostione debitor liberatur, quia solutio fieri debet, quodve solutionis instar est, ut obsignatio et depositio, congruo loco et congruo tempore, *l. si soluturus, de solut.* Denique invito creditore ante diem solvi non potest. Nam importunum aut incommodum forte creditori est, pecuniam ei solvi præmaturius. Quamobrem apud Titium Livium 36. Carthaginensibus Populo Romano offerentibus præsentem pecuniam, quam pluribus pensionibus in plures annos debebant, recte responsum, nullam se pecuniam ante diem accepturos. Et recte etiam Doctores nostri statuunt, recte dominum recusare solutionem canonis, qui solet inferri domino certis statisque pensionibus, temporibus, quam emphyteuticarius ante diem facere paratus est, quia id ei forte importunum est, aut certe incongruum, qui mavult quotannis emphyteuticarium offerendo et solvendo canonem dominum suum agnoscere, a quo fundum tenet. Neque obstat huic sententiæ *lex 3. paragr. quod si servus, de statulib.* servus liber esse jussus est, si annua, bima, trima die daret triginta, qui dies certe adscribitur ipsius statuliberi gratia. Ille ut maturius perveniat ad libertatem, statim initio offert triginta integra, hæres recusat, quid fiet? *Benignius est*, quæ verba hanc objectionem solvunt: Benigne igitur receptum et favore libertatis, ut servus maturius perveniat ad libertatem, ut fiat liber servus, si hæredi statim integram summam offerat, hoc est ex æquitate tantum, non ex jure. Neque vero hac in re quod dixi ex *l. quod quis, de obligationibus et actionibus*, quidquam distant legata a stipulationibus, aut stipulationes a legatis, videlicet, cum dies adjectus est debitoris gratia, id est, promissoris vel hæredis gratia. At cum dies adjectus est creditoris gratia, puta stipulatoris, aut legatarii, est aliqua et quidem magna differentia inter legata et stipulationes: nam si dies adjecta sit gratia legatari, hæres non liberatur volenti legatario solvendo ante diem, quia contra providentiam testatoris fecit, qui non ita, ut rogatus est, legatario solvit legatum aut fideicommissum. Et ita accipi velim *leg. sed etsi ante diem, ad Trebell.* ut in illa *l. ante diem* sit, non ante diem institutionis hæredis, sed ante diem fideicommissi: ut si hæres restituerit hæreditatem, restitutio pro non facta habeatur, *quia non ita restituit*, inquit, *ut rogatus est*: quia fecit contra providentiam testatoris, quod si dies apposita sit gratia stipulatoris, quia eam ipsemet stipulator sibi apposuit, sibi adjecit, non alius stipulatori, cur quæso non liceat ei ab ea desciscere, et debitorem liberare, si velit, accepta omni pecunia ante diem, quia non contra alterius, sed contra suam tantum providentiam facit, et liceat unicuique mutare consilium suum, si modo id fiat sine fraude alterius, idque latius demonstrabimus in *l. stipulatio ista, §. inter incertam, de verb. obligat.* Restat ut postquam sententiam legis explicavimus, videamus quid hæc lex faciat ad hunc titulum: nam certe de annuis aut menstruis legatis aut fideicommissis non est, sed de uno legato vel fideicommisso relicto in diem, post annos decem: verum fuit forte, et credo esse verum, hæc lex posita est sub hoc titulo, quod distinctio eadem possit etiam ad annua legata accommodari. Multum enim interest, annua legentur legatarii an hæredis gratia, *l. 12. §. 1. l. 20. quando dies leg. ced.* Quod memini me fusius exponere initio hujus tituli.

Ad L. XVI.

Servus post decem annos liber esse jussus est,

legatumque ei ex die mortis domini in singulos annos relictum est. Eorum quidem annorum quibus jam liber erit legatum debebitur. Interim autem hæres ei alimenta præstare compellitur.

Quod est in hac lege, apertissimum est, sed singulare tamen et valde notandum. Servus liber esse jussus est *post decem annos*, eidemque ex die mortis domini in annos singulos legatum relictum est; libertas non obtingit, nisi novissimo die anni decimi, *l. si in annos, de condit. et demonst.* Ergo non nisi ab eo die, quo libertas obtigerit, legatum, quamvis sit relictum a die mortis, annuum ei debebitur, quia servo proprio inutiliter legatur sine libertate, aut libertate relicta in diem, eidem servo proprio inutiliter legatur ante tempus libertatis, *l. si servis, C. de legat.* Cum liberis tantum hominibus est testamenti factio, non cum servis propriis, quod testamenti factio est cum servis alienis, id ideo, quia cum dominis eorum testamenti factio est: et quod servis alienis relinquitur, non ex persona servorum valet, sed ex persona dominorum, ex quorum persona, ut Theoph. noster loquitur, χαρακτηρίζονται. At quia alimentorum vice legatum illud annuum servo relinqui videtur, ideo interim, antequam obtigerit ei libertas, servo ei compelletur hæres præstare alimenta, id est, extra ordinem compelletur officio judicis: post libertatem ipse servus habet actionem et petitione legati annui initio cujusque anni, ante libertatem nullam actionem habet, sed tamen officio judicis interim hæres compelletur ei præstare alimenta: alia legata servis propriis denegantur, non denegantur tamen alimenta *l. servos, de aliment. leg. l. servo alieno*, §. 1. *de leg.* 1. Et scio testatores, qui etiam equis generosis, a quibus in acie servati erant, testamento avenæ et pabuli certum modum legaverint, cibaria cuilibet animanti, etsi non jure debeantur, tamen præstanda officio judicis. Simmachus in Epistola ad Valentinianum: *Servis nostris, justa commoda testamentorum non negantur*: ea justa commoda, alimenta sunt, id est cibaria, et vestiaria, et calcearia.

Ad L. XVII.

Legatum ita est, Attiæ, donec nubat quinquaginta damnas hæres meus esto dare, *neque adscriptum est,* in annos singulos: *Labeo, Trebatius præsens legatum deberi putat. Sed rectius dicetur, id legatum in annos singulos deberi.*

§. 1. Vini Falerni, quod domi nasceretur quotannis in annos singulos binos culeos hæres meus Attio dato: *Etiam pro eo anno, quo nihil vini natum est, deberi duos culeos, si modo ex vindemia cæterorum annorum dari possit.*

In l. 17. ostenditur si Attiæ, *donec nubat* 50. legata sint, nec adjectum sit in annos singulos, id tamen pro adjecto haberi credo, quia ille articulus *donec*, id arguit: qui continuam quandam et assiduam præstationem supradictæ summæ significat, usque donec puella nubat: integrior enim oratio est *usque donec*, vel *usque adeo donec*, ut et Cato loquitur, *Muriam*, inquit, *usque adeo in sole habeto, donec concreverit*, et sic in *l.* 30. §. *pen. sup. de leg.* 3. Hæc verba, *uxori, dum cum filio meo erit, ducenta dato*, ita Accursius accipit recte, ac si adjecisset in annos singulos. Idem enim efficit articulus, *dum*, *usque*, *adeo dum*; sin et in specie *l. annua*, §. *ult. et l. cum quidam inf. hoc tit.* annua decem relicta intelliguntur, etiamsi dictum non sit nominatim. Res non carebat dubitatione: nam, ut hoc loco ostenditur, Labeo et Trebatius existimabant, unum tantum esse legatum 50. aureorum, cujus præstatione semel duntaxat hæredem defungi oporteret: sed et verbis, ut dixi, et voluntati defuncti superior sententia magis accedit, quia eam summam videtur legasse, veluti pro solario solitudinis et viduitatis, donec virum in quocunque loco quacunque occasione nacta esset. Per singulos igitur annos quinquaginta videtur legasse, quibus vidua esset. Sequitur in §. *vini*: Testator legavit Titio vini Falerni quod domi nasceretur, quotannis in annos singulos culeos binos, *quotannis in annos singulos* dicit, ut et *l. ex eo, de vin. et ole. leg. et l.* 19. *inf. hoc tit. annuos quotannis*: alterum παρέλκει. Ex hac scriptura autem Jurisconsultus ait, etiam pro eo anno, quo nihil vini natum est, deberi duos culeos ex ceterorum annorum vindemia, vel superiorum vel inferiorum, si ex superavit, quia ea verba, *quod domi nasceretur,* neque conditionis, neque taxationis vicem obtinent. Idque confirmat etiam dicta *lex ex eo*, et *lex Lucius, de aliment. legat.* videlicet cum adjecit, *in annos singulos*, verba illa, *quod domi nascetur*, conditionem aut taxationem non faciunt. Neque obstat quæ tamen prima specie plurimum obstare videtur *lex cum certus, inf. de trit. vin. et oleo leg.* Quæ lex certo numero amphorarum vini legato, ex eo quod in fundo illo, ex vinea illa natum erit, ait, non amplius deberi, quam natum sit, et consequenter si nihil natum sit horno, nihil debetur, quia illa verba, *quod ex illa vinea natum erit,* tunc taxationis vicem obtinent. Utitur hac ratione, et sane ita est, quando præsentem tantum annum spectavit testator, nec adjecit in annos singulos, illa quasi taxatio *quod natum erit,* perimitur et infirmatur, et quia plures adscripti sunt anni, alter alteri fert suppetias, suppletur scilicet facile ex altero quod deest alteri, ac si mutua cognatione, mutuove vinculo conjuncti essent. Eodem modo respondendum est ad *legem si debitor*, §. 1. *de contr. empt.* quæ etiam est con-

jungenda cum dicta *l. cum certus*, quæ est ex eodem auctore et libro, et definit similiter atque *lex cum certus*. Venditis decem pondo olei, *quod horno nasceretur*, non nato oleo, nihil debetur : natis quinque pondo tantum, emptori quinque pondo tantum debentur, nimirum quia et in dicta specie unus tantum et præsens annus in considerationem venit, non plures anni, non plurium curriculum. Nec igitur ex sequenti anno sarciri potest, quod deest horno, quem solum spectarunt contrahentes. Neque huic responsioni nostræ satis perspicuæ rursus opposueris recte *leg. Firmio, in princip. quando dies legat. ced.* videlicet quod dicat, quinquaginta legatis ex reditu, vel ex fructu futuri anni, si primo anno, qui secutus est, nulli fructus provenerint, expectandam esse ubertatem secundi anni, ex qua legatario reficiantur quinquaginta, ubi tamen non proponitur, legatum fuisse relictum, quod præstaretur semel ex reditu futuri anni. Et sane, quia dixit : *Ex reditu futuri anni*, non proximum tantum videtur demonstrasse, sed eum annum qui fructum ferret, nempe primum annum, siquidem fructus ejus anni explerent quinquaginta, vel primo anno non respondente, secundum, vel si secundus non sufficeret, tertium. Nam et secundus et tertius utique futurus ille annus est, quem testator intellexit, si uber modo fuerit et lætus, qui et quinquaginta largiatur. Et ita est explicanda *d. l. Firmio*. Aliter in hoc tractatu potest poni species. Finge ex fundo legatos aut promissos vini culeos tot. Non sunt quidem præstandi nisi semel, quia non adjecit in annos singulos, nec id sensisse intelligitur, sed nec sunt præstandi omnino ex eo quod horno nascetur, quia id quoque dictum non est, sed sunt præstandi ex fundo : uti dictum est, hoc est ita ut si primus annus non respondeat, præstentur ex sequenti, quia hic sermo, *ex fundo*, omnem annum, quocunque quandoque vindemia responderit voto, complectitur. Et hoc ostenditur in *l. inter stipulantem*, §. *pro quo et illud, de verb. oblig.*

Ad L. XVIII.

Codicillis testamento confirmatis fundum libertis legavit, eumque alienari vetuit, sed pertinere voluit et ad filios libertorum, vel ex his natos. Deinde hæc verba adjecit : quibus præstari volo hæredi, ex reditu ejus fundi decem per annos singulos usque ad annos triginta quinque a die mortis meæ. *Quæsitum est, cum hæres Titio institutus intra trigesimum quintum annum ætatis decesserit, an residui temporis fideicommissum ex verbis suprascriptis hæredis quoque hæredi debeatur ? Respondit deberi, nisi ostendatur, a libertis testatorem ad hæredis trigesimum quintum annum respexisse.*

§. 1. *Sticho alumno suo centum, et menstruos decem, et annuos centum dari voluit. Et Semproniam, quam hæredem ex triente instituerat, rogavit in hæc verba* : Fidei tuæ committo, Sempronia soror, uti legata, quæ alumnis meis reliqui, ex medio recipias et apud te habeas, quoadusque commendatos habeas. *Quæsitum est, cum Sempronia, cujus fideicommissum sit, abstinuerat se hæreditate, antequam secundum voluntatem defuncti perciperet pecuniam alumnis relictam, an Sticho de legatis actio etiam ante vigesimum quintum annum competat ? Respondit, competere.*

Ponit initio, testatorem codicillis testamento confirmatis libertis fundum legasse : recte *testamento confirmatis* : nam legatum codicillis testamento non confirmatis relictum, non valet, fideicommissum valet, ut Ulpian. docet *lib. reg. sing. t t. de fideicommiss.* Hæc differentia est ex veteri prudentia juris : nova enim prudentia Justiniani fideicommissa exæquavit legatis : et ideo sicut si quid fideicommisso relictum est, codicillis etiam testamento non confirmatis valet hodie, ita et legatum. Id in legato ante Justinianum nunquam obtinuit, et ideo recte hoc loco, *Codicillis testamento confirmatis libertis fundum legavit*. Porro idem testator eum fundum alienari vetuit, non nudo præcepto, sed adjecto onere fideicommissi, ut is fundus scilicet servaretur filiis libertorum, et ex iis natis : nudum præceptum non pareret obligationem, ut docuimus in *l. 7.* Idem testator libertos rogavit, ut ex reditu fundi legati hæredi suo præstarent decem in annos singulos, ex die mortis suæ usque ad annos triginta quinque. Hinc oritur quæstio, an si hæres moriatur intra trigesimum quintum ætatis suæ annum, hæredi hæredis residui temporis fideicommissum debeatur ? Et Scævola respondit, deberi, rectissime : quia testator non dixit, *usque ad annum ætatis hæredis mei trigesimum quintum*, sed *ex die mortis meæ usque ad annum trigesimum quintum*, nempe non respexit ad ætatem hæredis sui, sed dixit tantum, se velle fideicommissum præstari hæredi suo, non quoad viveret, sed usque ad annos triginta quinque duntaxat : nempe ut in id usque temporis duntaxat liberti obligarentur fideicommisso, non ulterius : denique libertorum gratia hæredi ad diem fideicommissum reliquit, ideoque ad eum diem usque id fideicommissum hæres transmittet ad hæredem suum. Si dixisset, usque ad annum ætatis trigesimum quintum, vel si hoc sensisse testatorem liberti probarent. Idem fere est in causa ultimarum voluntatum dixisse et sensisse, *l. 6. de adsignat. libert.* Atque ita si respexisset testator ad hæredis ætatem, si hæredis gratia, hæ-

redis providentia annuum fideicommissum produxisset ad annum trigesimum quintum, fideicommissum morte hæredis extingueretur, nec transmitteretur ad hæredem, quia hoc casu, quod additur in Basilicis, quamdiu viveret, hæredi fideicommissum relictum videtur. Et comprobatur aperte hæc distinctio, quæ proponitur in hac *l. etiam l. si cum præfinitione*, et *l. Firmio*, §. *ult. quando dies leg.* Sequitur alia species in *hac l.* Alumno legavi centum, et insuper ei legavi menstrua dena, et annua centum, et sororem hæredem scriptam ex triente rogavi, ut pecuniam alumno legatam ex medio, ex media hæreditate perciperet, et servaret alumno, quoadusque, id est, quandiu eum commendatum haberet, quod est, donec alumnus, qui ætate minor erat, pervenisset ad ætatem legitimam vigintiquinque annorum, quibus verbis non curationem minoris mulieri mandavi, quia nec mulieri eam mandare potui: est enim curatio virile officium, sicut tutela, curator testamento non datur, quia lex 12. tab. de tutela tantum loquitur, non de curatione; sed voluit testator, ut pecunia alumno legata apud sororem pro deposito esset, ut eam restitueret alumno, cum pervenisset ad annum vigesimum quintum, ut in *l. Lucius paragraph. Mævia, ad Trebellian. et leg. a filia* 26. *paragraph. ult. eod. tit.* Et ut interim ei præstaret, quæ vivus ipse ei præstabat. Quæritur, si mulier repudiaverit hæreditatem, nec receperit eam pecuniam, quæ alumno legata est, quam nec post repudiatam hæreditatem recipere potuit, quia ut hæredi commissa et commmendata ei est, non ut cuilibet, quod hic Bartolus probat recte ex *l. Lucius, de fideicommiss. libertat.* Quæritur, inquam, an alumnus hoc casu possit statim petere pecuniam sibi legatam etiam ante vigesimum quintum annum, quam soror defuncti non potest percipere, propterea quod se abstinuit ejus hæreditate? Et respondet; alumnum statim eam pecuniam petere posse. Et recte, quia pure ei primum legata sunt centum, non in diem, vel sub conditione, *leg. Firmio, paragraph.* 1. *quando dies leg. ced.* Menstruum quoque vel annuum primi mensis, vel anni est purum, et sequentium quoque mensium vel annorum petitionem habet statim ab initio cujusque mensis vel anni, *leg.* 1. *Cod. quando dies leg. ced. l. habitationis, tit. seq.* Et hæc est sententia alterius responsi hujus legis. *Menstruum*, ne hoc ignoremus, etiam Latini dixere *Mensurnum.* Marcus Tullius, ut recte Priscianus legit *primo de Inventione, tempus esse partem æternitatis, cum alicujus annui, mensurni, diurni, nocturni spatii certa significatione.* Priscianus in Epist. *Se a divisione mensurna contineant*, et alibi: *divisiones mensurnas partiuntur.* B etiam dicit scriptura Scholarum in Satyricis, inquit; *inhiabat atramentis mensurnis, historicis, sæpe diurnis.* Et alibi; *in editionibus quoque Physicis mensurnis*, et alibi *accessit quoddam, si fas*, inquit, *est, dicere, mensurnum præmoliri debere.*

Ad L. XIX.

Titia, hærede Seia scripta, usumfructum fundi Mævio legavit, ejusque fidei commissit in hæc verba: A te Mævi, ex reditu fundi Speratiani præstari volo Artio Pamphilo, et Artio Sticho ex die mortis meæ annuos sexcentos quotannis, quoad vivent. *Quæsitum est, cum Mævius annua alimenta præstiterit post mortem autem ejus fundus ad hæredem Titia pleno jure redierit, an alimenta ex fideicommisso, Pamphilo et Sticho debeantur? Respondi, nihil proponi, cur debeant præstari ab hæredibus Titiæ: cum ab usu fructuario alimenta relicta sunt: idem quæsiit, an ab hæredibus Mævii legatarii præstanda sint? Respondi, nihil ab hærede legatarii, nisi testatorem manifeste probetur voluisse etiam finito usufructu præstari: si modo id, quod ex usufructu receptum esset, ei rei parandæ sufficeret.*

§. 1. *Qui Marco homini docto certa annua præstabat, testamento cavit*: Domina sanctissima, scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit: verum tamen et Marco dari octigenta. *Quæsitum est, an Marcus præstitis sibi ex causa legati octingentis, annua quoque consequi debeat. Respondit, nihil proponi, cur non secundum ea, quæ in consultatione collata essent, debeantur.*

§. 2. Lucio Titio auri pondo tria, quæ viva præstabam. *Quæro, cum testatrix quadraginta Titio, quoad viveret, salarii nomine certam summam, et amplius festorum dierum nomine certum pondus argenti, aut pro eo pretium præstiterit: an eadem ex causa legati vel fideicommissi ab hæredibus ejus Titio præstari debeant? Respondit, nihil proponi, cur præstanda non sunt.*

In *l.* 19. tres ponuntur species, et quæ ex eis ducuntur quæstiones totidem. Prima species hæc est: Testator Mævio legavit usumfructum fundi cujusdam, ejusdem fideicommisit, ut ex reditu ejusdem fundi Pamphilo et Sticho, quoad viverent, a die mortis suæ præstaret annuos 600. alimentorum nomine, quæ alimenta etiam Mævius, dum vixit, præstitit, ad eum modum, quem præscripserat testator ex fructu fundi, cujus sibi usumfructum idem testator legaverat. Mortuo autem Mævio, et consequenter finito usufructu, et fundo pleno jure reverso ad proprietarium, id est, ad hæredem, quæ res in jure nostro consolidatio appellatur, vel confusio, quia commiscetur et confunditur mortuo fructuario ususfructus cum proprietate, et hæres, qui

vivo fructuario nudæ proprietatis dominus erat, nunc mortuo fructuario, incipit habere solidum fundum, solidam et plenam proprietatem, ut ait *l. Sempronius, tit. seq.* Et inde *consolidationis* nomen. Quæritur autem, an hæres ex causa fideicommissi, Pamphilo et Sticho præstare teneatur annua alimenta, quæ vivus Mævius præstabat ex fructu fundi? Et respondet Scævola hoc loco, et etiam in l. *Stichus* 20. *paragraph.* 2. *de alim. leg.* hæredem non teneri: quia non hæres rogatus est alimenta præstare, sed Mævius legatarius: hæres non suffert onera indicta legatario: non teneri etiam hæredem Mævii, quia ad eum ususfructus fundi non transiit, ex quo relicta sunt alimenta; non teneri, inquam, hæredem Mævii, nisi manifestissimis argumentis probetur, voluisse testatorem etiam morte Mævii finito usufructu præstari iisdem, ex eo, quod ex commodo ususfructus Mævius redegisset, et ad hæredem suum transmisisset, si modo id quoque præstandis alimentis sufficeret, parandis et præstandis annuis 600. scilicet. Nam etsi cavere soleat fructuarius proprietario, *finito usufructu restituturum se, quod inde exstabit,* hæc sunt verba cautionis, *l.* 1. *in princ. et §. pen. usufruct. quem. cau.* per hanc cautionem tamen non in hoc obligatur, ut restituat emolumentum, quod jam ex usufructu fundi percepit, quoque factus est locupletior, fecitque hæredem suum locupletiorem: neque etiam ejusmodi cautione id agitur, ut restituat fundum, cujus ususfructus ei legatus est. Proprietarius enim rem suam inutiliter stipulatur, sed hoc genere cautionis id agitur, ut restituat, quod inde extabit, id est, possessionem ejus, quod ex fundo exstabit, Basilica uno verbo εὑρισκόμενον: neque enim præstare tenetur, quod sine dolo malo, aut culpa ejus ex fundo deperiit, vel diminutum est. Quod autem ait, testatoris hæredem, ad quem ususfructus rediit, alimentariis non teneri, non pugnat cum *l. si ab eo, tit. seq.* quæ solet objici, quia ea *lex*, non de usufructu loquitur, qui desiit esse, et amissus ad proprietatem rediit, sed de usufructu, qui nunquam cœpit esse, quique semper remansit penes proprietarium. Ususfructus ille, qui recurrit ad proprietatem, sine onere recurrit ex causa lucrativa; hic qui nunquam a proprietate recessit, remanet penes proprietarium cum onere, ut si ab hærede Titio legatus sit ususfructus, et a Titio alii fideicommissum relictum: Titio vivo testatore vita defuncto, aut repudiante legatum post obitum testatoris, ususfructus fundi remanet penes hæredem cum onere fideicommissi, etiam ex testamento militis, ut ait *d. l. si ab eo, et l. ult. inf. de his, quæ pro non scrip. hab.* Denique fideicommissum hæres præstare debet, quod legatarius nunquam debuit, neque debere potuit, cum ad eum legatum non pervenit, *l.* 78. *de leg.* 1. quæ est conjungenda cum *d. l. si ab eo*. Et priore quidem casu, id est, legatario vivo testatore vita defuncto, non mirum, si ususfructus remaneat apud hæredem cum onere fideicommissi, quia et ad fiscum pertineret cum onere, si quidem et in usufructu leges caducariæ locum haberent, Julia et Papia, quæ cetera legata, quæ deficiunt vivo testatore, puta morte legatarii, jubent esse *in causa caduci*, id est recidere in fiscum, sed recidunt utique cum onere ex Constitutione Imperatoris Antonini, ut Ulpian. scribit *lib. sing. reg.* Et fisco igitur non admisso, similiter remanere debet apud hæredem cum onere, nec debet hæredum melior esse causa quam fisci. Idemque servatur, et quocunque alio casu non est locus legi Juliæ et Papiæ, veluti libertis aut parentibus hæredibus institutis, quoniam legata, quæ vivo testatore deficiunt, apud eos remanent cum onere fideicommissi, *l. Celsus, de leg.* 2. Extraneis hæredibus institutis recident in fiscum, similiter cum onere fideicommissi. Posteriore autem casu, quem notavi supra, id est, legatario post mortem testatoris repudiante legatum, recto quidem et summo jure legatum apud hæredem remanet sine onere fideicommissi, quod a legatario relictum erat: sed ut voluntas defuncti exitum habeat, nec intercidat fideicommissum, cogitur legatarius, qui repudiavit legatum, in ipso articulo, vel paulo ante repudiationem, actiones suas fideicommissario cedere, *l. Imperator, de leg.* 2. *l. si filius, §. ult. de fid. lib.* vel etiam sine cessione, id est, etiam non cessis fideicommissario actionibus a legatario, fideicommissario accommodabuntur utiles actiones in factum, ut Bart. sensit recte in *l.* 8. *§. certam, de leg.* 2. Nam in jure plerunque, ubi ex cessione sive mandato directa actio competit, sine cessione competit utilis, *l. ex legato, Cod. de legat. l. pen. Cod. de hæred. vend. l.* 4. *Cod. si cert. petat.* Et hæc de prima specie h. l. Sequitur secunda in *§. qui Marco*: qui solebat salarium certum vivus præstare quotannis Marco amico suo, *viro docto*, inquit, cujus industria et disciplina utebatur; moriens uxore hærede scripta, ita cavit: *Domina sanctissima, scio te de amicis meis curaturam ne quid his desit, verumtamen et Marco, etc.* Maritus dominus dicitur, *l. ea quæ, de don. int. vir. et uxor*, et vicissim uxor dominæ, *l. uxorem, in princ. de lagat.* 3. *l. ult. §.* 1. *de aur. et arg. leg.* Et nominatim Epictetus: αἱ γυναῖκες ἀπὸ τῶν δεκατεσσάρων ἐτῶν ἀπὸ ἀνδρῶν κύριαι καλοῦνται. *Mulieres*, inquit, *ab anno* 14. *a viris dominæ vocantur*. Ex illa scriptura testamenti, quam hic Scævola proponit, idem recte respondit: Marco non tantum octingenta deberi, quæ palam ei legata sunt, sed etiam salarium annuum, quod ei vi-

vus præstare solebat. Id enim significavit his verbis: *Scio te de amicis meis curaturam, ne quid, etc.* Sicut nec me vivo quidquam eis defuit, quod perinde est, atque si dixisset: Scio te Marco et ceteris amicis præstituram, quæ vivus præstare solebam: si octingenta reliquisset Marco salarii, seu alimentorum nomine, sane non deberetur salarium, quod ei vivus præstabat: et hoc vult *l. alimenta*, §. *Basilicæ*, *inf. de alim. leg.* quam objicit Accurs. At non salarii, non alimentorum vice proponitur Marco octingenta legasse, sed salario consueto hunc honorem superadjecisse. Denique præter annuum, quod ei præstitit, et semel octingenta Marco reliquisse videtur, ut in *l.* 10. §. *pen. hoc tit.* Tertia species hæc est: qui Lucio Titio vivus præstavit 40. annua, et salarii nomine, quo se tueretur et aleret certam summam, ac præterea festis diebus certum pondus argenti, aut pro eo pecuniæ numerum certum, quo ornaret se, et exhiberet, domumque aut familiam suam, is eidem L. Titio reliquit, *quæm vivus præstabat auri pondo tria*, quoad vivet: hæc sunt verba testatoris, quæ auri pondo tria vivus præstitisse non proponitur, quid fiet? quidve de hoc legato statuemus? Et Scævola respondit, tanti testatorem æstimasse videri summas et argenti pondo, quæ L. Titio vivus præstabat. Pondus et numerus mutuam functionem recipiunt, adeo ut hæres qui jussus est certum pondus dare, æris, auri, vel argenti, ipso jure liberetur pro eo dando pecuniam numeratam, *l.* 1. §. *ult.* *l.* 9. *l. cum aurum*, §. 1. *de aur. et arg. leg.* Et inde hoc loco: certum pondus argenti, aut pro eo pretium. Et ideo ex hac scriptura testamenti Lucio Titio debentur ea omnia, quæ a testatore vivo accipere solebat, quæ consummata testator efficere existimavit auri pondo tria. Est subtilis Scevolæ animadversio.

Ad L. XX.

Annua his verbis legavit: Si morarentur cum matre mea, quam hæredem ex parte institui. *Quæsitum est, an mortua matre, conditio adposita defecisse videatur, ac per hoc neque cibaria, neque vestiaria his debeantur. Respon. Secundum ea quæ proponerentur, deberi.*

§. 1. *Attia fideicommissum his verbis reliquit.* Quisquis migi hæres erit, fidei ejus committo, uti det ex reditu cœnaculi mei, et horrei, post obitum sacerdoti et hierophylaco et libertis, qui in illo templo erunt, denaria decem die nundinarum, quas ibi posui. *Quæro utrum his dumtaxat, qui in eo tempore, quo legabatur, in rebus humanis, et in eo officio fuerint, debitum sit, an etiam his, qui in locum eorum successerunt? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, ministerium nominatorum designatum, celerum datum templo. Item quæro, utrum uno dumtaxat anno, decem fideicommissi nomine debeantur, an etiam in perpetuum decem annua præstanda sint? Respondit, in perpetuum.*

Annua alimenta testator libertis legavit, sub conditione, *si cum mater sua morarentur*: mortua matre vivo testatore, vel post mortem testatoris nihil refert, non desinunt libertis alimenta deberi, quia per eos non stat, quo minus cum matre morentur, sed per fatum conditionis humanæ, et ideo conditio habetur pro impleta, *l.* 15. *sup. hoc tit.* *l.* 14. *et l.* 28. *in princ. inf. de condit. et demonstr.* Legatum fuit conditionale, et non remunerationis vice pro opera impensa matri, ut *l.* 10. *sup. hoc tit.* Sed ipsorum tantum legatariorum respectu relictum est, quod latius memini me exponere in *d. l.* 10. Neque vero a sententia *h. l.* deflectit *l. in testamento* 27. *inf. de condit. et demonstr.* quam adduxit Accurs. quasi huic *l.* consentientem, Bart. tamen quasi discrepantem. Est vero species *d. l. in testamento* et relatu et explicatu dignissima. Testator jussit *sibi ab hæredibus suis monumentum fieri, ad exemplum ejus, quod in via Salaria esset Pub. Septimii Demetrii*, et nisi id hæredes fecissent, magna eos pecunia multabat, vel ærario inferenda, vel collegio Pontificum: hæredes, quia non erat in via Salaria monumentum Pub. Sept. Demetrii, ideo nullum defuncto monumentum fecerunt, quæritur an inciderint in pœnam. Et siquidem appareat testatorem sensisse de monumento Pub. Sept. Damæ, cui fortasse amicum et familiare erat, pro Dama Demetrium dicere, nec inepte. Nam idem est, *Dama*, vel *Damas*, et *Demetrius*, ut *Menas* idem est et *Menodorus*, et in Actis Apost. *Elimas*, pro *Elimodoro*, et in Pauli Epistola quadam *Olympias*, novem viri non fœminæ, pro *Olympiodorus*. Et apud Fulgentium 10. Mythologiarum, *Artemon*, pro *Artemodorum*. Sic *Apollo*, *Apollonius*, *Apollodorus*, idem, *Zenas* et *Zenodorus*. Idem et illo quidem casu cum de monumento Damæ probatur sensisse testatorem, quod soleret *Damam*, qui sic dicitur diminuta forma, *Demetrium*, dicere, quod non soleret conferere nomen Demetrii, illo casu hæredes incidant in pœnam, qui non fecerunt monumentum defuncto, ad exemplum illius quod erat Pub. Sept. Damæ. At si non appareat de quo monumento senserit testator, inculpati sunt hæredes, et ideo adversus eos pœna non committitur. Principis tamen aut Pontificum auctoritate, ut docuimus in *l.* 7. compelluntur defuncto monumentum adstruere, etiamsi ad nullius exemplum, quod nusquam apparet esse, tamen pro modo facultatum, et dignitate defuncti. Hæc est sententia *l. in testamento*, quæ omnino consentit cum *h. l.* nam sicut in hac lege conditio legati defecisse non videtur si

per legatarium non stat, quo minus eam expleat, ita in *l. in testamento*, pœna non committitur non facto monumento, si justa fuerit causa hæredibus non faciendi monumenti, cujus exemplum non habebant certum, de quo intellexisset testator. Altera species h. l. est in §. *Attia,* et est hujusmodi, Testator hæredibus fideicommisit; *ut ex reditu cœnaculi sui et horrei* quod forte magno locare solebat *sacerdoti et hierophylaco, et libertis illius templi ministerio destinatis*, ut Agonis illa liberti Veneris Erycinæ apud Cicer. in Divinat. ut his, inquam, daret denarios 10. die nundinarum quas ibi posuerat, posuerat scilicet ibi nundinas sive mercatum, et instituerat permissu principis in agro suo, ubi illud templum erat: sine permissu principis, nec in agro suo instituere nundinas licet, *l.* 1. *inf. de nund.* At autem Scævola, denarios 10. non tam personis videri relictos, quæ tempore testamenti ministri illius templi erant, quam templo, non tam dico ministris, quam ministerio, ut in *l.* 42. *Cod. de Episc. et Cler.* Ad usum nostri temporis, si quid Episcopo illius Ecclesiæ*legatum sit, Ecclesiæ relictum videtur, nisi contrarium specialiter probetur, quod et confirmatur, *c. requisivisse, ext. de testam. et can. Pontifices,* 12. *q.* 3. Ac prӕterea addit Scævola, quamvis non adjecerit testator, *annuos*: puta dari denarios decem annuos, quod non adjecit, nec proponitur adjecisse, ei tamen templo dari deberi denarios decem quotannis, et in perpetuum, in æternum, quamdiu id templum manet, nec dissolutum fuerit, aut improbata ejus loci religio, sicut et in *l. defuncta* 58. §. *ult. de usufr.* quæ cum hoc loco optime congruit. Relicta sexta parte fructuum ex reditu fundi, et nullo alio adjecto, dicitur eam partem sextam quotannis deberi, nimirum quia hoc satis significat reditus nomine ex reditu. Est enim omnis reditus anno tenus.

Ad L. XXI.

Liberto suo ita legavit: Præstari volo Philoni, usque dum vivet quinquagesimam omnis reditus, quæ prædiis a colonis vel emptoribus fructus ex consuetudine domus meæ præstantur. *Hæredes prædia vendiderunt, ex quorum reditu quinquagesima relicta est. Quæsitum est, an pretii usuræ, quæ ex consuetudine in provincia præstarentur, quinquagesima debeatur. Respondit, reditus duntaxat quinquagesimas legatas, licet prædia vendita sunt.*

§. 1. *A liberto, cui fundum legaverat ferentem annua sexaginta, per fideicommissum dederat Pamphilæ annua dena: quæsitum est, si lex Falcidia liberto legatum minuerit, an Pamphilæ quoque annuum fideicommissum minutum videatur: cum ex reditu legata sint, qui largitur, etiam si Falcidia partem dimidiam fundi abstulerit, annuam Pamphilæ præstationem. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, non videri minutum: nisi si alia mens testatoris probaretur.*

Multæ et variæ continentur species in hac *l.* de annuis et menstruis legatis, et omnes cognitu perquam necessariæ: nec tamen donatæ ab Interpp. plena aut perspicua interpertatione. Prima species hæc est. Patronus liberto usque dum viveret, legavit quinquagesimam partem omnis reditus, *qui e prædiis*, sic legendum, non ut vulgo, *qui pro prædiis*, a colonis et ab emptoribus fructus ex consuetudine domus suæ præstabatur. Observa quod ait; reditum prædiorum præstari a colonis, *partiariis* scilicet, vel ab emptoribus fructuum, id est, conductoribus sive redemptoribus, qui prædia nummis colunt, non partibus: nam *reditus* proprie est, qui redigitur ex locatione condutione prædiorum. Et ideo ait: omnis reditus, qui ex prædiis a colonis, qui conductores sunt, et ab emptoribus fructus, qui etiam conductores sunt (alii colunt partibus, alii nummis) præstaretur, quinquagesima pars liberto daretur: sic igitur emptores fructuum hoc loco accipiendi sunt, pro conductoribus scilicet, ut Hygenus 2. *de limitibus const.* quod ait, *mancipibus ementibus*, sic ipsemet interpreta. *id est, conducentibus.* Eodemque modo Festus *empticum* militem mercenarium, id est, conductitium, et Gajus scribens de publicanis, qui et ipsi proculdubio emptores sive redemptores, id est, conductores vectigalium sunt, adnotavit in *l. veteres*, *de act. empt.* Veteres promiscue usos esse emptionis et venditionis appellationibus, non quidem in ipso negotio, quod proprie emptio venditio dicitur, emptionem venditionem appellantes, vel contra venditionem appellantes emptionem, quod nunquam fecerunt, sed ut subjicitur in *l. seq.* etiam in locatione et condutione promiscue usos esse appellationibus emptionis et venditionis, locationem scilicet appellasse venditionem: ut et nominatim Festus scribit censorum locationem: olim a veteribus venditionem dictam, et contra conductionem appellasse emptionem, vel redemptionem. Unde manifestum est post *d. l. veteris*, quod subjicitur ex alio libro Gaji, nempe ex 21. ad edict. provinc. quo etiam eum tractasse de publicanis indicat *l.* 2. *de publ.* quæ ex eodem lib. sumpta est, id quod subjicitur esse interpretamentum *de l. veteres.* Et illo igitur loco, quod jam pridem ostendi, esse legendum *id est et in locatione et in conductione*, ut conjuncta *l.* utraque, conjunctus uterque Gaji locus efficiat hunc sensum; veteres emptionis et venditionis appellationibus promiscue usos esse, etiam in locationibus et conductionibus. Verum ad rem: patronus liberto legavit partem quinquagesimam ex reditu prædiorum suorum, hæredes prædia

vendiderunt, quod jure licito fecerunt *l. fundi*, *tit. seq. l. ult.* §. *ult. de contrah. emp.* adeo ut nec onus legati sequatur prædia, vel emptorem prædiorum, quia neque prædialis, neque personalis servitus constituta est, sed contracta tantum obligatio in personam hæredis, et quæ non potest egredi personam hæredis, et vel in prædia transire, vel in emptorem prædiorum, ut memini me fusius ostendere in *l.* 12. *sup.* At quæritur an usurarum pecuniæ, redactæ ex venditione prædiorum venditorum, an usurarum inquam, ejus pecuniæ, quæ ex consuetudine in ea provincia frequentantur, hæredes partem quinquagesimam legatario præstare debeant? Nec sine causa hoc quæritur: nam pretium videtur successisse in locum prædiorum, ut *l. si et rem*, *de pet. hær.* et usura pretii videntur esse loco reditus, quinimo sæpissime usura pecuniæ reditus dicitur et fructus, *l. Titius*, *de præs. verb. l.* 2. *de usufr. ear. re. quæ us.* Ac præterea quem reditum prædiorum testator præfinivit ex consuetudine domus suæ, eum etiam reditum prædiorum nobis metiri licet ex consuetudine provinciæ, in qua ea de re agitur, in qua venierunt prædia: quod enim est domus suæ cuique mos in redituum ratione, id est provinciæ mos in causa, in modo percipiendarum usurarum, *l.* 1. *et l.* 37. *de usur. l. idemque*, §. *si procurator*: *mand. l. cum servus*, §. *in usurarum*, *de leg.* 1. Ratio igitur quærendi id, quod ante retuli, et dubitandi non erat exigua: videlicet an non esset præstanda quinquagesima reditus, qui ex consuetudine domus patrisfamil. redigebatur ex locatione prædiorum, sed quinquagesima usurarum pecuniæ redactæ ex venditione prædiorum? Verum ea ratione Scævola nihil movetur: respondet enim, non consuetudinem servandam esse quæ in provincia servatur in exactione usurarum, ut pro ea consuetudine etiam pecuniæ redactæ ex venditione prædiorum usuræ legatario præstentur pro parte quinquagesima, sed spectandam esse consuetudinem domus testatoris, ut scilicet pro modo redituum, quos ex suis prædiis ferre solebat, legatario supradicta quinquagesima præstetur: qua ratione servata, plus feret legatarius, quam si usurarum ratio haberetur pro more regionis. Terra enim multo majore cum fœnore quod accepit, reddit, quam ulla usurarum obligatio, ullave usurarum exigendarum consuetudo atque finitio. Et si quando forte id reddit minore cum fœnore, atque adeo, si quando conductoribus remissionem fieri oportet propter sterilitatem, *l. ex conducto*, §. 2. *loc.* hoc quoque casu ex voluntate testatoris legatario ex eo quod solebat redigi ex locatione prædiorum, etiamsi quo anno redactum nihil sit, pars quinquagesima præstabitur, *l.* 17. §. *ultim. sup. hoc tit.* quia testator dixit, ut quinquagesima reditus præstaretur ex consuetudine domus suæ. Itaque multum interest, utrum reditus prædiorum, qui solebat redigi ex consuetudine, an usuræ pretii redacti ex venditione prædiorum, quinquagesima legatario præstanda sit. Et quia reditus duntaxat prædiorum ex consuetudine domus testatoris quinquagesima legata proponitur, ideo prudenter ait Scævola, reditus duntaxat consueti quinquagesimas esse præstandas, licet prædia vendita sint; legavit quinquagesimam, sed tamen quinquagesimæ præstabuntur consueti reditus. Sic enim ait. *Respondit, reditus duntaxat quinquagesimas legata, licet prædia vendita sint*, quia etsi ea reditu quinquagesimam legaverit singulari numero, tamen quotannis multiplicatur legatum, ut *l. defuncta*, §. *ult. de usufr.* qui ex reditu prædii legavit partem sextam, perinde est, atque si legasset partes sextas, hoc reditus nomen satis demonstrat, qui in se quotannis redit sua per vestigia, ut ille ait: itaque valde notandum est quod ait, *quinquagesimas deberi.* Altera species hæc est: Liberto patronus legavit fundum ferentem 60. ejusque fidei commisit, ut *Pamphilæ ex reditu ejus fundi daret annua dena alimentorum vice*, si lex Falcidia minuat legatum fundi liberto relictum, Scævola tum hoc loco, tum in *l. maritum*, §. *ult. ad leg. Falcid.* scribit, non ideo fideicommissum annuum Pamphilæ minui, si modo ex residuo fundi reditu, quem legatarius percipit, parari et præstari integrum fideicommissum possit: est enim relictum ex reditu fundi, et reditus qui superest, detracta Falcidia integro fideicommisso præstando, id est denis præstandis sufficit. Ergo integrum præstandum est: fundus ferebat 60. Falcidia igitur abstulit legatario 25. quod superest hæredi sufficit denis præstandis. Et congruit omnino cum hoc responso quod Papinianus ait in *l. cum pater*, §. *si pars*, *de leg.* 2. si is, cui mortis causa donatum est, qui non minus patitur Falcidiam, quam legatarius, si Falcidiæ locus sit, ex constitutione Severi, *l.* 2. *C. de mor. caus. don.* si, inquam, donatarius mortis causa donationis rogatus sit ex rebus donatis alii annua vel alimenta præstare, diminuta donatione per l. Falcidiam non minui fideicommissum alimentorum, sed de residuo si largiatur, et sufficiat ad præstationem legati, integrum fideicommissi onus in residuo donationis consistere; et hoc facere non favorem alimentorum, sed, ut ait, voluntatem defuncti, qui de majori pecunia non dubie alimenta præstari voluit. Itaque si post detractionem Falcidiæ, major sit residua pecunia, ex ea debent præstari integra alimenta si integrum fideicommissum, sine ulla diminutione. Idque verum esse ait Scævola hoc loco, etiamsi Falcidia partem dimidiam fundi abstulerit. Quid vero hoc est? Lex

Falcidia ex singulis rebus legatis aufert quartam, non dimidiam partem fundi: quid est igitur, quod ait, *etsi Falcidia, etc. abstulerit?* Non dicit, *lex Falcidia*, sed *Falcidia*. Falcidiæ autem nomen est generale, nec enim portionem tantum complectitur eam, quæ hæreditate onerata legatis supra dodrantem, de legatis detrahitur ex l. Falcid. sed etiam eam, quæ detrahitur de fideicommisso ex Senatusconsulto Pegasiano. Utraque est quarta. Complectitur et eam, quæ detrahitur ex l. Glicia, quæ vulgo dicitur deberi jure naturali, quæ est etiam quarta, et fuit semper ante Justinianum: hodie est tertia vel dimidia pro numero liberorum. Complectitur etiam eam, quæ ex constitutione Divi Pii impuberi arrogato, et sine causa emancipato, vel exhæredato debetur, quæ est etiam quarta. Item complectitur eam, quæ patrono debetur ex l. Papia, quæ est dimidia pars cujusque rei, quæ fuerit in bonis liberti, *l. 1. §. pen. si cui plus quam per l. Falc. l. debitor, §. 1. de pign. act. l. 2. §. ult. l. 43. et l. 45. de bon. lib.* Et ad hoc genus Falcidiæ, quæ patrono debetur, respexit Scævola hoc loco, dum ait: *Etiamsi Falcidia partem dimidiam abstulerit*, puta jure patronatus: nam jure testamenti, id est, jure l. Falcidiæ: Falcidia non aufert nisi quartam. Ut cum proponitur fundus ferre 60. non aufert nisi 15. Jure patronatus autem Falcidia aufert 30. aufert dimidiam partem. Ergo etiam si Falcidia auferat dimidiam partem fundi, non ideo tamen minuit annuum fideicommissum, quia tunc ex reditu alterius dimidiæ partis legatarius redacturus sit 30. quia totus fundus ferebat 60. Satis abundeque ea pars sufficit præstandis Pamphilæ annuis denis: illud maxime observandum est, non hoc Scævolam dicere, quod est certissimum, ex sua persona legatarium non posse Falcidiam inducere in fideicommisso annuo a se relicto, sed hoc dicere, quod interveniente Falcidia minutum sit legatum fundi, non ideo etiam minui fideicommissum annuum: qua de re dubitari poterat: namque alias uni legatis pluribus rebus, vel donatis mortis causa, et ab eodem iisdem rebus omnibus, vel parte earum alteri per fideicommissum relicta, legatario vel donatario Falcidiam passo, minuitur quoque fideicommissum pro rata, non quod in eo legatarius Falcidiam exerceat, quia non potest: hoc enim est hæredis munus, non legatarii. Lex Falcidia lata est hæredis causa, non legatarii, *l. potest, ad leg. Falcid.* sed quod hæres ipsemet detraxerit Falcidiam ex singulis rebus legatis, etiamsi a legatario aliis essent per fideicommissum relictæ: quod autem hæredis facto non legatarii, minutum est fideicommissum, id etiam diminutum legatarius fideicommissario præstat, *d. l. cum pater, §. si pars, l. pœnales, §. ult. ad leg. Facid.* Quæ lex idem esse ait, si viginti legatis, a legatario sint per fideicommissum relicta quinque, et hæres ex viginti detraxerit Falcidiam, puta quinque: nam fideicommissario non præstabit legatarius solida quinque: sed quod deducto quadrante supererit, nempe tria, et dodrantem unius, et consequenter, si legatis viginti, a legatario sint totidem per fideicommissum relicta, et hæres ex viginti detraxerit Falcidiam, id est, quinque, remanserint apud legatarium quindecim, legatarius fideicommissario præstabit id duntaxat, quod cœperit, quod apud eum remansit, id est, quindecim, non viginti, ut *l. Lucius, §. hæres, ad Treb. l. si in hi Stichus, de leg.* 1. Denique legatarius imputat fideicommissario Falcidiam, quam passus est, et quam hæres non minus detraxit ex aliis rebus vel summis legatis, quam ex ea re vel summa, quæ erat fideicommisso subjecta. Duo tamen casus excipiuntur in *d. l. pœnales, §. ult.* quibus legatarius fideicommissario non imputat Falcidiam, quam passus est. Unus casus hic est, si testator legatarii fideicommisit, *ut totum quidquid ex testamento cœpisset, alii restitueret*, quo genere non vetat testator Falcidiam deduci, sed quam deducere legatarius non potest, etiam declarat, se nec imputari velle fideicommissario, sed totum legatum velle præstari fideicommissario, etiamsi id minuerit Falcidia: aut debuit potius legatarius repudiare legatum, si intellexit Falcidiam intervenire. Alter casus hic est, si legatarius, qui passus est Falcidiam, rogatus sit *suum vel alienum servum manumittere*, quia omnimodo fideicommissam libertatem præstare debet sine ulla imputatione: hoc ut ait lex illa, favor libertatis exposcit. Porro his duobus casibus addi debet tertius ex hoc §. *et d. §. si pars*, si legatarius rogatus sit, *ex reditu fundi legati annua dena præstare*, vel *alimenta præstare*; et detracta fundi falcidia, tantum ex fundo legatario supersit, quantum annuo fideicommisso sive alimentis satis est. His tribus casibus exceptis legatarius fideicommissario imputat Falcidiam quam passus est: non detrahit ipse Falcidiam, sed quam detraxit hæres, etiam ex re fideicommisso subjecta, merito fideicommissario imputat.

Ad §. 2. *Filium.*

§. 2. *Filium ex dodrante, uxorem ex quadrante instituit hæredes, et filii fidei commisit, ut novercæ restitueret hæreditatem, ab ea autem petit ut infirmitatem filii commendatam haberet, eique menstruos aureos denos præstaret, donec ad vicesimum quintum annum ætatis pervenerit: cum autem implesset eam ætatem, partem dimidiam*

hæreditatis ei restitueret, filius: deducta dodrantis parte quarta, ex qua institutus erat, novercæ hæreditatem restituit, et postea implevit vicesimum quintum annum ætatis. Quæsitum est cum noverca universæ hæreditatis haberet dodrantem, semunciam, et sicilicum, an ejus partem dimidiam privigno suo restitueret? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, tantum restituendum, quantum cum eo, quod Falcidiæ nomine filius deduxisset, semissem faceret. Idem quæsiit, an quod infirmitati filii pater consulere voluerit, fructus quoque medii temporis noverca ei restituere deberet. Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, debere.

In hoc §. proponitur tertia quæstio, cujus species talis est: Testator filium minorem, quam 25. annorum natum hæredem institutum ex dodrante rogavit, *ut novercæ suæ*, quæ uxor secunda testatoris erat, quam et ipse testator hæredem instituerat ex quadrante, *ut ei restitueret hæreditatem sine mora post mortem testatoris*, id est, ut ei restitueret dodrantem suum, et ab uxore petiit, uxoremve rogavit vicissim, *ut infirmitatem privigni sui commendatam haberet, quoadusque pervenisset ad annum ætatis* 25. et est similis commendatio in *l.* 18. §. *ult. sup.* et ut interim ei præstaret alimentorum vice menstruos aureos denos; cum autem implesset annum ætatis 25. ut ei restitueret semissem, id est, dimidiam partem totius hæreditatis: hæc est voluntas testatoris, secundum quam, mortuo eo, filius novercæ restituit hæreditatem, deducta Falcidia, id est, deducto sextante, et sicilico: hic est quadrans dodrantis. *Sicilici* voce utitur, quæ est vox Syra sua origine, et is quid sit satis declarat Volusius Mæcianus Jurisconsultus in lib. illo singulari, et pulcherrimo de asse, qui juris studiosis prius ediscendus est, quam Institutiones, et meo judicio sane temere accedunt ad juris disciplinam, quibus non bene nota est distributio assium. *Sicilicus* est quarta pars unciæ. Ergo semunciæ dimidia pars. Uncia habet quatuor sicilicos. Semuncia duos. Deducto igitur sextante, et sicilico, quæ est falcidia dodrantis, restituit filius novercæ semissem, semunciam et sicilicum. Impleto autem ætatis anno 25. quo noverca rogata est ut filio restitueret semissem totius hæreditatis, quæritur utrum noverca privigno debeat restituere universæ hæreditatis, quæ ad eam pervenit, semissem, id est, dimidiam partem, id est, trientem, semunciam, sicilicum, et sicilici dimidium, id est, tria scrupula, quoniam ad eam pervenit dodrans, semuncia, et sicilicus, cujus pars dimidia est, quod dixi, triens, semuncia, sicilicus, et sicilici dimidium; ad eam: inquam, pervenit dodrans, semuncia, et sicilicus, nempe quadrans jure institutionis, quia instituta erat ex quadrante: semis autem, semuncia, et sicilicus jure fideicommissi a filio relicti; an vero, quia jam filius habet sextantem et sicilicum jure Falcidiæ, quam deduxit ex dodrante suo jure testamenti, ut ait *l. quis duos, de vulg. subst.* an, inquam, ad explendum semissem, ad explendam totius paternæ hæreditatis dimidiam partem, satis sit novercam ei restituere quadrantem tantum, semunciam et sicilicum, quod Scævola verius esse ait, quia testator non ejus, quod ad novercam pervenisset, sed totius hæreditatis suæ semissem filium majorem effectum habere voluit. Quamobrem Falcidiam, quam deduxit filius, imputabit in semissem sibi a noverca, cum esset annorum 25. per fideicommissum relictum, quia Falcidiam sumpsit ex hæreditate patris jure testamenti, ut dixi, ex lege Falcidia, et contra voluntatem patris tamen. Nam omnis Falcidia, omnis diminutio est contra voluntatem testatoris, qui solidum reliquit, *l. Titia, ad leg. Falcid.* Falcidia est contra voluntatem, sed potior est lex voluntate, ut in §. *hinc nobis, Nov. de hæred. et Falcid.* Falcidia autem imputata in fideicommissum, id est, in semissem a noverca relictum, quod semissi deest, id ei noverca supplebit ex eo quod de mariti bonis ad eam quoque jure pervenerit, nimirum filio habenti tantum sextantem et sicilicum jure Falcidiæ, supplebit quadrantem, semunciam, et sicilicum, id est, ut ait, tantum eis restituet, quantum cum eo, quod Falcidiæ nomine filius deduxit semissem facit hæreditatis paternæ. Ac præterea ejus supplementi fructus, quos medio tempore noverca percepit, privigno restituet, optima ratione, quia testator diem fideicommissi contulit in ætatem legitimam filii, non uxoris, sed filii sui causa, ut infirmitati ejus consuleret. Ergo fructus medii temporis filio perire non debent, quod omnino congruit cum *l. si ita relictum*, §. *Pegasus, de leg.* 2. *et l.* 3. §. *cum Pollidius, de usur.* Verum ad hæc illud observandum, novercam restituere privigno non tantum quadrantem, quem jure hæreditario percepit, quia ex quadrante instituta erat: sed et ex eo, quod jure fideicommissi a privigno accepit, semunciam et sicilicum, quantum scilicet explendo semissi hæreditatis paternæ satis est, quod pugnare videtur cum *l. si Titius, de legat.* 3. quam objicit hoc loco Bartolus, quæ lex aperte ait rogatum restituere hæreditatem, eam tantum partem restituere debere, ex qua institutus erat, non quam percepit jure fideicommissi. Sed in ea re nullus est labor, quoniam in hac specie manifestum est testatorem omnimodo voluisse ut filius totius hæreditatis suæ semissem haberet: et hac in re tota voluntas testatoris spectatur: alioquin sane noverca

nihil ex eo, quod jure fideicommissi cœpit r stituere privigno deberet. Et ita hæc quæstio explicatur illo loco: *filius, deducta dodrantis parte quarta, ex qua institutus erat*: *ex qua*, id est, ex parte dodrante: nam sic loquuntur nostri auctores, ex parte sextante, in *l. ult. quando dies leg. ced.*

Ad §. 3. *Lucius Titius.*

§. 3. Lucius Titius testamento *patriæ suæ civitati Sebastenorum centum legavit, uti alternis annis ex usuris eisdem certamina sub nomine ipsius celebrarentur: et adjecit hæc verba*: Quod si conditione supra scripta recipere legatam sibi pecuniam civitas Sebastenorum noluerit, hæredes meos obligatos ei esse volo, sed habere sibi pecuniam. *Postea præses provinciæ ex nominibus debitorum hæreditariorum, elegit idonea nomina, et in causam legati Reipub. adjudicavit. Post cujus sententiam respublica a plerisque adjudicatas sibi pecunias percepit: quæsitum est, an si respublica conditionibus testamento adscriptis postea non paruerit, legatum ad filios hæredes pertineat. Respondit: rempublicam voluntati testatoris parere compellendam: ac nisi faciat, in his quidem summis, quæ per numerationem vel novationem solutæ sunt, utili repetitione hæredes adjuvandos: ab his vero nominibus, quæ neque solverunt reipublicæ, neque novatione abscesserunt a pristina obligatione, non prohibendos, quominus debitum petant.*

Testator legavit 100. patriæ suæ civitati Sebastenorum, quæ est civitas Armeniæ, ut constat ex *Nov. Justiniani* 31. ex qua Belial, id est, Antichristum venturum Sybilla prædixit. Legavit autem eam summam supradictæ civitati, sub hac conditione sive modo, uti alternis annis ex usuris ejus pecuniæ certamina sub nomine ipsius celebrarentur: hæc verba, *uti*, vel *ita ut*, modum faciunt, non conditionem proprie, *l. libertas*, §. *hac scriptura, et l. Mævia, de man. test. l. Titio centum*, trib. aut 4. locis, *l. si cui legatum* 26. *de condit. et dem.* qui tamen modus effectu ipso pro conditione observatur, ut ait *l.* 1. *C. de iis, quæ sub mod. rel.* Imo et conditio appellatur sæpe, ut hoc loco; et aliis locis innumeris: at modus sane non est proprie conditio, conditio suspendit, modus contrahit: conditio impletur ante præstationem aut petitionem legati, modus post præstationem: nam satis est, si in percipiendo legato sub modo relicto, legatarius caveat hæredi de adimplendo modo, alioquin petenti legatum obstat exceptio doli, *l. eas, de cond. et dem. l. peto*, §. *pen. de leg.* 2. *l. cum in testamento, de fideic. libert.* vel omissa cautione præstito legato, officio judicis cogitur legatarius modum adimplere, *d. l. libertas*. §. *hac scriptura, et d. l. Mævia.* Vel si per errorem cautio omissa sit, incerti condici potest: cautio est incertum quid, quia in jure, non in corpore consistit, et ideo repetitur, quæ imprudenter omissa est, condictione incerti, *l.* 5. §. 1. *de usuf. ear. rer.* Repetitionem autem legati soluti ob cautionem non præstitam, et modum non impletum hæres non habet, nisi ex judicio expresso defuncti. *arg. l. pater, de dot. prælег.* ut in specie hoc loco proposita, quoniam proponitur cavisse testator nominatim, *ut si conditione sive modo supradicto, Resp. Sebastenorum nollet recipere pecuniam sibi legatam, hæredes sibi eam pecuniam haberent, nec Resp. præstare tenerentur.* At finge, quod et hic proponitur, non solventibus legatum hæredibus, hæredibus sibi legatum Reip. relictum retinentibus, sententia præsidis provinciæ, apud quem ea de re questa est Resp. nomina quædam debitorum hæreditariorum Reip. adjudicata sunt, quæ Resp. exigeret in causam legati, et usque ad summam legati ea Resp. exegit, nec tamen modum legato adscriptum implet, non edit alternis annis certamina sub nomine defuncti: et ideo recte Scævola ait, et convenienter voluntati defuncti hæredibus competere adversus Remp. repetitionem pecuniarum, quas a debitoribus hæreditariis sibi adjudicatis exegit, vel quarum nomine facta novatione jussu præsidis debitores hæreditarii se Reip. obligaverunt: nihil refert, debitores hæreditarii solverint Reip. jussu præsidis, an novationem fecerint: nam et novatio solutioni similis est, *l. si rem*, §. *ult. de novat.* Solutio fit bifariam, per numerationem, vel per novationem, quod in *h.* §. hic locus indicat, *summis*, inquit, *quæ per numerationem aut novationem solutæ sunt.* Pecunias autem solutas Reip. hæredes a rep. repetent condictione certi ob modum non impletum: novatione autem sublata, obligationem repetent condictione incerti, per quam efficient, ut se debitores hæreditarii reponant in pristinam obligationem, vel ut subjicit, si nondum solutio aut novatio ulla intervenerit, quæ facta fuerit Reip. a debitoribus hæreditariis Reip. adjudicatis, integrum erit hæredibus etiam post adjudicationem præsidis provinciæ, post adjudicationem nominum agere ex obligatione hæreditaria contra debitores. Unde notandum adjudicatione nominum sola non extingui obligationem pristinam, sed solutione perimi, vel novatione: certi sunt modi tollendæ obligationis, *l. obligationum*, §. *placet, de oblig. et act.* qui omnes enumerantur in tit. *Inst. quib. mod. toll. obl.* Inter illos modos non est adjudicatio. Et ideo in judicio etiam fam. ercisc. quamvis adjudicatione dominium

rerum hæreditariarum mutetur, et transeat pleno jure in eum, cui adjudicatæ sunt ab arbitrio fam. ercisc. §. *ult. Inst. de off. jud.* tamen adjudicatione nominum obligationis status non mutatur *l.* 3. *fam. erc.* Et præterea notandum ex *h.* §. solutionem jussu præsidis factam alii quam creditori, et non consentiente creditore, debitorem liberare, ac similiter novationem factam jussu præsidis non ex voluntate creditoris, perimere pristinam obligationem: contra quam definiatur in *l. si Stichum* 8. §. *ult. de novat.*

Ad §. 4. *Largius.*

§. 4. *Largius Euripianus consuluit: alumno certam pecuniam patronum testamento legasse, deque ea re testamento ita cavisse*: pecuniam, quam Titio liberto et alumno meo legavi, esse volo penes Publ. Mævium usque ad ann. 25. ætatis ejus proque ea computari cum eo usuras quadrantes. Quantum autem in sumptum ei statuendum sit, tu Publi Mævi, cum patris affectum ei præstare debeas, æstimabis. *Quæstum est, an hæredes a Pub. Mævio satis accipere debuerint, solventes eam pecuniam. Respondit, cum testamento nulla exigendæ satisdationis commemoratio fiat, satis habuisse hæredes, secundum voluntatem defuncti Publ. Mævio pecuniam numerare. Et ideo nec Titius alumnus vel hæredes ejus audiri debeant adversus hæredes patroni agentes, quod satis non exegerunt. Ex ea enim numeratione etiam a Titio ac proinde etiam ab hæredibus ejus liberatos esse supra scriptos hæredes, nisi vivente testatore Pub. Mævius solvendo esse desierit: tunc enim cautio ab eo exigenda est.*

Hic §. etiam est magni momenti. Patronus liberto et alumno suo legavit certam pecuniam, quam quidem pecuniam non voluit solvi statim legatario, sed voluit hæredes suos eam solvere Publ. Mævio, forte patri naturali istius liberti legatarii, quoniam subjicit loquens ad Pub. Mævium, *cum patris affectum erga illum habere debeas*: deni que pecuniam legatam liberto hæredes suos voluit numerare seu solvere Pub. Mævio, ut scilicet penes Pub. Mævium esset, donec libertus ad ætatis 25. an. pervenisset, et cavit ut interim a Pub. Mævio ejus pecuniæ liberto præstarentur usuræ quadrantes, quæ in 100. aureos quotannis reddunt ternos; proinde voluit ut pecunia legata apud Pub. Mævium fœnori collocaretur, ad finem scilicet quadrantium usurarum, itemque ut alimentorum modus, ut sumptuum modus legatario statueretur arbitrio Pub. Mævii. Est eadem fere species, sed non quæstio eadem, in *l. a filia*, §. *alumno, ad Treb.* Porro hæredes eam pecuniam secundum voluntatem defuncti ultro solverunt et pernumeraverunt Pub. Mævio, non exacta satisdatione, quod officio eorum videbatur incumbere, pecuniam scilicet alumno et liberto testatoris reddi, cum pervenisset ad annum ætatis 25. Quæritur, an hoc imputare hæredibus legatarius possit, vel hæres ejus, quod eam pecuniam Pub. Mævio numerarint, non exacta satisdatione, non exacta securitate? Et respondet, hoc hæredibus imputari non posse, quia testator non injunxit eis, ut satisdationem exigerent sed ut pecuniam tantum liberto legatam fœnori collocarent apud Pub. Mævium, quod et fecerunt secundum voluntatem defuncti, ac proinde liberati sunt a legatario et ab hæredibus ejus, neque ei eo nomine tenentur, quod non exegerint satis. Unde notandum est, solutione pecuniæ legatæ hæredem liberari, non tantum, si legatario solverit, vel alii voluntate legatarii, quod est certissimum, sed et si alii solverit voluntate et jussu testatoris, qui auctor est hujusce obligationis. Notandum etiam est, Scævolam hoc loco, qui nunquam quidquam otiose scribit, loqui de satisdatione omissa ab hæredibus, non de cautione nuda. Excusantur hæredes si satisdationem non exegerint, id est si fidejussores non petierint a Pub. Mævio, cujus fidem testator elegerat et approbaverat, quod etiam ostendit *l. Firmio*, §. 1. *in fi. quando dies leg ced.* Electio testatoris pro satisdatione est, ut in tutore testamentario receptum est, §. 1. *de satisdat. tut. Instit. l. de creationibus*, *C. de episc. aud.* non tamen excusantur hæredes, si nec pecuniam reddi impleto anno 25. stipulati sint, id est, si et cautionem nudam omiserint, *d. l. Firmio*, §. 1. Nec igitur hæredes omnimodo sunt liberati a legatario vel hæredibus, si et hanc cautionem nudam sibi cavere omiserint, vel si non curaverint Pub. Mævium eam legatario cavere. Et uno casu, qui et hic notatur, non excusantur etiam hæredes, si satisdationem a Pub. Mævio non exegerint: videlicet si vivo testatore post testamentum factum, jam Pub. Mævius lapsus facultatibus solvendo esse desierit: *tum enim*, inquit in fine, *cautio ab eo exigenda est: et cautio*, id est, satisdatio, ut supra, cum ei scilicet numeratur pecunia legata liberto. Et recte ait, vivo testatore, *nisi*, inquit, *vivente testatore Pub. Mæv. etc.* recte *vivente testatore*: nam si post mortem testatoris Pub. Mævius solvendo esse desierit, hæredes excusantur, qui apud eum pecuniam fœnori collocaverint statim a morte testatoris, cum adhuc esset solvendo. Fac post collocatam pecuniam P. Mævium eversum fuisse facultatibus suis: excusati sunt hæredes, qui idoneo et locupleti pecuniam dederunt, nec legatario futuros casus et fortunam præstare debent, *l.* 1. §. *si magistratus, de magistr. conven. l. etiam contutoris, de adm. tut. l.* 2.

§. *si eo tempore*, *de adm. rer. ad civ. pert.* Quod tamen Accursius non intellexit, qui hæc verba, *Vivente testatore*, pro superfluis habet, cum tamen Scævola nihil superflue scribat.

Ad §. 5. *Pater.*

§. 5. *Pater duos filios æquis ex partibus instituit hæredes, majorem et minorem, qui etiam impubes erat, et in partem ejus certa prædia reliquit, et cum quatuordecim annos impleverit, certam pecuniam ei legavit, idque fratris ejus fideicommisit, a quo petiit in hæc verba*: a te peto Sei, ut ab annis 12. ætatis ad studia liberalia fratris tui inferas matris ejus annua tot usque ad annos 14. eo amplius tributa fratris tui pro censu ejus dependas, donec bona restituas, et ad te reditus prædiorum illorum pertineant, quoad perveniat frater tuus ad annos 14. *Quæsitum est, defuncto majore fratre, hærede alio relicto, utrum omnis conditio percipiendi reditus fundorum, anniversaria præstetur: alia, quæ præstaturus esset, si viveret Sejus, ad hæredem ejus transierint, an vero id omne protinus ad pupillum et tutores transferri debeat. Respondit; secundum ea, quæ proponerentur, intelligitur testator quasi cum tutore locutus, ut tempore, quo tutela restituenda est, hæc quæ pro annuis præstari jussisset, percipiendisque fructibus finiantur. Sed cum major frater morte præventus est, omnia, quæ relicta sunt, ad pupillum et tutores ejus confestim post mortem fratris transisse.*

Hujus §. quæstio explicatu difficilior, est, quam fuerunt superiores: qui habebat duos filios, unum majorem, quam 25. annorum natum, alterum impuberem, eos hæredes instituit ex æquis partibus, et filio impuberi in partem ejus a fratre cohærede certa prædia per fideicommissum reliquit, quæ frater cohæres ejus restitueret facto puberi, et hoc amplius cum factus esset pubes, cum implesset annum ætatis 14. similiter a fratre ei certam pecuniam reliquit, et hoc omne, ac præterea quidquid explicabitur paulo infra filio impuberi reliquit in partem ejus, id est, vice et loco partis ejus, ex qua hæres institutus erat, ut in *l. cum pater*, *in princ. de leg.* 2. pater filiæ hæredi institutæ ex parte mox in portionem ejus reliquit 100. aureos et prædium Tusculanum. Ac præterea pater rogavit etiam filium majorem ut ad studia liberalia fratris sui ab anno ætatis 12. matri ejus, apud quam educabatur, usque ad annum ætatis 14. id est, usque ad pubertatem inferret annua dena pro mercedibus præceptorum. Unde intelligere licet, ab anno ætatis 12. pueros studiis liberalibus informari solitos, ut de Nerone Svetonius scribit 11. ætatis anno eum fuisse traditum in disciplinam Annæo Senecæ, et de Marco Antonino Julius Capitolinius, eum adhuc puerum Philosophiæ operam vehementer dedisse, et annum 12. ingressum etiam habitum Philosohi sumpsisse. Hoc quoque adjecit testator, ut prædiorum filio impuberi relictorum fructus sive reditus ad fratrem majorem natu pertinerent, quod non est, ut fructus ejus fierent proprii jure dominii, sed ut eos ipse perciperet interim, quoad frater ad pubertatem pervenisset, *ut ad eum fructus pertinerent*, dicit semel, sed bis infra, *ut eos perciperet.* Ergo *pertinere ad aliquem* id dicitur, cujus capiendi jus habet, non ut ipse sibi habeat, sed ut servet aliis restituendum. Hoc igitur voluit pater ut interim fructus prædiorum impuberi relictorum filius major natu perciperet, et ex eis scilicet, non tantum annua salaria præceptoribus impuberis inferret, sed etiam impuberi ipsi alimenta, quod etiamsi non dicat expressim, tamen intelligendum est omnino: neque enim, qui disciplinæ animi prospexerit, eum verisimile est non prospexisse etiam educationi corporis. Ac præterea etiam sequentia ostendunt, multa onera fuisse injuncta fratri majori, cui perceptio fructuum permissa erat, et inter cetera hoc etiam ut tributa pro censu illorum prædiorum ipse frater major natu publico inferret, quoad pupillus in suam tutelam venisset, *pro censu*, inquit: nam ut Festus scribit, *tributorum collatio alia est in capite alia in censu.* Et recte pater imposuit onus solvendorum tributorum ei, quem fructus interim percipere voluit. Census enim sive tributa onera sunt fructuum, onera agrorum, non hominum, *l. imperatoris*, *de publican.* et in Nov. Theodosii *neque divinam domum, neque ecclesiam a quolibet publico munere excusandam.* Et inde Cassiodorus lib. 4. ait, ideo varia esse tributa, quia non est agrorum una fœcunditas, ibi posse censum addi ubi cultura profecerit. Hæc vero, quæ exposui, cum ita testamento pater cavisset, postea mortuo fratre majore natu, cui hæc omnia commendata sunt, et mortuo fratre impubere præterito, et extraneo hærede instituto: quæritur, utrum onus sive munus percipiendorum fructuum vel redituum ex prædiis pupillo legatis, onus tributorium, onus alimentorum, onus mercedum pupilli præceptoribus dandarum, et cetera, quæ vivus frater major natu præstaturus erat, uno verbo, utrum omnis conditio anniversaria, id est, modus omnis fideicommisso adscriptus, munus omne filio majori natu injunctum et demandatum, ad hæredem extraneum fratris majoris transferendum sit, quoad pupillus pubuerit, an vero protinus prædia annua, quæ pupillo relicta sunt, et pecunia omnis, quæ pupillo relicta est, etiam ante pubertatem sint pupillo restituenda et tutoribus ejus, quos scilicet accepit post mortem fratris, quoniam

frater major natu, quandiu vixit, fuit fratri impuberi tutor legitimus, *l. tutor*, §. 1. *ad Senatus cons. Vellejan. l.* 1. *in princ. de leg. tut. l.* 9. §. 1. *de. tut. et rat. distr. l.* 3. *C. de except.* Frater igitur major minori, quamdiu vixit, fuit tutor legitimus, non ut Glossa et DD. volunt, tutor fiduciarius, nisi, ut Instit. docent, impubes a patre emancipatus fuerit, quod hic non proponitur, non adfingitur etiam a glossa vel DD. sed impuberi, qui mansit in familia patris, proculdubio est tutor legitimus: quamdiu ergo vixit, fuit ei tutor legitimus: post mortem ejus protinus datus est ei alius tutor a magistratu, et huic tutori dato pupillo, quæritur, an protinus sint restituenda prædia: an protinus sit restituenda pecunia, quæ ei relicta est, dum pervenisset ad pubertatem, etiamsi eam nondum attigerit. Et ad quæstionem propositam ita respondet prudentissime Scævola, secundum ea, quæ proponerentur, satis intelligi, testatorem cum filio majore natu, quasi cum tutore locutum filii impuberis, non quasi cum hærede, quem sciebat futurum tutorem filii impuberis legitimum post mortem suam, et cui ob id potissimum commendabat omnia negotia impuberis usque dum pubuisset, id est, usque dum desiisset esse tutor, et ideo non tantum pubertate finita tutela, quamvis eum solum casum expresserit testator his verbis, *quoad pervenerit ad annos* 14. Dico non tantum pubertate finita tutela, jam non potest amplius frater major ex prædiis impuberi legatis fructus percipere, atque ideo annua præstare, et cetera obire onera fructuum, qui jam non est tutor, sed etiam morte tutoris legitimi, id est, morte fratris majoris tutela finita, quamvis hunc casum finiendæ tutelæ pater omiserit, idem prorsus statuendum esse, nempe ut fructuum percipiendorum facultas finiatur, simulatque onus annuorum præstandorum, idque omne statim transferatur ad pupillum, et tutores postea ei datos a magistratu post mortem tutoris legitimi, non esse transferendum ad hæredem tutoris legitimi, quia hæres non succedit in tutelam, hæres tutoris non est tutor, *l. furti*, §. *illud*, *de his qui not. infam. l.* 1. *in pr. de fideju. et hær. tut.* Idemque eadem ratione dicendum opinor, si frater major natu se tutela impuberis abdicaverit: nam et hoc casu statim pupillo præstanda sunt fideicommissa, et tutori ejus novo, sicut in *l.* 18. §. *ult. h. t.* qui convenit maxime cum hoc loco. Soror instituta hæres, cui commendata est pecunia alumno ætate parvo legata, quoad alumnus suæ ætatis factus esset; si eam pecuniam soror supradicta ex media hæreditate non receperit, sed prorsus hæreditatem repudiaverit, statim legatorum actio alumno datur, etiamsi nondum suæ ætatis factus fuerit: nihil enim refert, quo genere sit finita administratio rerum minoris. Et ita nihil refert, quo genere sit finita tutela, pubertate, an morte tutoris, quamvis utrumque genus non expresserit testator, sed alterum tantum: casus expressus facile trahitur ad parem casum, quamvis omissus fuerit, ut in *l. fideicommissa*, §. *si cui*, *de legat.* 3. *l.* 3. *C. de institut. te substitut. l. si ita*, *quando dies leg. ced.* Observa autem rationem hujus responsi, qua potissimum nititur Scævola, *quia intelligitur*, inquit, *testator quasi cum tutore locutus.* Ergo finita quoquo modo tutela, neque ipse, neque hæres ejus potest intervenire negotiis pupillaribus, quasi, inquit, cum tutore locutus; nam si quasi cum hærede locutus sit, dilato die præstandorum prædiorum, præstandæque pecuniæ in pubertatem filii impuberis, mortuo hærede, proculdubio non tenetur hæres hæredis ante pubertatem ei repræsentare fideicommissum. Et ita hæc questio hujus §. explicanda est.

Leg. 22. exposui supra in l. 5.

Ad L. XXIII.

Cum quidam decurionibus divisiones dari voluisset die natalis sui: Divi Severus et Antoninus rescripserunt, non esse verisimile testatorem de uno anno sensisse: sed de perpetuo legato.

Fidei hæredis testator commisit, *ut decurionibus patriæ suæ viritim divisiones certas faceret die natalis sui*. Idem esset, *si die obitus sui*, ut plerique testatores jubent, jussisset divisiones certas fieri decurionibus patriæ suæ in viros, valet fideicommissum vel legatum, *l. civitatibus*, *de legat.* 1. Civitatibus, inquit, recte legari ad divisionem singulorum civium: igitur et ad divisionem decurionum tantum, qui minores sunt senatores civitatum: vel etiam ad divisionem clericorum certæ Ecclesiæ, ut Cyprianus in Epistolis sæpe scribit, Clericos inter se partiri certas divisiones mensurnas, certas sportulas mensurnas. Et hac specie proposita cum quæreretur, utrum semel tantum eas divisiones decurionibus fieri, uno anno fieri, testator sensisset, an in perpetuum, recurrente die natalis sui. Impp. rescripserunt, verisimile esse testatorem sensisse de perpetuo legato fideicommisso, quia mos est ita legandi civitati aut curiis sive decurionibus (nihil refert) ut pensitatio ea sit perpetua. Et huic simile est omnino, quod proponitur in *l. prox.* quæ subjecta est non alio fine, quam ut confirmaretur magis atque magis superior.

Ad L. XXIV.

Cum erat certa pecunia, id est, centum, Rei-

pub. Sardianorum relicta per quadriennium certaminis Chrysanthiani: DD. Severus et Antoninus rescripserunt; videri, perpetuam pensitationem reliquisse testatorem per quadriennium, non in primum quadriennium.

Quidam civitati Sardianorum, quæ dicitur Sardis, et fuit regia Lydiæ, legavit certam pecuniam per quadriennium certaminis Chrysanthiani: erat scilicet illud certamen ejus civitatis τετραετηρικὸς, ut in *l.* 10. *de pollicit.* ἀγὼν τετραετηρικὸν, qui reficitur quarto quoquo anno, et certamen illud Chrysanthianum quale fuerit dicere licet ex Eunapio Sardiano, qui scripsit vitas Philosophorum et Sophistarum sui temporis, et Chrysanthio æque Sardiano summo Pontifici totius Lydiæ, qui hoc certamen sub nomine suo instituerat, fuit socius, atque etiam affinitate ei conjunctus: duxit enim uxorem consobrinam Chrysanthius Eunapii. Hoc vero proposito Imperatoribus iisdem Severo et Antonino, similiter rescripserunt, non videri tantum semel pecuniam eam civitati Sardianorum relictam, puta in primum quadriennium, sed in perpetuum, quadriennio quoquo recurrente. Et notandum quæ ita Reip. relinquuntur vel curiæ, vel templo, id est, quæ annua relinquuntur, vel quæ annua vel in annos singulos relicta esse intelliguntur, esse perpetua, sempiterna, ut in *l.* 6. *l.* 20. §. *ult. sup. h. t. l.* 45. *et l.* 55 quæ sunt Græcæ constitutiones *C. de Episc. et Cler.* quod Ecclesiæ annuum legatur, id est perpetuum, nec finitur ullo tempore, nec extinguitur ulla præscriptione temporis, quia cum annua legantur Reip. curiæ, templo, collegio, vel cuilibet alii corpori licito, proprietas legatur eorum, quæ relinquuntur, plenum dominium legatur: alia ratio esset ususfructus, si legaretur ususfructus Reipub. vel templo, non esset perpetuus, alioquin fieret injuria domino nudæ proprietatis, si semper ab eo recederet ususfructus, Itaque hoc casu ne fiat injuria domino nudæ proprietatis, recte cautum est ne ususfructus protrahatur ultra annum 100. qui finis est vitæ longævi hominis, quod explicabimus latius in *l.* 8. *tit. seq.* Verum ad hæc etiam observanda est differentia inter annua, quæ relinquuntur Reip. Curiæ, vel templo, et annua quæ relinquuntur privato homini, Quæ privato homini relinquuntur, non debentur in perpetuum, sed finiuntur morte legatarii: certe si relicta sint vice alimentorum, finiuntur morte legatarii: hoc est certissimum: plus dico etiamsi privato homini annua relicta sint, non alimentorum vice, ea finiri morte legatarii, nec transmitti in hæredes ejus, quod notandum. Id probavimus supra ex l. 12. Legavit testator uni prædia Potitiana, alteri prædia Lutatiana, et ex prædiis Potitianis voluit præstari prædiis Lutatianis annua arundinis et salicis pondo tot, quæ annua proculdubio non relinquuntur alimentorum vice, et tamen quoniam ea annua videntur relicta non prædiis Lutatianis sed ei, cui prædia Lutatiana legata sunt, annua exstinguentur morte legatarii. Ergo annua quæcunque privato homini relinquuntur, quocunque nomine relinquantur, vel quacunque vice, morte legatarii finiuntur, quia homini mortali qui legat annua, respexisse tantum videtur ad vitam ejus, non ad posteros, quasique prænumerasse annos, quibus vita superesset.

Ad L. XXV.

Filiofamilias quoad in potestate patris sit in annos singulos dena dari possunt.

In *h. l.* hoc unum est, recte filiofam. *dena legari quotannis, quoad in potestate patris esset*, quidni? quæ est ratio dubitandi? Ait, filiofam. ad differentiam servi, quia dubitatur, an servo alieno ita possit legari, quoad serviet, quia id tantum servo alieno potest legari, quod liber factus capere posset, *l. debet*, §. *servo, de legat.* 2. Atqui liber factus hoc legatum capere non posset, *quoad serviet*, sed ut filiof. ita legari potest, *quoad erit in potestate patris*, ita subjecerat Jurisconsultus in hac lege obtinuisse, et servo quoque alieno recte ita legari, *quoad domino serviat*, quoad erit in potestate domini, *l. servo alieno, in princ. de leg.* 1. Nec quicquam obstare, quod liber factus capere non possit, quoniam illam regulam ad hunc casum trahere calumniosum est, ut ait *d.* §. *servo.* Secundum hæc morte servi, quia desiit servire, finitur legatum: et similiter morte filiifam. finietur legatum annuum, nisi scilicet probetur id fuisse relictum contemplatione patris, aut domini, ut in *l. filiofamil. de cond. et demonst.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. II. De usu et usufr. et reditu, etc.

Cum dixisset tit. superiore l. 8 annua legata similia esse usuifructui, sive imitari usumfructum, et tamen ab eo mutare, distareque multum, visum est faciendum, ut et de usufructu diceret, simul ac de usu nudo, et de reditu, et de habitatione, et de operis per legatum aut fideicommissum relictis, Ususfructus plus est, quam usus nudus, quod satis *Instit.* docent. Præterea usus est individuus, ususfructus dividuus, *l. usus, et usufr. et habit. l.* 1. §. *si ususfructus, ad leg. Falcid.* Uterque

vero et usus et ususfructus est servitus, quam prædium debet homini. Reditus autem non est servitus, ut docui in *l.* 12. *sup. tit. prox.* et in plerisque etiam aliis differre ab usufructu reditum, quod etiam ostendit *l.* 38. *hoc tit.* Sed retro in aliis etiam quibusdam imitari usumfructum. Habitatio etiam, quamvis nihil aliud videatur esse, quam usus ædium, ab usu vel usufructu tamen ædium longe distat: nam, ut uno exemplo hoc demonstrem, habitatio capitis diminutione legatarii, cui data est habitatio, vel non utendo non amittitur, *l. legatum, de cap. min.* et tamen usus vel ususfructus ædium his modis amittitur. Operis etiam servorum legatis, quamvis ususfructus videatur legatus, *l.* 4. *de oper. serv.* quoniam in fructu hominis sunt operæ, tamen operæ neque morte legatarii amittuntur, neque capitis diminutione, neque non utendo, sicut usus et ususfructus, qui supradictis modis amittuntur et finiuntur, quod explicabimus fusius in *l.* 2. *hoc tit.* Denique horum legatorum species singulæ jus proprium quoddam habent, quod non est commune cum ceteris, idque in hoc tit. progressio, quam faciemus, planum faciet. Sed recte tamen sub uno tit. hæc omnia collegit, usum, usumfructum, reditum, habitationem, operas, quoniam multa inter se adsimilia habent, sicut et multa dissimilia.

Ad L. I.

Nec usus, nec ususfructus itineris, actus, viæ, aquæductus legari potest: quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit: quia id neque ex bonis, neque extra bona sit. Sed incerti actio erit cum hærede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem præstet: aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius, vel capite diminutus ex magna causa fuerit, restituatur.

Et ut a l. 1. primum incipiamus, sciendum est, Senatusconsulto, cujus fit mentio in *h. l.* 1. cautum esse omnium, quæ in bonis nostris sunt, usum vel usumfructum legari posse, *l.* 1. *de usufr. ear. rer. l. usufr. ad leg. Falcid.* et in *Instit. de usufr.* Igitur vini, olei, tritici, lanæ, aromatum, nummorum, vestimentorum usumfructum legari posse, quia hæc omnia sunt in bonis nostris, et natura tamen harum rerum usus non est, sed abusus, *l.* 5. §. *ult. de usufr. ear. rer. quæ*, etc. hoc est, his rebus uti nemo potest, quin abutatur, id est, quin absumat eas confestim, atque perdat, qui vino utitur, vinum absumit. Abutitur ergo, non utitur. Vestimentis etiam abutimur; quia ea usu deterimus. Pecunia etiam non possumus uti; quin eam perdamus et alienemus: pecuniæ abusus est, non usus. Quæso, cur in definitione ususfructus adjectum est, *salva rerum substantia?* Quid est ususfructus? *est jus utendi fruendi rebus alienis salva rerum substantia:* cur adjectum est *salva rerum substantia?* An quia prædio, exempli gratia, cujus ususfructus ad nos pertinet, perempto vel incendio, vel terræ motu, terræ fragore, perimitur ususfructus, an igitur propterea dixit, *salva rerum substantia?* Minime: Nec enim fuit, cur in definitione ususfructus hæc sola notaretur ratio amittendi ususfructus, cum et aliis plerisque modis amittatur, veluti morte, capitis diminutione, non utendo, dominii comparatione, cessione facta in jure. Sed ideo adjicitur, *salva rerum substantia*, quia si talis sit rei substantia, ut utendo depereat, jam non potest ejus rei esse usus, sed abusus. Definitur ergo proprie ususfructus earum rerum, quæ utendo non pereunt, veluti fundi, vel ædium: earum rerum solummodo ususfructus est, non etiam earum, quæ utendo consumuntur: illo tamen Senatus. etiam earum rerum, quarum abusus est, non usus, effectum est, ut quasi usus vel ususfructus constitui possit. Qua via? quo remedio? remedio cautionis, beneficio satisdationis, nempe eo, cui vini, exempli gratia, ususfructus legatus est, ab hærede vinum accipiente, atque ita acquirente vini plenum dominium, mox hæredi satisdante de vini mensura et qualitate eadem, *cum morietur, vel capite minuetur*, quibus modis finitur ususfructus, hæredi restituenda, vel etiam de tanta pecunia hæredi restituenda, *cum morietur*, aut capite minuetur, quanti vinum quod accepit, æstimatum fuerit. Remedio cautionis multa fiunt, quæ detracta cautione nec naturaliter nec civiliter fieri possunt. Remedio cautionis dominium constituitur ad tempus, *l. ult. C. de leg.* Remedio cautionis Mutianæ repræsentatur legatum conditionale, antequam conditio extiterit, *l.* 7. *de cond. et demonstr.* et in hoc proposito quoque remedio cautionis rerum, quæ sunt in abusu, quasi usus vel ususfructus constituitur, nec locus est hodie sententiæ Cic. in Top. ut ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, non possit sibi eas res vindicare, *quod usus*, inquit, *non abusus legatus sit, quæ sunt contraria*: nam jus quidem ita est detracto remedio cautionis, ceterum hoc remedio adhibito longe aliud est. Eodemque remedio Paulus ostendit in *hac l.* itineris, viæ, actus, aquæductus per fundum hæreditarium, quæ servitutes sunt prædiorum rusticorum, usum vel usumfr. legari et constitui posse, quod tamen natura non patitur per se: nam ususfr. est servitus, quam prædium debet homini non prædio: iter, via, actus, aquæductus

sunt servitutes, quas prædia debent prædiis: usus et ususfr. sunt servitutes, quas prædia debent hominib. sunt servitutes hominum sive personarum, illæ prædiorum, at sunt servitutes tamen, tam est servitus ususfr. quam iter, vel via et servitus servitutis esse non potest, servitus est qualitas prædii, *l. qui fundum, quemad. serv. amitt.* Servitus, inquam, est qualitas prædii, cujus potestate prædium servit prædio vel homini, et qualitas qualitatis esse non potest: accidens accidentis esse non potest. Non potest igitur esse ususfr. vel usus viæ, itineris vel actus, vel aquæductus. Verba etiam supradicti Senatusc. nempe ut omnium, quæ in bonis nostris sunt, usus, vel ususf. legari possit, id non patiuntur; ut scilicet recte legetur ususfructus viæ vel itineris, vel actus, vel aquæductus, quia Senatusc. ait omnium, quæ in bonis nostris sunt: at servitutes non sunt in bonis nostris ob id ipsum, quia nec sunt, sed intelliguntur: nec tamen omnino et abscise possumus etiam dicere, servitutes esse extra bona nostra, quia jura sunt quæ prædiis nostris, quæ bonis nostris, vel nobis ipsis debentur. Qua ratione et post Senatusc. illud de nominibus dubitabatur an ususfructus nominum legari possit, *l. 3. de usufr. ear. rer.* etc. quia nomina, id est, obligationes debitorum in jure consistunt, non in corpore: nec sunt igitur sed intellectu concipiuntur, abstrahuntur. Quæ sunt, sensibus percipiuntur, veluti tactu, visu: nomina et servitutes sensibus non percipiuntur, sed intellectu tantum. Verum sicut remedio cautionis utile fit legatum, si legatus sit ususfr. nominum, *d. l. 3. et l. 4.* ita legato usufructu viæ, vel itineris, vel actus, vel aquæductus, remedio cautionis, beneficio cautionis, legatum perducitur ad emolumentum. Cedo, quomodo? nempe hoc modo, legatarius cui legatus est ususfructus via, vel itineris, aget cum hærede actione incerti id est, actione ex testamento incerti ut *l. non solum nostrum, §. pen. de lib. leg.* quæ incerti est actio, quia non corpus certum, sed servitutem persequitur, quæ incorporalis atque adeo incerta res est. Incertum est, quodcunque cerni non potest, et ideo servitus petitur per actionem incerti, *l. si tibi liberum, de act. empt. l. si binarum de ser. urb. præd.* Petet igitur legatarius, cui legatus est ususfr. itineris, vel aquæductus, petet ab hærede actione incerti, ut iter vel aquæductum imponat fundo hæreditario, atque constituat, oblata cautione, qua hæredi caveat, *se cum morietur, vel capite minuetur*, quibus modis ususfr. amittitur, *eam servitutem restituturum*: atque ita cedetur quidem servitus viæ, vel aquæductus, sed effectum habebit, sive exitum ususfr. remedio cautionis, id est, finietur via, finietur aquæductus morte legatarii, vel capitis diminutione, et fundus hæreditarius in pristinam libertatem restituetur. Legamus textum: *Nec usus, nec ususfructus*, etc. Hæc ita se habent summo jure: sequitur remedium, *sed incerti actio, etc. ducendi facultatem præstet*, id est, ut cedat iter, viam, aquæductum, sed non in perpetuum, *aut ea servitus*, non est legendum, *aut*: sed, *ut*, *ut ea servitus constituatur sub hac cautione*, sub hac satisdatione, est explicatio superiorum. Et illo etiam loco: *vel capite diminutus ex magna causa*, etc. Observandum illa verba, *ex magna causa*. adjecta esse a Triboniano; nam ex constitut. Justin. ususfr. non amittitur minima capitis diminutione, sed magna tantum, *l. pen. C. de usufr.* qui tamen olim amittebatur, etiam minima capitis diminutione, veluti emancipatione legatarii, ut Paul. scribit 3. *Sent. tit. de legat.* Et ubique in *ff.* id est certum, usumfructum omni capitis diminutione finiri, et amitti non magna tantum, id est, maxima, vel media, sed etiam minima.

Ad L. II.

Hominis operæ legatæ, capitis diminutione, vel non utendo non amittuntur. Et quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas ejus ipse locare poterit. Quas si prohibeat hæres capi, tenebitur. Idem est, et si servus se locaverit. Et quia legatarius fructuarius non est, ad hæredem suum operarum legatum transmittit. Sed servo usucapto, legatum perit.

Hæc lex est *de operis* servi legatis, de quibus quicquid scribit, id scribit ad differentiam, πρὸς ἀντιδιαστολὴν, ususfr. vel usus servi legati, ut ostendat, quamvis in plerisque operæ servi usumfr. servi imitentur, ab eo tamen differre plurimum, et differt quidem adeo ut in *l. 1. §. ususfr. ad leg. Falcid.* dicatur, operis servi legatis, neque usum, neque usumfructum in eo legato esse videri. Et in hac ipsa *l. 2.* eum, cui operæ servi legatæ sunt, fructuarium servi non esse. Et in *l. 5. in fin. usufr. quem. cav.* operas non per omnia imitari usumfructum. Et contra tamen in *l. 5. de oper. ser.* dicitur operis servi legatis usum datum intelligi. Et in *l. 3. et l. 4. eod. tit.* in usufructu servi esse operas et ob operas mercedes, et retro fructus servorum consistere in operis, vel mercedib. operarum, quæ omnia vera sunt, nec ullo modo pugnant inter se. Nam et usufructu servi legato, operæ et mercedes operarum quasi fructus servi ad fructuarium pertinent: et rursus operis servi legatis, usus potius legatus videtur, quam ususfructus, ut ait *d. l. 5.* eo quod operæ sunt individuæ, sicut usus, *d. l. 1. §. si ususfruct*, opera una non potest scindi in partes, opera non potest pro parte deberi. Denique operæ sunt individuæ, sicut usus; non dividuæ,

sicut ususfr. Verum etiam est, operis servi legatis, neque usum, neque, usumfructum in eo legato esse videri ut ait *d.* §. *si ususfructus*, quia certa absolute sive ἁπλῶς, non est usus vel ususfructus, sed operarum quasi proprium aliquod jus ab usu et usufructu diversum, sicut de habitatione dicitur in §. *pen. Instit de usu et habit.* habitationem neque usum videri, neque usumfructum, sed quasi proprium aliquod jus esse, sejunctum ab usu et usufructu. Et idem dicendum esse de operis demonstrant differentiæ, quæ suggeruntur in *hac l.* inter operas servi, et usum, vel usumfructum servi. Ac primum quidem operæ servi legatæ capitis diminutione legatarii, vel non utendo, non amittuntur. Hoc proponitur initio *h. l.* atque etiam in *l.* 2. *sup. de ope. serv.* Et verissimum est, nec quidquam obstat §. 1. *Instit. de acquis. per adrog.* quem objicit Accursius, quoniam non loquitur de operis servi legatis, quæ non pereunt capitis diminutione, sed loquitur de operis, quas officii causa libertus patrono debet, quæ amittuntur arrogatione patroni, quæ est species capitis diminutionis. Cur ita? quia non possunt præstari extraneo, puta adrogatori, cui nullo officii genere libertos obstrictus est: operæ officiales soli patrono debentur, non extraneo. Ususfructus autem servi capitis diminutione legatarii, et non utendo amittitur hoc est certissimum. Est igitur permagna hæc differentia inter operas servi, et usumfructum servi: operæ non amittuntur capitis diminutione legatarii, vel non utendo: ususfructus amittitur: et ratio differentiæ hæc est, quia ususfructus in actu consistit ejus, cui ususfructus debetur, quod vel nomen ipsum satis significat. Et inde in *l.* 1. *quan. dies leg. ced.* usumfr. ex facto aliquo consistere ejus, qui fruitur, utitur; et in §. *dies, ibid.* non ante usumfr. constitui posse, quam sit aliquis, qui uti frui possit: in usufructu personam spectari quæ uti frui possit. Et ideo si fructuarius rei mobilis, usufructu anno vel hodie triennio usus non est: aut si rei immobilis usufructu biennio, et hodie decennio inter præsentes, aut vicennio inter absentes usus non est, vel si usus est alio modo, quam quo constitutus ususfruct. est, (alio modo uti, non uti est) ususfructus amittitur. Denique ususfr. amittitur non utendo per modum constitutum atque condictum, et non utendo per tempus constitutum ad amissionem, nempe, quia defuit actus hominis, in quo consistit ususfr. quia non utitur, aut male utitur, quod pro inusu est: male uti usufructu, inuti est. Eademque ratione ususfructus amittitur capitis diminutione fructuarii, quia, is in quo ab initio constitit ususfruct. desiit esse, mutato statu per capitis diminutionem, et alius factus est homo: denique non is est homo, in cujus capite ususfruct. ab initio constitit: operæ autem non consistunt in actu ejus, cui debentur, sicut ususfructus; sed contraria ratione, operæ cansistunt in actu ejus, qui debet operas. Itaque quamdiu is manet, et operari potens est, operarum obligatio manet, etiamsi is, cui debentur, propterea quod ejus persona non spectatur, capite minuatur, aut si diu operis illius servi usus non fuerit. Sequitur in hac *l.* eum, cui servi operæ legatæ sunt (docet, quod sit emolumentum hujus legati) ex operis servi mercedem percipere posse. Ergo operas ejus locare posse. Sic colligit: *quoniam,* inquit, *ex operis servi mercedem percipere legatarius potest, etiam operas ejus ipse locare poterit*: vel etiam, ut subjicit si servus ipse solus operas suas alii locavit, mercedes operarum legatarium percipere posse, et hæredem teneri legatario actione ex testamento, si non patiatur, vel si prohibeat mercedem operarum a legatario capi cum ipse se libertus locavit, si eas sibi hæres vindicet quasi dominus, nec sinat eas pervenire ad legatarium. Hæc est sententia hujus loci, sed est minimus quidam error illo loco: *quas si prohibeat hœres*, etc. sic legendum, *quas si prohibeat hæres capi, tenebitur*, et addenda virgula, *id est* non *idem est*, *id est*, *et si servus se locaverit*: hoc mendo nullum est frequentius in his libris, *l.* 20. *et l.* 30. *in fin. de act. emp. l.* 10. §. *quotiens, de compens. l.* 45. *pro soc. l.* 76. *de hæred instit. l.* 1. *C. de alim. pup. præst.* In quibus omnibus locis sensus, si excutiatur attente, perspicue demonstratur non esse scribendum *idem est*, sed, *id est*, quod subjicitur declarandi causa. Sententia igitur hujus loci hujusmodi est: si servus ipsemet operas suas alii locavit certa mercede, alioquin non esset locatio, si non interveniret certa merces, in mercede percipienda legatarium præferri hæredi, nec posse ab hærede prohiberi, quo minus eas mercedes percipiat, ne hoc quidem casu, eum ipse servus se locavit: nam idem omnino proculdubio dicendum est, si legatarius ipse ejus servi operas locavit quoniam ipse contraxit negotium cum conductore, et conductor ei est obligatus ex locato conducto. Hac vero in re adnotandum est operas quidem non differre ab usufructu: nam qui usumfructum servi habet, potest operas ejus locare et ex eis quas servus ipse locavit, ferre mercedes: sed differunt tamen ab usu: nam qui usum nudum servi habet, non potest operas ejus locare, *l. plenum* 12. §. *ult. l. per servum* 14. *de usu et habit.* At quæro, an qui usum nudum habet, si servus se locaverit, possit ferre mercedem? Ipse quidem servum locare non potest, aut servi operas, sed si non locaverit ipse, sed servus sine ipso, an mercedes ad eum redire debent? Est hac de re locus singularis apud Theoph. in §. 1. *Inst.t. per quas*

pers. nob. ob acquir. qui locus non est contemnendus : nam nihil optimus ille interpres adfert, quod non sumat ex intima Jurisprudentia : et illo quidem loco Theophilus tradit, si servus se locavit, operarum mercedes non pertinere ad usuarium : pertinent quidem ad fructuarium, sed non ad usuarium; quo modo forte etiam est accipienda sententia Labeonis in *l. sed et ipsi servo, de usu et hab.* Porro additur in hac *l.* legatarium, cui legatæ sunt operæ, si moriatur, legatum operarum transmittere ad hæredem suum, *quia*, inquit, *non est fructuarius*, fructuarius scilicet, non transmitteret : usus enim fructus perimitur morte fructuarii. Optima ratione : quia personæ ejus cohæret, quia animæ ejus cohæret, et ideo cum anima ejus vitali perimitur, ut ait Justinianus in *l. pen. C. de usufr.* quia personæ ejus cohæret, *l. 3. §. ult. quib. mod. ususfruct. amitt.* Et in usufructu perpetuo persona illa spectatur utentis fruentis, quæ si desinat spectari posse, nec ulterius etiam ususfructus spectabitur aut ullus superesse existimabitur : operæ autem non cohærent personæ ejus, cui debentur, personæ legatarii, sed personæ servi : quamdiu igitur is servus manet, manent et operæ, quas debet, et debentur legatario vel hæredi ejus. Ac præterea, quæ est alia differentia, quam etiam *h. l.* attingit, operis servi legatis, et servo usucapto, legatum operarum perimi, non etiam legatum ususfructus, servo usucapto cujus ususfructus mihi legatus est, non perit ususfructus, quamdiu vivo, *l. justo, §. non mutat, de usurp. et usuc. l. locum, §. pen. de usufr.* Quia pene ratio eadem est, imo omnino eadem, quia operæ servi cohærent personæ ipsius servi. Unde usucapto servo usucapientur et ipsæ, incipientque deberi domino, qui servum usucepit, qui servum per usum suum fecit et desinunt deberi ei, cui ante usucapionem præstabantur : operæ enim veluti societatem quadam servo conjunguntur, si per usucapione servus mutat dominum. Ergo ei domino deinceps debet præstare operas, non alii : at usucapto servo, quod est acquisito dominio, acquisita proprietate servi per usucapionem, ususfructus non amittitur, quia servo non cohæret, non servum sequitur, fructuario cohæret, et nulla societate ususfructus proprietati conjungitur. Et ita est interpretanda hæc lex.

Ad L. III.

Hominis quoque liberi operæ legari possunt : sicut locari, et in stipulationem deduci.

Quod est in hac *l.* est facillimum, *non tantum servi, sed etiam liberi hominis operas posse legari.* Quid hoc est? non testatorem operas suas posse legare, quia ridiculum esset legatum, nempe collatum in tempus, quo nullæ ejus essent operæ. Quid igitur hoc est, hominis liberi operas posse legari? an me posse testamento legare operas tuas? Nemo hoc dicet, cum non sis in potestate mea, liberi hominis operæ possunt legari, quomodo? Ut puta si hæres operas diurnas, verbi gratia, filii sui familias, quem habet in potestate L. Titio dare damnatus sit, pater filiifam. operas locare potest, ut Paulus ait *initio 5. Sentent.* Ergo et gratis operas filiifamil. alii utendas concedere potest, quid ni jure potestatis? Liberum quoque hominem operas suas diurnas, nocturnasque recte locare, et stipulanti promittere certissimum est, quæ res non officit ingenuitati ejus, *l. 21. C. de ingen. manum.* Paul. 2. *Sent. tit. de leg.* hominem liberum, qui suum statum in sua potestate habet, qui est suæ potestatis, adeo ut possit se vendere in servitutem, et perdere libertatem suam, hominem liberum, suum statum pejorare, inquit, aut meliorem facere posse : et ideo recte locare operas suas diurnas nocturnasque : ac proinde, si mihi liber homo certas operas debet ex locatione, vel etiam ex stipulatione, ego eas alii in testamento recte legabo. Et ita his duobus modis etiam hominis liberi operæ legari possunt.

Ad L. IV.

Si pure proprietas legata erit, ea ad legatarium perveniet, quamvis fructuarius hæres sit institutus.

Sententia h. l. hæc est : cum fundi mei ususfructus esset tuus, ego moriens te hæredem feci, et ejusdem fundi proprietatem, quam habebam, proprietatem igitur nudam, L. Titio pure legavi. Sicut cetera legata ab hærede proficisci dicuntur, et ab hærede præstari, ita hoc legatum dixeris ab hærede præstari, quasi quæsita proprietate fundi primum hæredi, deinde præstita legatario, hoc genere usumfructum hæres amitteret. Certi enim juris est, usumfructum amitti, acquisitione proprietatis, id est, si fructuarius proprietatem acquisierit, *l. 27. quib. mod. usufruct. amitt.* quæ res consolidatio appellatur et confusio. At ne ususfructus hæredi pereat, contra voluntatem testatoris, qui non fundum legavit, quo nomine significaretur plena proprietas fundi, sed legavit proprietatem tantum, quam ipse habebat, detracto usufructu. Ne igitur hæredi pereat ususfructus contra mentem testatoris, melius erit dicere, hoc casu proprietatem protinus a testatore ad legatarium pervenire, nec ullo momento consistere in persona hæredis. Neque igitur veluti confusione hæredem usumfructum amittere. Idque etiam verissimum est, si proprietas fuerit legata vindicationis genere, puta his verbis : *Do*,

lego, l. a Titio, de furt. l. 80. *de leg.* 2. *l.* 9. §. *sed et creditor, de pecul.* Et hoc, si, ut proponitur in *h. l.* proprietas pure fuerit legata: nam ut eod. lib. Ulp. docet in *l.* 6. *de man. test.* quæ cum *h. l.* conjungenda est, si sub conditione proprietas legata fuerit, quoniam fundus interim fit hæredis pleno jure, pendente conditione, non possumus negare confusione usumfructum esse sublatum, ac proinde existente conditione legatarium plenam proprietatem plenumve dominium habiturum. Non loquitur quidem ea *l.* 6. de fundo cujus proprietas legata sit sub conditione, fructuario hærede instituto, sed de servo, cui libertas relicta est sub conditione fructuario ejusdem servi hærede instituto: verum utriusque facti eadem est ratio, idemque jus, *l. cum filius*, §. *dominis, de leg.* 2. Nempe ut hæres, qui pendente conditione servi vel fundi, adita hæreditate dominium acquisivit, postea existente conditione beneficio exceptionis doli mali consequi a legatario et obtinere non possit, ut ususfructus, qui in sua persona confusione extinctus est, restauretur, redintegretur, quia obstat voluntas defuncti, quem sub conditione fundo legato, aut proprietate fundi, verisimile est sensisse de plena proprietate transferenda in legatarium. Et hac sane in re ususfructus differt a servitutibus prædiorum urbanorum, vel rusticorum: nam, exempli gratia, si hærede instituto eo, cujus prædio prædium hæreditarium servit, prædium hæreditarium alii legetur, vel ejus prædii proprietas sub conditione, et aditione hæreditatis servitus confundatur, existente conditione legati, petenti legatario prædium obstat exceptio doli mali, nisi iterum patiatur confusam servitutem imponi. Et ratio hæc est, quia voluit quidem testator fundum, sive prædium plenum ad legatarium pervenire, qui confusioni faciendæ causam præbuit, conditione adscripta legato, sed non apparet, voluisse etiam eum, ut fundus liber et optimo jure perveniret ad legatarium, *l. servo legato*, §. *si fundus, de leg.* 1. Et ideo non aliter fundum legatario præstabit hæres, quam si iterum legatarius patiatur eidem fundo pristinam servitutem imponi, ut *l.* 18. *de serv. l. si servus Titii.* 70. *l. legatum* 116. §. *ult. de leg.* 1.

Ad L. V.

Usumfructum, cum moriar, inutiliter stipulor. Idem est in legato. Quia et constitutus ususfructus morte intercidere solet.

Hæc l. hoc tantum vult; usumfructum inutiliter legari Titio, *cum morietur Titius*, quia in id tempus confertur legatum quo finitur. Perperam confertur in mortem, quod morte finitur. Ususfructus, qui constitutus morte intercideret, et a morte igitur constitui, aut initium capere non potest, quod et Modestinus ostendit in *l. Titio cum morietur, de usufr.* Itemque Papinianus in *l. hæres meus*, §. *quamvis, de cond. et demonstr.* Eademque ratione dicitur, me inutiliter stipulari usumfructum, *cum moriar.* Idem esse juris in legato et in stipulatione. Et hoc quidem præcipue notari arbitror hoc loco, atque etiam in *d. l. Titio*, ad differentiam servitutis prædialis, quæ recte mihi legatur: veluti iter per fundum vicini, a vicino recte mihi legatur, *cum moriar*; nam et constituta servitus prædii morte intercidere non solet. Et hoc discrimen inter usumfructum et servitutem prædialem satis suggerit inscriptio *d. l. Titio*, quæ est ex lib. 9. Modest. differentiarum, quo hanc differentiam docuit inter usumfructum et servitutes prædiales, quod ususfructus inutiliter legatur, *cum morietur legatarius*, servitus non item. Non est etiam omittendum quod ait *d. l. hæres meus*, §. *quamvis*, tametsi ususfructus, *cum morietur legatarius*, inutiliter legetur, non tamen inutiliter legari sub conditione non faciendi: velut: Lego tibi usumfructum, si servum tuum nunquam manumiseris: nam etsi ea conditio non possit expleri, nisi mortuo legatario demum, atque adeo videatur tacite hoc legatum conferri in tempus mortis legatarii, tamen valet præstita cautione Mutiana: hac cautione præstita, *qua caveat se non manumissurum*, statim legatarius adipisci legatum potest: remedio cautionis fit utile legatum, quod alioqui esset inutile.

Ad L. VI.

Si ususfructus mihi in biennium continuum a morte testatoris legatus sit, et per hæredem steterit, quo minus eum mihi daret: præterito biennio, nihilominus tenetur. Quemadmodum teneretur, si res legata in rerum natura esse desisset, quam quis deberet, moratusque esset in ea danda. Ut peti quidem jam ususfructus, qui legatus sit, non possit: quia alius futurus sit, quam qui legatus fuerit. Sed æstimatio ejus bima duntaxat facienda sit.

Ususfructus potest legari ad tempus certum ipso jure, cum tamen servitus prædii non possit ipso jure legari ad tempus certum, *l.* 4. *de serv.* Quoniam ubi semel hæsit prædio, evelli ab eo non potest. Ususfructus ad certum tempus recte legatur, veluti *usque ad biennium* continuum a morte testatoris. Et ita ususfructus constitutus biennio finietur. Paul. 3. *Sent.* ait, tempore finiri usumfructum, quotiens ad certum tempus ususfructus legatur, veluti, inquit, biennio, aut triennio. At si, ut in *h. l.* ostendit, per hæredis moram et calliditatem

factum sit, ut intra biennium non cederetur, et constitueretur legatario ususfructus, post biennium integra est actio ex testamento legatario in id quod interest, adversus hæredem, qua consequatur ususfructus æstimationem bimam. Nam et si quæ alia res legata perempta esset (sicut et hic ususfruct. peremptus est tempore biennii) post hæredis moram hæres legatario tenetur actione ex testamento, *l. si ex legati causa : de verbor. obligat.* Res quidem ipsa jam peti non posset, quæ in rerum natura esse desiit, nec dari potest, sed peti potest æstimatio ejus rei, quæ periit post moram hæredis, in petitionem venit, *l. eum qui*, §. 1. *de jurejur. l. cum res*, §. *ult. de leg.* 1. Et ita etiam ususfructus ipse peti jam post biennium non potest, quoniam non illud tempus usuifructui præstitutum fuit: si ususfructus peteretur post biennium, alius peteretur, quam qui legatus est: non petitur ergo post biennium, quia peremptus est, sed petitur ejus æstimatio bima, *l. qui usumfru.* §. *ult. et l. seq. et l. quod si hæres*, *de usufr.* Videtur autem ex *h. l.* quæ est Pomponii ex *l.* 15. ad Sabin. conjuncta cum *d. l. si ex legati causa*, quæ est etiam Pomponii, ex lib. 9. ad Sabin. emendanda esse inscriptio illius *l. si ex legati causa*, ut sit ex lib. 15. ut hæc, non ex lib. 9. Nam quod omnes scire velim, in ff. servatur ordo librorum cujusque Juriscons. Exempli gratia ex lib. Pompon. ad Sabin. dantur primum leges ex lib. 1. deinde 2. 3. 4. et sic consequenter, non præpostere ex 10. forte primum, deinde ex 9. At in tit. de verb. obligat. quæ antecedunt Pomponii leges, sunt ex 15. ad Sab. non potest igitur *l. si ex legati causa*, esse ex 9. sed potius ex 15. Sicuti hæc, quæ eandem rem tractat, et ita convenienter in eod. tit. quæ sequuntur leges post *l. si ex legati causa*, sunt ex 20. Et notandum valde hac in re legata comparari bonæ fidei contractibus, ut in *l. 3. C. in quib. caus. in integ. restit. non est necess.* Nam ut in bonæ fidei contractibus ex mora veniunt fructus et omne id quod interest actoris, ita et in legato et fideicommisso ex mora hæredis veniunt fructus sive æstimatio, et omne id quod interest, ut *l. is qui fideicomm. de leg.* 3. Et usuræ pecuniæ legatæ, et rei pecuniæve legatæ periculum pertinet ad hæredem, non ad legatarium.

Ad L. VII.

Operæ testamento relictæ, quando cedere debeant? utrum ex quo petit eas legatarius, an ex quo adita hæreditas est? Et cui pereant dies, quibus æger servus fuit? Et puto, ex die petitionis eas cedere. Quare si post petitas æger esse servus cœperit, legatario peribunt.

Hæc l. est de operis servorum, et est lex satis difficilis explicatu. Ait, *operas servi legatas cedere debere, non ex die aditæ hæreditatis, sed ex die petitionis. Cedere* est ambiguum verbum. Quæso, quid hoc loco significat? an cedere operas est incipere deberi operas? Minime: nam et antequam petantur, incipiunt deberi a morte testatoris, alioquin post testatorem, mortuo legatario ante petitionem, earum petitio non transiret in hæredem, quod est falsum, *l. 2. sup. hoc tit.* An vero *cedere operas*, est jam a morte testatoris debitas solvi, edi, præstari debere? Non omne, quod debetur, et statim solvi debet, imo nec statim peti potest, *l. 9. ut leg. nom. cav. l. 8.* §. *ult. rem rat. hab. l. quotiens, de oper. libert. l. interdum, de verbor. obligat.* Et hæc quidem profecto mens est Ulpiani hoc loco, ut dicat, operas servi non esse præstandas a die aditæ hæreditatis, sicut de usufructu servi proditum est, et cujuscunque rei usumfructum esse præstandum a die aditæ hæreditatis, *l. 2. quan. dies leg. ced. l. 1.* §. *dies, ususfr. leg. ced.* Qua in re etiam distat ususfructus ab operis, quod addi velim differentiis expositis in *l. 2.* inter usumfr. et operas. Operas igitur servi legatas non esse præstandas vel edendas ab adita hæreditate, ut usumfr. servi, sed edendas eas esse ex die petitionis, sive legatarius eas petat, sive hæres ejus edendas esse ex die, quo inducuntur, imperantur, petuntur; quia nec ante in rerum natura esse intelliguntur, *l. 1. de oper. serv.* Propterea quod edendæ sunt ex usu et commodo legatarii, cum scilicet commodum legatario est, et expedit, ut et de operis dicitur quas officii causa liberti patronis debent, *l. quoties*, *l. cum patron. de op. lib.* de quibus etiam operis libertorum, cum eod. lib. unde sumpta est hæc lex, tractaret Ulpianus, ut constat ex *l. si non sortem*, §. *libertus*, *de condict. ind.* mihi fit verisimile, Ulpianum operas libertorum contulisse cum operis servi legatis, quod ambæ hac in re pari jure et conditione essent. Et sane, quod his, quæ superius dicta sunt, consentaneum, et consequens est, sicut cum ægrotat libertus, operæ, quæ jam cedere cœperunt patrono pereunt, ut nominatim ait *l. interdum*, *de oper. liber.* ita omnino, dum ægrotat servus, cujus operæ legatæ, et jam petitæ sunt, atque adeo jam cedere cœperunt, operæ legatario pereunt, ut ait hoc loco Ulpianus, nec amplius in petitionem deduci possunt, petitas scilicet servi operas, et interruptas servi morbo; persequi non licet depulso morbo, sed aliæ in futurum iud cendæ et petendæ sunt, quasi illarum obligatione perempta, *l. 15. de oper. lib.* Et ita est accipiendum quod ait: *Post petitas operas, ægrotantis servi operas*

legatario perire, non ut DD. nostri interpretantur, quasi debeat interim ægrotus servus legatarii sumptibus sustentari, cujus interim nullæ sunt operæ: nam si, ut infra dicam verum sit, ægrotum servum debere sustentari sumptu legatarii, tamen id ea verba *operas legatario perire*, non significant, sed hoc tantum, petitionem earum operarum extingui, nec de eis judicium institui posse. Quod sic ostendo: ægroti liberti operæ patrono perire dicuntur, *d. l. interdum*: an ex eo inferes recte, impendia valetudinis liberti interim respicere ad patronum? Non utique recte: nam et interim non respiciunt ad patronum, cum etsi patrono operetur libertus, non patroni sumptibus, sed suis, suo victu vestituque educandus et sustinendus sit, nisi inopia laboret, *l. suo victu, et seq. de oper.* Quod tamen fateor, et jam ante dixi, non esse trahendum ad eum, cui legatæ sunt operæ servi, sed exemplo fructuarii potius impendia alimentorum, et valetudinis legatarium agnoscere debere, *l. sicut impendia, de usufr. Sicut stipendia cibariorum*, inquit, *in servum, cujus ususfructus ad aliquem pertinet, ita et impendia valetudinis*, quæ semper sunt majora, *ad eum respicere natura*, id est, naturali ratione, *manifestum est.* Fructuarius agnoscit impendia alimentorum et valetudinis; et multo magis is, cui operæ legatæ sunt, quia ut dicimus ex *l. 2. sup.* plus aliquanto est in operis servi, quam in usufructu. Et eodem exemplo dicam, qua de re hic Doctores tractant, si mercenarii famuli operas conduxero ad certum tempus, non tantum impendia cibariorum, sed etiam impendia valetudinis ad me pertinere, si in morbum inciderit, nisi malim ejus quoque temporis, quo fuerit in morbo, ei mercedem exolvere. Debeo itaque aut mercedem exolvere, perinde atque si mihi eo tempore servisset, aut pensare eam cum impendiis valetudinis; pensatio pro solutione est, *l. 4. sup. qui pot. in pignor.* Et hæc est opinio Accursii in *l. arboribus*, §. *de illo*, *de usufr.* multo sanior et humanior quam Doctorum, qui omnes concordibus suffragiis opinionem Accursii damnant, existimantes, quod durum est, ejus temporis, quo famulus mercenarius in morbo fuit, mercedem ei non deberi. Moventur Doctores argumento operarum, quas liber homo locavit, quarum merces non debetur, nisi quatenus præstitit operas, nisi per ipsum conductorem steterit, quo minus eas præstaret, ut *l. qui operas, loc.* Ceterum si conductoris nulla culpa, nulla mora fuerit, sed per causam valetudinis vel quem alium casum fortuitum evenerit, ut operæ non præstarentur locatori, merces nulla debetur, aut si quæ prorogata sit, si quæ data sit in antecessum, sane pro mutuo repetitur, *l. ex conducto*, §. *item cum quidam*, *l. sed addo*, §. *si quis cum in annum*, *loc.* Verum nihil eo argumento moveri debuerunt: nam longe alia est ratio famuli mercenarii, hic enim habetur loco servi, *l. 4. de usu et habitat.* conjuncta interpretatione Theophili in §. 1. *Instit. eod. tit. l. 1.* §. *Jam hac appellatione*, et §. *si filiusfamilias*, *de vi et vi arm.* Et servo, ut est in Panaretho Jesus Syrach, qui Ecclesiasticus dicitur, panis, disciplina, et operarum merces debet præstari, quas utique semper intelligitur præstitisse qui in eadem familia mansit, licet ægritudine præpeditus eas præstare non potuerit.

Ad L. VIII. et IX.

L. VIII. Si ususfructus municipibus legatus erit: quæritur, quousque in eo usufructu tuendi sint: nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla utilitas erit nudæ proprietatis, semper abscendente usufructu. Unde centum annos observandos esse constat: qui finis vitæ longissimus esset.

L. IX. Si ab eo, cui legatus esset ususfructus fideicommissum fuerit relictum: licet ususfructus ad legatarium non pervenerit: hæres tamen, penes quem ususfructus remanet, fideicommissum præstat. Quod et in militis testamento erit dicendum, si legatarius, a quo fideicommissum relictum est, repudiaverit legatum, vel vivo testatore decesserit.

Si ususfructus civitati, vel civibus (nihil refert *l. 2. de reb. dub.*) municipio, vel municipibus, vel Reipublicæ legetur, certum est, eum posse amitti non utendo per modum et tempus constitutum, *l. Mævius*, §. *ult. de leg. 2.* Sed et quasi morte civitatis finiri potest, puta si hostile aratrum in eam civitatem inducatur, ut passa est Carthago, et Numantia, et Saguntum, quod est in *l. si usufruct. quib. mod. ususfr. amitt.* M. Tullius 3. de Republica apud D. Augustinum, civitatibus mortem ipsam pœnam esse, cum tolluntur, delentur, extinguuntur. Potest etiam fieri, ut si municipio ususfructus sit legatus, is finiatur capitis diminutione municipii, puta si municipio civitas adimatur, quod tamen non fit facile, ut ait *l. an ususfruct. de usufr.* quia vix potest municipiis civitas adimi, ut M. Tull. docet in extremo orationis pro Cæcinna. At si civitas neque capite minuatur, neque quasi moriatur et intercidat, ne perpetuo ususfructus apud eam sit, atque ita nuda proprietas proprietario sit prorsus inutilis, nunquam usufructu confuso proprietati, nunquam usufructu recurrente ad proprietatem, placuit etiam prudentibus usumfructum civitati relictum finiri spatio 100. annorum, quod est civile seculum Romanorum, finiri seculo, finiri spatio 100. annorum, ut Gajus in *h. l.* 1. scribit, et in *d. l. an ususfruct.* quia is, inquit,

finis vitæ longævi hominis est, et tribuitur quasi vita civitati, quæ tribuitur longævo homini: Hic ut plurimum est terminus vitæ humanæ, ut ait *l. ult. C. de sacrosanct. Eccles.* Fuerunt tamen nonnulli, qui vixerunt annis vicenis, atque centenis. Qua de causa, ut Trebellius Pollio scribit in Claudio, Mathematici quidam centum et viginti annos homini ad vivendum datos judicant, quamvis non omnes eam ætatem attingant: quot enim abrumpunt stulti sibi filium ætatis suæ? *Neque amplius*, inquit, *cuiquam jactitant esse concessum, quam centum et viginti annos, etiam illud habentes Moysen solum centum et viginti annos vixisse*, sic legendum illo loco: *centum et viginti annos, non centum et viginti quinque*, ut et *Deut. cap.* 31. *et cap. ult.* relatum est: *qui quidem Moyses*, inquit Pollio, *cum quereretur, quod juvenis interiret, responsum ei ab incerto ferunt numine, neminem plus esse victurum.* Cornelius Tacitus lib. *de orat.* 120. annos unius hominis ætatem esse. Hic vero quæritur, an ususf. etiam fisco relictus finiatur eodem temporis spatio? Et mihi videtur, non ut civitati, ita et fisco usumfr. posse relinqui, mihi videtur usufructu fisco legato; actionem fisco denegandam esse, et longe aliam esse differentiam inter civitatem et fiscum. Civitas loco privati hominis habetur, *l. eum qui, de verbor. signif. l.* 26. §. *ult. ex quib. causs. major.* Fiscum si faceres fructuarium, faceres continuo et proprietarium: nam perpetuus fructuarius quid a pleno proprietario differt? Quia vix unquam reddit fiscus, quod in eum cessit semel, *l.* 2. *C. de requir. reis.* Qua de causa et in *l. seq.* ostenditur, si ususfructus privato homini legatus sit, legatario mortuo vivo testatore, quo genere legatum dicitur fieri in *causa caduci*, usumfructum hoc casu penes hæredem vel proprietarium, ut *l. si Titio fructus, de usufr.* remanere potius, quam confiscari. Nam si confiscaretur, inutilis redderetur proprietas, fisco perpetuo retinente usumfructum: et remanere quidem apud hæredem, vel propietaruim cum onere fideicommissi, si ab eo, cui legatur ususfructus fuerat, fideicommissum relictum fuerit. Idemque est, si legatarius legatum usumfr. repudiaverit. Nam et hoc casu remanet legatum apud hæredem vel proprietarium cum onere fideicommissi, quod jam exposui latius in *l.* 19. *in princip. sup. tit. prox.* Verum ad *l.* 8. quod quærit glossa, an legatum annum civitati relictum æque finiatur spatio centum annorum, æque ac ususfructus? Id etiam definivi titulo superiore, maxime in *l. pen.* et dixi, annuum legatum civitati vel Ecclesiæ relictum, esse sempiternum, nec ullo tempore finiri, secundum Rogerii sententiam, quia cum relinquitur annuum legatum civitati, plena proprietas relinquitur in perpetuum, nec ea re læditur quisquam: si ea pensitatio judicetur esse perpetua, usumfr. si æque diceremus esse sempiternum, magnopere proprietarius læderetur. Est igitur magna differentia inter usumfructum et annuum legatum, et minor tamen a Rogerii sententia dissensisse Hugolinum et Bartolum.

Ad L. X.

Si Titio fundus, et ejusdem fundi ususfructus legatus fuerit: erit in potestate ejus fundum, an usumfructum vindicare malit, et si fundum elegerit, necessario plenam proprietatem habebit, licet usumfructum a se repulerit. Si vero usumfructum habere maluerit, et proprietatem fundi repulerit, solum usumfructum habebit.

Sciendum est, fundi nomine significari plenam proprietatem fundi, ac proinde non videri fundum dari ab eo, qui excipit usumfructum, *l.* 19. *inf. h. t. l.* 56. §. *pen. et l.* 58. *de verb. obl. l. Mævius*, §. *fundo, l. cum filius*, §. *dominus, de leg.* 2. quod non de fundo tantum dico, sed et de qualibet alia re: nam et cum dominum dicimus, aut servum, aut jumentum, aut vestem, aut lancem, aut general. vocabulo, cum rem dicimus, plenam rei proprietatem dicimus, non deducto usufructu, nisi specialiter addamus, deducto vel detracto usufructu. Plenæ autem proprietatis duæ sunt quasi partes, ususfructus et proprietas, *l.* 126. §. 1. *de verbor. obligat. l. si cum argentum mihi testamento*, §. *pen. de except. rei jud.* Et hic vero ususfructus non est servitus, ut is, de quo agitur in hoc tit. et in *tit.* generali *de usufr.* qui seperatus est a proprietate, et a Doctoribus appellatur ususfructus *formalis*: sed ut dixi, pars est proprietatis. Ususfructus est, qui proprietatem comitatur. DD. discretionis causa vocant usumfructum *causalem.* His cognitis finge: Testator ita legavit: *Titio fundum Sejanum, et ejusdem fundi usumfructum do, lego.* Ex hoc genere legati Titius non potest et fundum, id est, plenam proprietatem, et usumfructum, id est, servitutem ususfructus vindicare, quia nemini suus fundus servire potest, *l. uti frui, si ususfruct. pet. l. ususfruct. solut. matrim.* Frustra etiam vel potius ridicule vindicaverit usumfructum quasi partem fundi, quia jam plenum fundum habet jure legati. Quid ergo? an erit inutilis illa adjectio, *et ejusdem fundi usumfructum?* Danda est opera, ne sit inutilis, quia et testatores, qui sui compotes sunt, nihil inutiliter scripsisse aut nuncupasse præsumuntur: ne igitur inutilis et inanis sit adiectio legati ususfructus, quam testator sanæ mentis fecit, quamvis conjunctivo modo legaverit *fundum et ejusdem fundi usumfructum*, melius erit sic rem accipere, ac si disjunctivo modo legasset

fundum, vel ejusdem fundi usumfructum, ut et alias sæpe in testamentis, et in stipulationibus oratio conjuncta pro disjuncta accipitur, vel contra, rerum expediendarum causa, voluntatis defunctorum utcunque expediendæ causa, *l.* 29. *et* 53. *de verb. significat. l. pen. C. eod. tit.* Quid si disjunctivo modo ita legasset testator: *Titio fundum aut ejusdem fundi usumfructum?* in arbitrio esset Titii, vel usumfructum solum, id est, servitutem vindicare, *l. plane* 34. §. *pen. de leg.* 1. *l.* 25. *de leg.* 2. vel vindicare fundum, id est, plenam proprietatem. Ergo et idem arbitrium, eademque potestas et electio erit legatarii, quod et hoc loco Julianus docet, et conjunctim fundum et usumfructum legavit: nec enim utrumque vindicabit legatarius, quod nec potest, sed vel fundum vel usumfructum tantum. Et fundo quidem electo, usufructu repudiato, *necessario*, ut ait, *plenam proprietatem habebit*, qui fundi legatum in partes scindi non potest. Ex diverso, usufructu electo et proprietate repudiata, solum usumfructum, id est, servitutem ususfructus legatarius habebit. Ac præterea sicut conjunctim legato fundo et usufructu ejusdem fundi, plusquam manifestum est, duo esse legata; ita disjunctim legato fundo aut usufr. ejus, quamvis alias unum tantum sit legatum, quod disjunctim relinquitur, *l.* 27. *de leg.* 2. *l.* 8. *et ultim. de leg.* 1. hoc tamen casu, qui est in manibus, duo intelliguntur esse legata, ut ait *d. lex plane*, §. *pen.* quia nihil refert disjunctim an conjunctim legavit. Nec aliter vero voluntas defuncti, qui vel usumfructum, quamvis sit pars fundi, eligi et a proprietate separari voluit, id est, qui fundi legatum scindi voluit, si hoc mallet legatarius, non aliter, inquam, hæc defuncti voluntas ad effectum perduci potest, quam si statuamus duo eum legata fecisse: nam si unum legatum esse diceremus, non posset legatarius usumfructum retinere, et proprietatem repudiare, quia videretur legatum fundi scindere in partes, quod fieri non potest, *l. legatarius, in principio, de legat.* 1. *l.* 4. *et l.* 6. *et l. cum filius*, §. *variis*, *de leg.* 2. Sicut, ut res fiat manifestior, fundo tantum legato, non potest legatarius usumfructum vindicare, qui pars est fundi, et proprietatem repudiare, *l.* 25. *de leg.* 2. hoc enim esset scindere legatum, et honorem sibi ultro a testatore delatum fastidire superbe et inconstanter: nec dubium est, quin inveniantur quandocunque fastidiosi legatarii, qui magnum honorem respuant parvo contenti. Eademque ratione fundo legato aut pecunia, quia unum legatum est in alterutra causa, non potest legatarius vel usumfructum fundi, duntaxat vindicare, vel partem fundi, et partem pecuniæ, *l.* 8. §. *pen. de leg.* 1. sed unico contentus esse debet, eoque indiviso vel pecunia scilicet, vel fundo. Neque enim eligendo pecuniam, scindit legatum fundi. At si usumfructum eligat is, cui *fundus vel ususfructus* legatus est, scindere videtur fundum, nisi statuamus, duo esse legata, unum fundi, alterum ususfructus, quod et necesse est ut constituamus, ne non exitum habeat voluntas defuncti, quia sc licet duobus legatis relictis, procuIdubio unum legatarius velle, alterum nolle potest, *l.* 5. *de leg.* 2. quia nec electio unius est deintegratio aut decisio alterius.

Ad L. XI.

Habitationis legatum in singulos annos, ab initio anni deberi constat.

Hæc lex ait: Habitationis legatum in singulos annos ab initio anni deberi. Si igitur habitatio legata sit in singulos annos, dies ejus legati cedit initio cujusque anni, et ab eo die quoquo anno deberi incipit cujusque anni legatum quia plura sunt legata, nempe quotannis vixerit legatarius, tot intelliguntur esse legata, et consequenter ab initio cujusque anni legatum peti, et in hæredem transmitti potest: quod et in omnibus legatis annuis locum habet, *l. nec semel*, *inf. quando dies leg. l.* 1. *C. eod. tit.* At si non in annos singulos habitatio relicta sit, sicut proponitur in hac lege, sed in habitationem relicta sit certa pecunia annua, vel quotannis, non ab initio cujusque anni ea pecunia debetur, sed ab eo tantum die, quo habitationis pensio locatori præstanda est. Et ita est prodita nominatim in *d. l. nec semel*, §. *si in habitatione*, hoc adjecto hic facere conjecturam voluntatis testatoris. Et male igitur glossa notat hoc loco, idem esse non tantum si habitationem legaverit in annos singulos; ut scilicet initio cujusque anni incipiat deberi, sed etiamsi pro habitatione certa quantitas in singulos annos legata fuerit. Quod est manifesto contra *d.* §. *si in habitatione*, et merito etiam hanc glossam Dynus reprehendit: immerito sequitur Bartolus. Cujus etiam hoc est falsissimum, quod ait, pro habitatione certa pecunia legata quotannis, hujus legati diem cedere ab initio cujusque anni. Nam et hoc quoque est manifesto contra *d.* §. *si in habitatione*, quem esse intelligendum de cessione diei, ut scilicet ejus legati dies cedat, non ab initio cujusque anni, sed ab eo die, quo locatori debetur pensio habitationis, satis ipse titulus demonstrat, *quando dies legat. ced.* Non est etiam verum, quod idem Bartolus ait hoc loco, legatum habitationis in annos singulos relictæ, non transmitti ad hæredem ab initio cujusque anni; nempe mortuo legatario paulo post ingressum anni: nam hoc est manifesto contra verba hujus legis, quæ

ab initio cujusque anni, si legatarius scilicet vivat, legatum deberi ait: si deberi, et transmitti igitur: neque enim alia est natura habitationis legatæ in annos singulos, quam ceterorum legatorum, quæ relinquuntur in annos singulos, quæ certum est ad hæredem transmitti integra, pro rata ejus anni, quo vita decessit legatarius, *l. 5. et l. 8. sup. tit. prox.* Et longe alia est ratio ususfructus legati, quia ejus anni, quo vita decessit fructuarius, fructus ad hæredem ejus non pertinent, nisi jam vivus legatarius eos collegit et percepit, *d. l. 8.* Habitationem fateor finiri morte legatarii, perinde atque usumfructum. At sicut ejus anni, quo mortuus est fructuarius, fructus, licet maturi fuerint, non pertinent ad hæredem, ita habitationis relictæ in annos singulos commodum pro rata ejus anni, quo vita decessit legatarius ad hæredem non pertinere, pernego.

Ad L. XII.

Hæres in fundo, cujus ususfructus legatus est, villam posuit. Eam invito fructuario demolire non potest: nihilo magis quam, si quam arborem posuisset, ex fundo is evellere vellet. Sed si, antequam usufructuarius prohibuerit, demolierit, impune facturum.

Species est elegantissima: hæres in fundo, cujus ususfructus alii legatus erat, villam ædificavit, quæritur an postea pœnitentia actus, eam invito fructuario diruere possit? Videtur posse, quia ea villa non fuit in fundo tempore testamenti, vel mortis testatoris, neque tempore aditæ hæreditatis, et tamen negat eam ab hærede, invito fructuario, demoliri posse, ducto argumento ab arbore elegantissime. Si hæres posuerit arborem in fundo fructuario, an postea invito fructuario eam ex fundo evellere potest? Quis hoc feret? Non est indulgendum malitiis hominum, qui, si quid fiat ex illorum sententia, nihil laturi sunt, nisi ut officiant alii, et sibi, *l. in fundo, de rei vindic.* et Leonis *Nov.* 102. Invitus autem fructuarius dicitur, qui contradicit villam diruere volenti hæredi, qui vetat villam demoliri: nam antequam vetuerit fructuarius, hæres eam impune demoliri potest, vel arborem, quam posuit, extirpare, modo id fiat sine læsione fructuarii, sive ususfructus. Id enim semper quisquam vel tacite prohibere videtur, ne fiat, quod si fiat ei nociturum est. Ad hæc notat Glossa inepte in fine hujus legis, non omne admissum illicitum puniri: neque enim facit hæres illicite, qui villam, quam posuit, diruit, ignorante, aut non prohibente fructuario: sicut illicite non facit, qui aucupatur aut venatur in alieno agro, et tacente et non prohibente domino, *l. Divus, de servit. rusticor. prædior. §. feræ, Instit. de rerum divis.*

Ad L. XIII.

Cum ususfructus alternis annis legatur, non unum, sed plura legata sunt: aliud est in servitute aquæ, et viæ. Viæ enim servitus una est, quia natura sui habet intermissionem.

Jam habuimus sat multas differentias in *l. 4. l. 5. et l. 6. sup.* inter usumfructum et servitutem prædialem. In hac lege ponitur alia, quæ ut facilius intelligatur, cum hac lege est conjungenda *lex 28 quibus mod. us. am. et lex 7. quemadmod. serv. amittant.* quæ etiam sunt ex eodem libro Pauli, et quasi communi vinculo inter se connexæ sunt. Si ususfructus legetur alternis annis, plura sunt legata, sicut si legetur singulis annis, aut quotannis. At si aqua aut via, aut alia servitus prædialis legetur alternis annis, unum est legatum, una servitus aquæ, aut viæ, aut itineris. Cur tam varie? Quia, inquit, Paulus, *natura sui habet intermissionem semper.* Utitur Paulus obscuris rationibus, quia brevis nimium, et mutilius fere est. Ratio differentiæ hæc est, quam tradit Paulus, inter usumfructum et servitutem prædialem, quia servitus prædialis, inquit, natura sui habet intermissionem. *Natura*, inquam, *sui*, non facto nostro subaudiendum est. Ususfructus autem facto nostro habet intermissionem, non natura sui: nam usus cujusquam rei semper patet cuique habenti usum vel usumfructum. Quod autem facto nostro intermittitur, intervallatur, ex uno multiplex efficitur. Quod autem sui natura intervallatum est, unum idemque perpetuo manet: quia quantumvis convenerit, ut alternis annis vel mensibus vel diebus aqua aut via quis utatur, ut *l. 5. de servitut. et d. l. 7. quemadmod. servit. amit.* Et citra hanc conventionem, natura quoque viæ aut aquæ hæc est, ut nemo ea semper uti possit, et nihilominus tamen perpetuam causam, aquam, aut viam habere intelligitur, *l. foramen, de servit. urbanor. prædior.* quia causa intermissionis naturalis est. Causæ autem naturales certæ, quotidianæ, perpetuæ esse intelliguntur, etiamsi assidue non existant; ut Solis et Lunæ defectiones perpetuæ esse intelliguntur, licet non fiant assidue. Ex hac differentia sequitur alia: alternis annis relictum usumfructum non amitti non utendo, quia plura sunt legata, atque adeo si anno vel altero legatarius usus non sit, non prohibetur uti anno tertio, quia alius est anni tertii ususfructus, quam fuerit ususfructus præteritorum annorum, quo usus non est. Denique fieri non potest ut ususfructus alternis annis relictus non utendo amittatur, *d. l. 28. quibus modis*

ususfr. amitt. At si alternis annis, via, vel aqua legata fuerit, duplicato const tuto tempore amittitur non utendo, *d. l. 7. quemad. serv. amittant.* Constitutum tempus hoc jure, quod semper obtinuit ante Justinianum est biennium: via vel quæ alia servitus similis atque etiam servitus personalis, biennio non utendo amittitur: ergo hoc casu quadriennio amittetur, hoc est, duplicato constituto tempore, quia una eademque servitus est, non plures, sicut una fuit cessio servitutis, non plures. Nam si fuissent plures cessiones, et plures quoque servitutes essent, ut in *l. si prius*, quæ frustra objicitur, *de aqua, et aqua plu. arcend.*

Ad L. XIV.

Duos separatim uti frui sinere damnatus hæres, communiter uti frui passus est. Quærebatur, an utrique ex testamento teneretur. Dixi teneri, si testator utrumque solidum habere voluit: nam ipsius onus est, ut solidum singulis legatum præstaret. Qua parte igitur alterum uti frui sineret hæres, ea parte eum non sinere alterum uti frui. Ideoque per æstimationem: unicuique quod deest, replere debet.

Proponitur hoc loco ex Celsi libro decimo octavo Digestorum, quod observare operæ pretium est; testatorem duobus separatim, disjunctim, ejusdem fundi usumfructum legasse *sinendi modo*, nempe his verbis: *Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium uti frui fundo Tusculano*, et separatim (ut dixi) adjecit: *Hæres meus damnas esto sinere uti frui Cajum Sejum eodem fundo Tusculano*, Lucius Titius et Cajus Sejus disjuncti omnino et separati sunt, non verbis tantum, ut apparet, sed etiam re, quia hoc jure, quod semper ante Justinianum obtinuit, cum quid legatur duobus separatim per damnationem vel sinendi modo, ut supra, *damnas esto sinere*, si ambo concurrant singulis partes non debentur; proinde Lucius Titius et Cajus Sejus concursu partes ususfructus non faciunt. Et contra tamen, quod ex eodem libro Celsi relatum est in *l. 1. §. interdum, de usufruct. accresc.* si mihi et tibi separatim ejusdem fundi ususfructus legatus sit, concursu nos partes habere, id est, si concurramus ambo si ambo velimus adipisci legatum. Singulis igitur partes tantum ususfructus deberi, et non concurrente demum uno, puta repudiante uno, tunc alterum totum usumfructum habiturum jure accrescendi: id, inquam, quod ita refertur illo loco ex eodem lib. Celsi, non accipiendum est de eo genere legati, de quo agitur hoc loco, sed accipiendum est de legato ususfructus duobus relicto separatim per vindicationem hoc modo: *Lucio Titio usumfructum fundi Tusculani do, lego: Cajo Sejo ejusdem fundi usumfructum do, lego.* Nam si per damnationem, aut quod pene idem est, sinendi modo, ut supra propositum est, *damnas esto sinere* separatim ejusdem fundi ususfructus duobus relictus sit, concursu partes non habent: vel quod idem est, singulis partes non debentur, imo singulis solidum debetur, uni ususfructus totius fundi, alteri æstimatio ususfructus, et electio servatur ei, qui prior de legato agere occupaverit, ut scilicet petat vel usumfructum, vel æstimationem, et alter quod ille non petierit. Ideoque nec inter se jus accrescendi habent, quia neque re, neque verbis conjuncti sunt. Hoc Ulpianus docet *lib. sing. regul. tit. de legat.* et Paulus *libro tertio Sentent. eod. tit.* et Gajus in *Institut. eod. tit.* et Justinianus etiam ipse significat in *l. un. §. sin autem disjunctim, Cod. de cad. toll.* dum ait: *In uno tantummodo genere legatorum*, id est, in legatis per damnationem relictis, vel simili modo, puta damnas esto sinere, non ut glossa ibi notat, in legatis per vindicationem, nihil minus: in his igitur legatis hoc antiquitatem amisisse, ut duobus disjunctim eadem re legata, uni præstaretur res, alteri ejusdem rei æstimatio integra: verum hodie ex supradicta constitutione Justiniani, etiamsi duobus eadem res, sive corporalis sive incorporalis relicta sit disjunctim per damnationem, singulis non nisi partes debentur, nisi evidenter appareat (hæc additur exceptio in supradicta constitutione) singulis testatorem solidum præstare voluisse, quam exceptionem Tribonianus adtexuit, ut vel stylus prodit in *l. si pluribus, de legat. 1.* Itemque in *l. filiusfamilias, §. ult. de legat. 1.* illo loco: *Si tamen pluribus separatim est ita relictus, ut unusquisque in solidum capiat*: emplastrum est Triboniani, et in *l. 23. §. ult. de legat. 2.* Ubi etiam addit, *in solidum*, ex constitutione illa sui principis, et in *l. 20. de legat. 3.* Hæc verba: *non communicandi animo, sed utrumque in solidum*, supplevit etiam de suo ex illa constitutione: quæ lex 20. loquitur etiam de eadem re pluribus separatim per fideicommissum relicta, quoniam idem hac in re fuit jus fideicommissorum et legatorum per damnationem. In hac etiam *l. 14.* certissimum est, hæc verba Triboniani esse: *Si testator utrumque in solidum habere voluit*, non Celsi: nam etiamsi hoc se velle non expressisset testator hoc tamen jure duobus usufructu separatim legato per damnationem, ut hic proponitur his verbis: *Damnas esto sinere uti frui*, singulis solidum debebatur, uni ususfructus, alteri pretium. Ideoque, ut ait, non liberabatur hæres, si patiebatur ambos communiter uti frui: imo quia communiter uti frui sinendo plenum legatum singulis non præstabat, singulis tenebatur actione ex testamento: ubi plena sive integra res,

quæ legata est, legatario non præstatur, integra est legatario actio ex testamento perinde ac si nihil præstitum esset, *l. hujusmodi* 84. §. *ædes*, *l. legatum*, *in fin. de leg.* 1. *l. debitor*, *ad Trebellian. l. etiam*, *de solution.* tenebatur, inquam, qui communiter patiebatur legatarios uti frui fundo actione ex testamento, uni præstare usumfructum totius fundi, alteri æstimationem. Onus, inquit, ipsius hæredis est, ut solidum singulis legatum præstet, non potest singulis solidum usumfructum præstare, qua enim parte unus utitur, eadem alter non utitur. Nihil igitur agit hæres, qui ambos communiter sinit uti frui, sed solidum usumfructum uni præstare debet, et alteri solidam ususfructus æstimationem, aut si una parte fundi unum uti sinat, et altera parte alterum, quod unicuique deest (deest enim unicuique cum solido fundo non utatur) id per æstimationem replere debet; *pecunia*, ut Aristoteles ait, *ex æquat et ad æqualitatem redigit omnia.* Et præterea ex hoc loco notandum est, fundum esse ex numero earum rerum, quibus duo vel plures singuli in solidum uti non possunt, ut equo, vehiculo, duo in solidum uti non possunt, nec fundo similiter, *l.* 5. §. *ult. commod.* Aliæ enim sunt res quibus duo pluresve uti in solidum possunt, ut Campo Martio, vel porticu publica, aut balneo publico: namque his rebus non ideo minus utor, quod et iisdem alius utatur, *d.* §. *ult.*

Ad L. XV.

Damnas esto hæres, Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet: *Unum videtur esse legatum.*

Initio legis proponitur, ut et in *l. ult. de servitut. urban. præd.* testatorem ita habitationem legasse: *Damnas esto hæres Titium sinere in illa domo habitare, quoad vivet.* Ad quam speciem legati hoc tantum adnotat Marcellus in hac *l.* Unum legatum esse videri, nihil amplius: quid hoc est: *Unum legatum esse videri?* id est, non videri habitationem legatam in annos singulos: si videretur esse legata in annos singulos, plura essent legata, non unum, *l.* 11. *sup. l.* 4. *sup. tit. prox.* Objicitur tamen adversus hanc *l.* 3. §. 1. *quib. mod. ususfruct. amitt.* ad quam facit etiam *l. si rem quæ*, §. *ult. de evict.* quæ lex dicit, usumfructum ita legatum, ut proponitur hic legata habitatio, *quoad vivet legatarius*, repetitum videri, quoties amissus erit ususfructus capitis diminutione, vel non utendo: hæc finitio vitæ, *quoad vivet*, quæ et satis tacite intelligebatur (nam certum est usumfr. finiri morte) quia disertim expressa est, vim habet repetitionis, ne frustra videatur expressisse testator, quod tacite inerat. Neque igitur in hac specie eadem vis est taciti et expressi: nam tacita illa conditio, *quoad vivet*, vim repetitionis non habet, expressa vim repetionis habet, quod si hoc genere repetitus ususfructus videtur, qui alicui relictus est *quoad vivet*, ergo plura sunt legata, non quod hoc modo videatur ususfructus relictus in annos singulos, ut Bart. et Dyn. ajunt, et Accursius in *l.* 17. *in pr. sup. tit. prox.* quod est manifesto falsum: nam ususfructus non repetitur singulis annis, sed toties duntaxat, quoties amissus fuerit, id est, quo anno amissus fuerit ususfructus, eodem iterum legari videtur. Cur ergo etiam habitatione relicta *quoad vivet legatarius*, non dicimus habitationis legatum repetitum videri, atque adeo multiplex esse legatum, non unum? Magna est differentia inter habitationem et usumfructum. In usufructu utilis est repetitio, quæ fit in casu amittendi ususfructus, capitis diminutione scilicet vel non utendo: nam in casum mortis fructuarii, inutiliter fieret repetitio, *l.* 5. *in princ. quib. mod. ususfr. amitt.* In usufructu, inquam, utilis est repetitio, quæ restituat peremptum usumfructum, capitis diminutione, et non utendo: in habitationem autem inepta et inutilis repetitio est, quia habitatio neque capitis diminutione amittitur, neque non utendo, morte amittitur, non capitis diminutione, non inusu, *l. si habitatio*, *de usu et habit. l. legatum*, *de cap. min.* Itaque nec si cui relinquatur habitatio, *quoad vivet*, repetita intelligitur, quæ et inepte repetita intelligeretur. Vehementius huic responso Marcelli obstare videtur *lex* 17. *in princ. sup. tit. prox.* quæ Titiæ, *donec nubat*, vel *quoad nubat*, nihil refert, legatis 50. etiamsi non sit adscriptum in annos singulos, ait, 50. deberi in annos singulos. Ergo plura esse legata, non unum. Non dicam quod DD. ibi agi de legato quantitatis, puta 50. hic de legato habitationis: nam et habitatio non minus, quam quantitas in annos singulos relinqui, atque ita dividi temporibus potest, *l.* 11. *sup. h. t.* Sed dicam conditionem injectam legato in *d. l.* 17. *donec nubat*: hoc suadere et significare: ut videatur testator pecuniam annuam puellæ legasse pro solatio viduitatis et solitudinis, ut et ibi dixi, donec virum nacta esset, in *l. ult. in fin. C. de ind. vid. toll.*

Ad §. 1. *Qui duos.*

§. 1. *Qui duos fundos habebat, unum legavit, et alterius fundi usumfructum alii legavit. Quæro, si fructuarius ad fundum aliunde viam non habeat, quam per illum fundum, qui legatus est, an fructuario servitus debeatur? Respondit, quemadmodum si in hæreditate esset fundus, per*

quem fructuario potest præstari via, secundum voluntatem defuncti, videtur id exigere ab hærede, ita et in hac specie non aliter concedendum esse legatario fundum vindicare, nisi prius jus transeundi usufructuario præstet, ut hæc forma in agris servetur, quæ vivo testatore obtinuerit: sive donec ususfructus permanet, sive dum ad suam proprietatem redierit.

Testator unum fundum Titio legavit, et alterius fundi usumfructum Cajo, ad quem Cajo non patet aditus, non patet aliunde via, quam per fundum, qui Titio legatus est. Quæritur, an per eum fundum via Cajo debeatur? Et certum est deberi, non quidem a Titio, cui ille fundus legatus est, sed ab hærede a quo ususfructus alterius fundi legatus est, quia sine via nullum est legatum ususfructus, *l. Gaurus, de servit. urbanor. præd. l.* 1. §. 1. *si usufr. petat.* Et ideo, sicut, si ille fundus mansisset in hæreditate, nec fuisset Titio legatus, per eum hæres Cajo viam præstare teneretur secundum consuetudinem testatoris, qui per illum fundum solebat transire in alium fundum: ita si fundus ille Titio legatus fuerit: id agere debet omnibus modis, prece vel pretio, ut significat *lex servum filii*, §. *ult. de legat.* 1. ne fundum Titius vindicet, priusquam Cajo fructuario alterius fundi via præstita fuerit: sive donec ususfructus permanet, si forte legatus sit ad certum tempus, sive donec amissus aut finitus alio modo ad proprietatem suam redierit, atque ita Titio præstabitur quidem plenus fundus, qui ei legatus est, sed cum onere præbendi transitus, aut præbendæ viæ Cajo fructuario alterius fundi. Et hoc quidem casu notandum valde, viam, quæ præstatur fructuario personæ servitutem esse, sicut ususfructus, qui ei legatus est, personæ servitus est, non prædii, id est, servitus debita personæ, non servitus debita prædio. Et simili modo igitur via, quæ propter usumfructum fructuario præstatur, servitus personæ est, non servitus prædii, quia et soli fructuario servitus prædii deberi non potest, *l.* 2. §. 1. *si serv. vind.* Via igitur, quæ in hac specie præstatur fructuario, aditus est potius, vel accessus, vel transitus, vel jus, sive usus transeundi, ut loquitur hoc loco, *et in l. pen. tit. seq.* quam via. Si usus, ergo servitus personæ non prædii, et ita sæpe aliis casibus iter aut via non prædii sed hominis est, ut *in d. l. penultim. et in l. ult. de serv. urb. præd.*

Ad L. XVI.

Legatum civitati relictum est, ut ex reditibus quotannis in ea civitate, memoriæ conservandæ defuncti gratia, spectaculum celebretur, quod illic celebrare non licet. Quæro, quid de legato existimes. Modestinus respondit: cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari non licet, iniquum esse, hanc quantitatem, quam in spectaculum defunctus destinaverit, lucro hæredum cedere. Igitur adhibitis hæredibus, et primoribus civitatis, dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris, alio et licito genere celebretur.

Prædia quædam testator civitati suæ reliquit, ut ex reditibus eorum quotannis in ea civitate *memoria sua* celebraretur, ut in *l. libertis* §. *ult. de aliment. leg.* ut, inquam, memoria ejus quotannis celebraretur edito certo genere Ludorum vel spectaculo, et in eam rem præscripta, præfinita certa summa, quæ ex reditibus prædiorum legatorum civitati conficeretur. Quæritur, quid fiet si illud spectaculi genus in ea civitate concelebrare non liceat? Quid si Senatusconsulto vetitum sit, ne quis tale spectaculum in ea civitate edat? an dicemus Rempublic. non perventuram ad legatum prædiorum, quasi defecta conditione, et prædia cessura lucro hæredis? Et respondet Modestinus in hac *l.* non ideo minus legatum Reipub. deberi, quod nec fuit sub conditione relictum proprie, sed sub modo, ut memoria celebraretur, ut in *l. liberto*, §. *Lucius Titius, sup. tit. prox* quem tamen modum idem Modestinus in fine fideicommissum appellavit, quia ex Constitutione Gordiani, cujus ætatem Modestinum attigisse constat ex *l.* 5. *C. ad exhibend.* ex Constitut. inquam Gordiani, id est, ex *l.* 2. *C. de iis, quæ sub mod.* modus fideicommissum facit, modus vim fideicommissi habet. Et hoc fideicommissum, cui debetur, *ut usque ad certam summam ex reditibus prædiorum memoria defuncti illo vel illo genere spectaculi celebretur*: Fideicommissum illud debetur hæredi, quia hæredis interest conservari memoriam defuncti, ut et pietatem et providentiam defuncti, ut *l. Titio centum in princ. de cond. et demonstr.* At non potest celebrari memoria defuncti ad eum modum, quem definivit defunctus ipse, quoniam illud genus spectaculi illicitum est, non potest impleri illud fideicommissum ex præscripto defuncti, quid fiet? Et ait, adhibitis hæredibus, et primoribus civitatis fideicommissum illud esse convertendum in alium usum licitum, et Reipub. necessariam, quo tamen memoria defuncti celebretur. Nihil enim refert, quo genere celebretur, modo celebretur, quoniam hic fuit præcipuus finis defuncti, ut sui memoria coleretur. Et quoniam vult primores civitatis de hoc fideicommisso convertendo in alium usum licitum, dispicere una cum hæredibus, inde colligunt DD. executores testamentorum, qui ple-

runque a testatore eliguntur, in exequendis testamentis, hæredes vocare et adhibere debere. Male ex hoc loco: hoc enim loco hæredes adhibentur, quia eorum interest, propterea quod fideicommissum eis relictum est: non ergo aliter quam si fideicommissum eis relictum sit, et suo munere igitur executores fundi possunt, etiam hærede non adhibito. Legatur quæso Epitome Philosophiæ moralis Philippi Melanchtonis, in qua perquam apte accommodat hanc leg. ad nostra tempora.

Ad L. XVII.

Quidam prædia Reipublicæ legavit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit, et adjecit: quæ legata peto, decuriones, et rogo, ne in aliam speciem, aut alios usus convertere velitis. *Respublica per quadriennium continuum ludos non edidit: quæro, an reditus, quos quadriennio respublica percepit, hæredibus restituere debeat, vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento. Respondit, et invitis hæredibus possessione apprehensa, perceptos fructus restituendos esse, et non erogatos secundum defuncti voluntatem, in alia, quæ deberentur, compensari.*

Testator prædia quædam Reipublicæ legavit sub hoc modo; *ut ex eorum reditu quotannis sub nomine suo, memoriæ suæ conservandæ gratia*, ut *l. prox. sup. decuriones ejus civitatis certos nec illicitos ludos ederent*, in eam rem præscripta certa summa, quam et hæredes rogavit, *ne in alios usus expenderent*, quod nec jure potuerunt citra auctoritatem principis, *l. 1. et l. 4. de adm. rer. ad civ. pert.* Adfectarunt semper homines nominis sui memoriam celebrari post mortem, nec interire una cum corpore. Hinc causa in testamentis paganis *legatariarum editionum*, ut Tertull. loquitur in *lib. de spectaculis. Privatorum*, inquit *memoriis legatariæ editiones parentant*, id est quæ testamentis per speciem legati indictæ sunt et injunctæ. Christiani quoque minime profecto in affectantium Martyrum memorias celebrare solebant, ut pagani suorum hominum ad sarcophagum sive sepulchrum, *l. libertis*, §. *ult. de aliment. leg.* ita Christiani ad locum, in quo martyrum conditæ erant reliquiæ, quia et ipse locus memoria appellatur. Inde D. Augustin. *lib. 22. de Civit. Dei cap. 8. et 10.* Martyribus, inquit, non fabricari templa, sicut diis, sed memorias, sicut hominibus mortuis: et in sacrificio, quod in memoria martyrum fit, id est, in conditorio martyrum, eos a sacerdote nominari, non invocari. Verum ad rem: qui prædia Reipublicæ, in eam causam, quam dixi, legavit, et alia quædam eidem Reipublicæ legata reliquit, quæ et ipsi Reipublicæ debentur. Respub. vero invitis hæredibus prædiorum legatorum possessionem apprehendit, et quadriennio fructus percepit, neque tamen ludos edidit, quos sibi edi defunctus jusserat. Et hac de re consultus Scævola respondit, quadrimos fructus prædiorum hæredibus esse restituendos, aut pensandos eos fructus esse cum aliis legatis, quæ eidem Reipubl. testator reliquit. Pensationem pro restitutione esse, ut *l. 4. sup. qui pot. in pign. hab. l. 16. de lib. caus.* Porro quod ait, invitis hæredibus prædiorum legatorum apprehensa possessione, fructus quadriennio perceptos hæredibus esse restituendos, ex eo non est colligendum generaliter, ne quis fallatur, et quotiescunque invitis hæredibus possessionem rei legatæ legatarius apprehendit, fructus hæredibus esse restituendos, quoniam non hoc ita generaliter percepit Scævola hoc loco, sed hoc modo respondit: *Et invitis hæredibus, etc.* Et hoc sensu, quia Reip. non in eo tantum peccavit, quod ludos non edidit, de quibus caveret testator, quod non obtemperavit voluntati testatoris, sed etiam, quod invitis hæredibus possessionem prædiorum apprehendit, quod est satis incivile, ideo multo magis fructus hæredibus esse restituendos. Ceterum contumacia sola, indevotio sola Reipub. non obtemperantis voluntati defuncti, sufficeret, id est, obligaret Remp. ad restitutionem quadrimorum fructuum: verum apprehensa possessio invitis hæredibus sola non sufficeret, id est, non obligaret legatarium ad restitutionem fructuum, sed si quid hæredis interesset, velut interveniente Falcidia, quæ per retentionem tantum servari potest hoc jure, non per vindicationem, obligaret legatarium ad restitutionem possessionis, ut per retentionem possessionis sibi servaret Falcidiam, vel non restituta possessione, ad præstatione ejus, quod interest, quod omne consequitur hæres interdicto quod legatorum, de quo exstat titulus. De restitutione fructuum nulla mentio exstat, nisi hoc loco, cum inciviliter apprehensæ possessioni conjuncta est contumacia legatarii.

Ad L. XVIII.

Qui plures habebat libertos, testamento suo dixit, se habitationem relinquere iis, quos codicillis designasset: cum nullos postea designaverit. Quæro, an omnes admitti debeant. Respondit, si patronus qui se designaturum personas libertorum pollicitus est, nullum postea designavit, legatum habitationis perfectum esse non videtur, non existente, cui datum intelligi possit.

Ex h. lege intelligimus habitatione legata libertis non omnibus quos habebat, sed libertis, quos codicillis designasset, nullis designatis, ac fortasse

nullis codicillis factis imperfectum, atque adeo nullum legatum esse: neque enim omnibus libertis esse præstandum, quod constat, non omnibus suis libertis patronum præstari voluisse, sed iis duntaxat, quos postea codicillis nominasset. Nullis ergo nominatis cœpit errare potius quam legare: ut et de testamento similiter dicitur in *l. si quis cum testamentum, sup. qui test. fac. poss.* Nullum igitur legatum est, quia nemo exsistit cui datum intelligi possit: lex apertissima. Verum adnotandum, aliam esse rationem *l. si quis Titio*, §. *ult. et l. unum ex familia* 67. § *rogo, de leg.* 2. *et l. Labeo*, §. *ult. de statulib.* quæ omnes idem concinunt: legavi decem millia uni ex libertis, quem hæres el geret: si neminem hæres elegerit, legatum omnibus libertis debetur ex Constit. Antonini: et merito, ne sit in potestate hæredis legatum infirmare. In hac specie culpa est hæredis: in specie proposita culpa testatoris. Aliam item esse rationem *l. cum pater* 77. §. *ult. de leg.* 2. Vicos quosdam civitati reliquit, quorum fines postea alia scriptura significaturum se pollicitus est, simul atque genus certaminis, quod in sui memoriam celebraretur quotannis; nec tamen id significavit: legatum est perfectum tamen atque utile, nimirum exsistit, civitas, cui legatum est, exsistunt vici, qui legati sunt. In specie proposita, cui legatum intelligatur, nullus exsistit. Et in summa, res ita se habet, de pollicitationibus testatorum hæc est certa definitio. Pollicitatio, quam testator de re, quam dari velit, designanda, vel de legatario designando, cui dari velit, fecit, nec implevit, nullum legatum facit. Pollicitatio autem quam fecit alia de re, si de re legata, et de legatario constat, nullum legatum non facit, sed illa pollicitatio pro supervacua habetur: nam et absque ea legatum consistit, *l. pen. C. de inst. et subst.* Supervacua autem legatis non nocent, *l. si servo, in fin. de adim. leg.*

Ad L. XIX.

Si alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego: vel Sejo ejusdem fundi usumfructum hæres dato. *Quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur: quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit.*

Sequitur gravior quæstio in hac *l.* Quod dixi in *l.* 10. *sup. fundi* nomine plenam proprietatem significari, plenumve dominium, hæc lex demonstrat luculenter. Si testator, dum vult Titio legare nudam proprietatem fundi et Gajo usumfructum ejusdem fundi, ita dixerit, *Titio fundum, Gajo ejusdem fundi usumfructum do lego*: errore labitur, id est, ignoratione sermonis. Nescit enim *fundi* appellatione non nudam, sed plenam proprietatem significari. Et sane si hoc animo fuit, ut Titio nudam tantum proprietatem daret, non debuit ita legare: *Titio fundum, Gajo usumfructum ex eo fundo*, sed debuit hoc modo legare: *Titio fundum detracto usufructu do, lego; Sejo ejusdem fundi usumfructum hæres dato.* Sic est legendum hoc loco, nempe circumscripta disjunctione, *vel*, quæ perperam irrepsit etiam in Florentinis, et recte a Noricis abest, et a plerisque, quæ manu exaratæ sunt. Suadet Modestinus in hac *l.* ut testator, qui eo animo est, ita loquatur: *Titio fundum detracto usufructu do, lego, Gajo ejusdem fundi usumfructum do, lego.* Quod si non ita legaverit, ut Modestinus suadet, sed ut proposuit initio: *Titio fundum, Gajo ejusdem fundi usumfructum*, etiamsi hæc mens testatoris non fuerit, ususfructus communicabitur inter Titium et Gajum, concurrent in usufructu Titius et Gajus, Titius habebit partem ususfructus quasi portionem fundi, Gajus alteram partem, quasi usumfructum, ut *l.* 6. *de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l.* 26. §. *ult. inf. h. t. quia*, inquit, *interdum plus valet scriptura, quam quod actum est*, vel, ut in Florentinis, *quam peractum sit*, id est, interdum plus valere scripturam, quam voluntatem testatoris. Itaque periclitabitur voluntas illa testatoris, qui unum tantum voluit habere nudam proprietatem, alterum usumfructum, nec voluit eos concurrere in usufructu: si ita legavit per errorem: *illi fundum, et illi usumfructum ejusdem fundi*: nam etsi potior quidem sit voluntas testatoris subtilitate juris, *d. l.* 26. vix tamen est potior scriptura certa et indubitata, quia et voluntatis, quæ contraria sit scripturæ certæ et perspicuæ, probatio difficillima est. Et inde *l. illa aut illa, de legat.* 3. *cum in verbis nulla est ambiguitas, non debere admitti quæstionem voluntatis*: cum verba manifesta sunt, conjecturam voluntatis non esse quærendam, et *l.* 16. *de cond. et demonst.* Ea quæ ex ipso testamento oriuntur, quæ ex ipsis verbis testamenti pendent debere secundum scripti juris rationem, secundum scriptum expediri, et mitti quæstionem voluntatis. Et hæc quidem in legatis omnino ita se habent, quæ ex rigore juris proficiscuntur, ut Ulpianus ait in *lib. sing. regul. de fideicom.* In fideicommissis, quæ ex sola voluntate relinquentis pendent, *l. pen. de leg.* 1. etiamsi verba aperta sint, nonnunquam admittitur quæstio voluntatis, *l. cum virum, C. de fideicom. l. quisquis, inf. de leg.* 3. In sententiis quoque judicum nonnunquam mens judicis specta-

tur potius, quam verborum subtilitas aut proprietas. Ideoque in judicio famil. ercisc. quod est de tollenda communione inter cohæredes, in quo hanc esse mentem judicis constat, ut communionem tollat, non inducat, si uni fundum, alii usumfructum ejusdem fundi, adjudicaverit, ususfructus non communicabitur, sed is, cui fundus adjudicatus est, ex sententia judicis, ex fine quem propositum habuit judex, nudam tantum proprietatem habebit, non fundum plenum, *l. et puto*, §. *Julianus*, *famil. ercisc.* In legatis a verbis temere non recedimus, sed jus strictum et scriptum sequimur, quoad fieri potest, nec audimus facile eos, qui pro voluntate contra manifestam scripturam dicunt, aut sane periculum est non parvum, ne ubi manifesta est scriptura, habeatur ratio voluntatis, quæ contraria fuisse dicitur. Et observa quod ait *d.* §. *Julianus*, in ea specie non communicari usumfructum, cum arbiter fam. erciscundæ *uni fundum*, *alteri usumfructum adjudicavit*, id non alio respicere, quam ad legata, ex quibus usumfructum communicari certissimum est, nonnisi ægre admissa, aut periculose introducta quæstione contrariæ voluntatis. Observa item, hoc scripsisse Modestinum *lib. sing. de Eurematicis*, quo quidem libro cautiones plerasque exposuit a se excogitatas: cautiones, consilia sua vocavit Eurematica. Unde et ex eod. lib. *l.* 58. *solut. matr. consulendum*, inquit, *est*: et in *l.* 9. *de susp. tut. optimum factum est*, sunt verba consilia dantis aut suadentis: et in *l.* 45. *ad Trebell. suaserim*, inquit. Et hæc quoque, quæ scripsit hoc loco Modest. non alio proposito scripsit, quam ut suaderet testatoribus, volentibus uni nudam tantum proprietatem dare, et alteri usumfruct. ejusdem rei, ne ita darent *illi fundum, et illi usumfruct.* alioquin periculum esse, ne voluntas eorum damnum patiatur, quia, inquit, interdum plus valet scriptura, quam voluntas, id est, interdum apud judicem maxime add ctum stricto judicio, plus valet scriptura, si perspicua sit, quam voluntas: judiciorum strictorum aleam esse periculosam. Hic est sensus *h. leg.* Objicitur contra eam *d. l. et puto*, §. *Julianus*: cui jam respondi. Objicitur etiam *tit. plus val. quod agit. quam quod simul. concip.* In quo titulo ostenditur actum plus valere, quam scriptum. Respondeo ibi *actum* significare rem gestam: hic actum significare voluntatem; ibi actum significare, quod re ipsa gestum est: hic significare, quod animo agitatum est: et contra, ibi scriptum esse simulatam et fictam scripturam, hic scriptum esse veram nec ementitam scripturam: hic scripturam, quo planum fit ineptam objectionem esse. Objicitur etiam *l.* 3. *C. de lib. præter.* quæ his verbis: *ille filius meus alienus substantia mea fiat*, ait, recte filium exheredari. Solemnitatem enim verborum, nempe: *exhæres esto* (hæc sunt directa verba, *exhæres esto*, quibus summo jure deberet concipi exhæredatio) solemnitatem, inquam, verborum non esse exigendam, ubi manifesta est voluntas defuncti. Respondeo, conversionem harum propositionum nihil inter se pugnare, ubi manifesta sunt verba testatoris, quod Modest. ait hoc loco, non requiri voluntatem defuncti, ubi manifesta est voluntas defuncti, non requiri solemnia verba. Utraque propositio est vera. Præterea objicitur juris regula, *generi per speciem derogari*. Ergo inquiunt DD. uni legato fundo, alteri usufructu ejusdem fundi, non habebit is, cui fundus legatus est, nisi nudam proprietatem, quia exemptus ei videtur de fundo ususfructus, usufructu alteri legato: neque igitur inter eos ususfructus communicabitur. Respond. regulam esse de genere, cui per speciem derogari ait, ut, si tibi legavero familiam meam generaliter, et deinde Titio Stichum, qui meus est, legato familiæ eximitur Stichus, generi per speciem derogatur: fundum autem non considerari ut genus, sed ut totum, cujus partes sunt proprietas et ususfructus: et ususfruct. pars adeo necessaria est, ut eo exempto fundus esse desinat. Proinde usufructu legato fundi, legatum abrogaretur potius, quam derogaretur, neque enim fundus esse intelligitur, cui detractus ususfructus est, *l. qui usumfruct. de verb. oblig.* Abrogari autem legatum fundi, sanus et siccus dixerit nemo. Communicari igitur usumfructum satius est, quasi duobus legato usufructu uni nominatim, alteri sub nomine fundi, sub nomine totius, alii sub nomine partis, alii sub nomine totius. Postremo objicitur *l. non aliter*, *de legat.* 3. quæ ait aperte recedi posse a significatione verborum, si appareat, aliud voluisse testatorem, quoniam propositio illius legis est accipienda aut interpretanda, secundum quod exigit exemplum ei subjectum, idest, interpretanda est de verbis ambiguis, quæ varie accipi possunt, ut in subjecto exemplo: si quis *omnes juvenes servos*, *suo in ministerio habuit*, legavit: nam juvenum appellatio varie accipi potest, et dubium est valde, a qua ætate, et in quam ætatem dicantur juvenes, ut eadem lex explicat: nos autem loquimur de verbis perspicuis, non ambiguis. Et omnino licet hac in re ita constituere. Cum manifesta sunt verba et plana, voluntas obscura, non quærimus voluntatem: et retro, cum manifesta est voluntas, verba sunt obscura vel ambigua, non quærimus verba.

Ad L. XX.

Si servum sub conditione liberum esse jubeam, et usumfr. ejus tibi legavero, valet legatum.

Si servum meum pure liberum esse jussi, inuti-

liter lego ejusdem servi usumfructum, quia libertatis datio potior est legato ususfruct. et in libero homine ususfruct. constitui non potest: sed si sub conditione eum liberum esse jussi, valet legatum ususfructus, quia et pendente conditione uti frui servo interim legatarius potest, et deficiente conditione libertatis omnimodo quoad vivet. Verum, existente conditione, legatarius usumfructum amittit. Denique libertate data sub conditione, sub contraria conditione ususfructus relictus videtur, puta, *si servus permanserit*: vel *si ad libertatem non pervenerit*, si defecerit conditio libertatis. Et huc pertinent *lex* 26. *quibus modis us. amitt.* et *lex si post mortem* 68. §. *ult. de legat.* 1. Quæro, quid sit dicendum, si servum ex die liberum esse jussi, puta ex Calendis proximis, an interim valet legatum ususfructus? Minime, quia potior est causa libertatis ad diem, quia certum est, diem illum esse venturum, et certum quoque est ad eum servum perventurum, quod etiam ostendit *d. l. si post mortem*, §. *ult.*

Ad L. XXI.

Titio ususfructus Stichi, aut si navis ex Asia venerit, decem legata sunt: non petet usumfructum, antequam conditio decem exsistat, vel deficiat, ne potestas hæredis, utrum velit, dandi auferatur.

Cum disjunctivo modo legatur: *illud, aut illud*, et quæritur cujus sit electio, hæredis an legatarii, jus certissimum est ita esse distinguendum: aut per vindicationem legatur illud aut illud, veluti *Titio illud aut illud do, lego: Titius illud aut illud sibi habeto*, et tunc electio est legatarii, *l. plane*, §. *pen. de leg.* 1. *l.* 25. *de legat.* 2. et in hoc tit. *l.* 10. Aut per damnationem legatur illud aut illud: *damnas esto hæres meus, L. Titio fundum illum dare aut decem*, et tunc est electio hæredis, *l.* 19. *l. si ita relictum*, §. *ult. de legat.* 2. Id verba legatorum satis demonstrant, cui electionem testator deferri voluerit. Et secundum hanc juris definitionem in specie hujus leg. ponimus, hæredem, cujus lex statuit electionem esse, fuisse damnatum Titio usumfructum, aut si navis ex Asia venerit, decem dare damnatum. Igitur hæredem aut usumfructum certi fundi dare pure, aut decem sub conditione, si navis ex Asia venerit. Et ait JC. in hac specie, antequam conditio decem exsistat, vel deficiat, Titium non posse petere usumfructum, quamvis ususfruct. ei pure relictus videatur, ne scilicet eripiat hæredi electionem, *ne potestas*, inquit, *hæredi, utrum velit, dandi auferatur*, quam utique hæres habiturus est, si extiterit conditio: sin vero defecerit, amissurus, quia deficiente conditione adscripta legato decem, ususfructus omnimodo præstandus est, qui solus remanet in legato, *l.* 2. §. *Scævola de eo quod cert. loc.* Sed et si exsitat conditio decem, hæc verba legis, *non petet usumfructum, antequam conditio decem exsistat, vel deficiat*, innuere videntur, usumfructum peti posse, si vel exsistat conditio, quod est omnino falsum, quia plus causa peteretur, et præriperetur electio hæredi, §. *huic autem, Instit. de act.* Neque id etiam illa verba significant, aut non sunt ita accipienda, sed hoc tantummodo, non posse peti usumfructum antequam conditio decem exsistat vel deficiat, id est, pendente conditione, ut in *l. cum illud, quand. dies leg. ced.* ut illa verba: *antequam conditio exsistat vel deficiat*, sint Periphrasis horum: *pendente conditione*. Nec tamen in hac specie idem dicendum est, quod in specie *d. l. cum illud*, videlicet pendente conditione morientem legatarium non transmittere ad hæredem legatum pecuniæ, quia morte legatarii evanuit legatum ususfructus, et consequenter legatum pecuniæ tantum constitit, retroque cessisse intelligitur, ac si pecunia sola ab initio legata fuisset: retro, inquam cessisse intelligitur dies pecuniæ legatæ a morte testatoris. Ergo transmisit ad hæredem, *l. si usus. quand. dies leg. ced.* Et quod in contrarium ait *d. l. cum illud*, legatum non transmitti ad hæredem, locum habere non potest, nisi aliter ponatur species, veluti legasse testatorem Titio centum, non usumfr. aut si navis ex Asia venerit, fundum illum; quia hoc casu moriente Titio pendente conditione, utrumque ex iis, id est pecunia et fundus disjunctim tantum hæsit legato, nec hujus potius, quam illius dies cessisse videri potest, moriente legatario, quo momento impleri conditio potuit, id est, navis venire ex Asia. Denique in specie *h. l.* nostræ mors Titii declarat, pecuniam solam in legato esse, aut superesse, ac proinde diem ejus cessisse videri a morte testatoris. In specie autem *d. l. cum illud*, posita cum responso legis: scilicet convenienter, ut posui, et potest poni varie, mors Titii nihil tale declarat: imo moriente Titio, utrumque fuissse in legati causa, sub disjunctione scilicet, et pependisse utrumque ex conditione adscripta legato fundi verum est, nec fuit ignota hæc distinctio Accurs. in *d. l. cum illud*: et est verissima atque acutissima.

Ad L. XXII.

Patrimonii mei reditum omnibus annis uxori meæ dari volo. *Aristo respondet, ad hæredem uxoris non transire: quia aut usuifructui simile esset, aut huic legato*, in annos singulos.

Si quis uxori suæ reliquerit patrimonii sui reditum omnibus annis, his verbis: *Patrimonii mei re-*

ditum omnibus annis uxori meæ dari volo. Hæc verba, *dari volo*, sunt precaria et fideicommissum faciunt: per fideicommissum igitur reliquit uxori patrimonii sui reditum omnibus annis, et ait, mortua uxore finitum fideicommissum videri: quia etsi non sit relictus ususfructus sed reditus qui longe diversus est ab usufructu, est enim corporis nomen, usufr. nomen juris, tamen reditus, qui relictus est usumfr. imitatur, *ususf. quem caus.* Et ad exemplum igitur ususfr. finitur etiam reditus morte legatarii. At sane simile est illud fideicommissum legato, sive fideicommisso annuo vel relicto (quod idem est) in annos singulos, quia dixit, *omnibus annis*, et legata annua, etiamsi non relinquantur vice alimentorum, morte legatarii finiri constat, *l. Gajus*, *sup. titul. prox.* Omnibus igitur annis, quod notandum, et singulis annis, vel in singulos annos, idem est, sicut fortunam hujusce diei apud Cic. 2. *de leg.* valere in omnes dies, proculdubio est valere in singulos dies, atque ideo dicebatur fortuna hujusce diei.

Ad L. XXIII.

Licet testatori repetere legatum ususfructus, ut etiam post capitis diminutionem deberetur, et hoc nuper Imperator Antoninus ad libellum rescripsit, tunc tantum esse huic constitutioni locum, cum in annos singulos relegaretur.

Ait initio, legatum ususfructus repeti posse, ut scilicet etiam post capitis diminutionem debeatur, ut scilicet postquam amissus erit capitis diminutione, redintegretur, et repeti recte tam expressim, quam tacite. Tacite repeti, ut si legetur alternis annis vel mensibus, vel diebus, vel si legetur, quoad vivet legatarius, vel si legetur usque ad decennium, *l. 2. et 3. quib. mod. ususf. amitt. l. 13. h. tit.* Itemque si legetur in annos singulos: nam et hoc modo tacite repeti videtur, et relegari sive renovari in annos singulos, *l. 1. §. ult. quib. mod. ususfr. amitt.* Verum non tacite tantum, ut h. l. ostendit, sed etiam expressim repeti ususfr. et relegari potest, nempe his verbis: *Lucio Titio usumfr. illius fundi, et quotiensque capite minutus erit, eundem usumfr. ei do, lego, l. 8. sup. tit. prox.* Et hoc est quod ait h. l. *licere testatori repetere legatum ususfr. ut etiam post capitis diminutionem deberetur*, id est, licere expressim repetere. Licere autem dicitur, quod per legem, aut per constitutionem facere possumus, unde subjicit, quia dixit, *licet*, *et hoc nuper Imperatorem Antoninum rescripsisse, ad libellum* cujusdam, qui scilicet eum adierat per libellum. *Nec tantum*, sic jampridem ostendi esse legendum, non, *tunc tantum*, quæ lectio nec DD. placet: nec tantum igitur huic Constitutioni, nempe ut repetatur ususfructus, et relegetur, esse locum, cum in annos singulos relegetur ususfructus, sed etiam cum specialiter et expresse relegatur ut similiter in *l. 3. quib. mod. ususfr. amit. in princ.* ait, sicut in annos singulos ususfructus legari potest, ita et capitis diminutione amissum legari posse, *ut adjiciatur*, inquit, *quotiensque capite minutus erit, eundem usumfr. do, lego.* Pleraque licent tacite, quæ non licent expressim, exempli gratia. Tacite pacisci licet, ne de dolo agatur, ut si paciscar, ne agatur depositi, tacite pactus videor, ne de dolo agatur, et valet pactio; quæ expressim ita facta, ne de dolo ageretur, non valeret, *l. si unius*, *§. illud*, *de pact.* Tacite hæredis institutio potest conferri in arbitrium alterius, veluti si ille Capitolium ascenderit, non etiam expressim, *l. si quis Sempronium*, *de hæred. instit.* At usumfructum exstinctum capitis diminutione, vel non utendo, repetere licet, non solum tacite, sed etiam expressim: nam etsi hoc palam fieri videatur contra jus publicum, quo cautum est, *ut ususfr. perimatur capitis diminutione et in usu*, non tamen jus publicum prorsus offenditur: ejus enim anni, qui præcessit, legatum exstinguitur, sed non etiam insequentis anni: quia et alius est ususfr. insequentis anni, quam qui fuit superioris anni, *l. 6. h. t.* Et hæc est sententia h. l. At Imperatorem Antoninum rescripsisse ad libellum, ut *l. 2. §. item divi*, *de jure fisc.* Divos fratres rescripsisse ad libellum Cornel. Rufi: et *l. ult. de offic. proc. Cæs.* Severum et Antoninum rescripsisse ad libellum Hermiæ.

Ad L. XXIV.

Uxori fructu bonorum legato: fœnus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex Senatusconsulto cautionem, præstabitur. Igitur usuras nominum in hæreditate relictorum, ante cautionem interpositam debitas, velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur, nominibus ab hærede factis: tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur, aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.

§. 1. Scorpum servum meum Semproniæ concubinæ meæ servire volo. *Non videtur proprietas servi relicta, sed ususfructus.*

Jam docuimus in *l. 1. h. t.* ex SC. etiam pecuniæ et nominum (quamvis sint in abusu) usumfr. recte legari atque constitui, præstita scilicet a legatario cautione de tanta pecunia restituenda, *cum morietur*, *aut capite minuetur*, quantam acceperit vel exegerit. Et ideo, si uxori testator usumfr. (quod hodie fit sæpissime) omnium suorum bono-

rum legaverit, etiam usumfr. nominum, quæ testator fecit, vel hæres ejus ex pecunia hæreditaria, uxori debetur, interposita cautione supradicta de sorte restituenda. Verum fac, nomina esse fœneratitia, obligationes esse usurarias, an ut de sorte restituenda mulier cavere debet, ut perveniat ad legatum, *cum morietur* scilicet, *aut capite minuetur*, an ita etiam cavere debeat de usuris? Hæc est quæstio legis. Et sane cavere debet mulier etiam de usuris quæ jam testatori debebantur; non etiam de usuris quæ post cautionem interpositam deberi cœperunt: de usuris igitur quæ jam erant in bonis defuncti, non de usuris, quæ nunquam fuerunt in bonis defuncti, puta quæ post mortem testatoris et cautionem interpositam deberi cœperunt, quia eæ lucro hæredis proficiunt, tanquam fructus sortium defuncto debitarum: usuræ vicem fructuum obtinent, *l. usuræ, de usur. l. Titius, de præscript. verb. l. 3. de usufr. ear. rer. quæ usu cons.* Non debet etiam mulier cavere de usuris, quæ hæredi deberi cœperunt, qui nomina fecit post mortem testatoris ex pecunia hæreditaria, quia et hæ usuræ legato bonorum non continentur, cum in bonis mariti nunquam fuerint, *l. postulante, §. ult. ad Senatuscons. Trebell.* Et quod notat etiam Juriscons. in hac *l.* quamvis post moram, quam fecit hæres in præstando legato etiam usuræ nominum, quæ fecit hæres ex pecunia hæreditaria mulieri debeantur, non quidem jure legati, ut dixi, quia legato non continentur; sed quia constitutum est, mulctari debere moram hæredis præstatione usurarum et fructuum, *dict. l. usuræ, l. qui solidum, l. si quis servum 84. de leg. 2. l. divi, §. 1. ad l. Falcid.* etiam de iis usuris restituendis mulier cavere non debet, quia lucro ejus cesserunt propter moram hæredis: perceptæ usuræ ab hærede ex nominibus quæ ipse fecit mulieri non debentur, quia non fuerunt in bonis mariti: post moram perceptæ debentur, et omnino cedunt lucro mulieris, ut nec de eis restituendis cavere debeat. Hæc est sententia prioris partis h. l. Posterior est facillima: ita proponitur testator legasse: *Scorpum servum meum Semproniæ concubinæ meæ servire volo*: est simile nomen Scorpi apud Martialem, Scorpi agitatoris. Illum servum illi servire volo, quæritur utrum servi proprietas an ususfructus legatus sit? Et recte ait verbum, *servire*, usumfructum significare, non proprietatem. Usumfructum igitur servi tantum legatario deberi, quia non dixit, ut servus esse legatariæ, sed ut serviret. Aliud est servire, longe aliud servum esse, quod et Rhetores docent. Mercenarius servit, nec tamen est servus. Redemptus ab hostibus redemptori servit, nec tamen est servus. Manumissus a proprietario sine consensu fructuarii. Idem que dici potest de addicto, et de capto a prædonibus. Legatur Quint. declam. 311. *et instit.* 5. *c.* 10.

Ad L. XXV.

Qui fructus prædiorum uxori relinquit: post mortem ejus prædia cum reditibus ad hæredes suos redire voluit, imperitia lapsus. Nullum fideicommissum dominus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reverti dedit. Etenim reditus futuri, non præteriti temporis demonstrati videbantur.

Testator fructus certorum prædiorum legavit uxori, usumfructum legasse videtur, *l. cum ita, inf. h. t.* At præterea rogavit uxorem, ut post mortem suam ea prædia cum fructibus restitueret hæredi, *nullum est fideicommissum*, inquit, id est, fideicommissum illud, neque in proprietate consistit, neque in usufructu. Denique nullum est fideicommissum, quia hæres suo jure post mortem fructuarii prædia illa et fructus habiturus est: nullum et inutile est fideicommissum, si quid mihi relinquas, quod jure meo vel habeo, vel habiturus sum omnimodo citra speciem legati, et liberalitatis tuæ, *l. cum pater, §. curatoris, de leg. 2. et l. post emancipationem, ad leg. 3. l. 84. ad leg. Falc.* proinde ac si rem meam, aut mihi debitam, mihi legares: nam et hoc legatum esse nullum satis apparet, quia nulla ejus est utilitas. Jure autem suo plenam proprietatem habet post mortem fructuarii, et fructus futuri temporis percepturus est, de quibus hæredi restituendis testator sensisse videtur, cum rogavit uxorem, *ut post mortem suam prædia hæredi restituerentur cum fructibus sive reditibus.* Sensisse videtur de fructibus futuri temporis, non de præteriti, quos jam fructuaria percepisset jure legati, aut sane inutile esset legatum ususf. uxori: igitur imperitia lapsus, id est, ignoratione juris, testator ita hæredi suo ab uxore fideicommissum reliquit frustra et inutiliter, quod et citra fideicommissum ad hæredem pertineret ipso jure. Et notanda sunt hæc verba legis, ut est rectissime scriptum in Florentinis. *Nullum fideicommissum dominus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reverti dedit. Dominus,* hoc loco, id est, maritus ut in *l. uxorem 41. §. testamento, de leg. 3. l. ea quæ, de don. int. vir. et uxor.* et in antiqua inscriptione, *dominus, uxori suæ optime titulum fecit,* dominus, hoc est maritus.

Ad L. XXVI.

Sempronius Attalus ab hærede suo fundum in Italiam Gajo post decennium, deducto usufructu, dari jussit. Quæro, cum medio hoc decennii spa-

tio hæres vita functus sit, an post tempus decennii plenus fundus ad legatarium pertineat. Movet enim me quod dies legati hujus sive fideicommissi cesserit, ac per hoc et ad hæredem legatarii, pertinere potuerit, et ideo quasi circa debitum jam legatum, mortuo hærede, ususfructus extinctus sit, nec ad hæredem hæredis pertinere possit. Respondi : Dies quidem fideicommissi vel legati cedit statim, cum post tempus certum hæres dare rogatur, sive jubetur. Sed ususfructus nondum est hæredis : nisi cum dominium deducto usufructu, præstitit. Et ideo capitis diminutione, vel morte, perire non potest, quod nondum habuit. Idem evenit si proprietas deducto usufructu sub conditione legata sit, et pendente conditione hæres decesserit. Tunc enim ab hæredis hærede incipit ususfructus, qui ex persona ejus finietur : sed his casibus de sententia testatoris quærendum est, qui utique de eo usufructu detrahendo sensit, qui conjunctus esset hæredis personæ. Quo exstincto, solidam proprietatem ad legatarium voluit pertinere, nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere cœpit usumfructum, quam si jam habere cœpisset.

§. 1. *Si fundus duobus, alii ususfructus legatus sit non trientes in usufructu, sed semisses constituuntur. Idemque ex contrario, si duo sint fructuarii, et alii proprietas legata est : et inter eos tantum accrescendi jus est.*

Species h. l. hæc est. Quidam ab hærede suo post decennium fundum, detracto sive excepto usufructu, Gajo dedit : per legatum vel per fideicommissum ususfr. non tantum præsens, sed etiam ex tempore certo constitui potest, *l. 4. de usufr.* Post decennium igitur voluit testator hæredem ejus fundi fructuarium esse, Gajum autem proprietarium, et mortuus est hæres intra decennium, priusquam venisset dies legati : quæritur, an morte ejus finitus ususfr. et quasi proprietati suæ redditus videatur, adeo ut post decennium hæres hæredis, qui et ipse intelligitur esse hæres testatoris, secundum regulam veterem juris, *l. ult. C. de hær. instit. l. antiquitas, C. de usufr.* nec minus hæres hæredis obstringitur legatis, quæ testator reliquit, quam prior hæres, *l. 65. de cond. et demonst.* Quæritur ergo, an hæres hæredis post decennium teneatur Gajo dare plenam et solidam proprietatem fundi quasi morte hæredis primi, cui data erat, deducto usufr. cum proprietate confuso commixtoque usufructu ? Et ita quidem videtur prima fronte esse dicendum, quia legatum Gajo relictum est in diem certum, puta post decennium. Ergo dies ejus legati cessit perinde, atque legati puri, statim ex mortis testatoris tempore nondum mortuo hærede primo, *l. 5. et 21. quand. dies leg. ced. l. unic.* §. *cum igitur*, *C. de cad. toll.* Cessionis autem hujus, quod h. l. omnium optime demonstrat, duo sunt effectus, ut deberi incipiat legatum statim a morte testatoris, licet ante decennium peti non possit : non omne quod debetur, et peti confestim debet et alter effectus, ut ante decennium mortuo legatario, legatum transmittatur ad hæredem legatarii : duo hi effectus cessionis, ut dixi, perspicue notantur in hac leg. Theophilus notat posteriorem tantum effectum, cum definit, cessionem esse legati nondum percepti ad hæredes transmissionem in §. *si peculium*, *de leg.* quia scilicet hic posterior effectus pendet ex priore : neque enim in hæredes transmitti quicquam potest, nisi id jam defuncto, cum viveret, vel moreretur, deberi cœperit : indebita non transmittimus ad hæredem. *Alias vero*, id est, alia significatione legatum cedere dicitur id tantum, quod defertur, id est, quod jam præstari debet quodque jam peti potest, ut in *l. 7. sup. h. t.* Qua de causa et idem Theophilus eodem loco non male, cedere legata, quæ nobis deferuntur, et deferri, quorum nomine nobis competit actio, vel quæ petere et vindicare possumus, vel etiam, si malumus, repudiare. Et idem Theophilus paulo post προχώρησιν, id est, cessionem interpretatur καταφορὰν, id est, delationem. Verum ad rem : qui de specie proposita consulebat Paulum, ita ratiocinabatur. Fundo post decennium legato deducto ususfruct. ejus legati dies cedit statim a morte testatoris, id est, debetur statim, obligatio ex testamento ejus legati nomine nascitur statim, ac proinde ad hæredem legatarii transmitti potest : unde efficiebat et usumfructum ejus fundi statim ad hæredem pertinere, et perimi igitur superveniente postea hæredis morte intra decennium, nec ad hæredem hæredis transmitti : denique post decennium plenum fundum legatario præstandum esse. Verum hanc rationem consultoris Paulus removet atque rejicit : negat usumfr. morte hæredis interire potuisse, qui nunquam fuit hæredis : ususfructus scilicet ejus fundi fuit hæredis ab adita hæreditate jure proprietatis, quasi pleni dominii jure autem servitutis ejus non est, nec esse potest, antequam proprietatem legatario præstiterit, deducto usufr. veniente die legati. Ergo nec ante eum diem, nec antequam legatario proprietatem præstiterit detracto usufructu morte aut capitis diminutione hæredis servitus ususfructus quam non habuit, perire potest : desinere non videtur ususfr. qui nec cœpit, *l. Titio ususfr. de cond. et demonstr.* Amittere hæres non videtur usumfructum, quem non habet, *l. 83. de reg. jur.* Vox est illa de via collecta : *privatio præsupponit habitam*, *l. remittit*, *de jurejur. l. decem, de verb. oblig.* Nec obstat id quo consultor movebatur, quod legatario statim debetur legatum

relictum in diem certum: nam deberi dicitur, et vero debetur in hoc tantum, ut transmitti possit ad hæredem legatarii: non etiam ut statim ante diem proprietatem faciat legatarii, et usumfr. constituat hæres in sua persona. Imo interim hæres non est fructuarius, sed fundi pleno jure dominus, et eo mortuo hæres quoque ejus, hæres hæredis ante diem legati fundi est pleno jure dominus; post diem vero legati, id est, post decennium in hac specie competente petitione legati, deducitur ususfr. ab hærede hæredis, et nuda proprietas legatario præstatur. Et subjicit Paulus hac in re legatum in diem certum relictum, nihil distare a legato conditionali: nam ut fundo legato sub conditione deducto usufructu, et pendente conditione hærede mortuo, post existentem conditionem legati, ususfr. incipit ab hærede hæredis, per deductionem vel retentionem, et in persona quoque ejus finitur morte vel capitis diminutione, non etiam incipit in persona primi hæredis, qui eum nunquam habuit: ita fundo legato in diem certum, deducto usufr. et mortuo hærede intra diem, idem omnino constituendum est, nec hac in re ulla est differentia inter legatum conditionale, et legatum in diem, licet quod ad cessionis causam magna sit differentia inter hoc et illud legatum: nam legati conditionalis dies non cedit statim a morte testatoris, sed cum conditio exstiterit. Legati vero in diem certum, dies cedit statim a morte testatoris. Qua de re est elegans definitio Ulp. *lib. sing. reg. tit. de leg. sub fin.* Et hæc quidem omnia, quæ hactenus dixi, secutus vestigia Pauli, secundum juris disciplinam omnino ita se habent, nisi probetur aliam fuisse sententiam testatoris, veluti idem sensisse testatorem, quod consultor opinione præsumebat magis quam putabat: nempe ut ne plus habebat hæres hæredis, quam si hæres primus usumfr. id est, servitutem ususfr. in eo fundo habere cœpisset, quo casu hæres hæredis nihil habebit mortuo primo hærede, et consequenter plena proprietas legatario debetur jure consolidationis, sive confusionis, quam σώρευσιν idem Theophilus vocat. Et ideo subjicit Paulus in extremo h. quæstionis, *his casi.* id est, sive in diem certum, sive in conditionem legatum, sive fideicommissum fundi relictum sit, deducto usufr. prætermissis strictis rationib. juris, de mente et sententia testatoris esse quærendum, quæstionem hanc esse voluntatis quæstionem, atque ideo facti potius quam juris quæstionem, quæ postea est in æstimatione judicantis, *l. 7. C. de fideicom.* Juris rationib. esse potiorem sententiam testatoris: et sane testatoris sententia hæc fuit, ut hæres primus duntaxat deduceret, ut sibi retineret usumfr. fundi, non hæres hæredis, qui etiam ipse incertus erat, *l. sciendum, de verb. sign.* ususfr. habendi spe primo hæredi erepta per mortem, quæ contigit ante diem legati, ususfr. deductione hæres secundus, die legati veniente, uti non potest, sed plenum fundum legatario præstare debet. Atque ita fit, quod est valde singulare, ut quemadmodum is, qui usumfr. habet in fundo alieno, eum non transmittit ad hæredem suum; ita et is qui nondum habet usumfruct. sed ejus tantum habendi spem in diem certum collatam, ad hæredem suum eam spem non transmittat ex voluntate testatoris, quæ et plerunque ejusmodi esse præsumitur: ut etiam ostendit *l. qui usumfr.* §. 1. *de usufr.* quo loco eadem quæstio tractatur non in legatis tantum, sed et stipulationibus, et definitur eodem modo. At autem in extremo hujus quæstionis Paulus: *Nec plus transmitti ad successorem suum, qui nondum habere cœpit usumfruct. quam si jam habere cœpisset:* vulgo rectius legitur, *nec plus transmittit*, scilicet hæres primus, *ad successorem suum, qui* hæres primus *nondum habere cœpit usumfruct. quam si legati dies cessisset*, id est, nihil transmittit ad hæredem suum. Ergo hæres hæredis præstare plenum fundum legatario ex voluntate et sententia defuncti. In legatis enim minus dubitatum est de voluntate defuncti, quam in stipulationibus de voluntate contrahentium, ut ait *d. l. qui usumfr.* §. 1. Ad hæc Bartolus quærit hoc loco, non ineleganter, quid sit dicendum, si pendente die legati, primus hæres capite minutus, et die legati existente pristino statui restitutus fuerit, an possit deducere usumfr. Et respondet, posse, quod miror: nec enim fundum habet, ex quo deducat, et jus deductionis quod habuit, cum ipso fundo, cumque fortunis suis omnibus transit ad fiscum, vel ad partem: nec quicquam etiam pro Bartoli sententia faciunt leges, quas adducit: *lex intercidit, de cond. et demon.* cum qua facit etiam *l. eum qui post, eod. tit. et l.* 6. §. *solemus, de hæred. instit.* quæ deportatum et restitutum dicunt capere legatum, quod relictum est sub conditione, si conditio existat post restitutionem, quia non de deductione loquuntur, quæ fiat ex re hæreditaria, sed de legato quod per se consistit, et hoc ad *l. intercidit*, quo modo etiam recte dices nihil obstare *d.* §. *solemus.* His addam argumentum quod adversus hanc legem Fulgosius ducit ex *l. codicillis, sup. tit. prox.* Ubi hæres hæredis admittitur ad fideicommissum primo hæredi relictum ad diem, id est, usque ad annum trigesimum quintum, cur et in specie hujus legis hæres hæredis non admittitur ad deductionem ususfructus? Respondeo, ibi pure fuit relictum hæredi fideicommissum a legatario, sed usque ad diem certum: hic non fuit hæredi relictum fideicommissum, sed deductio tantum concessa ei fuit ususfr. eaque in diem, non ad diem, quæ deductio personæ tantum

ejus delata videtur, ac proinde personæ ejus tantum cohærere, quod significant illa verba: *qui utique de eo usufructu detrahendo sensit, qui conjunctus esset hæredis personæ*, id est, qui conjungeretur hæredis personæ, et adhæresceret personæ hæredis, existente de legati genere deductionis sive retentionis. Fideicommissa autem pure dantur non in personam, sed in rem, ut scilicet a legatario transeant in omnes successores in infinitum.

Additur alia de re in §. *si fundus.* Sententia h. §. hæc est; fundo conjunctim duobus legato et Tertio usufructu ejusdem fundi, quia fundi appellatione plena proprietas significatur, *l.* 10. *et l.* 19. *sup. hoc tit.* quod jam sæpe diximus, ususfructus communicabitur inter illos duos, quibus conjunctim fundus legatus est, et Tertium, cui ususfructus ejusdem fundi separatim legatus est, ita scilicet, ut non singuli ferant viriles partes, id est, trientes, sed duo semissem ususfructus: Tertius alterum semissem, quia illi duo, qui sunt conjuncti re et verbis, pro uno computantur, *l. plane* 34. *in princ. de leg.* 1. *l. un.* §. *his ita* 10. *C. de cad. toll.* Et inter eos tantum conjunctos versatur jus accrescendi, id est, non concurrente uno, alter integrum semissem habiturus est, concurrente utroque, semissem inter se partientur. Denique inter illos duos propter conjunctionem duplicem versatur jus accrescendi, non inter illos et Tertium. Et idem omnino proditum est in *l. si proprietas, de usufr. accresc.* quam miror non citari ab Accurs. Porro ostenditur tum hoc loco, tum illo, eandem rationem servari, si duobus conjunctim legatus sit ususfructus fundi, et separatim Tertio fundus: quia ususfructus communicabitur inter illos duos et Tertium, ita ut conjuncti unius tantum personæ potestate fungantur, et semissem duntaxat ferant, et ut inter eos tantum versetur jus accrescendi, quia in eundem semissem vocantur, et sunt conjuncti re et verbis. Conjunctus re et verbis præfertur conjuncto re tantum; puta Tertio, *l. re conjuncti*, *de legat.* 3. Neque obstat huic sententiæ *l. si tibi, de usufr. accresc.* cujus longe alia est species: nam ibi proponitur tribus conjunctim legatus ususfructus: et ideo concursu habent, faciuntque trientes, et inter eos omnes versatur jus accrescendi.

Ad L. XXVII.

Uxori maritus per fideicommissum usumfructum, et alia, et dotem prælegavit: hæredes usumfruct. ei concesserunt. Post biennium, illicitum matrimonium fuisse pronuntiatum est. Quæsitum est, an id, quod præterito tempore possedit, ab ea repeti possit. Respondit, id quod fructus nomine percepisset, repeti posse.

In hac lege proponitur, quendam uxori suæ quæ tamen non erat uxor justa et legitima, sed injusta, nempe ducta contra leges vel constitutiones, per fideicommissum legasse usumfructum cujusdam fundi, et alias quasdam res, et præterea dotem, quam ab ea acceperat, hæredes mulieri cessisse usumfructum per errorem facti, existimantes eam fuisse defuncto uxorem justam, et ipsa ex fundo biennio fructus percepit sine contraversia; post biennium matrimonium injustum et illicitum fuisse pronuntiatum est: ait, fructus ab eo biennio perceptos, tanquam indebitos hæredes repetere posse: de aliis legatis, et de dote nihil dicit. Quare? quia constabat ea legata uxori illicitæ eripi a fisco quasi indignæ, et dotem quoque propter illicitum matrimonium caducam fieri, *l.* 61. *de ritu nupt. l. Claudius* 13. *de his quibus ut indign. l. un. inf. unde vir. et uxor.* Igitur constabat reliqua legata caduca fieri, et dotem similiter caducam fieri, non etiam remanere apud hæredem. Usumfructum autem nunquam caducum fieri ulla ex causa, ut docui in *l.* 9. *sup. hoc tit.* sed apud hæredem remanere, si eum cedi legatario jus non ferat, potius quam cadere in fiscum, quia fiscus possessor est tenacissimus, cui si dederis usumfructum, et proprietatem dederis in perpetuum cum maxima injuria proprietarii. Quod autem dico dotem et alia legata propter injustum matrimonium caduca fieri, ita procedit, si major ætate fuit, quæ injustum matrimonium contraxit: virgini enim et teneræ puellæ a viro deceptæ parcimus, nec eam repellimus a legatis ei relictis testamento viri, nec a dote ei prælegata, contra tamen virum repellimus a legatis testamento ejus uxoris relictis, *l.* 2. *de his quibus ut indign. l. præfect. de rit. nupt. l. ult. de leg.* 2.

Ad L. XXVIII.

Quæro si ususfructus fundi legatus est, et eidem fundo indictiones temporariæ indictæ sint, quid juris sit. Paulus respondit, idem juris esse et in his speciebus, quæ postea indicuntur, quod in vectigalibus dependendis responsum est. Ideoque hoc onus ad fructuarium pertinet.

Certum est, vectigalium publicorum, tributorum fiscalium, sive indictionum onera ad fructuarium pertinere, *l.* 7. §. *pen. l.* 52. *de usufr.* quia et onera fructuum sunt, *l. neque, de impen. in res dot. fact. l. liberto*, §. *ult. sup. tit. prox.* Et non tantum indictiones ordinariæ ad fructuarium pertinent, sed etiam indictiones extraordinariæ et improvisæ, quæ statæ et solemnes non sunt, sed indictæ tem-

poris causa, veluti ob transitum exercitus, cum possessores, per quorum prædia exercitus transit, conferre coguntur fructus in *l.* 27. §. *pen. de usufr.* Ergo non solemnes tantum indictiones ad fructuarium pertinent, sed etiam temporariæ, vel ut est apud Festum, *tributa temporaria*, *quæ*, inquit, *postea indicuntur*, id est, post constitutum usumfructum, hæ scilicet indictiones pertinent ad fructuarium; nam præteriti temporis indictiones pertinent ad hæredem, *l. cum servus*, §. *hæres*, *de legat.* 1. Imo et futuri temporis si specialiter testator eas hæredem agnoscere rogaverit vel jusserit, ut *dict. l.* 52. *de usufr. l. qui concubinam*, §. *qui hortos*, *l. patronus*, §. *codicillis*, *de legat.* 3. Item, si quæ alia sint onera, sine quibus legatarius legatum obtinere non possit, ea omnino subire hæres debet: ut si militia sit legata legatario, debet legatario solvere, quod datur ordini, sive corpori ejusdem militiæ pro introitu sive honorario, ut ita in eum ordinem conscribatur et militiam obtineat, *l. pen.* §. *ult. de legat.* 3.

Ad L. XXIX.

Si quis usumfructum legatum sibi, alii restituere rogatus sit, eumque in fundum induxerit fruendi causa, licet jure civili morte, et capitis diminutione ex persona legatarii pereat ususfructus, quod huic ipso jure acquisitus est: tamen Prætor jurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei, cui ex fideicommisso restitutus esset, legati jure acquisitus fuisset.

Si is, cui legatus est ususfructus, rogatus sit eum alii restituere, et restituerit, quid juris est? cujus mors aut capitis diminutio spectabitur? legatarii, an fideicommissarii, ut ea contingente, ususfructus recurrat ad proprietatem suam? Et jure quidem civili, ut hoc loco ostenditur, id est, summo jure mors, sive capitis diminutio legatarii spectanda est, quoniam hic solus fructuarius est: sed æquitate Prætoris fideicommissarii, perinde tuendus erit in usufructu fideicommissarius, mortuo legatario, atque ita summo jure perempto usufructu, ac si principaliter ei legatus ususfructus fuisset. Hæc est sententia hujus legis, cui consonat *lex* 4. *quibus mod. ususfr. amitt.* Et ex diverso quoque vice mutata, mortuo vel capite minuto fideicommissario, legatario superstite et manente in civitate, dicam usumfructum non interire, quandiu vixerit, et integer status legatarii fuerit, sed a fideicommissario ad legatarium remanere, non ad hæredem. Hoc ostendit aperte *l. si quis Titio, de legat.* 2. Eodemque modo si filiofamil. vel servo legatus sit ususfructus, et acquisitus patri vel domino, ut fit præmortuo filiofamil. vel servo, ususfructus consistit in persona patris vel domini, et in persona ejus finitur: præmortuo autem patre consistit in persona filiifamil. *l. ult. C. de usufr.* Sed non etiam præmortuo domino in persona servi, quia servus, qui personam per se non habet, qui est ἀπρόσωπος, ut Theophilus loquitur, ex persona ejus qui domino hæres extitit, personatur, id est, χαρακτηρίζεται, ut glossæ Philoxeni recte interpretantur *personare* χαρακτηρίζειν. Et ita quod Theophilus ait in *tit. de stipul. serv.* quod servus ex persona domini χαρακτηρίζεται, recte interpreteris, *personatur*: nam per se nullam personam habet, pro nullo, pro mortuo habetur. Hæres autem domini succedere in usumfructum domino quæsitum non potest, ususfruct. non transit in hæredem. Nec igitur ex persona hæredis potest consistere in servo. Porro ad hanc legem Accursius notat facere *leg.* 4. *de novat.* quæ tamen prorsus dissimilem speciem tractat: nam non loquitur ea lex de fructuario, sed de eo cui debetur ususfr. qui sane nondum est fructuarius, nec erit antequam ei cedatur ususfr. Cessio facit fructuarium, non debitio, non loquitur ergo de fructuario, sed de eo, cui debetur ususfructus, qui si debitorem creditori suo delegavit, ut ei permitteret et cederet usumfruct. sibi debitum, et cesserit, significat ea lex, morte aut capitis diminutione creditoris usumfructum finiri, nimirum quia hic solus fructuarius nunquam fuit, nec fuisse intelligitur. Fideicommissarius tuitione Prætoris fructuarius est, itemque pater et dominus, cui acquisitus ususfr. est per filiumfamil. aut servum. Nihil etiam cum specie hujus legis commune habet *lex fundum*, *de actio empt.* quam in hanc legem adduxit Bart. Vendidi fundum deducto usufructu, quem usumfructum falso dicebam esse Titii, forte decrepiti senis cujusdam, ut propter usumfructum emptor non minoris fundum compararet, qui brevi esset rediturus a Titio ad emptorem, et mihi tamen retinebam usumfructum, qui forte eram juvenis. Ego sane sum fructuarius, non Titius, qui nihil in ea re juris habet, vel habuit unquam, et consequenter morte mea, non morte Titii, quæ illum cito ablatura est, finitur ususfructus. Mortuo igitur Titio ususfruct. durat in persona mea, et in fraude versatur emptor, ideoque teneor emptori ex empto in id quod interest, ne decipiatur impune. Præterea notandum est ex his verbis hujus legis, *eumque* fideicommissarium scil. *in fundum induxerit fruendi causa*, non tantum restitutionem fieri fideicommissi re ipsa, puta, ut et datione ususfr. inducto fideicommissario in fundum fruendi causa, sed fit etiam verbo tenus vel patientia *l.* 3. *de usufr. l. restit. ad SC. Trebell.* Notandum etiam est postre-

mis verbis hujus legis: *Prætor id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si fideicommissario, cui restitutus est ususfructus, jure legati, ususfructus acquisitus fuisset.* Ego enarro verba latius, ex quibus est colligenda differentia inter legata et fideicommissa, quæ semper obtinuit ante Justinianum, legati jure legatario dominium legati acquiritur, fideicommissi jure possessio, non dominium, quod aperte ostendit *lex 3. si ususfr. pet.* Sed jurisdictio prætoris possessorem ususfructus æque tuetur ac dominum.

Ad L. XXX.

Cui ususfructus legatus esset, donec ei totius dotis satisfieret: cum ei hæres pro sua parte satisdedisset: quamvis reliqui satis non darent, tamen pro ea parte usumfructum desinere habere mulierem, ait Labeo. Idem fieri, et si per mulierem mora fieret, quo minus satis acciperet.

§. 1. *Colono suo dominus usumfructum fundi, quem is colebat, legaverat. Agat colonus cum hærede ita, ut judex cogat hæredem ex locationis actione eum liberare.*

Vir uxori legavit usumfructum bonorum suorum *donec ei totius dotis satisfieret*, post mortem suam, non dixit: *donec ei dos solveretur vel redderetur*, sed *donec dotis ei satisfieret*; sed nihil refert, quia et satisfactio pro solutione est, *l. satisfactio, de solut.* Fit autem satisfactio varie, veluti datis pignoribus aut fidejussoribus idoneis, vel dato expromissore et novata obligatione, et aliis plerisque modis, *l. 6. §. debitores, §. plane, de mun. et hon. l. si rem, §. omnis, de pign. act.* At finge: cum ita legasset testator uxori suæ, unum tantum ex hæredibus mulieri satisfecisse, dato fidejussore pro parte sua hæreditaria, ceteros hæredes cessasse: an pro ea parte, pro qua unus ex hæredibus satisfecit, mulieri dotis nomine, finietur ususfructus? Et refert Javolenus, hoc loco sic videri Labeoni, puto et vere adfirmo quia ususfructus divisionem recipere potest sicut dos, *l. 1. §. si ususfruct. ad leg. Falcid.* Et subjicit, idem fieri, *et si per mulierem mora fieret, quo minus satis acciperet*, uno scilicet ex hæredibus offerente satisfactionem; qui satis accipit, in æquo est, quique quo minus satis accipiat moram facit, ut *l. 14. de condit. et demonst. l. 5. §. item si qua, quan. dies leg. ced.* Et hoc est, quod proponitur in priore parte hujus legis ex Labeone, cui sane plurimum adversatur *lex inter cohæredes, §. pen. famil. ercisc.* quæ explicanda est diligenter. Ea *l. inter, §. pen.* ex Cassio, qui diversæ scholæ fuit non ejusdem cum Labeone, tradit, usufructu bonorum legato uxori, *donec dos ei solveretur*, usumfructum non perimi ulla ex parte, aliter quam si tota dos soluta sit, quia scilicet hoc sensisse, hoc egisse videtur testator, ut pro dote ususfruct. interim vice pignoris esset: pignoris autem causa est individua, id est, pignus non potest liberari pro parte: nam si vel nummus unus resideat, qui debeatur, pignus in solidum obligatum est. Denique pignus non dissolvitur, nisi soluta tota pecunia: et hoc est, quod dicitur, indivisam esse pignoris causam, *l. rem, de evict. l. hæredes, §. idem observatur, fam. erc. l. 1. C. de luit. pig. l. unus, Cod. de dist. pign.* Et ideo unum ex hæredibus solventem totam dotem, pro parte cohæredum, quod solverit, reciperare posse judicio fam. erc. sc. quia nec pro sua parte potuit pignus dissolvere, nisi solvendo totam dotem, aut si nondum quicquam solverit, eodem judicio posse cogere cohæredes, ut pro suis quoque partibus solvant, ut fit in causa pignoris *l. his consequenter 18. §. Celsus, fam. ercisc.* Hæc est sententia *d. §. pen.* Ad hæc dico, veriorem esse sententiam Cassii, et propiorem voluntati defuncti. Cassius voluntatem defuncti spectavit, quæ in specie hujus legis satis declarata fuit, declaraturve ex his verbis, *donec ei totius dotis.* Voluit itaque usumfructum esse uxoris in solidum, donec totius dotis ei satisfieret. Igitur si pro parte tantum ei satisfiat, nihil deperit ex usufructu, quem pignoris loco apud uxorem esse defunctus voluit. Labeonem decepit natura ususfructus quam solam spectavit, propterea quod ususfructus divisionem recipit: non perscrutatus est voluntatem defuncti, quæ utique semper in quæstionibus testamentorum accurate perscrutanda est. In ff. multa sunt vestigia harum sectarum, ex quibus hoc unum esse affirmo, et hac in re scilicet dissensisse Cassianam scholam a Proculiana, quæ a Labeone cœpit, Posterior pars est facilis: si colono, qui certa mercede fundum meum conduxerat, legavero ejus fundi usumfructum, videor ei remisisse mercedem futuri temporis, imo et reliqua præteriti temporis; voluntate defunctorum plenius interpretandæ sunt, liberalitate scilicet defunctorum, *l. in testam. 12. de reg. jur.* Denique videor ei reliquisse liberationem actionis ex locato conducto, qua mihi tenebatur. Itaque cum hærede meo colonus agere potest, ut liberetur conductione, ut remittatur ei merces, sive pretium conductionis in posterum: ut item ei remittantur reliqua præteriti temporis, *l. reliqua, de lib. leg.* quæ est ex eod. lib. Javoleni. Ac præterea, ut additur in *l. quotiens, §. si colono, de usufr.* hoc casu colonus agere cum hærede potest, ut recipiat impensas præteriti temporis, quas in culturam agri fecit: impensas necessarias et utiles, quibus meliorem agrum fecit, ut si pastina instituit, si vineta, si oliveta, si novelleta instituit, non etiam ut recipiat impensas, quas fecit in præ-

sentem annum, fructuum percipiendorum gratia, veluti arando, serendo. Nam hæ impensæ compensantur cum fructibus, nec unquam repetuntur a locatore, *l.* 3. *de imp. in res dot. fact. l. fructus* 7. §. *ult. sol. matr.* Et quod de colono hic ait, idem omnino obtinet in inquilino, qui certa mercede domum conductam habuit: nam si locator ei legaverit gratuitam habitationem, legasse videtur plenam liberationem conductionis, *l. Cassius, de lib. leg.*

Ad L. XXXI.

Is qui fundum tecum communem habebat, usumfructum fundi uxori legaverat. Post mortem ejus tecum hæres arbitrum communi dividundo petierat, Blæsus ait: Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus fundum divisisset, ejus partis, quæ tibi obtigerit, usumfructum mulieri nulla ex parte deberi: sed ejus, quod hæredi obtigisset, totius usumfructum eam habituram. Ego hoc falsum puto: nam cum ante arbitrum communi dividundo conjunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi ususfructus mulieris fuisset: non potuisse arbitrum inter alios judicando, alterius jus mutare. Quod et receptum est.

Sciendum est, socium, qui mecum communem fundum habet, partem suam alienare, vel pignori obligare posse, etiam me non consentiente, ante litem contestatam judicio communi dividundo, non post litem contestatam: nam hoc esset interrumpere judicium divisionis, vel contemnere potius, et alium vice sua litigatorem subjicere. Ante acceptum igitur judicium communi dividundo, ante judicium sive arbitrium divisionis, socium etiam me invito posse partem suam alienare vel pignorare, vel si totum fundum alienaverit aut pignoraverit, pro parte sua tantum consistere alienationem aut pignorationem, mihi salvam et incolumem esse vindicationem partis meæ, *l. portionem, Cod. de donat. l.* 2. *et l.* 4. *Cod. de com. rer. alienat. l. ante divisionem, C. de jur. dot. l.* 1. *et* 2. *C. communi divid.* Ergo et socium partem suam alii legare posse ante judicium divisionis; vel si totum fundum legaverit pro parte sua tantum legatum effectu ipso consistere: partem dico pro indiviso: nam ante acceptum et peractum judicium communi dividundo, vel ante divisionem, non pro diviso, sed pro indiviso partem socius habet in fundo communi, quæ pars pro indiviso incerta est, quia et intellectu solo percipitur, non sensibus corporis; quia undique diffusa est per totum fundum, per omnes glebas fundi. Quamobrem et illo loco Virgilii. *Una undique circumfundimur*, recte Servius, *undique*, interpretatur pro indiviso. Pars pro diviso est certa, et sensibus corporis percipitur, *l. placet, quib. mod. us. am. l.* 1. §. *hoc interdum. uti poss.* Et rursus pars pro diviso totum quiddam verius est, quam pars fundi, *l. recte* §. *ult. de verb. sign.* veluti pars fundi pro diviso fundus verius est, quam pars fundi, *l.* 6 *si quis partem, comm. præd. l. plane*, §. *ult. de leg.* 1 Denique partes fundi pro diviso sunt partes, ὁμογενεῖς sive, ut loquuntur Dialectici, partes similares, ut partes terræ vel aquæ: nam et pars terræ est terra et pars aquæ est aqua, et similiter pars fundi est fundus. Ad hæc etiam dico, cum fundi duæ sint summæ partes, proprietas et ususfr. si vel unam ex ipsis partem communis socius vendiderit aut legaverit, veluti usumfructum, ut in specie hujus legis, non nisi pro parte ejus venditionem aut legatum effectu ipso consistere. Non ignoro, quod vulgo jactatur, et verissimum est, rei alienæ venditionem et legatum valere, *l. rem alienam, de contrah. empt.* Sed ita hoc intelligendum esse dico, ut rei alienæ venditio valeat, quoad ipsos contrahentes tantum, ut inter ipsos ultro citroque pariat obligationem, non etiam quod ad dominum rei attinet, ut ei præjudicet aut auferat rei suæ vindicationem. Et similiter legatum valere tantum, quod ad hæredem et legatarium attinet, et in specie quidem hujus legis valere indistincte, sive sciens quis, sive ignorans rem alienam, aut sibi cum alio communem esse, eam legaverit, quia proponitur fundi communis unus ex sociis usumfr. uxori legasse. *l.* 10. *in fin. de aur. et arg. l.* 10. *C. de leg.* Quoties legatur uxori, vel propinquo res aliena, vel communis in solidum indistincte valet legatum, sive sciverit testator, sive ignoraverit rem esse alienam, aut se in ea partem duntaxat habere. Verum quia hæc præmisisse sufficit, tempus est, ut speciem totam et quæstionem hujus legis exponamus. Socius tuus, qui tecum communem habebat pro indiviso, usumfr. ejus fundi legavit uxori suæ, non totius quidem fundi, ut *inf.* ait, sed pro parte sua dimidia tantum pro indiviso, quod semper intellexisse intelligitur. Et ita in *l. cum in fundo*, §. *si fundus, de jur. dot.* fundum communem datum esse in dotem, sic accipitur pro parte sua tantum. Unde et hoc loco recte, usumfr. fundi glossa supplet, pro parte sua: post socii tui mortem hæres ejus tecum agit actione communi divid. et arbiter in hanc rem sumptus, eum fundum inter vos divisit certis regionibus, ita ut nunc, quam quisque partem in eo fundo habebat pro indiviso, habeat pro diviso. Quamobrem Trebatius ejus partis, quæ tibi obtigisset, mulierem nulla ex parte usumfr. habituram, sed ejus tantum partis, quæ obtigisset hæredi socii quondam tui. At Trebatium Labeo merito reprehendit, scribens falsam esse hanc Trebatii sententiam, quia mulieri legato usuf. fundi ex par-

te dimidia totius fundi, quæ testatoris erat pro indiviso quæsitus ususfr. est. Ergo jus ei quæsitum arbiter communi divid. inter hæredem et te judicando mutare non potest, id est, usumf. qui mulieri quæsitus erat pro indiviso ex parte dimidiam coarctare non potuit ad partem dimidiam pro diviso, quam hæredi adjudicavit. Et hæc sententia Labeonis obtinuit, quod, inquit *et receptum est*: obtinuit ergo sententia Labeonis. Et consequenter mulier habebit etiam in parte tua usumf. ex media parte pro indiviso, et similiter in parte hæredis. Denique inter te et mulierem, partis, quæ tibi obtigit, ususfructus communis erit, et adversus eam quasi communi dividundo agere debes, si ab ejus societate discedere velis. Et similiter inter hæredem et mulierem, partis, quæ hæredi obtigit, ususfructus communis erit, quia divisio inter alios facta non potuit mutare causam legati alii relicti. Verum quod notandum, quia divisio peragitur invicem, facta permutatione partium, *l. si filia*, §. *si pater fam. ercisc.* dicemus eum, qui fundi usumfructum legavit, quod legatum valet tantum ex parte dimidia pro indiviso, quam in fundo habuit, eum, inquam, hæredemve ejus, alteri evicto usufructu a legatario ex parte dimidia suæ partis, quasi ex permutatione teneri evictionis nomine, actione præscriptis verbis in id quod interest. *l.* 1. *et l.* 7. *C. comm. utriusque jud.* Divisio igitur, ut jam ante dixi, facta inter alios, non mutat causam legati alii relicti, non mutat etiam causam pignoris: nam exempli gratia, si quis fundi communis partem pro indiviso pignori obligavit, post divisionem factam inter debitorem et socium non utique ea pars obligata est, quæ obtigit debitori, qui pignus contraxit, sed utriusque pars pro indiviso ex dimidia parte obligata est, *l.* 7. §. *ult. quib. mod. pig. vel hyp. sol. l.* 6. §. *si fundus comm. divid.* Neque enim debitor partem, quam nunc habet pro diviso, pignori obligavit, sed partem, quam tunc habuit pro indiviso, quam habuit et in ejus socii parte, quæ nunc ei obtigit per divisionem. Et eodem argumento sive exemplo, divisio etiam inter alios facta, non mutabit causam dotis quæsitæ marito: nam si marito mulier fundum communem dederit in dotem ex sua parte pro indiviso: post ea facta divisione fundi inter socium et mulierem, utriusque pars pro indiviso ex parte dimidia dotalis permanebit: et hoc dixi, si divisio facta sit inter alios. At si divisio fiat inter socium et maritum, ut in *l. cum. in fundo*, §. *pen. de jur. dot.* vel inter socium et creditorem pignoratitium, ut *l.* 7. §. *pen. sup. comm. divid.* vel inter socium et fructuarium, tunc sane pars tantum pro diviso adjudicata marito vel creditori, vel fructuario, doti vel pignori, vel usuifructui erit, quia jam non res inter alios judicata aliis nocet, sed nocet iis tantum, inter quos judicata est, et ita hæc distinguenda sunt. Porro huic legi nostræ Bart. opponit *leg. Julianus*, §. *idem Celsus*, *de act. empt.* In cujus specie eadem ratio non servatur: fundi partem, quem cum Titio communem habebam, pro indiviso vendidi tibi: antequam traderem, arbiter communi dividundo inter me et Titium fundum certis regionibus divisit, certisque lineis seu finibus: liberabor a te, cui vendidi partem pro indiviso, si partem, quæ mihi obtigit pro diviso, tibi tradidero, quamvis eam tibi non vendiderim, sed partem, quam ante divisionem habebam pro indiviso. Et Bart. respondet emptorem, cui nondum res tradita est, habere tantum adversus venditorem actionem in personam; quod et verum est, jus in re non habere ante traditionem, quod est verum. Mulierem autem in hac specie habere actionem in rem, habere jus in fundo, id est, habere usumfructum, totum fundum undique circumfusum, quod etiam verum est: et ideo inquit, divisionem inter alios factam jus mulieris mutare non posse, quod etiam verum est. Ceterum jus emptoris mutare posse, quod est falsum. Nugæ sunt Bartolianæ: cur quæso divisio inter alios facta mutabit potius jus quod quis habet in personam ut emptor, quam jus quod habuit in rem ut fructuarius? non potest reddi ratio diversitatis: ubi autem non potest reddi ratio diversitatis, quæ nec ulla ab eo redditur, nec deteriore jure unius, quam alterius causa, sive conditio esse debet, *l.* 3. §. 1. *de inj. rup. test.* Dicamus igitur potius quod ipsemet §. *idem Celsus* suggerit, et eo quod adstruit sive suggerit, contenti simus: nam in jure, quantum a scripto auctorum recedimus, tantum a veritate recedimus, a quo plane recessit ille, dum excogitavit distinctionem inter jus in rem, et jus in personam, quam Celsus in supradicto §. neglexit. Dicamus igitur ex eo §. emptorem contentum esse debere parte adjudicata venditori pro diviso, quamvis emerit partem pro indiviso: quia et si totus fundus venditori adjudicatus fuerit, totum fundum emptor habiturus est, aut nihil ex fundo prorsus: totum, inquam, fundum habiturus est reddito venditori pretio, quod socio pro ejus parte persolvit, sicut si cum ipso emptore partis pro indiviso actum esset communi dividundo. Eadem est conditio emptoris, idque æquitas suadet, sive cum ipso actum sit communi dividundo, sive cum auctore sive venditore ejus. At in specie proposita, fundo toto adjudicato hæredi ejus, qui mulieri legavit usumfructum fundi pro parte sua, non est mulier totius fundi usumfructum habitura, quia nec hæc mens testatoris fuerit: contra tamen si mulieri dictatum sit judicium communi dividundo, ut potest, et mulieri totus fundus adjudicatus fuerit, sane ex hac adju-

dicatione sibi facta, totum fundum habebit, non ex adjudicatione facta hæredi: Et similiter creditor pignoratitius, cui pars fundi communis pro indiviso obligata est, debitori adjudicato toto fundo, totum fundum pignoris jure sibi obligatum non habebit, quem haberet tamen, si totus fundus ei fuisset adjudicatus, accepto judicio communi dividundo inter creditorem et socium, ut potest, *l. 2. C. comm. divid. et d. l. 7. §. pen. eod. tit.* Eodemque modo maritus, cui pars fundi pro indiviso data est in dotem, toto fundo mulieri adjudicato, totum fundum non habebit in dotem, sed si ei adjudicatus fuerit, tamen totum eum fundum quasi dotalem mulieri restituet soluto matrimonio, quia beneficio partis datæ in dotem accedit altera pars, *d. l. cum in fundo, §. pen. de jur. dot.*

Ad L. XXXII.

Generali capite proposito quidam in testamento suo ita adjecit: Felici, quem liberum esse jussi, usumfructum fundi Vestigiani lego: cujus proprietatem puto te consecuturum, si non contenderis cum hærede meo, sed potius concordaveris. Sed et tu hæres omnia fac, ut amici sitis: hoc enim vobis expedit. *Quæsitum est, an vivente hærede exigere possit Felix fundi proprietatem. Respondit, nihil proponi, cur Felici proprietas fundi legata videretur.*

In hac lege multæ proponuntur species. Prima proponitur his verbis: *Generali capite, etc.* Quæro primum, quid vocet *caput generale*, quod huic legato propositum fuisse ait, nempe generalem clausulam, quæ plerunque in omnium testamentis scribi solebat: *Quisquis mihi ex suprascriptis hæres, hæredesve erunt, omnibus damnas sunto præstare, quod cuiquam infra legavero, præstari fierive jussero.* Hoc est generale caput. Et ita etiam appellatur in *l. Titia* 34. §. *pen. de legat.* 2. et in *l. post. emancipationem* 40. §. *ult. de legat.* 3. vel quod ita, in *l. cum quas. §. codicill. eod. tit.* *βούλομαι πάντα τὰ ἀποτεταγμένα κύρια εἶναι*: Volo omnia, quæ infrascripta sunt rata esse. Et ita Servius in illum locum Virgilii. *Præfatus Divos solio rex infit ab alto: hoc generale caput*, inquit, id est, *hanc præfationem Deorum. legi in omnibus Catonis, et Gracchi orationibus, quo numina invocantur.* Unde per irrisionem Cicero in Divin. *Si quid ediscere potueris, ex veteri aliqua oratione Jovem Deum opt. Max.* (Hæc erat usitata præfatio orationis veteribus) *aut vellem si fieri potuisset judicem præclare præparatum in judicium venire etc.* Et ad eundem modum Demosthenes contra Æschynem de Corona: *πρῶτον μὲν ὦ ἄνδρες ἀθηναῖοι* etc. Et Symmachus, in epistolis. *Si nobis scribenda sit*, inquit, *forensis oratio, Jovem ceterosque Deos Catonis lege precabimur.* Quod caput, sic enim etiam vocat Asconius *in divinatione*, usitatum esse imperitis causidicis, et vulgare atque adeo vitiosum exordium esse M. Tullius ait 1. *ad Heren.* quod in omnes, vel in plures causas accommodari possit. Alias dicitur exordium sive principium *galeatum*, ut declarat D. Hieron. in præfatione *lib. 1. Regnorum*, et Sulpitius Victor in *institutionibus oratoriis.* Ad rem: eodem modo generale caput dicitur, quod scribi solet in omnium testamentis: generali igitur illo capite proposito, *quisquis mihi ex suprascriptis hæres erit*, adjecit testator: *Felici, quem liberum esse jussi, usumf. fundi Vestigiani lego, etc.* Usumfructum fundi Felici liberto suo legavit, et erexit eum in spem proprietatis obtinendæ ab hærede, si cum eo bene conveniret, imo et hæredi quodammodo mandasse videtur, ut et proprietatem ei cederet, his verbis: *sed et tu hæres omnia fac*, omnem lapidem move, *ut amici sitis.* Vulgo legitur *facito.* Florentini habent *fac*: et interest: qui dicit, *fac*, properat. qui dicit, *facito*, etiam morari aliquantulum sinit, ut eleganter Celsus ait apud Pub Cassium Grammaticum: denique illud *fac*, enixum testatoris desiderium indicat, ut scilicet concilietur amicitia inter hæredem et libertum, et ut libertus ab hærede proprietatem ejusdem fundi demereatur. Unde quæritur, an libertus ab hærede etiam proprietatem ejusdem fundi exigere possit? Et præterea quamvis usumfructum tantum fundi Felici legavit, non est tamen novum, ut sub nomine usus, vel ususfructus legata intelligatur plena proprietas, *l. ult. de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* Si pecuniæ usus vel ususfructus sit legatus Titio, ita ut post mortem ejus ad Mevium redeat, proprietas pecuniæ legatur, aut, ut ait *l. donat.* §. 1. *de donat.* non separata proprietas ab usu videtur. Denique plena pecuniæ proprietas legata videtur, quia post mortem legatarii eam pecuniam restitui voluit Mevio, et restitui non potest fructuario, quia morte ejus finitur ususfructus. Proinde inutile est fideicommissum Mevio relictum, nisi statuas legataria plenam proprietatem legatam, addito onere fideicommissi. Et similiter *in l. filio, inf. hoc tit.* quam hoc loco explicabimus, si uxori legavit mundum muliebrem, lanam, linum, vestem, ornamenta, aurum, argentum, id est, vasa aurea vel argentea, quæ ipsius usui destinata erant, usumve eorum, et adjecit, ut post mortem uxoris supradictæ res ad filias suas reverterentur, quæve ex iis tunc viverent, ait proprietatem earum rerum uxori legatam videri, eadem ratione scilicet, quia post mortem ejus eas res voluit restitui filiabus, quæ restitui non possunt, si ususfructus tantum

earum uxori legatus censeatur, sed post mortem uxoris, si ei ponamus usumfructum tantum legatum, eæ res omnes reverterentur ad proprietarium, id est ad hæredem, apud quem mansit proprietas, quæ est etiam ratio *l.* 15. *inf. de aur. et arg. leg.* Unde licet ita constituere generaliter: ususfructus alicujus rei legatus, ita ut post mortem legatarii restituatur alii, quam hæredi instituto, redeatve ad alium, quam hæredem institutum: ususfructus, inquam, si ita sit legatus, ejus rei plena proprietas legata videtur. Recte dixi post mortem legatarii si ita legatus scilicet, ut restituatur illi post mortem legatarii: nam si pure, vel in diem certum jussus sit legatarius alii usumfructum restituere, aliud dicendum est *l.* 29. *sup. hoc tit.* Recte etiam dixi alii, quam hæredi instituto: nam si hæredi instituto, restitui jusserit usumfructum, quem legavit, post mortem legatarii, nullum est fideicommissum, *l.* 25. *sup.* Superioribus est simile, quod habetur *in l. Proculus, de usufruct.* Usumfructum insulæ, id est, domus tibi do, lego, ita ut eam insulam altius non tollas, et officias luminibus alterius insulæ hæreditariæ. His verbis ait *l. Proculus*: insulam posse legari. Insulæ nomine plena proprietas significatur, hoc est certissimum, ergo his verbis plenam proprietatem insulæ, legavi, quia nec servitutem altius non tollendi debere, alius quam proprietarius potest, sicut nec deberi servitus alii potest quam proprietario, *l.* 2. §. 1. *si serv. vind.* Nec res, cujus proprietas apud hæredem manet, alii rei hæreditariæ servire potest, non potest res mea mihi servire, servitus est jus in re aliena, non in re nostra, nulli res sua servit. *l. in re commun. de servit. urban. prædior. l. uti frui, si ususfruct. petat. l. si prius*, §. *sic et si*, *de aq. et aq. plu. arcend.* Ratio quam Accursius adjicit *d. l. Proculus*, quia fructuarius, inquit, etiamsi non prohibeatur a testatore, non potest ædes altius tollere, invito proprietario, hæc, inquam, ratio non est idonea, quia idem etiam non potest proprietarius, invito fructuario, quoniam turbatur tectum sublato ædificio, et fit injuria, vel proprietario, si tollatur a fructuario, vel fructuario, si tollatur a proprietario, *l.* 7. §. *hac ratione*, *et l.* 13. §. *idem Nerva*, *de usuf.* Ex his satis intelligimus, interdum ex voluntate defuncti, et habita scilicet voluntatis potius ratione, quam verborum, sub nomine usus vel ususfructus plenam proprietatem legatam videri. An igitur, ut in superioribus exemplis, usus vel ususfructus nomine plena proprietas legata videtur? sic etiam in specie hujus l. hæc est quæstio, maxime propter illa verba, quæ legato usufructu fundi, subjecit de proprietate consequenda ab hærede, sive promerenda. Et hoc Scævola negat, quia nullum, inquit, proponitur idoneum argumentum, cur, etiam proprietas legata videatur: legavit tantum usumfructum, et spem fecit obtinendæ proprietatis, si bene ei conveniret cum hærede: proprietatem non reliquit, atque ideo vivente hærede procul dubio Felix proprietatem ab hærede exigere, inquit, id est, extorquere ab invito non potest, proprietatis petitionem vivente, et nolente hærede non habet. At tentari potest, mortuo hærede, proprietatem Felici deberi, veluti ex causa fideicommissi, quia id maxime voluisse videtur patronus, cum dixit, *Sed et tu hæres fac.* Et hoc quoque suadent verba hæc Scævolæ: *an vivente hærede exigere possit Felix fundi proprietatem*, quasi scilicet mortuo hærede videatur posse exigere ab hærede hæredis.

Ad §. 1. *Filios.*

§. 1. *Filios ex Sejo et filiam ex alio marito, hæredes instituit æquis portionibus, et matri ita legaverat*: Ælia Dorcadi matri meæ dari volo, quoad vivat, usumfructum bonorum meorum, ita, ut post obitum ejus ad liberos meos, aut ad eum qui ex his vivet, pertineat. *Filii post aditam hæreditatem decesserant: quæsitum est, mortua matre, superstite filia testatricis, ususfructus utrum ad solam filiam, an vero pro portione hæreditatis pertineret. Respondit ad eos redire, apud quos proprietas esset.* Claudius, *non tradidit ipsum usumfructum in vicem portionum hæreditarium post mortem aviæ, inter ipsos datum: eo magis, quod æquis partibus hæredes erant scripti.*

Sequitur alia species *in* §. *Filios*, male enarrata a nostris. Mater filios, quos habuit ex uno marito, et filiam, quam habuit ex alio marito, hæredes instituit æquis portionibus et matri suæ Æliæ Dorcadi reliquit per fideicommissum bonorum suorum usumfructum, *quoad viveret*, quæ adjectio, *quoad viveret*, vim repetitionis habet, *l.* 5. §. 1. *quibus modis ususfructus amittatur.* Ita scilicet ut post mortem matris ususfructus bonorum pertineret ad liberos suos, id est, ad filios, et filiam, vel ad eum, qui ex his tunc viveret, quod fideicommissum nullum est, ut didicimus supra ex *l.* 25. nam etiamsi hoc non caverit, proculdubio pertineret ad liberos, morte matris extincto usufructu jure consolidationis, jure proprio. Filii post aditam hæreditatem vita decesserunt, superstite sorore, et matre: post mortua est mater, superstite filia, queritur utrum sola filia sit habitura usumfructum bonorum omnium quia moriente matre, sola ex liberis vixit, et dixerat mater in testamento: *vel ad eum, qui ex his tunc vivet*, an vero ad filiam tantum pertineat ususfructus pro portione sua hæreditaria? Et re-

spondet Scævola, breviter solens suo more ad eos redire usumfructum, apud quos proprietas esset. Ergo non tantum redire ad filiam superstitem, sed etiam ad hæredes filiorum, quandoquidem filii post aditam hæreditatem defuncti portiones suas hæreditarias ad hæredes suos transmiserunt. Igitur et ad hæredes quoque filiorum usumfructum redire pro portionibus hæreditariis jure suo non jure fideicommissi, quod ut dixi nullum et inutile est, *d. l.* 25. Denique filiam solam non habituram usumfructum omnium bonorum. Et ad hoc Scævolæ responsum notat Claudius Tryphoninus explanandi causa, ut recte sentit hoc loco Fulgosius, non ut Accursius corrigendi, Claudius interpres fuit brevitatis Scævolæ sive explanator; notat, inquam, Claudius Scævolam, qui ita respondit, usumfructum ad eos redire, apud quos proprietas est, non existimasse liberis post mortem aviæ invicem portionum hæreditariarum, id est, pro rata portionum hæreditariarum inter ipsos, id est, vice mutua fideicommissum, usumfructum datum, puta, ut qui prior, vel qui priores morerentur, restituerent post mortem aviæ, scilicet proportionibus suis hæreditariis usumfructum superstiti, vel superstitibus, quod est mutuum sive reciprocum fideicommissum. Non hoc existimasse Scævolam, quamvis dixerit testator, *vel ad eum, qui ex his vivet*, sic est accipiendum; si qui sunt præmortui, non adierint hæreditatem, atque ita nihil transmiserint ad hæredes suos. Ideo que solam filiam non habituram usumfructum, sed et cum ea in partes ususfructus hæreditarias venire hæredes fratrum maxime, quia liberi omnes proponuntur instituti ex æquis portionibus, ut quas portiones habent in proprietate, habeant et in usufructu ipsi, hæredesve eorum; morte aviæ ad proprietatem recurrente usufructu.

Ad §. 2. *Uxori*.

§. 2. *Uxori usumfructum domuum, et omnium rerum, quæ in his domibus erant, excepto argento, legaverat: item usumfructum fundorum, et salinarum: Quæsitum est an lanæ cujusque coloris, mercis causa paratæ: item purpuræ, quæ in domibus erant, ususfructus ei deberetur. Respondi, excepto argento, ex his, quæ mercis causa comparatæ sunt, ceterorum omnium usumfructum legatariam habere.*

Uxori legavit usumfructum domuum suarum et omnium rerum, quæ in iis domibus essent, *excepto argento*, id est, vasis argenteis, et insuper eidem legavit usumfructum fundorum suorum, et salinarum: nam et privatis salinas habere licebat, *l. forma*, §. *salinæ, de censib. l.* 5. §. 1. *de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt*: quod hodie vix licet, excepit testator argentum, quod in domibus esset. Excipit etiam Scævola, hoc loco, ex tacita voluntate defuncti, ea quæ in iisdem domibus defunctus habuit promercii causa, veluti lanam, aut purpuram, quam ibi venalem habuit, sicut sales jam paratos, quos in salinis habuit mercis causa. Mox idem Scævola ait, non cedere usumfructum salinarum, sed cedere sales tantum, qui ex salinis eruerentur vel effoderentur, et conficerentur, quia de iis, quæ jam ibi habuit testator promercii causa, sensisse non videtur, quoniam ea ibi habuit, non ut ibi essent, sed ut illico transferrentur ab emptoribus, vel ut ipse illico ea transferret in forum, aut basilicam venundandi causa. Et ita penu legata, legato non cedit fructus promercalis, *l.* 4. §. *item si quis, de pen. l.* Argento legato, legato non cedit argentum promercale, *l. pediculis*, §. *idem cum quæreretur, de aur. et arg. leg.* Quia id tantum legasse videtur, quod usibus suis familiæque suæ destinatum erat. Verum semper hac in re spectandum est, quid senserit testator. Nisi de promercalibus sensit, legato cedunt, et de his etiam utique sensisse videtur, si omnium bonorum suorum usumfructum legavit. Nam et promercalia sunt in suis bonis. Et ita DD. existimant hoc loco, recte, nam et omnium bonorum usufructu legato, nomina debitorum continentur, *l.* 24. *hoc tit.* quæ tamen domo legata, vel usufructu domus, cum iis, quæ ibi essent, non continentur, *l. si mihi Mæviæ* 92. §. *ult. de leg.* 3. *l. Gajus, de leg.* 2. Idem etiam sensisse videtur testator, si ea, quæ in domibus erant, legaverit, et in iis non sint nisi promercalia. Quod ita Accursius existimat, et tradit *in d. lege pediculis*, §. *idem cum quæreretur.* Ibidemque Bart. probat. Idem quoque sensisse videtur, si filiis, et filiabus hæredibus institutis, filiis percipui titulo legavit domum instructam, vel domum, *et ea quæ ibi essent*, et amplum ac luculentum patrimonium, reliquerit, quod satis abundeque filiabus sufficiat, etiam detracta domo, et omnibus rebus, quæ ibi sunt. Nam et hoc casu voluisse videtur, ut promercalia, quæ domi essent, ad filios suos pertinerent, non etiam si exceptis promercalibus, quæ restant in bonis defuncti, perexigua sint. Quæ est sententia *l. quæsitum* 12. §. *sed et ipse Pap.* 43. *de inst. et inst. leg.* Ait autem Scævola obiter, cum hæc tractat: *Lanæ cujusque coloris*, *itemque purpuræ*: separati purpuram a lana, ut *et l. cum quæreretur*, §. *lana, de leg.* 3. *et l. pediculis*, §. *Labeo, de aur. et arg. leg.* quamvis purpura nihil aliud sit quam lana, purpura sine murice tinta, sed hæc lana ab alia lana separatur, propter purpuræ eximium usum et pretium. Cur vero purpuram ex adverso lanæ ponit, etiam lanam tinctam lanam esse putat, quod

tamen Sabinus negabat, *l. si cui lana, de leg.* 3. Paulus admittebat, ut patet ex 3. *sentent. tit. de leg.* admittebant etiam alii. Idque et *in hoc* §. illa verba indicant. *lana cujusque coloris*, quæ non acceperim de colore naturali, sed de fucato, quem tintura adfert. Subjicitur consultus fuisse idem Scævola, ab eodem, qui et eum de superiore quæstione consuluerat, an priore capite, uxori legato usufructu prædiorum, ut supra expositum est, si posteriore capite testator rogaverit uxorem, *ut ex usufructu sibi legato contenta esset in annum decimum quintum, annuis quadringentis, et ut quod amplius in usufructu esset, id proficere sineret lucro hæredis*, an, inquam, videatur recessisse a priore capite, quod simpliciter uxori legaverat usumfructum omnium prædiorum, ita ut uxor non amplius ex usufructu domuum, fundorum, salinarum ferre possit, quam quadringenta? Et quia erat plus quam manifestum, testatorem recessisse a priore voluntate, a superiore capite, eleganter Scævola respondet, *satis id, quod quæreretur, aperte verba, quæ proponerentur, declarare*, quod perinde est, atque si dixisset, stultam consultationem esse, ut *in l. Domitius, qui test. fac. poss.* vel hoc in dubitationem male deduci, ut in *l.* 67. *de solut.*

Ad §. 3. *Lucius.*

§. 3. *Lucius Titius, testamento suo, Publio Mævio fundum Tusculanum reliquit, ejusque fidei commisit, uti ejusdem fundi partem dimidiam ususfructus Titiæ præstaret. Publius Mævius villam vetustate corruptam, cogendis et conservandis fructibus necessariam ædificavit, quæro, an sumptus partem pro portione ususfructus Titia adgnoscere debeat. Respondit, si prius, quam usumfructum præstaret, necessario ædificavit, non alias cogendum restituere, quam ejus sumptus ratio habeatur.*

Hujus §. responsum ad verbum Paulus repetit in *l. Titius, de usufr.* eum, cui testator legaverat usumfructum fundi, rogaverat, *ut partem dimidiam ususfructus alii cederet, et præstaret*, si legatarius in eo fundo villam vetustate corruptam cogendis et conservandis fructibus (villa est pars fundi) *c' est une grange*, suis sumptibus necessario refecit, partem dimidiam sumptuum a fideicommissario servare potest per retentionem fideicommissi, vel partis ususfructus, opposita scilicet exceptione doli mali, vel etiam, ut Accursius adjicit recte, officio judicis, si omiserit exceptionem doli. Et comprobatur belle hæc Accursii adnotatio, *l. sumptus, de rei vind. et l.* 14. §. 1. *communi divid.* Et ita etiam generaliter is, qui in alieno solo ædificavit suis sumptibus, sumptus, quos fecit servare potest per retentionem tantum rei, vindicante rem domino, non etiam per actionem, *l. Paulus respondit, de dol. except. l. idque,* §. 1. *de act. empt. l. si quis sciens, C. de rei vindicat.* Denique sumptus, quos fecit, reputare potest, non repetere. Scævola ait hoc loco villæ ædificationem fuisse necessariam, villam necessario fuisse ædificatam, duobus locis, ac si velit, non nisi necessariarum impensarum reputationem legatario competere, quod tamen fortasse non vult, sed necessariarum impensarum maxime, ut proposuerat consultor, reputationem esse, nec tamen ideo exclusit reputationem etiam utilium impensarum, nec etiam excludenda est, ut docet initium Observationis 10. Illinc assumes, quod ad hoc latius comprobandum facit. Igitur legatarius non ante præstabit fideicommissario partem dimidiam ususfructus, quam ab eo receperit pro ea parte impensas necessarias, vel utiles, quas in fundum fructuarium facit. Et hoc est, quod dicimus, servari a legatario impensas per retentionem: vel quod idem est per reputationem: vel quod idem est per exceptionem doli mali. Quod si forte per errorem legatarius omissa reputatione sive retentione, ususfructus partem præstiterit, incerti condictio ei competit, quasi plus debito præstiterit, per quam condictionem possessionem condicit, rem incertam, quam retinere potuit, nec retinuit: retinere enim potuit, quoad sumptuum factorum in villæ refectione partem fideicommissarius refudisset. Et hoc de condictione incerti ostendit *l. qui exceptionem,* §. *si pars, de cond. ind. et l. hæres* 21. *ad SC. Treb. et l.* 60. *de l.* 1. quæ conjungenda est cum extremo *l. si in area* 33. *de cond. ind.* quæ etiam ad hanc rem pertinet. Condictio, inquam, incerti legatario competit, qui per errorem sumptuum reputationem omisit, non ut Accursius opinatur, actio neg. gest. quia nullum in ea re versatur negotium fideicommissarii, qui nondum acceperat usumfructum, quæ tamen actio neg. gest. dabitur altero casu, quem Accurs. cum superiore conjunxit, videlicet si post præstitam partem ususfructus ex causa fideicommissi legatarius villam refecit, quia tunc egit fructuarii negotium, et sibi quoque prospexit in futurum, quoniam ad se rediturus est ususfructus, *l. si absente, de usufr.*

Ad § 4.

§. 4. *Duas filias et filium mentecaptum hæredes scripsit: filiæ portionis mentecapto datæ usumfructum legavit in hæc verba:* Hoc amplius Publia Clementiana præcipiet sibi quartæ partis hæreditatis meæ ex qua Julium Justum filium meum hæredem

instituí. Peloque a te, Publia Clementiana, uti fratrem tuum Julium Justum alas, tuearis, defendas pro eo, pro quo tibi usumfructum portionis ejus reliqui, donec mentis compos fiat et convalescat. *Quæsitum est, cum filius in eodem furore in diem mortis suæ perseverans decesserit, an ususfructus interciderit? Respondit, verbis, quæ proponerentur, perseverare legatum. nisi manifestissime probetur, aliud testatorem sensisse.*

Pater filias et filium mentecaptum hæredes instituit ex disparibus partibus, filias ex dodrante filium mentecaptum ex quadrante, et portionis filii mentecapti usumfructum præcipui titulo legavit uni ex filiabus, rogavitque eam, *ut quoad frater resipuisset, quoad frater convaluisset, eum aleret et tueretur, et quæcunque opus ei esset, ipsa dependeret:* si frater in eodem furore vita decesserit, quæritur an quasi convaluerit frater, ususfructus finiatur in persona filiæ. Mors enim secundum Sophoclem est, *βέλτιστος ἰατρὸς τῶν νόσων*. De qua etiam Æschylus: Μόνος κακῶν ἰατρεῖς. *Sola*, inquit, *mederis morbis curatu difficillimis.* Respondet autem Scævola, non finiri usumfructum. Et addit lex *ambiguitatem, C. de usufr.* in qua eadem quæstio a Justiniano proponitur, perinde esse ac *si quoad viveret*, filiæ ejus portionis legatus ususfructus fuisset: denique morte fructuarii finiri usumfructum, non morte proprietarii, id est filii mentecapti, *l. neque, quibus modis us. amitt. l. 3. C. de usufr.* Marcus Tullius in Topicis; *si paterfamilias*, inquit, *uxori ancillarum usumfructum legaverit a filio, neque a secundo hærede legaverit, mortuo filio, mulier usumfructum non amittit*, id est, morte proprietarii non amittitur ususfructus; quod et superiores leges dicunt. Verum Scævola addit hanc exceptionem, nisi manifestissime probetur, aliud testatorem sensisse: probationes exigit verbis manifestiores. Et utique semper manifestissimæ et evidentissimæ probationes contrariæ voluntatis requiruntur, cum jus commune et verba testatoris refragantur, ut *l. libertas*, §. *ult. de man. test. l. plane*, §. *sed si non corpus, de leg.* 1. Et hoc nimirum in hac specie manifestissime probari convenit, propter filii mentecapti utilitatem, filiæ legatum usumfructum, ut filii morte finiatur ususfructus: alioquin dicimus usumfructum perseverare etiam filio mortuo, cujus rei argumentum præbet *lex illis libertis, de condit. et dem.* quam tamen DD. huic *l.* adversam faciunt. Sed omnino congruit exceptio illius *l. illis libertis*, cum exceptione hujus leg. Responsum autem utrumque etiam convenit. Et præterea etiam nihil obstat huic responso, *lex alumne*, §. *ab hæredib. de adim. leg.* ibi testator Lucio Titio legavit 60. sub hoc modo: *ut si moreretur testator in provincia, curaret corpus ejus in patriam reportari*, qua cura non eodem testamento translata ad hæredes suos, proculdubio, ut ait, ademisse Lucio Titio pecuniæ legatum videri: quo nihil equidem moveor, quia ibi legavit sub modo, qui pro conditione est, *l.* 1. *C. de his, quæ sub. mo.* ut scilicet ea pecunia curaret corpus, etc. hic legavit pure addito onere fideicommissi. Item ibi transtulit onus impositum legatario ad hæredes suos: hic onus fideicommissi non transtulit ad alium. Magna igitur est diversitas inter hanc et illam speciem, nec ita temere ex qualibet specie argumentandum est. Nec obstat etiam *lex liberto* §. *filium, sup. tit. prox.* quam iidem Doctores objiciunt, ubi scilicet fideicommissum, quod pater ab uxore hærede instituta filio reliquit, filio debetur cum fructibus: nec quicquam est amplius, si breviter vis tibi perstringi eum §. In eo §. fideicommissum, quod ab uxore hærede instituta pater filio reliquit, *cum pervenisset ad justam ætatem*; filio debetur majore effectu cum fructibus, propter rationem ibi allatam: nihil etiam eo moveor quia ibi filius mortuus non est, et pervenit ad justam ætatem, hic mortuus est, nec recipit sanitatem, in ipso furore mortuus est. Nihil etiam obstat *lex liberto*, §. *ult.* ubi mortuo fratre majore natu, a quo pater fideicommissum reliquit fratri impuberi, *cum adolevisset*, etiam antequam adoleverit, statim ei tutorive fideicommissi petitio competit, propter rationem, quam ibi explanavi; quia etiam ea species longe diversa est: hic proponitur mortuus fideicommissarius, ibi proponitur mortuus is a quo fideicommissum relictum est, fideicommissarius autem vivere.

Ad §. 5. *Hæredis.*

§. 5. *Hæredis instituti fideicommisit, filio suo annua decem præstare, aut ea prædia emere, et adsignare, ut usumfructum haberet, reditum efficientia annua decem. Filius, fundos sibi hærede secundum matris voluntatem traditos, locavit. Et quæsitum est, defuncto eo reliqua colonorum utrum ad hæredem filii fructuarii, an vero ad hæredem Sejæ testatricis pertineant. Respondit, nihil proponi, cur ad hæredem Sejæ pertineant.*

In §. *pen. hujus legis* hoc ostenditur, quod est summe notandum: mater hæredem suum rogavit, *ut filio præstaret annua decem*, vel, *certa prædia sibi emeret, quæ ferrent annua decem, eorumque usumfructum præstaret, traderet, adsignaret* (*adsignare* hoc loco pro *tradere* positum est) *filio*: traditis ei prædiis et adsignatis, id est, inducto filio in prædia fruendi causa, vere usumfructum, filio legavit, non aliter nisi sub disjunctione, *annua decem*, *vel usumfructum prædiorum, quæ ferrent*

annua decem si prædia filius locaverit, et moriatur filius, nondum finita locatione, ait reliqua colonorum, id est, pensiones, sive mercedes præteriti temporis deberi hæredi filii, hæredi fructuarii, non hæredi matris qui est proprietarius, et ad quem ususfructus rediit, mortuo filio: quia etsi ususfructus finiatur morte fructuarii, nec transeat in hæredem ejus, nec item alii fructus fructuario acquisiti intelligantur, quam qui ab eo percepti sunt, et in horrea reconditi, vel a solo separati ita ut hoc solum resideat, ut in horrea reponantur: denique fructuario acquiruntur tantum fructus, quos percepit ipse vel alius ipsius nomine, *l. 8. sup. tit prox.* Quanquam hæc ita sint, tamen pro rata ejus temporis, quo constituit ususfructus hæredi fructuarii fructus debentur, quod etiam optime comprobat sive indicat *lex si operas, de usufr. et l.* 18. §. *ult. de stip. serv.* Et probat aperte *l. uti frui,* §. *si post litem* 4. *si usufr. pet.* et *l. si quis domum* §. 1. *loc.* et omnium optime *hic* §. *pen.* Et ita videmus, mortua uxore, inter maritum et hæredem uxoris dividi fructus fundi dotalis pro rata temporis, quo stetit matrimonium, *l. fructus,* §. *Papinianus*, *sol. matr.* Et est æquissimum, ut et mortuo fructuario idem statuamus. Est æquissimum, inquit *d. lex si quis domum* §. 1. quæ est sententia maxime notanda.

Ad §. 6.

§. 6. *Usumfructum tertiæ partis bonorum suorum uni ex hæredibus legaverat: quæsitum est, an pecunia, quæ ex rebus divisis secundum æstimationem effecta est, tertia præstanda sit: respondi, hæredis esse electionem, utrum rerum, an æstimationis usumfructum præstare vellet. Item quæsitum est, tributa, præterea, quæ vel pro prædiis, aut moventibus deberi et reddi necesse est, an eximenda sint ex quantitate, ut reliquæ duntaxat pecuniæ, si hoc hæres elegerit, reddi debeat. Respondit reliquæ pecuniæ tertiam præstandam.*

Testator duobus hæredibus institutis, uni ex eis præter portionem hæreditariam legavit usumfructum tertiæ partis bonorum suorum: etiam partis bonorum ususfructus legari potest, *l. etiam partis, de usufr.* sicut pars bonorum etiam legari potest, *l.* 23. *de leg.* 1. quæ hodie id obtinuisse ait: nam legatum olim tantum singularum rerum erat legatum. Sed et placuit postea, ut partis bonorum partisve hæreditatis legatum consisteret, *l. mulier,* §. *ult. ad SC. Trebell.* sed speciem, quam cœpimus proponere, persequamur. Post mortem testatoris inter cohæredes accepto judicio familiæ erciscundæ, res singulæ hæreditariæ æstimatæ sunt justo pretio sicut fieri solet in eo judicio, atque etiam in judicio, communi divid. *l. Mævius,* §. *ult. famil. ercisc. l.* 10. §. *ult. comm. divid. l.* 3. *C. eod. tit.* Et ita inter cohæredes res omnes hæreditariæ divisæ et adjudicatæ sunt pari pecunia, uni scilicet adjudicatæ sunt res quædam tanti æstimatæ, et alii quoque aliæ res tantidem æstimatæ. Æstimatio æqualitatem constituit inter cohæredes. Et ait Scævola, electionem esse hæredis id est cohæredis, ex cujus persona tantum consistit prælegatum tertiæ partis bonorum cohæredi relictum, quoniam hæredi a semetipso legatur inutiliter, a cohærede utiliter: electionem, inquam, esse hæredis, id est, cohæredis, ex cujus parte legatum consistit, utrum rerum quæ ei obtigerunt judicio divisionis, tertiam partem dare velit fruendi causa, an pecuniæ, hoc est, æstimationis tertiæ partis, interposita scilicet cautione, si pecuniam dare elegerit, de tanta pecunia restituenda, *cum morietur, vel capite minuetur*, quantam accepit: pecuniam accipit pro æstimatione sive pretio, ut in *l. eum qui, de furt.* pecuniam æstimationis intelligit, pecuniam pretii. Et interest vero quandoque plurimum, utrum rerum an æstimationis usumfructum dare eligat hæres, qui prælegato oneratus est: nam si præter usumfructum tertiæ partis bonorum in hac specie, res quædam alia hæreditaria eidem hæredi prælegata sit, et cohæres rerum usumfructum dare elegerit, ea re deducta, quæ prælegata est, ceterarum duntaxat rerum usumfructum præstabit pro parte tertia, quia eadem res sæpius præstari non potest, *l. servus legatus*, §. *Stichum*, *de leg.* 1. Sed si elegerit præstare usumfructum æstimationis, ea re, quæ etiam eidem prælegata est, non deducta; tam ejus rei, quam ceterarum rerum æstimationem præstabit: nam ex eodem testamento et res et ejusdem rei æstimatio deberi et præstari potest, *l. nutu*, §. 1. *de leg.* 3. Et hoc quidem discrimen exponitur in *l. si alii usus*, *et* §. 1. *de usufr.* Quæ autem electio in hac specie cohæredi datur, eadem etiam datur hæredi cuilibet parte bonorum extraneo legata, quamvis, quod notandum, nulla rerum æstimatio facta sit, nempe ut in potestate hæredis sit rerum partes an æstimationem legatario præstare velit. Et ita est proditum in *l.* 26. §. *ult. sup. de leg.* 1. Ad hæc sciendum est, quia usumfr. tertiæ partis bonorum uni ex hæredibus testator prælegasse proponitur, quia dixisse proponitur, *bonorum partem*, ante omnia deduci debere æs alienum, et præter æs alienum deduci quoque et eximi debere tributa, quæ jam fisco debentur pro prædiis, aut animalibus, et ex residuo partem tertiam esse præstandam immunem et liberam: et hanc deductionem fieri, non tantum si cohæres rerum tertiam partem præstare

malit, sed et æstimationis: quia ut dixi, bonorum ususfructus legatus est, et bona (si, ut nostri auctores, proprietatum verborum sumus retinentissimi) intelliguntur ea duntaxat, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum* 39. §. 1. *de verbor. signif. l.* 11. *de jur. fis. l. mulier bona*, *de jur. dot. l.* 2. §. 1. *de coll. bon.* Quint. declam. 273. *Bona quæ sunt? ut opinor*, inquit, *quæ detractis alienis deprehensa sunto*, deducto ære alieno omni, detractis oneribus bonorum; et tributa utique sunt onera bonorum; et ad hæc valde pertinet *l. ult. hoc tit.* quam hoc loco explicabimus: nihil interest, inquit, utrum *bonorum* quis an, *rerum tertiæ partis* (quod et de qualibet alia parte dici potest) usumfructum legaverit, sed plerunque uxoribus, quæ olim solidum capere non poterant ex testamentis maritorum, legabatur ususfructus tertiæ partis bonorum, l. Julia et Papia non permittente uxori legari plus quam decimam partem bonorum, et præter decimam usumfructum tertiæ partis, ut nominatim Ulp. scribit *lib. sing. reg. de decimis.* Nihil autem interesse, inquit, utrum bonorum, aut rerum uxori forte tertiæ partis usumfructum reliquerit. Sic Florentini habent: *nihil interest*, et manuscripti complures, hi maxime, qui sunt melioris notæ. Vulgo perperam: *multum interest*: recte igitur, *nihil interest*, *utrum bonorum*, *an rerum usumfructum legaverit*: legata vero præstantur semper deducto ære alieno, prius exsolvi oportet æs alienum, deinde legatum, aut fideicommissum, æs alienum non absumit legatum, legatum præstatur sine onere, nisi si quod onus fideicommissi legatario testator ipse imposuerit, *l.* 1. §. *denique*, *ad SC. Trebell.* sed ut hæc ipsa *l. ult.* indicat, alia tamen in re interest, *bonorum* dixerit, an *rerum*: nam si *bonorum* dixerit tertiam partem, vel tertiæ partis bonorum usumfructum, etiam nomina debitorum legato continentur, *l.* 24. *hoc tit.* æs alienum non continetur, sed æs suum continetur, id est, quod debetur defuncto, non quod defunctus debet. At si dixerit, *rerum* usumfructum do, lego, vel tertiæ partis rerum usumfructum do, lego, nomina debitorum, sive actiones hæreditariæ, quas habuit defunctus, non continentur: in bonis enim computantur etiam actiones, *l.* 40. *de V. S.* non item in rebus. An legato fundo, an legatis ædibus continentur etiam actiones, quas defunctus habuit? quis hoc dicet? in rebus legatis non continentur actiones etiamsi sint quædam actiones, quibus res illæ causam dederint, *l. si mihi Mævia*, §. *ult. de leg.* 3. Et hoc est, quod ait *l.* 1. §. *si hæres*, *ad SC. Trebell.* actiones personales (nam de iis etiam loquimur, non de hypothecariis) non sequi fundum legatum, hypothecarias sequi, si fundus sit obligatus hypothecæ; bona tamen sequi, si bona legata sint parsve bonorum. Et ita illam legem paucis scite et adseverate interpretamur. Porro ait Scævola hoc loco, *tributa præterea*, *quæ vel pro prædiis aut moventibus deberi et reddi necesse est: Præterea* ut sit adverbium, ubi *moventia* proprie accipiuntur pro animalibus, quia se ipse movent, ut *l.* 1. *de ædil. ed.* sunt αὐτοκινητὰ. Mobilia moventur, moventia movent se, vel aliam quamque, et ita volventia Cornelius Fronto ait, esse quæ volvunt, volubilia, quæ volvuntur. Et pro mancipiis etiam et pecoribus tributa publico inferri constat, nedum pro prædiis, ex *l.* 4. §. *in servis*, *et* §. *pen.* si expendantur illa verba: *quæ nata sunt*, *inf. de censib.* Et quod ait, *quæsitum est*, *an deducenda sint ex quantitate pecuniæ sive æstimationis tributa præterea*, *ut reliquæ duntaxat pecuniæ*, *si hoc hæres*, id est, cohæres, *elegerit*, *reddi debeat* cohæredi scilicet, cui tertiæ partis bonorum ususfructus legatus est, quod, inquam, ait *tributa præterea*, quod male in Florentinis scribit divisim, *præter ea*, sicut et in omnibus libris in §. 1. *hac lege*, etiam perperam scribitur divisim *in vicem*, cum sit scribendum *invicem*, ut sit adverbium. Et ita sententia illius §. 1. erit manifestior, quæ est hujusmodi: Scævolam non credidisse ipsum usumfructum portionum hæreditariarum invicem inter ipsos, id est, vice mutua datum. Ad rem ergo, quod ait, *tributa præterea*, id est, æs alienum, quærit, an et tributa præterea sint deducenda bonis, ut reliquæ pecuniæ prælegatum cohæredi præstetur? Æs alienum cum dicimus, voluntarium dicimus, quod debemus ex contractu voluntario: tributorum collatio æs alienum est necessarium; et loco æris alieni potius, quam æs alienum, ut et impensa funeris, quæ dicitur etiam deduci loco æris alieni, antequam legatariorum aut Falcidiæ ratio habeatur: ut item pretia servorum testamento manumissorum: ut idem dos, quam defunctus a nuro accepit, quam filius hæres institutus in ponenda ratione l. Falcidiæ deducit æris alieni loco, *l. si dos socero*, *ad leg. Falcid.* quæ omnia ex bonis eximuntur, sive deducuntur, legata parte bonorum, et ex residuo præstatur pars, *l.* 9. *de leg.* 2. aliter quam si hæreditatis pars legata esset: nam hæreditatis nomen etiam onera comprehendit, *l.* 8. §. *ult. eod. tit.* Hæreditatem hæreditatisve partem absumit æs alienum, et quicquid æris alieni loco est, bona autem nequaquam. Bona videlicet si naturaliter accipiantur, ut accipi etiam ea oportet in legatis, quæ scilicet commodum adferunt, non incommodum: non sic accipiuntur civiliter. Duplex est significatio bonorum, una civilis, altera naturalis, ut in *tit. de bon. poss.* Bona civiliter accipiuntur, et idem complectuntur, quod hæ-

reditatis nomen, id est, commoda et incommoda omnia.

Ad L. XXXVIII.

Sempronio ea, quæ vivus præstabam, dari volo. *Is etiam habebat in testatoris domo, quæ uni ex hæredibus prælegata erat. Quæsitum est, an habitatio quoque debeatur? Respondit, nihil proponi, cur non debeatur.*

§. 1. *Ex his verbis testamenti*: Libertis meis, quibus nominatim nihil reliqui, quæ vivus præstabam, dari volo. *Quæsitum est, an libertis qui cum patrono suo in diem mortis habitabant, etiam habitatio relicta videatur? Respondit videri.*

§. 2. *Codicillis ita scripsit.* Nigidium, Titium, Dionem libertos meos senes et infirmos, peto, in locis, in quibus nunc agunt, senescere patiamini. *Quæro an ex hoc capite liberti suprascripti ex fideicommisso fructus locorum, quibus morantur, recipere debeant, cum alia, quæ eis specialiter legata sunt, sine controversia consecuti sunt. Respondit, verbis, quæ proponerentur, id petitum, ut ad eum modum paterentur hæredes ibi eos esse, ad quem modum ipsa patiebatur.*

Si libertis vel cui alii legavero, *quæ vivus præstabam*, et is in domo mea mecum, me vivo, habitaverit, quamvis domum uni ex hæredibus prælegavero, habitationem ei vel eis in ea domo, quam vivus præstabam, gratuitam legasse videor, et habitabunt in ea una cum hærede, cui domus prælegata est, ut *l.* 1. §. *ult. sup. tit. prox.* Una cum hærede, recte, quia legatum habitationis non derogat legato domus, nec dici potest, hoc casu speciem derogare generi, quod nimis multis verbis hic DD. tractant, ut solent esse in re facili multi, in difficili muti. Neque enim habitatio species est domus aut pars, sed res est sui et proprii generis. Quod si cum hæredibus suis collocutus testator vel testatrix ita dixerit: *Peto ut illos libertos meos senes et infirmos in illis locis in quibus nunc agunt, senescere patiamini*, non continuo videtur eis eorum locorum fructus per fideicommissum legasse, nisi et eos perceperint vivo testatore: sed hoc tamen videtur legasse, ut ibi habitarent et agerent ad eum modum, quo ibi agebant testamenti facti tempore. Et ait consultor in hac specie ad Scævolam, *cum alia*, inquit, *quæ his specialiter legata sunt, sine controversia consecuti sunt*, an scilicet hoc est semper intelligendum, an etiam sine controversia illorum locorum fructus recipere debeant? quod negat Scævola, nisi et eos receperint vivo testatore. Quoniam id tantum petitum videtur, ut ad eum modum hæredes ibi libertos illos senes et infirmos esse paterentur, ad quem modum testatrix patiebatur.

Ad L. XXXIV.

Codicillis fideicommissa in hæc verba dedit: Libertis, libertabusque meis, et quos in codicillis manumisi, fundum, ubi me humari volui dari volo; ut qui ab his decesserit, portio ejus reliquis accrescat, ita ut ad novissimum pertineat. Post cujus novissimi decessum ad Remp. Arelatensium pertinere volo: hoc amplius libertis libertabusque meis habitationes in domo quandiu vivent. Pactiæ et Trophimæ diætas omnes, quibus uti consuevit, habitet. Quam domum post mortem eorum ad Remp. pertinere volo. *Quæsitum est, Reip. fideicommissum utrum ab hærede, an a libertis datum sit. Resp. secundum ea, quæ proponerentur, posse ita verba accipi, ut ejus legatarii, qui novissimus decederet, fideicommissum videatur. Idem quæsiit; defunctis quibusdam ex libertis, quibus habitatio relicta erat, an portiones domus, in quibus hi habitaverant, jam ad Rempublicam pertineant. Respondit, quoad aliquis eorum vivat, fideicommissum Reipublicæ non deberi.*

In hac lege hæc proponitur species; Patronus libertis suis per fideicommissum fundum legavit, *ita ut qui ex eis prior moreretur, quive priores morerentur, superstitibus portiones suas restituerent, donec ad unum fundus perveniret in solidum.* Post mortem autem ultimi sive novissimi voluit eum fundum pertinere ad Rempublicam Arelatensium: hæc fuit celebris Resp. in Gallia, et dicitur ab Ausonio altera Roma. Eo autem genere testator libertos in eo fundo invicem substituit, novissimo autem morienti substituit Remp. ut in *l. Titia Sejo*, §. *Seja, de leg.* 2. Eisdem libertis habitationes reliquit in domo aliqua, et Pactiæ, et Trophimæ, quæ erant ex libertabus præcipuæ, reliquit diætas quibus uti consueverant in eadem domo. *Diætæ* sunt proprie γυναικῶνες, quæ sunt in interiore parte ædium, ut vel hic locus indicat: et post mortem quoque eorum earumque, eandem domum ad eandem Remp. pertinere voluit. Ait Scævola fideicommissum Reipub. relictum videri a libertis, non ab hærede, ab eo scilicet liberto, qui novissimus moreretur, nec quamdiu vel unus ex libertis superest, Remp. ad fideicommissum admitti posse. Hæc est sententia primi responsi hujus legis. Cui opponitur *lex ult.* §. *pen. de leg.* 2. (nunquam desunt Doctorum oppositiones, quoniam eas petunt unde unde, vel juste vel injuria, id est, calumniose, et plurimum subtiliter) ubi libertis legato relicto, iisdemque rogatis, ut eo contenti

essent, quandiu viverent: post eos ut id legatum perveniret ad filios testatoris, ait, prout quisque libertorum vita decesserit, filiis pro portionibus defuncti fideicommissum deberi; portionem defuncti deberi, superstitibus ceteris collibertis. Sed nihil est, quod tam facile dilui possit. Ibi neque liberti invicem substituti sunt, neque filii novissimo morienti: sed hoc tantum dixit: post vos res legatas filiis meis restituatis, quæ verba, *Post vos*, sunt dividua, et sic accipiuntur, ac si separatim legato relicto libertis, Gajo, Titio, Mævio, dixisset, post Gajum, post Titium, post Mævium, videlicet cum invicem substituti non sunt cessante mutua substitutione, verba illa, *post vos*, dividenda sunt pro numero personarum. Idemque eadem ratione statuendum est, si dixerit post mortem vestram, ut in *l. Lucius*, §. *Gajo*, *ad Treb.* Nam hæc verba dividenda sunt, ubi facta non est mutua substitutio, id est, ubi invicem inter ipsos libertos non est fideicommissum datum. Opponitur etiam superiori parti h. l. in qua dicitur, non ab hærede, sed a libertis legatariis fideicommissum Reip. Arelatensium, relictum videri, *l. si servus*, §. *qui margaritæ*, *de leg.* 1. ubi creditore pignoratitio rogato pignus vendere, et quod ex pretio supra debitum amplius redegisset, restituere Titiæ, ait fideicommissum Titiæ relictum videri ab hærede, quamvis cum eo testator locutus non sit, non a creditore, cum quo locutus est: sed hoc ita, quia creditor legatus non est, nec poterat onerari fideicommisso. *Quem non honoro, non onero.* In hac specie liberti, a quibus relictum erat fideicommissum, legatarii erant, quod et Bartolus animadvertit.

Ad §. 1. *Qui Semproniam.*

§. 1. *Qui Semproniam ex parte decima, Mæviam ex parte decima, alumnum ex reliquis partibus instituerat hæredes: curatorem alumno dedit cum jure facere putaret, et curatoris fideicommisit, ne pateretur fundum venire: sed cum Sempronia at Mævia nutricibus suis frueretur reditu ejus, et una parte testamenti ita adjecit:* Omnem voluntatem meam fidei hæredum meorum committo. *Quæsitum est, an tertias partes ususfructus fundi nutrices ex fideicommisso petere possint, quamvis curator ei receptus sit, quem jure dare non poterit alumno. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, utiliter fideicommisso voluntatem suam confirmasse. Id igitur cuique dedisse, ut et nutrices una cum alumno reditu fundi uterentur.*

Alumnum minorem 25 annis, et nutrices ejus, quæ ei infantulo lac præbuerant, hæredes instituit, et alumno curatorem dedit, et a curatore nutricibus fideicommissum reliquit, nempe rogavit, *ne curator pateretur fundum quendam hæreditarium venire, sed cum nutricibus uteretur, frueretur reditu ejus*: quo genere videtur ei usumfructum fundi et nutricibus reliquisse: et in inferiore parte testamenti adjecit, *omnem voluntatem meam fidei hæredum meorum committo.* Qua clausula non commisit suam voluntatem curatori, sed alumno tantum et nutricibus. Quamvis autem curator jure datus non sit, quia curator testamento recte non datur, *l.* 1. *de confirm. tut.* sed tutor tantum, propterea quod lex 12. tabul. de tutela tantum loquitur: *super tutela pecuniave rei suæ*, non dicit, *super cura.* Et curatorem vel tutorem dare non licet, nisi quatenus lex permittit. Curator igitur in hac specie non jure datus est, quia datus est testamento: tamen fideicommissum ab eo nutricibus relictum valet, perinde atque si ab alumno relictum esset, ut et fideicommissum a tutore non jure dato, relictum valet, quia ab ipso pupillo relictum videtur, *l. peto*, §. *mater*, *de leg.* 2. Et similiter fideicommissum relictum a curatore non jure dato, ab adolescente relictum videtur, et valet igitur. Et ita Scævola hoc loco respondit, consultus, an nutrices in usufructu illius fundi saltem partes trientes habituræ, essent: *quæsitum est*, inquit, *an tertias partes*, id est, trientes, *ususfructus fundi ex fideicommisso petere possint*, *quamvis curator ei receptus sit, quem jure dare non potuerit alumno*, scribendum est hoc loco uno ductu: *quamvis curatorei*, pro *curatori*, ut in *l.* 31. *uxorei* pro *uxori.* Et sensus hic est: quamvis curatori jure non dato. usumfructum fundi receperit, id est, exceperit, quamvis ususfructus fundi sit curatori receptus, reservatus una cum nutricibus, ut fundo fruetur cum nutricibus: non ideo tamen minus nutrices ad fideicommissum admitti, non ideo etiam minus curatorem partem facere nutricibus, et ideo nutricibus trientes tantum deberi, non semisses. Trientes tantum deberi, perinde atque si curator concurreret, qui tamen non concurrit: nec enim quod curatori datur quasi curatori, qui jure curator non est, id ei debetur. Et non est novum in jure, ut partem faciat, id est, ut ejus persona numeretur in partibus faciendis, qui partem non capit, *l. hujusmodi*, §. *si Titio*, *l. plane*, §. *si conjunctim*, *de leg.* 1. Fruentur ergo fundo nutrices una cum alumno, ut Scævola respondet, non una cum curatore, qui partem quidem facit, sed partem non fert. Alumnus vicem subit locumque curatoris. Hæc præcipua vis hujus responsi, quam glossulæ et Doctores nullo modo percipiunt.

Ad L. XXXV.

Uxori usumfructum villæ legavit in quinquen-

nium a die mortis suæ. Deinde hæc verba adjecit: et peracto quinquennio, cum ejus ususfructus esse desierit, tunc eum fundum illi et illi libertis dari volo. *Quæsitum est, cum uxor intra quinquennium decesserit, an libertis proprietatis petitio jam, an vero impleto quinquennio competat: quia peracto quinquennio testator proprietatem legaverat. Respondit, post completum quinquennium fundum ad libertos pertinere.*

Uxori legavit usumfructum villæ in quinquennium continuum, numerandum a die mortis suæ: ususfructus recte legatur et constituitur ad certum tempus, ut *l.* 6. *sup. et l.* 37. *inf. l.* 5. §. 1. *quibus modis ususfr. amitt. l. ut puto*, §. *ususfructus, famil. ercisc. l.* 1. §. *item si ex die, quan. dies leg. ced.* Et villæ usufructu legato, quod notandum, etiam legatus videtur ususfructus agri vel fundi, ut Paulus definit, 3. Sentent. *Villis* (hæc sunt ejus verba) *vel agris separatim legatis, alterum alteri cedere.* Idem testator præterito quinquennio, atque adeo tempore finito usufructu, *tunc* (hæc sunt verba testatoris) *fundum libertis suis dari voluit.* id est, plenam proprietatem: quæritur, an mortua uxore intra quinquennium, statim libertis fundum restitui oporteat? Quod Scævola negat, quia libertis fundus relictus est ex die: dies igitur expectanda est, et extrema quidem dies quinquennii, quam significat articulus *tunc*, ut *l.* 4. §. *ult. de condit. et demonstr.* quæ plurimum ad hanc quæstionem facit. Igitur non nisi post completam eam diem, id est, post completum quinquennium, fundus pertinet ad libertos, id est, fundi fideicommissum eis non debetur, nisi peracto quinquennio: interim ergo fundus erit hæredis pleno jure. Et ad hujus rei comprobationem similia argumenta duci possunt ex *l. si cum* §. 1. *si quis caut. et l.* 8. *et* 124. *de verb. obligat.* Promisi hominem certo die sisti in judicio sub pœna, et is homo intra diem constitutum periit, dolo malo meo: an statim pœna adversus me committitur, quia certum est, eum hominem nunquam sisti posse, qui dolo malo meo periit? Minime: sed expectari diem oportet, quo hominem sisti promis quia tota stipulatio est collata in diem, alioqui frustra dies adjecta esset. Item ex *l. Statius*, §. *ult. de jur. fisc.* ubi ostenditur, fideicommissum relictum post mortem hæredis, bonis omnibus hæredis publicatis, non deberi statim a fisco, qui ei successit, sed expectandam esse mortem hæredis. Itemque ex *l. cum tale*, §. *Mæviæ*, *de cond. et demonstr.* ubi legatum mulieri, *si non nupserit*, relictum proximis calendis, relictum in diem certum, licet ipso jure mulieri remittatur conditio viduitatis, mulieri tamen non debetur legatum statim, antequam dies venerit, quia legatum non est tantum conditionale, sed etiam in diem. Eademque est ratio *l.* 8. *de verbor. oblig.* Nihil autem objiciunt glossæ, vel Doctores, quod non legenti stomachum moveat, vel risum, et vel maxime, quod stultis etiam objectionibus suis qua ratione sit respondendum, aut plane non esse respondendum, non vident. In *l. aliquando*, §. *ult. ad Senatusc. Vellejan.* quæ objicitur, si mulier in diem expromiserit pro alio, ea intercessio mulieris infirmatur statim, antequam dies venerit ex Senatusconsulto Vellejano, et datur actio in veterem debitorem, non in mulierem: denique non expectatur dies in quam mulier intercessit, quid ni? Nihil enim attinet, ut idem §. ostendit, nec interest cujusque eam diem expectari, cum in in ea causa sit vetus debitor, ut omnimodo debeat suscipere actionem veterem. In *l. fundus, si ususfr. petat.* quæ etiam objicitur, fundum tibi legavit detracto usufructu, et mihi ejusdem fundi usumfructum sub conditione: ego expecto conditionem, tu interim fundum possides pleno jure, et eodem plane modo in hac specie liberti expectant diem, interim hæres fundum possidet, habet et tenet: tantum abest ut hæc dissonent, ut vel maxime consonent.

Ad L. XXXVI.

Sticho testamento manumisso fundi ususfructus erat legatus. Et cum is uti fruique desisset, fidei hæredum testator commisit, uti eum fundum darent Lucio Titio. Sed Stichus testamento suo ejusdem fundi proprietatem nepotibus suis legavit. Et hæredes Stichi ex testamento ejus, legatariis nepotibus eum fundum tradiderunt. Quæsitum est, cum nepotes legatarii ignoraverint conditionem fundi suprascripti, priore testamento datam, et plus quam tempore statuto possederint, an eum fundum sibi acquisierint. Respondit, secundum ea quæ proponerentur, legatarios sibi acquisisse.

§. 1. *Idem quæsiit, si aliquo casu legatariis auferri possit, an repetitionem ab hæredibus Stichi ejus nepotes habere possint. Respondit, supra quidem de acquisitione responsum: verum si ex alia causa acquisitio cessasset, videri Stichum, si post mortem eorum, quibus proprietas legata esset testamentum fecisset, potius quod habere se crederet, quam quod onerare hæredes vellet, legasse.*

Sticho liberto suo *fundi usumfructum* legavit, et cum morte Stichi, vel alio modo finitus esset ususfructus, fidei hæredum commisit, ut fundum ipsum darent Lucio Titio. Stichus moriens, ejus fundi proprietatem, quam non habuit, nepotibus suis legavit, quibus et hæredes Stichi fundum tradiderunt bona fide accipientibus, id est, ignorantibus causam fundi, et conditionem testamento prioris testatoris datam, eumque fundum nepotes, plus quam statuto

tempore (statutum tempus suffecisset) bona fide, ut diximus, et titulo pro legato possederunt, ut usuceperunt: proculdubio dominium ejus fundi acquisiverunt, non jure legati, quia hæredes Stichi non plus juris in eos transferre potuerunt, quam ipsi habuerunt, sed jure usucapionis quod plenum jus tribuit. *l.* 17. *in fine*, *de rei vindic.* Nec quo minus dominium fundi usucapione acquirerent, mala fides Stichi si qua fuit, vel hæredum ejus eis impendimento fuit, ut ostendit *l. an vitium* 5. *de divers. et temp. præscript. et l. ult. pro empt. et l. ult. pro dot.* Quæ duæ sunt ex eodem Scævolæ libro. At ex contrario, facito, nepotes nondum usucepisse fundum, et antequam implerent justum tempus usucapionis, aliquo casu amisisse possessionem fundi: quæritur, an si ab hæredibus eis fundus legatus est, ex legati causa fundum petere possint? Quod videtur, quia rei alienæ legatum valet, et quidem hoc casu valet indistincte, sive sciverit Stichus fundum esse alienum, sive ignoraverit, quia proponitur legasse nepotibus suis conjunctis personibus, *l.* 10. *C. de leg.* Et quod in contrarium sumitur ex *lege uxor, eod. tit.* nihil est. *Uxor*, inquit, *quæ tantum usumfructum habuit, res tuas non potuit legare.* Imo potuit, si scierit esse tuas, et indistincte, si conjunctis personis eas legavit. Quid ergo est, quod ait *legare res tuas non potuit*? id est, plenam proprietatem earum. Hoc nempe est non potuisse eam hoc genere legati earum rerum dominium transferre in alium, ceterum legatum valere, quod ad hæredem uxoris et legatarium, nihil est certius. Verum in hac specie, si ita, ut diximus, Stichus nepotibus suis fundum legavit, cum jam esset præmortuus L. Titius, cui priori testamento fundus relictus erat, cum finitus esset ususfruct. Verius est, nepotibus legatum non deberi, quia considerandum, quo tempore nepotibus eum fundum legaverit; eo nempe legavit tempore, quo in rebus humanis esse desierat is qui sperabat proprietatem fundi et exspectabat, atque ideo imperitia lapsus videtur fundum nepotibus suis legasse, quod crederet fundum suum esse e medio sublato L. Titio. Imperitia certe lapsus, quia mortuo L. Titio proprietas fundi remanebat apud hæredes patroni, a quibus nunquam recesserat. Ceterum hæc opinio Stichi posterioris testatoris facit, ut hæredes suos onerare voluisse non videatur, ad præstandam rem alienam, quam suam esse opinabatur, quamvis eam legaverit conjunctis personis id est, nepotibus suis. Denique non videtur eam aliter nepotibus suis legaturus fuisse, quam si eam suam esse credidisset, de qua mente testatoris ubi constat, ne conjunctis quidem personis legatum debetur: in dubio debetur indistincte, sive sciverit testator rem esse alienam, sive ignoraverit, ut institutiones docent, et aliæ leges pleræque.

Ad L. XXXVII.

Uxori meæ usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim. *Quæsitum est, an prædiorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et supellectilis, itemque Calendarii ususfructus ad uxorem pertineat. Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, omnium pertinere.*

Hujus l. sententia hæc est: qui *usumfructum bonorum suorum* legavit, ut hic proponitur, maritus uxori suæ usumfructum bonorum suorum legasse. Et similiter in *l.* 32. §. 2. *et l.* 24. *hoc tit.* uxori, idemque si alibi cuilibet proponatur quis usumfructum bonorum suorum legasse, ut *l. ususfr. ad leg. Falcid.* Et nihil refert, sive bonorum suorum usumfructum legaverit, *quoad viveret legatarius*, *sive in vitam legatarii*, an usque *ad certum tempus*, ut in specie h. l. Uxori usumfructum bonorum suorum legavit, donec filia sua implevisset annos 18. Sive igitur quis in vitam, sive ad certum tempus usumfructum bonorum suorum legaverit, omnium bonorum usumfructum legasse videtur. Usumfructum igitur prædiorum urbanorum et rusticorum, usumfr. mancipiorum: urbanorum similiter et rusticorum, usumfr. mobilium, veluti supellectilis aut penoris, et usumfr. quoque Calendarii, id est, nominum debitorum, ut *d. l.* 24. *sup. hoc tit. l.* 1. *C. de usufr.* Obligationum igitur et actionum quas habet, videtur legasse, non etiam, quibus obstrictus est, quia earum nullus est usus. Obligationum, ut loquuntur activarum, non passivarum: nam passivæ oneri sunt, non fructui. *Ergo Calendarium* hic non potest accipi, nisi de actionibus, quas testator habuit, non de actionibus, quibus obstrictus fuit. Et bonorum denique appellatione æs suum continetur, non æs alienum in omni parte juris, nummi sui non nummi alieni, et alia vis est appellationis rerum, *l. ult. hoc t.* Nam sub appellatione *rerum*, neque æs suum continetur, neque æs alienum, sed nuda rerum corpora. At sub appellatione *bonorum*, continetur æs suum. Eodem vero exemplo, id est, sicut qui legat usumfructum bonorum, omnium bonorum usumfr. legat: ita qui dicit *hæres meus damnas esto dare*, vel quid aliud, perinde est atque si dixisset omnis hæres meus, *l. si pluribus, de leg.* 2. *l. si plures, de leg.* 3. Qui legat penum, videtur legare omnem penum, *l.* 4. §. *pen. de pen. leg.* Qui vestem suam legat, omnem vestem, quam habet, legat, sive virilem, sive

muliebrem, *l. Plautius, de aur. et arg. leg.* Indefinita oratio accipitur pro universali, sed non utique necessario semper: neque enim, si verum est, civem Romanum fecisse testamentum, necessario sequitur omnem civem Rom. fecisse testamentum. At necessario tamen indefinita accipitur pro particulari: ut si verum est civem Rom. fecisse testamentum, nacesse est aliquem civem Rom. fecisse testamentum. Denique ratum hoc est inter Dialecticos, et natura manifestum, indefinitum necessario accipi pro particulari, pro universali non necessario, quod et tradit Martianus Capella lib. 4. qui est de Dialectica. Porro sciendum est omnium bonorum usufr. legato, si legatum excedat dodrantis æstimationem: id leg. Falc. minui, *l. omnium, de usufr.* Qua ratione, aut quomodo? nempe, hæredib. ex æstimatione ususfr. præstito eo, quod superat dodrantem: ut *l.* 1. §. *si ususf. in fin. ad leg. Falcid.* Fructus autem integri legatario cedunt, quod obtinuit olim indistincte, sive liberi aut parentes: sive extranei hæredes instituti essent. At hodie ex *Nov. Justiniani* 18. *de trien. et semis.* liberis aut parentibus hæredibus institutis, et usufr. omnium bonorum uxori legato: liberis aut parentibus hæredibus institutis, ut dixi, debetur bonorum, quæ morientis fuerunt, Falcidia plena, non deducto usufr. et reliquorum duntaxat bonorum ususfr. pertinet ad uxorem, et ita minuuntur corpora fructuum, minuitur bonorum ratio: namque pars quadrans bonorum, vel hodie triens aut semis datur liberis, ut eam habeant pleno jure: pars autem reliqua datur uxori, cui relictus ususfr. omnium bonorum. Ad hæc quæritur, si legavero usumf. omnium bonorum meorum, vel quod idem est bonorum meorum, ut hæc lex ostendit, an etiam futurorum bonorum usumfructum legasse videor, quæ post testamentum acquisivi, quod tentat Accurs. *l. quoties*, §. *ult. de usufruct.* Mihi falsum videtur, quia hæc demonstratio, *bonorum meorum*, quæ et semper intelligitur, id est, semper intelligitur sensisse testator de bonis, quæ tunc ejus erant, cum faciebat testamentum: hæc, inquam, demonstratio expressa vel tacita præsens tempus significat, non futurum. Et ita est proditum in *l. si ita esset legatum, de aur. et arg. leg.* et facit *l. uxorem*, §. *testamento, de leg.* 3. Nec moveor, qua motus est Accurs. *leg. ult. C. quæ res pign. oblig. poss.* Quoniam, qui generaliter pignori obligat *omnia sua bona*, vel *sua bona*, intelligitur pignorasse etiam futura, quamvis id non dixerit, quia hic mos est generaliter contrahendi pignoris in hæc verba, *quæ habeo: quæque habiturus sum.* Hunc esse aut fuisse morem, indicat *lex ult. C. de remis. pig. et l. et quæ nondum* 15. §. 1. *sup. de pign.* et quod est in more positum, id semper agi intelligitur, etiamsi non exprimatur, ut *l. ult. C. de fidejuss. l. si servus communis*, §. *locavi, inf. de furt.* conjuncta *l. in prædiis, sup. in quib. caus. pign. vel hyp. tac. l. quod si nolit*, §. *quia assidua, de Ædil. edic.* Mos autem non est legandi omnia bona sua præsentia et futura. Itaque sive *omnia bona sua* legavit, sive *omnium bonorum suorum usumfructum*, non videtur sensisse de futuris. Item quæritur, an is, cui legatus est ususfructus omnium bonorum, teneatur respondere creditoribus hæreditariis, tanquam hæres, qui tamen non est hæres nec successor juris, sed rerum tantum. Et Bartolus, qui existimavit eum teneri creditoribus hæreditariis, qui utitur fruitur omnibus bonis jure legati vel fideicommissi, movetur hac ipsa lege, quod usufructu bonorum uxori legato, dicat etiam Calendarii usumfructum ad uxorem pertinere: perperam omnino, quia Calendarii nomine æs suum intelligitur, non æs alienum, vel ut illius idiotismum imiter, obligationes activas, non passivas, quia usumfructum legavit, et passivæ oneri sunt, non fructui. Nihil est apertius, et præterea tantum abest ut is, cui ususfructus omnium bonorum legatus est, onus æris alieni agnoscere debeat, ut nec onus illud incumbat ei, cui omnia bona legata aut donata sunt, qui juris successor non est, fateor teneri eum actione hypothecaria, si bona omnia hypothecæ, vel pignori obligata sint, hoc nemo negabit. Fateor etiam, eum teneri actione Pauliana, si ei donata sint omnia bona in fraudem creditorum, *l. omnes*, §. 1. *quæ in fraud. cred.* Nego eum teneri actione personali ex contractu donatoris, vel quasi contractu: non tenetur certe actione personali is, cui legata sunt omnia bona, quia ei legatum non præstatur, nisi deducto ære alieno, *l.* 1. §. *denique, ad Trebell.* Et præterea deducta Falcidia, quæ supersunt, ubi satisfactum est creditoribus, et hæredi scripto, cui semper Falcidia illibata servari debet, ea sola pertinent ad legatarium: ergo ei non incumbit onus æris alieni, quod jam deductum est. Et alia est ratio (ne quis cum Bartolo etiam hoc argumento utatur in contrarium) ejus, cui hæres rogatus est restituere omnia bona, vel omnem rem, quæ testatoris fuit, *l. nam quod*, §. *ult. ad Trebell.* quia ut ait *l. cogi*, quæ illam sequitur testator, qui rogavit hæredem, *ut restitueret Titio omnia bona sua*, vel, *universam rem suam*, vel *universa bona sua*, de successione sensisse videtur, puta ut fideicommissarius esset successor juris, et vicem locumque hæredis obtineret, qua ratione fideicommissarius obligatur ære alieno, et ei restituuntur bona, non deducto ære alieno, *l.* 58. *eod. tit.* Fideicommissarius obligatur tanquam hæres pro dodrante, si

Falcidia intervenerit, vel in assem si non intervenerit, ut in testamento militis, vel si hæres coactus adierit hæreditatem, et restituerit, quo etiam casu cessat Falcidia ex Senatusconsulto Pegasiano. At legatis omnibus bonis verbis directis, de pecunia sensisse videtur testator, sive de corporibus hæreditariis, non de successione, et legatarius, legatarius est, non fideicommissarius Trebellianus. Donatis autem omnibus bonis inter vivos, vel rebus omnibus, ea etiam duntaxat donata intelliguntur, quæ supersunt deducto ære alieno. Ergo ad legatarium non transit onus æris alieni, quod prius deductum est. Deductio æris alieni etiam in donationibus inter vivos locum habet, sive res, sive bona donaverit: at legis Falcidiæ deductio sane non habet locum in donationibus inter vivos; sed locus est constitutionibus, quibus placet immensam donationem in extraneum collatam, a liberis postea susceptis, in totum rescindi, *l. si unquam* 8. *C. de revoc. don.* vel ab his liberis, qui fuerunt donationis tempore, non in totum quidem rescindi, sed rescindi tantum pro modo portionis legitimæ, quod satis ostendunt constitutiones tituli *de inoff. donat.* Quia igitur sive bona, sive res, sive bonorum rerumve pars donata sit, ante omnia deducitur æs alienum, et res ære alieno solutæ donatario præstantur, consequens est, eum non respondere creditoribus donatoris; quinimo etsi ea lege donatio facta sit nominatim, *ut donatarius subiret onus æris alieni*, quod quidem etiam semper actum intelligitur, si donator usus fuerit non bonorum, sed hæreditatis nomine. Exempli gratia, si hæreditatem Sejanam, id est, quæ ad se a Sejo pervenerat, donaverit: nam videtur eam donasse cum suis oneribus et incommodis, simul et commodis, quoniam hoc hæreditatis nomen significat, quod est nomen juris, non corporis. Et ita est proditum in *l. hæreditatem, de donat.* Verum et hoc quoque casu donatarius a creditoribus Seji conveniri non potest, quia nullum negotium cum eis gessit, sed donator tantum cum eo experiri potest actione præscriptis verbis, in id quod interest, *d. l. hæreditatem, et l. legem* 9. *et l. cum res, C. de donat.* vel donatione perfecta nudo consensu, ut hodie fit ex constit. Justiniani, per retentionem hæreditatis, vel per retentionem rerum donatarum, cum id actum est, ut onus æris alieni donatarius sustineret, extorqueri a donatario potest cautio per retentionem, sive exceptionem doli mali, petente donatario, quod sibi donatum est, exprimi ab eo potest cautio *defensum iri, et indemnem servatum iri donatorem,* sicut convenit adversus creditores, ut fit in aliis plerisque causis, *l. cum filius*, §. *Lucio*, *de l.* 2. *l. qui concubinam*, §. *cum ita* 2. *de leg.* 3.

Ad L. XXXVIII. et XLI.

L. XXXVIII. Fundi Æbutiani reditus *uxori meæ* quoad vivat, *dari volo, quæro, an possit tutor hæredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamil. ex locatione fundi redigere consueverat. Respondit posse. Item quæro, an habitare impune prohiberi possit. Respondit non esse obstrictum hæredem ad habitationem præstandam. Item quæro, an compellendus sit hæres reficere prædium. Respondit, si hæredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem diminutum sit. Item quæro, quo distat hoc legatum ab usufr. Respondit, ex his, quæ supra responsa essent intelligi differentiam.*

L. XLI. Cum ita legatum esset, fructus annuos fundi Corneliani Publio Mævio do, lego: *perinde putat accipiendum esse Labeo, ac si ususfructus fundi similiter esset legatus, quia hæc mens fuisse testatoris videatur.*

In hac l. 38. quæritur, cum fundi reditus uxori legatus est, *quoad vivat*, et filio impubere hærede instituto, eique tutore dato, an tutor eum fundum vendere possit, permissu prætoris scilicet uti oportet, etiam invita uxore, si modo offerat uxori annuam quantitatem, quam ex locatione ejus fundi testator redigere consueverat, quæ proprie reditus dicitur, et redactus, et refectus: reditus a redeundo: nam et fructus redire dicuntur. Varro 1. de re rust. *fructus pro impensa ac labore redire.* Redactus, a redigendo, ut in *l. defuncta*, §. *ult. de usufr.* Et in libr. Palladii de re rust. *redactus*, inquit, *tenues colligemus.* Refectus autem a reficiendo, *l. Lucius*, §. *hæredem* 12. *ad SC. Trebell.* Nam et fructus et prædia refici dicuntur. Varro 1. de re rust. *Nemo*, inquit, *sanus debet velle impensam et sumptum in culturam facere, si non potest refici, nec si potest fructus reficere, si videt eos fore pestilentia infectos.* Et idem 4. de ling. latin. *damnum esse, quotiens minus refectum est, quam quanti constat.* Respondet autem Scævola ad quæstionem propositam, tutorem hæredis fundum vendere posse, quod confirmat etiam *l. liberto in pr. sup. tit. prox. l. ult.* §. *ult. de contr. empt.* Quod et adeo verum est, ut nec emptorem vel fundum sequatur onus legati, quia legato reditu fundi, neque realis, neque personalis servitus constituta est, *l.* 12. *sup. tit. prox.* In arbitrio igitur hæredis esse, utrum reditus uxori sive matri præstare velit, an æstimationem, ut *l.* 52. §. *ult. h. t. l.* 26. §. *ult. de leg.* 1. Item quæritur in hac lege an in eo fundo habitare uxor prohiberi possit? Et respondet, prohiberi posse, quia pecuniæ tantum reditus, vel fructuum corpora pro ar-

bitrio hæredis, ut dixi ei leg. sunt, non ususfr. fundi, non servitus, non jus in fundo. Aliud est reditus, aliud ususfructus. Ususfructus nomen est juris, reditus nomen corporis, vel pro corpore æstimationis. Item quæritur, an compelletur hæres reficere fundum forte deteriorem factum? Et ait, non cogi, nisi facto et culpa ejus minores reditus facti sint. Et præterea cum ab eodem Scævola quæreretur, quid legatum reditus distaret a legato ususfructus: Respondit, satis ex iis, quæ supra respondisset, intelligi differentiam. Quo modo? nempe quia hæres non potest vendere fundum fructuarium, id est, plenam proprietatem cum effectu, quia ab emptore fructuarius usumfructum vindicare potest, *l. pen.* §. *utrum*, *si ususfr. petat.* hæres nudam proprietatem vendere potest, *l.* 2. *C. de usufr.* non fundum. Item fructuarius in fundo habitare prohiberi non potest, quia nec usuarius, qui minus juris habet, *l. si habitatio*, §. *ult. de usu et hab.* Et hinc apparet differentia, quæ ex eo pendet, quod ususfructus est servitus, ergo jus: reditus non est servitus. Addit Accursius aliam differentiam quam arbitror esse veram, quia reditus quotquot annis accipiuntur de manu hæredis, usumfructum autem fructuarius quotquot annis suo jure percipit. Recte igitur in hac Rubrica separatur reditus ab usufructu, quia, ut jam ostensum est, multum distat ususfruct. a reditu. Commune tamen hoc est inter legatum ususfructus et legatum reditus, quod utrumque finitur morte legatarii, etiamsi non sit adjectum, *quoad vives*, (quod tamen est adjectum in hac specie) *l.* 22. *sup. h. t. l.* 6. *usufr. quem cav.* Item commune hoc est, quod sive reditus legatus sit, sive ususfr. hæres cogitur reficere quod suo suorumve facto deterius factum est, ut et fructuarius similiter; non etiam, quod vetustate forte vel alio casu majore deterius factum est, *l.* 7. §. *quoniam*, *l.* 65. *de usufr.* *l.* 2 *si usufr. pet.* Opponitur autem huic separationi reditus ab usufr. *l.* 41. *inf. h. t.* cum qua congruit omnino *l. si quis ita*, *de usufr.* quibus memini me respondere in *l.* 12. *sup. tit. prox.* Si paterfam. ita legavit, *fructus annuos fundi illius Pub. Mævio do, lego*, ex voluntate defuncti ususfr. debetur, mens ea videtur fuisse testatoris, qui dixit, *fructus annuos lego*, ut legaret usumfr. Hanc, ait, esse sent. Labeonis, et duci ex mente testatoris: ex mente certe potius, quam ex verbis, quia fructuum verbo non jus, sed corpus significatur, *l. vaccæ*, *de evict.* Sed hæc plerunque est mens testantium, hicque loquendi mos, ut fructum accipiant pro usufructu. Proinde qui fructus annuos legavit fundi certi, usumfructum ejus fundi voluisse legare videtur: quanquam minus apte legatus sit. Adde et usumfruct. fundi ex mente testatoris legatum videri, si velle se dixerit, ut quis frueretur fundi reditu, quod ostendit *l.* 34. §. *qui Semproniam*, *sup. hoc tit.*

Ad L. XL.

Illi cum illo habitationem lego. *Perinde est, ac si ita.* illi et illi, *legasset.*

Sive dixerit testator: *Illi et illi habitationem vel usumfructum lego*, sive, *illi cum illo habitationem lego*, veluti *mulieri cum liberis suis usumfructum fundi lego*, ut *l. si mulieri*, *de usufr. accresc.* Et in *Orat. pro Cæcin.* mulieri usumfructum, ut una fruatur cum filio, ii sunt conjuncti re et verbis, et inter eos versatur jus accrescendi, quæ est sententia hujus l. Et sic in *eod. tit. de usufr. accresc. l. si quis Attio*, dicitur, nihil interesse, ita legetur *ususfructus illi et illi cum Mævio*, an ita *illi et illi Mævio*, articulum, *cum*, vim habere conjunctionis: et ideo, si dixerit, Gajo et Sejo cum Mevio, Sejum et Mevium non vocari in unam partem, et Gajum in alteram, sed tres partes fieri per concursum, perinde atque si dixisset, Gajo et Sejo et Mevio. Et in *l. triplici* 142. *de verb. sign.* re et verbis conjunctionem contingere, si ita dixerit: Titius cum Mevio hæredes sunto, et idem extat in *l. Titiæ*, §. *pen. de leg.* 1. et in *l. si servo sub conditione*, *de statulib.* Idemque locum habet, non tantum in hæredibus vel legatariis, sed etiam in reb. legatis: nam et qui legavit fundum cum domo, utrumque conjunctim legasse videtur. Et duo sunt legata, non unum, *l. si quis inquilinos*, §. *si ita*, *de leg.* 1. Verum huic parti obstat l. 5. cui addi potest etiam *l.* 1. *de instr. et instrum. leg.* Ubi hoc interesse dicitur inter legatum *fundi cum instrumento*, et legatum *fundi et instrumenti*, quod priore casu fundo alienato a testatore post testamentum factum, instrumentum fundi non debetur, posteriore casu debetur. Sed ut respondeam, non negat utrumque deberi: debetur enim utrumque, fundus et instrumentum, si testator non mutaverit voluntatem, sed non pari modo, parive jure. Fundus enim debetur tanquam res principalis, instrumentum tanquam accessio fundi, cum ita dixit: *fundum cum instrumento do, lego.* Ceterum unum legatum est fundi scilicet et ideo si vivus testator fundum alienavit, neque fundus debetur quia ademptus intelligitur, neque instrumentum, quia accessionis locum obtinet. Et ut ait *l.* 2. *de pec. leg.* quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptæ fuerint. Eademque ratio est servi legati cum peculio: nam servo alienato a testatore, vel manumisso, vel mortuo vivo testatore, nec servus debetur, nec peculium, quia

peculium est accessio servi, *l.* 1. *et* 2. *inf. de pecul. leg.* et in *Inst.* §. *si quis ancillas*, *de leg.* Contra vero, si fundus legetur cum domo, fundo alienato domus debetur. Cur? quia domus non est accessio fundi. Et simili modo, si servus legetur *cum vicario suo*, vel *cum vicariis suis*, vel si ancilla legetur *cum natis suis*, cum *part. suis*, alienato, vel manumisso, vel mortuo servo, servave debentur vicarii et partus, *l.* 3. *et l.* 4. *de pecul. leg.* quia homo hominis accessio non est, hoc non fert dignitas hominis, ut homo hominis sit accessio. Ergo articulus *cum*, accessionem non significat, si res id non patiatur, quæ hoc articulo, veluti nodo et vinculo quodam alii copulatur, sed si id res patiatur, accessionem profecto significat. Et ubi accessionem non significat, duo sunt legata: ubi accessionem significat, unum est legatum. Et consequenter, si legetur *fundus et instrumentum*, semper duo legata esse intelliguntur, quia articulus *et*: nunquam admittit accessionis significationem: sed neque articulus *cum*, aliter accessionis significationem admittit, quam si qualitas rei ferat, quam ille articulus alii coaptat atque conjungit. At certe conjunctionis vim uterque articulus habet, sed modo conjungit, ut patefeci, quod conjungit quasi accessionem, modo quasi rem æque principalem. Quod valde notandum est.

Ad L. XLII.

In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est: neque enim maturitas naturalis hic spectanda est: sed id tempus, quo magis colono dominove eum fructum tollere expedit: itaque cum olea immatura plus habeat reditus, quam si matura legatur: non potest videri, si immatura lecta est, in fructu non esse.

Sententia hujus l. hæc est: Oleam immaturam esse in fructu, atque adeo oleam immaturam legi a fructuario posse: est sane in fructu, quia, ut ait, majoris reditus est olea immatura quam matura, olea strictiva quam caduca. Immatura et cruda sapore præstantior est, et ad escam utilior, et minus amurcæ habet, ac proinde etiam utilior oleo faciendo, et tamen, quod prima specie obstare videtur, qui in oliveto alieno oleam immaturam decerpsit, quasi damnum injuria dederit, tenetur act. *leg. Aquil. l. servus servum*, §. *si olivam*, *ad leg. Aquil.* Cur ait? quia vix est, ut decerpserit oleam immaturam sine injuria arborum, et damno sequentis anni: sane si vapulet olea vel quatiatur pertica, marcescit, et minus olei fert, quod auctores rei rusticæ docent, omnes patresfamil. oleum cautius legunt et religiosius. Quod autem de olea hic est proditum, idem de sylva cædua et fœno statuit *l. si absente*, §. *ult. de usufr.* ut immaturam sylvam cæduam, puta antequam quinquennium exierit: nam non cædi solet, nisi quinto quoquo anno: ut inquam, immaturam sylvam cædere, et immaturum fœnum fructuarius cædere possit, quia et hæc usui hominibus sunt, immaturum fœnum usui est immaturaque sylva cædua, si cædatur intempestive: et non naturalis maturitas in his rebus spectanda, sed tempus fructuario commodum, vel colono, vel domino: legi autem hæc aut cedi possunt, cum iis personis est commodum, aut utile, nec exspectabunt, si volent, naturalem maturitatem: unde, ut hæc lex ostendit, colonus poterit, si hoc malit, immaturam oleam legere; vel immaturum fœnum, immaturamve sylvam cæduam cædere, si hoc utilitas et necessitas ejus exigat: quid ni? si modo id faciat sine dolo malo, et injuria domini. Nec enim sub finem anni locationis, hoc ei in fraudem domini consulto consilio facere licet, *l. et hæc distinctio*, §. *cum fundum*, *loc.* quam et in hanc rem Accursius notavit rectissime.

Leg. ult. explicavimus *sup.* in §. *ult.* leg. 31.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. III. De servit. leg.

Ad L. I.

Qui duas tabernas conjunctas habebat, eas singulas duobus legavit: quæsitum est si quid ex superiore taberna in inferiorem inædificatum est: num inferior oneri ferundo in superioris tabernæ loco contineretur. Respondit, servitutem inpositam videri. Julianus notat: Videamus, ne hoc ita verum sit, si aut nominatim hæc servitus imposita est, aut ita legatum datum est: Tabernam meam, uti nunc est do, lego.

Servitutes aut personarum sunt sive hominum, aut prædiorum *l.* 1. *sup. de servit.* Dixi de iis, quæ personarum sunt in tit. superiori: in hoc dicit de iis, quæ prædiorum sunt. *De servitute legata*, id est, de servitute prædiorum urbanorum, vel rusticorum. Nam plerunque servitutem cum dicimus, servitutem prædii dicimus, quod multis exemplis comprobari potest: unum proferre satis erit, nec id quidem sine pretio, ut *l. ut pomum, de servitut.* quam DD. nostri existimaverunt esse difficilimam, et memini me adolescente in scholis nulla alia de lege disceptatum magis: ut *pomum*, inquit, *decerpere liceat, ut spatiari, ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest*: nihil est fa-

cilius. Servitus prædii scilicet quia nihil prædii nostri interest, ut possimus decerpere pomum ex arbore aliena, aut ut spatiari vel cœnare in alieno, id est, nihil ea res proficit prædio nostro, personæ tamen, quin ea servitus concedi possit, non est dubium, *ut spatiari in alieno liceat, valetudinis vel sanitatis causa, ut cœnare voluptatis aut amœnitatis, aut forte necessitatis*, si alia nobis cœnatio non suppetat. Itemque, *ut pomum nobis decerpere liceat ex arbore aliena*, quod nomen generaliter est accipiendum, ut contineat omnes fructus, et pomi nomine etiam intelligitur non unum, sed plura, ut in *l. fructus, de usur. Si pomum decerpserit*, et similiter, *l. si servus, servum §. si olivam immaturam, ad leg. Aquil.* non una oliva significatur, sed plures immaturæ, ut igitur poma decerpere liceat ex alieno viridario, servitus personæ constitui potest: quid ni? Sed non servitus: de qua agitur in eo tit. id est, servitus prædii, quæ si non sit utilis prædio et inutiliter constituitur. Est autem inter servitutes prædiorum urbanorum una, quæ *oneris ferundi* causa imponitur, quam inferior vicinus debet superiori, vel potius, quam inferiora ædificia debent superioribus, *l. sicut; in princip. si servitus vind.* Et de hac specie servitutis agitur in *l. 1. hujus tit.* cujus species hæc est. Quidam binas tabernas negotiationis sive hospitii causa conjunctas habebat, unam inferiorem, atque depressam, alteram superiorem sive elatiorem, cujus onera paries inferioris tabernæ sustinebat, paries, inquam, proximus, vel paries uterque, qui tabernam inferiorem claudebat ex utraque parte, et *erat*, inquam, *aliquid ex superiore taberna in inferiorem inædificatum.* Fac inædificatam porticum, sive ambulationem transversa contignatione, inædificatamve conclave, ut in *l. pen. de dam. inf.* Qui vero ita duas tabernas conjunctas habebat, utrasque diversis legavit: *eas*, inquit, *singulas duobus legavit.* Minicius Natalis Jurisconsultus existimavit, eadem onera sustinere debere eum, cui inferior taberna legata esset: imo quod plus est, quodve apertius est, a testatore inferiori tabernæ servitutem oneris ferendi impositam videri, vel quod idem est, in *superioris tabernæ legato*, ut vulgo legitur rectius, quam in Florent. in *superioris tabernæ loco*: in superioris tabernæ legato inferiorem oneri ferendo contineri, id est, in superioris tabernæ legato hoc quoque contineri, ut onera ejus inferior taberna sustineat, atque adeo ut is, cui inferior taberna legata est, si opus sit, cogatur reficere parietem ad superioris tabernæ onera sustinenda. Hæc fuit sententia Minicii, quam tamen Julianus in h. l. qui ad Minicium notas scripsit, non aliter admittit, aut probat, quam si vel nominatim a testatore servitus oneris ferundi imposita sit, vel oneris servandi inferiori tabernæ, quod et in venditione exigit *d. l. pen. de dam. inf.* vel si, quod vice nominis est, tabernam inferiorem ita legaverit, *tabernam meam uti nunc est, do, lego.* Servitus testamento imponi potest, *l. potest, commun. præd. l. si testamento, de servit. urb. præd. l. 5. de serv.* sed nominatim imponenda est, ut et in contractibus, *l. quidquid. commun. præd. l. pen. de evict. l. in vendendo, de contr. empt.* Siculus Flaccus in lib. de condit. agrorum. *Itinera*, inquit, id est, servitutes, *sub exceptione nominari in venditionibus agrorum solent*: nominatim, inquam, vel certa demonstrationis nota, quæ vice nominis fungatur, ut verbis supradictis: *tabernam meam uti nunc est.* Alias vero vetustate, vel quo alio casu corruptum parietem, is cui legata est taberna inferior, reficere non cogitur, nec alter legatarius ab eo vindicare potest servitutem oneris ferundi, quæ nec ulla fuit vivo testatore, quia nemini res sua servit, nec testamento impositæ ejus ullum argumentum extat; si nec nominatim eam imposuerit testator, nec signo aliquo indubitabili illam demonstraverit, veluti his verbis, *tabernam meam uti nunc est.* Et eadem ratione in *l. si cui ædes, de leg. 3.* si quis legaverit ædes, quibus ex aliis ædibus suis proxime junctis testator conclave interpositum habebat, ex Juliani sententia idem onus conclavis servandi ita demum sufferet, si ædes uti nunc sunt, ei legatæ sint, vel nominatim imposita servitus oneris conclavis servandi, ut *d. l. pen.* Neque vero hic quidquam obstat *l. damnas. §. 1. sup. tit. prox.* Ubi legatum ususfructus fundi tacite (nec necesse est ut nominatim) sequitur via ad fundum, sine qua nullius utilitatis esset ususfructus legatus, quia ad fundum forte aliunde non patet via, vel aditus fruendi causa. Fateor enim tacite ea jura sequi, etiamsi non sint excepta nominatim, sine quibus legatum legatario usui esse non potest, ut in *l. refectionis, §. ult. commun. præd.* non etiam ea, sine quibus per se legatum utile est, nisi nominatim imposita sit, aut demonstratione certa, quæ sit vice nominis, et potest utile esse legatum superioris tabernæ, etiamsi onera illius non sustineat inferior: nam fulturæ sufflamina, tibicines, refecta taberna, idem præstare possunt. Et similiter in specie *l. pen. si serv. vind.* fundo legato, non etiam casis fundi conjunctis, vindicante fundum legatario, ut ait, ex causa legati, vel eodem desiderante sibi dari fundum actione in personam ex causa fideicommissi, quæ differentia obiter ex ea l. notanda est inter legatum et fideicommissum: legatum, vindicationis scilicet, petitur actione in rem, fideicommissum persecutione in personam, his verbis: *Ajo mihi dare oportere.* Ait autem hæredes in hac specie eas tantum servitutes casis excipere posse (hæc est

mens l.) sine quibus casæ, quæ remanent apud hæredem, nec legato continentur, inutiles forent, puta excipere posse iter, vel accessum ad casas.

Ad L. II.

Fundum communem habentibus legari potest via? cum et communis servus recte viam stipulatur: et cum duo ei qui ipse viam stipulatus fuerit, hæredes extiterint, non corrumpitur stipulatio.

Hæc l. est de servitute viæ, et quod in ea de via, idem dici potest et de aliis servitutibus prædiorum. Via, vel quæ alia servitus prædiorum in partes dividi non potest: via dividuitatem, ut loquuntur DD. non recipit, *l. si is qui quadraginta*, §. *ult. ad leg. Falcid.* Et hoc maxime servitus distat ab ususfr. Nam ususfructus dividi in partes, et pro parte divisa vel indivisa legari et constitui potest, etiam ab initio, *l.* 5. *de usufr.* Via ab initio pro parte legari aut constitui non potest. Recte ab initio; nam pro parte retineri potest, quæ in solidum ab initio consistit et indivisim, at pro parte acquiri non potest, *l.* 11. §. *ult. de serv. l.* 3. *et l. ult. hoc tit.* Hoc quamquam ita sit, potest tamen via legari duobus aut pluribus pro indiviso communem fundum habentibus, ut ei fundo debeatur: quia hoc genere via non scinditur in partes sed toti fundo acquiritur in solidum, singulisque dominis fundi viæ petitio competit in solidum, quod proponitur initio h. leg. Uni ex sociis via legari non potest, quia si posset, valeret tantum pro parte unius, et pro parte servitus acquiri non potest: at omnibus sociis legari potest. Eademque ratione omnes socii, aut eorum servus communis, qui fungitur vice omnium, recte stipulatur viam ad fundum communem, nam et singuli ex stipulatu agere possunt in solidum, quod etiam h. l. ostendit, et *l. si unus ex sociis, de serv. rust. præd.* Adjicitur et tertius casus in *h. l.* et in *d. l. si unus ex sociis*, si, cum esset unus fundi dominus in solidum, is viam stipulatus sit, et vita decesserit duobus relictis hæredibus, quia jam duo sunt fundi domini, non unus, ut initio stipulationis, non ideo corrumpitur stipulatio, quia non in partes, sed in solidum via singulis hæredibus debetur, quod ostenditur præterea in *l. viæ, de serv. l.* 2. §. *ex his, de verb. oblig.* et *l. hæredes* §. *an ea stipulatio, fam. ercisc.* Ergo singulis hæredibus via debetur in solidum, et singuli eam vindicare possunt in solidum, pro parte nullo modo, quia via divisionem non recipit. Singuli igitur viam vindicare possunt in solidum, et quamvis singulis dominis vel hæredibus his tribus casibus via cedi non possit in solidum, quia singuli fundi dominantis domini non sunt in solidum. Unde si duo sint domini vel hæredes, qui fundum communem habeant, via et huic cedi non potest in solidum, et illi similiter, quia fundi non sunt domini in solidum. Quamvis itaque ob eam rem difficilis sit cessio servitutis, difficilis sit præstatio viæ, tamen uno agente et vindicante viam in solidum, aut petente ex stipulatu, quia præstari non potest pro parte, hic exitus judicii erit, ut vel hæres aut promissor, quo cum agitur, omnibus dominis, omnibusve hæredibus stipulatoris cedat viam, vel actori æstimationem viæ inferat, pro parte tantum hæreditaria, quod illæ ll. demonstrant. Ratio autem differentiæ, ut ad id redeam, inter usumfructum et servitutem, cur ususfructus sit dividuus, servitus individua, hæc est, quia in fructibus, id est, in corporibus fructuum potissimum consistit, quæ divisionem recipiunt; servitutes autem in usu consistunt, non in corporibus, et usus individuus est, ut ait *l. viæ, de serv.* Denique frui pro parte possumus, uti pro parte, et pro parte non uti, non possumus, *l. usus, de usu et hab.* Pomponii est *d. l. viæ*: quæ illa utitur ratione, *quia usus servitutum indivisus*, id est, individuus est ad quam forsitan addidit Pomponius quod ex eodem libro inter cetera fragmenta ex Bibliotheca Petri Criniti, Jul. Cæsar Scaliger dono dedit Arnoldo Ferrono Senatori Burdegalensi, ut ipsemet testatur in commentariis longe doctissimis, *quos ad consuetudines Burdegalenses edidit tit. de feudis.* Fragmenti illius verba sunt elegantia: *servitutis dividi non possunt: nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat*: hæc sunt verba Pomponii, quæ latius explicant superiora, quæ sunt in *l. viæ, quia usus servitutum individuus est.* Uti quidem fundo possum pro parte, itemque navi, aut curru, aut vehiculo, ut ait, *l. si ut certo*, §. *ult. Commod.* videlicet si non omnia loca fundi navis, aut vehiculi teneam, si una tantum regione fundi utar, ut in *l. is qui fundum* 31. *sup. tit. prox.* at servitute uti non possum pro parte, sicut nec campo Martio, aut porticu, aut balneo publico: namque his reb. etiamsi alii mecum iisdem utantur, in universum utor, non in partem: neque enim eo minus utor iis rebus, quod et alii eis utantur: si viam progredior, exempli gratia, etiamsi et alii per eandem viam progrediantur, viam pergo, viam progredior universam, pro parte: denique usus viæ et similiter non cujuscunque servitutis prædiorum individuus est, et vero his tribus casibus, qui proponuntur in hac *l.* 2. uno, si duobus fundum communem habentibus via legetur: altero, si omnes socii, vel eorum servus communis viam stipuletur ad fundum communem: et tertio, si stipulator vita decesserit, duobus relictis hæredibus, quibus casibus dicimus, et legatum valere et stipulationem nihil est impe-

dimento, quod retro perstrinximus, viam esse individuam.

Ad L. III.

Si fundum Maevio, et ad eum viam per alium fundum, et eundem fundum sine via Titio legasset, si uterque fundum vindicasset: sine via legato fundum cessurum, quia neque acquiri per partem servitus possit. Et si prius Maevius fundum vindicaret, altero deliberante posse dubitari, an si postea ea Titius omisisset, viæ legatum salvum esset. Et hoc magis videbatur. Quanquam si sub conditione quis fundum legasset, viam pure, aut pro parte fundum pure, pro parte sub conditione, et viam sine conditione, si pendente ea legati dies cessisset, interiturum fore viæ legatum. Ut responsum est, (a) cum alteri ex vicinis, qui fundum communem habebant, viam sub conditione alteri pure legasset, pendente conditione, decessisset: quia alterius legatarii persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur.

In hac l. mihi est pertractanda quæstio de individuitate servitutum, quæ est obscura satis, nec admodum proclives explicatus habet. Quamobrem necessse habeo cum h. *l.* 3. connectere *l.* 2. et rursus species in ea propositas saltem paucis attingere, atque etiam *l. ult. hoc tit.* quæ pertinet ad eandem quæstionem. In principio nos statuere oportet regulam illam, quæ vulgo jactatur, et extat locis innumeris juris nostri: *Ab initio parte fundi indivisa servitutem legari, vel in stipulatum deduci, dari, cedi, præstari, constitui, imponi, acquiri, vel remitti aut adimi non posse*: quæ regula ducitur ex ipsa substantia sive natura servitutis, quæ cum in usu consistat, et usus natura sit individuus, necesse est, ut et ipsa sit individua, *l.* 11. *et l.* 17. *de servit. l. fundus, de serv. rust. præd. l. stipulationes non dividuntur, de verb. obligat. l. si is qui quadraginta*, §. *penult. ad leg. Falcid.* Dixi ab initio: nam ex post facto retineri et conservari potest servitus pro parte: ut jam acquisita fundo meo solida via si vicino, cujus fundus servit meo, id est, cujus fundus meo debet viam, fundi mei partem pro indiviso vendidero et tradidero, et partem retinuero, pro parte quam retinui et viam retineo: et vice versa, si vicinus, cujus fundus meo servit, mihi partem sui fundi vendiderit, partem retinuerit, pro parte, quam retinuit fundo meo servire debet, atque ita servitus, quæ ab initio in solidum imposita et constituta fuit, ex post facto retinetur pro parte tantum. *l. ut pomum*, §. 1 *de servitut. l. si quis ædes*, §. 1. *de servit. urban. præd. l. unus ex sociis, de servit. rust. præd. et l. pen.* §. *ult. de verbor. obligat.* Facilius est pro parte retinere servitutem ab initio jure constitutam, quam ab initio eam constituere pro parte, ut facilius quoque in plerisque partibus juris retentio conceditur, quam vindicatio, *l.* 1. *de pign.* Dixi item, pro parte fundi indivisa: nam pro parte fundi divisa servitutem constitui et remitti posse constat, quia non est fundi pars proprie, sed fundus, *l.* 6. *de serv. l. si quis duos*, §. *si quis partem, commun. præd.* Ex hisce principiis, quæ certissima sunt, multæ quæstiones definiuntur, quarum maximam partem percensebo, et ita persolvam hanc quæstionem de individuitate servitutis. Si nondum acquisita servitute, sed mihi tantum stipulanti promissa, promissori partem fundi mei, cui viam promisi, vel iter, vel actum, vel aquæductum, nihil refert, pro indiviso vendidero et tradidero, an vitiatur stipulatio? an corrumpitur et extinguitur, adeo ut ex stipulatu cum illo agere non possim? Sic videtur omnino; quia pro parte fundi quam retinui, servitus peti, dari, acquiri non potest, *d. l.* 11. *de servit. l. si sub una*, §. 1. *de verb. oblig.* Acquisita servitus potuisset retineri pro parte, nondum acquisita non potest acquiri pro parte. Eademque ratione, si ex diverso is, qui mihi stipulanti viam promisit, partem fundi sui pro indiviso mihi vendiderit, stipulatio corrumpitur, quia pro parte, quam retinuit, fundo meo cedi et acquiri via non potest. At quid si duobus aut pluribus fundum communem habentibus vicinus viam legaverit per suum fundum, quæ est prima species *l.* 2. an valet legatum? Valet, quia tametsi neque singulis sociis pro parte via acquiri possit, propter regulam supradictam, neque in solidum, quia singuli fundi domini non sunt in solidum, agere possunt ex legati causa, et vel hoc consequi, ut viam omnes habeant, vel ut ei, qui agit, æstimatio viæ præstetur pro sua parte: via non potest scindi in partes, æstimatio viæ potest. Et eodem modo quæ est species secunda legis 2. Si servus communis ad fundum communem dominorum viam stipulatus sit, valet stipulatio, quia perduci ad affectum potest, vel omnibus dominis cessa sive data via, vel ei, qui agit ex stipulatu, præstita æstimatione viæ pro sua parte. Et recte *lex si unus ex sociis, de ser. rustic. præd.* dari eis viam posse, id est, sociis omnibus, quia non etiam ei soli qui agit, dari potest, neque solida, neque pro parte. Recte igitur, *eis*, non *ei*. Item, quæ est tertia species leg. 2. si is, qui stipulatus est viam ad suum fundum proprium, ante constitutam viam vita decesserit, duobus relictis hæredibus non corrumpitur stipulatio, sed singuli hæredes ex stipulatu agere possunt in solidum, quo judicio non hoc quidem consequetur actor, ut via

(a) *Vide Meril. Variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 9.

sibi cedatur solida vel pro parte, quia nec potest, sed ut cedatur sibi et cohæredi: vel si hoc nolit reus, ut sibi præstetur æstimatio viæ pro parte hæreditaria, *l. 17. de servit. l. 2. §. ex his, de verb. obligat. l. hæredes, §. an ea stipulatio, famil. erc. isc.* Ex diverso quoque, si promissor viæ, antequam cederet viam et constitueret, vita decesserit duobus relictis hæredibus, singuli hæredes stipulatori tenentur in solidum, quia cedendo viam pro parte hæreditaria nihil agunt, *d. §. ex eis, et d. l. 7.* Idemque servatur in legatis, ut ostendit *l. ult. hujus tit.* quæ hic explicabitur, puta si a pluribus hæredibus via legata sit per damnationem, aut per fideicommissum, quia singuli hæredes legatario tenentur in solidum, et unum legatarius eligere potest, a quo desideret sibi viam dari solidam: propterea quod via per partes scindi non potest; aut si legata sit via a pluribus hæredibus per vindicationem, et vel unus ex hæredibus adierit hæreditatem, statim solida via vindicari potest, non expectatis ceteris hæredibus, qui nondum adierunt. Et hoc vult *lex. ult.* Nunc descendamus ad species propositas in hac *leg. 3.* quæ sunt quatuor.

Prima species hæc est: Mævio pure legavi fundum, et ad eum viam per alium fundum meum, eundem fundum Titio legavi, sine via tamen, utique per vindicationem, ut illa verba indicant: *Si uterque fundum vindicasset:* neque enim hoc jure vindicaret, fundum uterque, nisi utrique per vindicationem relictus esset, veluti his verbis: *Mævio fundum illo do, lego, Titio eundem fundum do, lego,* Mævius et Titius sunt re conjuncti, et conditio conjunctorum re hæc est; ut ab initio singuli solidum habeant, concursu partes faciant, *l. conjunctum, de leg. 3.* atque adeo, ut non concurrente altero, alter qui legatum amplectitur, solidum habeat, quod jure accrescendi fieri dicitur: quia solido, quod ei ab initio datum est, nihil demitur, nihil decrescit, solido nihil demit concursus legatarii, qui nec concurrit, sed repudiat legatum: quæ pars alio quin decresceret concurrente legatario, eo non concurrente accrescere videtur, et in lucro putatur. Fundo igitur, ut proposui, Mævio legato cum via, et Titio sine via, utroque concurrente et vindicante fundum, viæ legatum extinguitur, quia concursu partes faciunt; et Mævius, cui soli via legata est, neque in solidum viam acquirere potest, quia fundum solidum non capit, neque pro parte, quia via pro parte acquiri non potest: et tantum abest ut hoc casu viæ legatum consistat, ut et si prius Mævius fundum vindicaverit, deliberante Titio de amplectendo vel repudiando legato, et postea Titius omiserit, id est, repudiaverit legatum, atque ita Mævius totius fundi dominus esse cœperit jure accrescendi, dubitari dicat posse et in hoc casu, an Mævio debeatur: quia scilicet interim deliberante Titio non intelligitur fundi fuisse dominus, nisi pro parte. Sed magis tamen est, ut via Mævio debeatur perinde atque si ei soli fundus legatus esset, quia retro dominium totius fundi ei accrevisse videtur, *l. quia retro, ad leg. Aquil.* Perperam autem Rogerius hæc verba hujus legis: *Si postea Titius omisisset*, sic interpretatur, post mortem testatoris, ante aditam hæreditatem: perperam, ut dixi, quia omitti, id est, repudiari legatum utiliter non potest, antequam delatum sit, *l. 1. §. decretalis, de success. edic.* Non defertur autem legatum, nisi ex die aditæ hæreditatis, *l. 32. in princip. de legat. 2. l. servum filii, §. 1. l. si tibi homo, §. cum servus, de legat. 1.* Ergo ut valeat repudiatio Titii, necessario ponendum est, eum repudiasse post aditam hæreditatem, non ante aditionem: alioqui inanis esset repudiatio, quasi non suo tempore facta.

Secunda species hæc est: fundum Mævio legavi sub conditione, et eidem ad eum fundum viam pure. Species prima est de duobus legatariis, hæc de uno legatario, quia nec apte poni potest in duobus, puta ut Mævio legaverit fundum sub conditione, et Titio viam pure ad eundem fundum, quia ille fundus non pertinet ad Titium: ergo ridiculum esset ei legare viam ad eum fundum, qui ad illum non pertinet. Specie igitur posita in uno legatario tantum, ut ponitur hoc loco, si Mævio fundum legavero sub conditione, eidemque viam pure, si pendente conditione dies legatæ viæ pure cesserit, cessit inutiliter, quia via non potest acquiri vel præstari nondum habenti fundum, *l. 1. commun. præd.* et ideo viæ legatum extinguitur, ut *l. cum filius, §. servus, de legat. 2* nec convalescere potest, si postea existat conditio legati fundi, quia, ut ostenditur eleganter in *l. ultim. commun. præd.* actus quidem viventium suspendi possunt: exempli gratia, si uni ex sociis inter vivos pure cessa sit servitus, quod factum videtur inutiliter, non continuo tamen cessio illa judicatur esse inutilis, quia potest ex post facto confirmari, alteri quoque socio postea cessa eadem servitute. Prior igitur cessio interim suspenditur: posterior illam confirmat, et corroborat: verum actus defunctorum, negotia ultimorum temporum, ultimarum voluntatum, quibus non est adscripta conditio, vel dies inserta, suspendi non possunt, *d. l. ult. in fi.* Ideoque (exemplo enim opus est) si uni ex sociis via legata sit pure, alteri sub conditione, dies puri legati cedit inutiliter, necnon firmatur ex post facto, si conditio extiterit conditionalis legati. In vivis videtur durare voluntas eadem, quod in defunctis fingi non potest, quorum voluntas, ultima voluntas est.

Cedere autem in hoc proposito, cedere diem viæ pure legatæ est, ut in *l. 7. sup. tit. prox.* et in *l. 1. §. dies, quand. dies ususf. leg. ced.* Quid est? Est incipere deberi viam vel acquiri, quod non fit, antequam hæres adierit hæreditatem, *d. l. ult. commun. præd. et l. ult. hoc tit.* qui hæres utique si non adierit, nihil in testamento scriptum valet, *l. si nemo, de regul. jur.* Quantum ad transmissionem, ut et Cynus et Bartolus animadverterunt, dies legatæ servitutis pure, vel ex die certo cedit ex die mortis testatoris: quantum vero ad debitionem vel acquisitionem attinet, ex die aditæ hæreditatis demum: aliud est diem cedere, quantum ad transmissionem, aliud quantum ad debitionem, acquisitionem, vel obligationem. Dies ususfructus legati quantum ad transmissionem nunquam cedit, quia cum persona fructuarii extinguitur ususfruct. *l. un. §. libert. C. de caduc. toll.* quantum ad obligationem vel acquisitionem cedit ab adita hæreditate, *d. l. 1. §. dies, quando dies leg. ced.*

Tertia species poni potest et in uno legatario, et in duobus: sed ponatur etiam in uno. Mævio partem fundi pure legavi, et partem sub conditione, eidemque viam pure legavi: pendente conditione, si cesserit dies alterius partis quæ pure legata est, simul ac viæ, quæ etiam pure legata est, quod ad viam attinet, inutiliter cesserit, quia via Mævio, nec solida acquiri potest, pendente conditione, id est, nondum toto fundo acquisito, nec pro parte fundi, quæ jam ei quæsita est, quia servitus pro parte acquiri non potest. Proinde hoc quoque casu viæ legatum perimitur: aut enim solida solido fundo acquirenda est, aut si non possit nisi parti fundi, irrita et nulla constituitur.

Quarta species ponitur in duobus legatariis. Mævius et Titius fundum communem habebant, vicinus per suum fundum Mævio legavit viam pure, et Titio eandem viam sub conditione, pendente conditione cessit dies legati puri, nimirum adita hæreditate, cessit inutiliter, quia uni ex sociis pro parte via acquiri non potest, et ideo legatum viæ extinguitur, et neque Mævio debetur via, neque Titio, licet conditio extiterit: aut enim utrique acquiritur, aut si non potest utrique, neutri; *quia*, inquit, in extremo leg. quæ verba sunt obscura, *alterius legatarii persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur*, hoc est, ut adumbrem quodammodo sensum horum verborum, quia Titii persona, cujus legatum adhuc pendet ex conditione, impedimento est, ne die puri legati Mævio relicti cedente, solidus fundus cum via a Mævio vindicetur. Quid hoc est *solidus fundus*? Mævius qui pro parte tantum fundi dominus fuit, illo impedimento sublato, potuisset ne solidum fundum vindicare? quis hoc dicet, ut dominus pro parte vindicaret solidum? Genus est loquendi valde novum, quo omnes significari putant, quod propter viam et solidum fundum quodammodo Mevius vindicaret, sublata persona, Titii, sublato impedimento. Vindicaret enim viam solidam solido fundo, id est, non sibi tantum, sed et socio, impedimento illo sublato, non sublata persona socii: solidam viam dico, ut *l. 17. de servitut.* solidum fundum non vindicaret sine via, sed cum via tantummodo. Ergo viam potius solidam solidi nomine, quam solidum fundum. Et ita perquam anxie omnes hæc verba interpretantur, quasi vi illata. At sane, quia et valde durum esset illud loquendi genus atque inusitatum: quod et inusitatum prorsus est, hæc verba extrema: *quia alterius legatarii persona impedimento esset, quominus solidus fundus cum via vindicaretur*, meo judicio sunt referenda ad principium hujus capitis, quia et intermedia, si recte legantur, obiter interposita sunt, ac si diceret quod diximus in principio hujus capitis *fundo Mævio legato cum via, et Titio sine via*, utroque concurrente, viæ legatum interire verum est, quia Titii persona impedimento est, quo minus solidum fundum cum via vindicet Mevius, quod puto verius esse et apertius. Illud non est omittendum, sicut in secunda et tertia specie pendente conditione cessisse diem viæ legatæ. Ait enim, *dies cessisset*, ita et in hac quarta specie idem esse ponendum, et consequenter in ejus positione esse legendum: *pendente conditione dies cessisset*, ut sup. non *decessisset*, testator scilicet, quod jam pridem ostendi. Nam si ponas, testatorem decessisse pendente conditione, non ideo confestim interierit viæ legatum: imo debebitur via, si extiterit conditio ante aditam hæreditatem, ante diem legati cedentem, et postea dies cesserit. Exposui quæstionem difficillimam.

Ad L. IV.

Si is, qui duas ædes habebat, unas mihi alteras tibi legavit: et medius paries utrasque ædes distinguat, intervenit: eo jure eum communem nobis esse existimo quo, si paries tantum duobus nobis communiter esset legatus. Ideoque neque te agere posse, jus non esse alteri ita immissas habere: nam quod communiter socius habet, et in jure eum habere constitit. Itaque de ea re arbiter communi dividundo sumendus est.

Hujus legis hæc est species: qui binas ædes conjunctas habebat, quas medius paries distinguebat, aut disterminabat, ut loquitur *l. 4. §. pen. fin. reg.* qui *intergerinus paries* dicitur, quod inter confines struatur, et quasi intergeratur apud Plinium *lib. 35. cap. 14. in fin.* et apud Festum, et in glossis

Philoxeni, qui idem paries onera utrarumque ædium sustinebat, ut *l.* 36. *de dam. inf.* is paterfamil. inquam, singulas ædes duobus legavit, mihi unas, tibi alteras: paries erit communis inter me et te, perinde atque si communiter mihi et tibi legatus fuisset: et ideo nullam invicem negatoriam actionem habemus in rem, puta ejus non esse in eum parietem ligna vel trabes immissas habere: non possumus invicem agere hoc modo: *jus tibi non est in hunc parietem, ligna aut trabes immissas habere*, quia hæc actio negatoria est de servitute, et nemo nostrum ea immissa habet in communem parietem jure servitutis, sed jure suo, propterea quod paries est communis: si communis, ergo meus et tuus: res autem sua nulli servit, *l. in re communi, de serv. urb. præd.* ubi rei suæ nomine significatur communis, ut in duodecim tab. *uti legassit suæ rei, l. verbis, de verb. sign.* suæ rei appellatione continetur etiam communis, *l.* 1. *C. qui test. fac. poss.* Ergo neque res sua pleno jure, neque res communis cuiquam servit. Itaque si qua propter parietem communem contentio aut controversia sit inter me et te, ea non per actionem negatoriam aut confessoriam, quæ de servitutibus sunt, *l.* 2. *si serv. vind.* sed per actionem communi dividundo dirimenda est, ut in *d. l. in re communi*, et in *l. si ædes, communi divid. De ea re*, ut ait in hac *l.* id est, de communi pariete *sumpto arbitro communi dividundo*, qui, quod opus est, immitti sinat, vel tolli jubeat, quod societati ex petit tolli. *De ea re,* inquit, *arbiter communi dividundo sumendus est,* non etiam agendum negatoria, aut confessoria, quia eæ actiones sunt de servitutibus, et hic servitutis nulla mentio, nulla ratio, quæ haberi possit, de ea re arbiter communi dividundo sumendus est. Eodem modo Vitruvius 2. cap. 8. *Cum arbitria,* inquit, *communium parietum sumuntur,* id est, cum de communibus parietibus sumitur arbiter communi dividundo. Hæc est sententia hujus loci. In contextu ait: *Ideoque neque me, neque te agere posse, jus non esse alteri ita immissas habere,* trabes scilicet, ita ligna trabesve immissas habere: ligna sunt *les poultres*: trabes *les soliveaux,* ut loquitur et infra. *Nam quod communiter socius habet, et in jure eum habere constitit.* Rectius, *et id jure eum habere, etc.* Nam quod communiter socius habet, et id eum jure habere constitit, id est, jure suo, jure societatis, non jure servitutis, vel sic, et in id immissum eum jure habere constitit.

Ad L. V.

Etsi maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est, ea tamen, quæ servis relinquuntur, ita valent, si liberis relicta possent valere. Sic ad fundum domini via servo frustra legatur.

Sententia hujus legis hæc est: ad fundum domini servo viam inutiliter legari, quæ tamen ipsi domino legaretur utiliter, cur non etiam servo? quia id tantum servo legatur recte, quod et libero facto, eidem posset legari: quandoquidem et liber fieri potest, antequam legati dies cesserit, et petitionem legati adipisci. Atqui libero facto non posset legari vel acquiri via ad prædium alienum, *l. si quis duas,* §. 1. *commun. præd.* Ergo nec servo. Nec obstat quod testamenti factio est cum servis alienis ex persona dominorum (quam objectionem et Jurisconsultus movet in hac lege) id est, servi alieni ita demum ex testamento capere possunt, si et domini ex eodem testamento capere possent, non aliter, *l. non minus, de hæred. instit. l.* 12. §. *regula, de leg.* 1. *l. debitor,* §. *servo, de legat.* 2. Hoc nihil obstat, nihilque eo movetur hoc loco Papinianus, quia scilicet non ideo tamen minus inspicitur persona servi, puta an id, quod ei legatur, libero facto, legari, aut competere possit. Et, ut res sit facilior, sic statuamus: si quæris generaliter, an possit legari servo, inspice personam domini: si domino non possit: nec servo possit: si dominus fuerit incapax, et servus ejus incapax fuerit: et retro, si possit domino, possit et servo: si dominus sit capax legati, erit et servus legati capax. Sin autem quæris specialiter an hoc vel illud, an hæc vel illa res possit legari servo, respice ad personam servi an, et eidem libero facto eadem res possit legari: si non possit libero, nec servo poterit: ut libero non possit legari servitus ad fundum dominii quondam sui: ergo et servo frustra legabitur. Contra, si possit legari libero, poterit et servo licet domino ejus ea res non possit legari: ut, si servo legetur res domini, vel quod domino debetur valet legatum, quod non valeret, si domino relinqueretur: et utile erit legatum, si die legati cedente, servus ad libertatem pervenerit. Denique legatum ipsum in specie ex persona servi vires accipit, jus capiendi ex testamentis in genere ex persona domini est: quæ tamen distinctio etiam in stipulationibus locum non habet, quod notandum, et hac in re distant legata a stipulationibus; ut et in aliis plurimis causis. Quia servus non tantum jus stipulandi habet in genere ex persona domini, ut est proditum in *principio tit. de stipulat. serv. lib.* 3. *Institut.* sed etiam jus hoc vel illud stipulandi, hanc vel illam rem stipulandi in specie servus habet ex persona domini, non ex persona sua, et ideo viam servus recte stipulatur ad fundum domini vel dominorum, *l.* 2. *hoc tit. l.* 7. §. *ult. l.* 17. *de stipul. serv.* Legatur tamen servitus servo inutiliter ad fundum domini.

Et ratio differentiæ est, quia stipulatio statim domino acquiritur, nec acquiri unquam potest servo, nec si manumittatur: legatum autem, quod servo relinquitur, non statim acquiritur domino: certe nemini acquiritur, neque servo, neque domino, antequam dies legati cedat; et die legati cedente, fieri potest ut ad libertatem servus pervenerit, quo casu nec domino acquiritur legatum, si via servo legata sit ad fundum domini, neque servo, quia fundum non habet. Denique qui legat, non videtur domino legare: servus tamen, qui stipulatur sibi, regulariter domino stipulari videtur, *l. 1. in princip. et l. 15. de stipul. servor.* Quod autem dicit ad fundum domini servo viam frustra legari, an idem obtinet in fundo peculiari? an etiam ad fundum peculiarem servo via frustra legatur? Et idem omnino dicendum est, quia liber factus viam acquirere non potest ad eum fundum aliter, quam si manumisso peculium sit relictum, sed si liber factus sit, adempto peculio, frustra ei legata est via ad fundum peculiarem, qui mansit in dominio domini. Tentant tamen vulgo, aliud esse dicendum in fundo peculiari ex *l. 17. de legat.* Et his verbis: *Servitus quoque servo prædium habenti, recte legatur.* Servus, inquiunt, non potest habere prædium, nisi peculiare. Ergo ad prædium peculiare servo servitus legari potest. Et ita legitur in Florentinis: *Servitus quoque servo prædium habenti recte legatur*, quæ tamen verba nullum idoneum sensum referunt. Primum servus nihil habet proprii, habere potest peculium, sed dominium peculii non habet ipse, sed dominus: quinimo peculium servi nostri, peculium nostrum dicitur, *l. 16. §. ult. de usu et habit.* et in bonis nostris esse, *§. 1. Instit. Quibus non est permissum fac. test.* Ergo nec peculium proprie servus habet. *Habere*, proprie jus dominii significat, *l. possessio quoque, §. 1. de acquir. possess. l. stipulatio ista, §. hi, qui sunt, de verb. obligat.* Item, ut jam dixi, ad prædium peculiare frustra servo legatur servitus, quia nec eam liber factus aliter adipisci potest, quam si peculium ei relictum sit. Præterea ait, *servitus quoque servo*, qui articulus, *quoque*, notat similem casum adjungi superiori, ut in *l. 14. §. 1. de legat. 3.* Et hic casus est dissimillimus *l. 17.* Initio dixit, etiam ea, quæ futura sunt, recte legari, veluti *insulam, quæ nascetur in flumine*, vel, *quod ex ancilla nascetur.* Longe dissimilius est, quod sequitur: *Servitus quoque servo prædium habenti, recte legatur.* Quid hic igitur facit illud *quoque?* Et præterea scriptura hujus versus est varia: nam in Florentinis quidem legitur, *servitus quoque servi prædium habenti*: in omnibus aliis abest illa vox *servo*. Et ita legitur: *Servitus quoque prædium habenti, recte legatur.* At hæc sententia non est digna notatu: *Servitus quoque prædium habenti, recte legatur*, quis hoc nescit? Imo non alii legatur recte, quam prædium habenti. Et præterea eadem dissimilitudo remanet semper. Unde quæram et hic, quid hic faciat ille articulus *quoque.* Semper existimavi, deesse negationem, et illam vocem *servo* abundare, quæ non est in aliis libris, et ita esse legendum: *Servitus quoque prædium non habenti recte legatur*, id est, nunc non habenti, et ita congruit omnino hæc sententia cum superiore: nam sicut superius dixit, etiam futura recte legari: ita subjicit, futuro quoque prædio, id est, futuro ædificio recte servitutem legari; quod etiam ostendit *l. si servitus, §. ult. de serv. urb. præd. l. Labeo, de serv. rustic. præd.* Quia etsi legatarius nullum prædium habuerit testamenti tempore, possit acquirere in vicinia prædium die legati cedente, et acquisitum habere. Itaque ille locus nullo modo potest aptari ad prædium peculiare.

Ad L. VI.

Pater filiæ domum legavit, eique per domus hæreditarias jus transeundi præstari voluit. Si filia domum suam habitet, viro quoque jus transeundi præstabitur; alioquin filiæ præstari non videbitur. Quod si quis non usum transeundi personæ datum, sed legatum servitutis esse plenum intelligat: tantumdem juris ad hæredem quoque transmittetur, quod hic nequaquam admittendum est: ne quod affectui filiæ datum est, hoc et ad exteros ejus hæredes transire videatur.

Pater filiæ legavit domum, et ad eam jus transeundi per alias domus hæreditarias, quod jus est personale, ut *l. damnas, §. 1. sup. tit. prox.* nam jus prædii, usus est transeundi: non iter aut via: si filia domum legatam habitet, marito quoque ejus in eam domum transeundi jus præstabitur, quamvis sit jus personale, quod cohæret personæ filiæ, non tamen ideo marito jus denegabitur transitus in domum uxori legatam per domus hæreditarias: alioqui filiæ non videretur præstari transitus, a qua maritus divellitur. Denique ut domus, ita transitus debet esse in promiscuo usu viri et uxoris: non transit quidem hoc jus ad hæredem filiæ, quia personalis servitus est, *l. non solum, §. 8. de lib. leg.* Sed debet tamen esse in promiscuo usu viri et uxoris, hoc individua vitæ consuetudo exigit, quam hæres patris a quo transitus legatus est, dissuere non potest, filiam admittendo, maritum excludendo: quod si intelligas, patrem filiæ legasse viam, et hanc servitutem imposuisse domibus hæreditariis, proculdubio et ad hæredes suos viam filia transmittet, quia servitus est prædio legata,

quod vocat, *servitutis plenum legatum*, eleganter, non soli personæ. At in hac specie, quam proposui, quia affectu filiæ legavit jus transeundi per domos hæreditarias in domum ei legatam, hoc jus transeundi personæ potius legasse videtur, quam prædio. Et ideo ad filiæ, quia usuaria tantum est, transitus, hæredes exteros hoc jus transmitti non potest: *ad hæredes exteros*, inquit, quod non frustra ait: an igitur ad filios hoc jus transmitti potest? Quod dici potest, nempe, ut quod affectu filiæ, filiæ concessum est, transeat ad effectus ejus, id est, ad filios, quamvis personæ tantum filiæ concessum sit, non etiam ad exteros: et ita videmus privilegia quædam personalia, quæ data sunt fœminis, non transire quidem ad exteros hæredes, sed transire tamen ad filios, *l. maritum, et l. etiam, sol. matrim. l. 1. C. de privil. dot.* adhibita glossa Accursii, *l. 2. C. Theod. de sponsal.* Ut autem Jurisconsultus hoc loco ideo putat, jus transitus personæ datum, non domui, quod affectu personæ sit datum, affectu filiæ: ita proculdubio in *l. pen. de serv. rust. præd.* aqua vel aqueductus concedi videtur personæ, non prædio, quia affectu fratris fratri conceditur: et quia etiam adjecit, ut frater aqua uteretur, quocunque vellet, ὅπου δ' ἄν βούλει, ut in *l. 1. §. præterea de aqua quot. et æst.* ait, aquæductum non esse fundi servitutem, si quocunque duci possit: si aquæductus esset servitus fundi, non posset aqua duci quocunque, sed in fundum tantum, cui servitus. Ergo certissimum argumentum est, aquam datam personæ, non rei, si ei personæ permissum sit, ut aquam duceret quocunque vellet; nulla est servitus solius personæ ex voluntate testatoris vel contrahentium.

L. ult. explicata est in l. 3. *sup.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. IV. De dote prælegata.

Ad L. I.

Cum dos relegatur, verum est, id dotis legato in esse, quod actioni de dote inerat.

§. 1. *Et ideo si inter virum et uxorem convenerat, ut mortem viri sol. matrimonio, filio communi interveniente, dos apud mariti hæredem remaneret, et maritus decedens dotem relegaverit: stari pacto non debet ob hoc, quod dos relegata est. Verum et citra relegationem, hoc probari debet. Nam quod est admissum, posse deteriorem conditionem dotis fieri, intervenientibus liberis totiens locum habet, quotiens ipsa in matrimonio decedit, vel divortium intervenit.*

§. 2. *Et verum est, commodum in dote relegata esse repræsentationis, quamvis annua die dos præstaretur.*

§. 3. *Est et illud, quod ob res donatas hodie post Senatusconsultum nulla fit exactio: si modo voluntatem non mutaverit testator.*

§. 4. *Impensæ autem ipso jure dotem minuunt. Sed quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum.*

§. 5. *Adeo autem dotis actionem continet dotis relegatio, si vivus eam uxori (scilicet quibus licet casibus) solverit, ut cesset legatum.*

§. 6. *Sed et si mancipia fuerint in dote non æstimata, et hæc demortua sint, legatum dotis in his evanescit.*

§. 7. *Sed et si dotem promiserit mulier, neque dederit: et decedens maritus uxori dotem prælegaverit, mulier nil amplius, quam liberationem habebit: nam et si quis ita legaverit:* Centum, quæ in arca habeo, *aut*, quæ ille apud me deposuit: *si nulla sint, nihil deberi, constat quia nulla corpora sint.*

Hic tit. est de dote, quam ab uxore, vel pro uxore acceptam, moriens maritus uxori legat, quod olim in usu erat frequentissimum, *l. 13. h. t.* Uxori, inquam, justæ. Injustæ enim uxori dos frustra legatur, quandoquidem eam uxori eripit fiscus, quasi indignæ, *l. 27. sup. de usuf. leg.* In hoc autem titulo, statim initio legis primum proponitur, *id legato dotis inesse, quod inerat actioni de dote*; et aliis verbis §. *adeo, dotis legatum continere actionem de dote, et §. Celsus, ead. l. Eum, qui legat dotem, jus actionis de dote legare.* Dotis autem actionem, vocat actionem rei uxoriæ antiquam, qua morte mariti soluto matrimonio, vel divortio facto, mulier repetit dotem, sumpto arbitro dotis recuperandæ, ut solebant morte mariti soluto matrimonio. Legatum dotis, quod non nisi ex morte mariti effectum habet, ait continere actionem de dote, et consequenter actionem ex testamento, quæ ex ejus legati causa mulieri competit, idem contineri quod actione rei uxoriæ, nempe repetitionem dotis, quo exemplo primum utitur Ulpianus in hac lege, etiamsi interveniant liberi communes ex eo matrimonio suscepti. Nam nihil retinetur pro liberis, sed mulier mortuo marito repetit integram dotem, ut actione rei uxoriæ, ita actione dotis legatæ, etiamsi, quod adnotandum, initio dandæ dotis convenerit inter virum et uxorem, ut morte mariti soluto matrimonio filio communi interveniente, dos apud mariti hæredem remaneat, non restituatur uxori; vel apud filium, non etiam restituatur

uxori: nam in actione rei uxoriæ hujus pacti ratio non habetur, quia est contra dotem, quam mulieribus conservari Reipublicæ interest, *l.* 1. *sol. matrim. l.* 2. *de jure dot.* Quia est contra utilitatem nubentium, *l.* 2. *sup. de pact. dotal. l.* 3. *C. de pact. convent. sup. dot.* Ita nec in actione, quæ intenditur ex dote legata, ulla habetur ratio hujusce conventionis. Denique neutro judicio huic pacto statur: sed post mortem viri omnimodo dos restituitur uxori, non etiam remanet apud hæredem mariti etiamsi communes liberi intervenerint, et ita convenerit. Nec obstat, ut idem Ulpianus ostendit, quod dicitur, pacto posse fieri deteriorem conditionem dotis, quia huic sententiæ locus non est, quoties morte mariti solvitur matrimonium, sed tunc duntaxat, cum morte mulieris solvitur matrimonium, ut *l.* 29. §. 6. *de pact. dotal. l.* 6. *C. de pact. convent. sup. dot.* Vel etiam, cum divortio solvitur matrimonium, facto scilicet (hoc addendum) divortio culpa mulieris, aut patris, cujus in potestate est: nam si culpa mariti factum sit divortium, propter liberos, pacto non potest fieri deterior conditio dotis: propter liberos hoc casu mulierem dote defraudari, vel in totum, vel aliqua ex parte, rationi non est consentaneum. Quod etiam Marcus Tullius docet in *Topic. Si viri*, inquit, *culpa divortium factum sit, etiam si mulier nuntium remisit, pro liberis nihil manere oportet*, et facit *l. si socer.* §. *Lucius*, *et l. Cajus*, *sol. matrim.* Ubi, cujus culpa fiat divortium, animadvertitur, non frustra, et sic, quoties morte mariti solvitur matrimonium, qui est casus legatæ dotis, de quo tractamus, non debet servari pactum quo cautum est, ut liberis intervenientibus, dos non reddatur uxori superstiti, quia sic mulier dote spoliaretur: at morte mulieris soluto matrimonio, mulier nihil damni facit, si liberorum communium nomine maritus ex pacto dotem integram retinet. Divortio item facto culpa mulieris, jure mulctatur dote mulier, quæ causam dissidio præbuit, et ex pacto pro liberis tota dos retinetur a viro, potius quam mulieri redditur. Et ad eos duos casus etiam coarctanda est *l.* 24. *de pact. dotal. et l. dotali*, *sol. matrim.* Igitur his duobus casibus stari pacto debet, si convenerit inter virum et uxorem, ut tota dos liberis intervenientibus retineretur; non etiam in casu morte mariti soluto matrimonio, quoniam in hoc pacto stari non oportet, sed præferenda est mulier in ratione dotis liberis communibus. Quin et citra pactum morte mulieris soluto matrimonio, jure veteri, patri, a quo dos profecta est, redditur, non quidem tota dos, sed quintæ retinentur ex dote in singulos liberos, vel si dos aliunde sit profecta, id est, si sit dos adventitia, morte mulieris, semper tota dos repetitur a viro superstite, sive exstant, liberi, sive non, ut Ulpianus docet *lib. sing. reg. tit. de dote.* Divortio autem facto culpa mulieris, vel patris ejus, etiamsi de ea re nullum pactum intervenerit, vir ex dote retinet sextas in singulos liberos: ita tamen, ut non plus retineat, quam dimidiam partem dotis, id est, tres sextas, ut idem auctor scribit eodem loco. Paulus 2. *Sent.* et est apud Boetium in supradicto loco Ciceronis. Et hoc quidem unum est exemplum, quo demonstratur, dotis legato inesse jus actionis de dote. Aliud proponitur in §. *adeo.* Cessat actio de dote soluto matrimonio morte mariti: cessante actione de dote, cessat etiam actio dotis legatæ, quoniam utraque ejusdem juris est. Porro actio de dote cessat, si maritus constante matrimonio dotem mulieri reddiderit, quod ex certis causis legibus permissum est *l. mutus*, §. 1. *de jur. dot. l.* 27. §. 1. *de relig. et sumpt. funer.* Et cessat hoc casu actio de dote, quoniam nihil est, quod jam uxori præstari possit, cui repræsentata dos est antequam solveretur matrimonium, ut §. *idem Julianus*, *h. l. et l. pater*, §. 1. *h. t.* Cessat etiam actio de dote, si mancipia inæstimata in dotem data sint, et manente matrimonio, suo fato demortua sint. Cessat actio de dote, quia dos desiit esse in rerum natura. Cessat item actio de dote, si mulier dotem tantum promiserit, non etiam dederit. Ergo his tribus casibus morte viri soluto matrimonio, cessat actio de dote. Ergo et iisdem casibus, cessat actio legatæ dotis. Igitur legato idem inest, quod actioni de dote. Sed hoc posteriori casu, cum mulier dotem promisit, non etiam dedit, in hoc tamen mulier agere potest, ut a promissione sua liberetur. De dote autem nullis ex supradictis casibus vel actione rei uxoriæ, vel actione legati agere potest. Non primo casu, quia jam dos mulieri soluta est: non secundo, quia dos sine facto mariti desiit esse in rerum natura: non tertio, quia nulla nunquam dos data fuit: frustra legatur dos quæ nulla, ut frustra legantur, quo exemplo utitur, 100. quæ in arca sunt, aut quæ ille apud me deposuit, si nihil sit in arca, si nihil apud me deposuit. Et hactenus quidem satis demonstratum est, legato dotis contineri actionem de dote. Ad hæc nunc notandum est: *plenius tamen esse legatum dotis*, *quam actionem de dote*: hæc sunt verba §. *sed si uxori, Institut. de leg.* Alioquin, id est, si non esset plenius legatum dotis, plerunque inutile esset, sicut pecuniæ debitæ legatum creditori relictum inutile est, nisi plenius sit, id est, nisi commodum aliquod ex legato creditor consequatur, *l. si creditor, et l. seq. de legat.* 1. *l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. Videamus autem qua in re plenius sit legatum dotis, idest quæ sint commoda in legato dotis, quæ non sint in actione de dote. Et duo commoda hoc loco exponit Ulpianus. Primum hoc

est, si respicias ad jus vetus, quod in actione rei uxoriæ obtinuit ante Justinianum, soluto matrimonio morte mariti, de quo casu tractamus, dos quæ pondere, numero, vel mensura continetur, non est reddenda statim, sed annua, bima, trima die, id est, tribus pensionibus annuis, §. *cum autem*, *C. de rei uxor. act.* Et inde secundæ et tertiæ pensionis mentio apud Ciceronem 2. *ad Atticum*, dotis scilicet, Tulliæ reddendæ a Crassipede, primo marito Tulliæ, annua, bima, trima die, et iisdem diebus, sicuti convenerat, solvendæ Dolabellæ secundo marito Tulliæ. Denique jus hoc est actionis rei uxoriæ, ut dos, quæ numero, pondere, mensura constat, reddatur uxori superstiti annua, bima, trima die. Sed addenda est exceptio, quam et Ulpianus addit *lib. sing. reg. tit. de dotibus.* Nisi ut præsens dos redderetur convenisset, id est, statim a morte viri, sine dilatione ulla; quæ conventio sane servabitur, quia per eam sane fit melior conditio dotis, *l.* 1 *de die*, *l. seq. de pact. dotal. l. si unus*, §. *quod in specie*, *de pact.* At si dotem uxori decedens maritus legaverit, actio legati mulieri datur statim post mortem mariti, sine dilatione ulla adversus hæredem, qui adierit hæreditatem. Et hoc est, quod Ulpianus ait hoc loco, in dote prælegata commodum esse repræsentationis, quia dos prælegata præsenti die reddenda est, quæ judicio rei uxoriæ redderetur tantum annua, bima, trima die: *quamvis*, inquit, *annua die dos præstaretur*, jure scilicet actionis rei uxoriæ, et annua die, id est, annua bima, trima die, ut in *l. talis*, *de leg.* 1. *utrum*, inquit, *annua die dabuntur*, id est, annua, bima, trima die, ut quæ præcedunt, et quæ sequuntur, ostendunt apertissime. Et Ulpianus *eodem lib. reg. Moriens*, inquit, *maritus punitur*, *in ea quidem dote*, *quæ annua die reddi debet*, id est, annua, bima, trima die. Et apud Svetonium in *Augusto*: *produxit*, inquit, *quædam legata ad vicena sestertia*, quibus solvendis annuum diem fecit, id est, annuum, bimum, trimum diem, quoniam hæc erat vulgaris clausula conferendorum legatorum, ut ait *d. lex talis*, *et lex cum vulgari*, *hoc tit.* Et quia in legato dotis præsentis temporis commodum inest, ideo dicitur prælegatum, quasi præsens, veluti ad manum dari, vel eadem ratione, qua et relegari dicitur, quia reddi potius videtur, quam dari, *l. pater*, §. *fidei tuæ*, *de leg.* 2. Et hoc tit. et passim in jure promiscue dicitur *prælegatio* et *relegatio* dotis, pro *prælegatum* sive *relegatum*, ut apud Boetium in Top. *legatio* pro *legatum*: *Similis est*, inquit, *servi ususfr. legatio, ædium ususfr. legationi.* Alterum commodum dotis legatæ, quod exponit illo loco, *Est et illud*, ejusmodi est. Jus actionis rei uxoriæ olim hoc fuit, ut de dote, quæ repeteretur morte viri, soluto matrimonio, deducerentur res a viro uxori donatæ, quia donatio inter virum et uxorem non valebat; nec confirmabatur morte, quod et aperte significatur, nempe deductionem fieri ex dote ob res donatas, in *l. rei donatæ*, §. 1. *sol. matrim. et l.* 27. §. *ult. de rei vindic.* Et ex contrario in *l. pen.* §. *ult. de don. int. vir. et uxor.* Nam dum ait, res donatas ante nuptias, quæ donatio valet, de dote non deduci, satis demonstrat, datas post nuptias, quæ donatio non valet, de dote deduci, quæ repetitur actione rei uxoriæ. At si dos uxori legata sit, hodie ex Senatusc. Æmiliano, sive oratione Severi et Antonini, cujus fit sæpe mentio in illo titulo *de don. inter vir. et. ux.* ac præcipue in *l. cum hic status*: quo quidem SC. donatio facta inter virum et uxorem, morte donatoris confirmatur, si in voluntate perseveraverit usque ad mortem. Si, inquam, dos mulieri fuerit legata, ei debetur integra, sine deductione rerum donatarum, quia nec ipso jure res donatæ dotem minuunt, quia dote legata donationem confirmasse videtur, et legasse dotem integram sine ulla deductione, nisi probetur evidenter, ut ait *d. lex cum hic status*, §. *pænitentiam*, *in fin.* eum revocasse donationem. Ait autem hoc loco, *ob res donatas nulla fit exactio*: scripserat Ulpianus, *nulla fit deductio*, scripsit Tribonianus *nulla fit exactio*, quia hodie ex constitutione de rei uxoriæ actione, in §. *taceat*, *in fin.* ob res donatas exactio est per actionem in rem vel condictionem sine causa, non retentio ex dote: olim erat retentio ex dote, sive deductio ob res donatas. Retentio, inquam, sive deductio. Nam res donata non minuebat dotem ipso jure. Ideo subjicit Ulpianus, aliam esse rationem impensarum necessario factarum in res dotales, quia necessariæ impensæ, si dos in numerata pecunia consistat, non servantur per retentionem, ob impensas necessarias retentio non est necessaria, quia ubi pecunia est in dote, impensæ necessariæ ipso jure minorem efficiunt quantitatem dotis, quæ quantitas sola in pecunia consistit, et consideratur, corpora nummorum non considerantur, *l. si cui nummos*, *de solut.* Quod si postea muliere solvantur impensæ illæ necessariæ, rursus pecunia dotalis quæ minuta fuerit, crevisse videtur, *l. Quint. de impens. in res. dot. fact.* At si fundus fuerit in dotem, vel quæ alia res corporea data, quæ non in quantitate existat, sed corpore, fundus per impensas necessarias non minuitur; vel non absumitur, neque ulla ex parte fundus desinit esse dotalis; sed retentio tantum fundi marito hæredive competit, donec impensarum nomine ei satisfiat. Quare per impensas necessarias singula corpora dotis non minuuntur, et absurdum esset per pecuniam, quæ expensa est, minui corpora. Sed minuitur, quid? quan-

titas, si dos in pecunia fuerit: si fuerit in corporibus, minuitur universitas dotis, singulæ res non minuuntur, sed universæ. Jus universitatis, quod intellectu percipitur, ex sententia Scævolæ, de qua in *l. si is qui Stichum*, §. *quod dicitur*, *de jur. dot.* Fundum dotalem desinere esse dotalem si tantum in fundum necessario impensum sit, quanti est fundus, ac proinde solutis impensis fundum reverti in causam dotis rursus: hæc, inquam, sententia, quæ refertur illo loco, non approbatur. Verius enim est, fundum non desinere esse dotalem propter impensas necessarias, et solutis impensis, ubi fundus est in dotem, et ea re non rursus crescere dotem, quæ nec decrevit, non rursus fundum redire in causam dotis, quia non desiit esse dotalis, alioquin potuerat alienari: fundus dotalis non potest alienari, at si desiisse esse dotalis, potuisset alienari, ac si interim alienatus fuisset, quid faceret mulier conferendo impensas necessarias? Paulus in d. §. *quod dicitur*, qui est satis difficilis, in hoc laborat, ut Scævolam suum excuset, cujus disciplinam Paulus magni fecit, ita ut soleat dicere, *Scævola noster*, in hoc totus est, ut excuset hanc Scævolæ sententiam, quam nec ipse, nec alius quisquam probavit. Et ad hæc pertinet *l.* 2. §. 1. *et l.* 6. *inf. h. t. et l. dote*, *de ritu nuptiar. l.* 5. *de pact. dotal. et* §. *item si de dote*, *Institut. de act.* qui omnes loci sunt de necessariis impensis. Necessariæ enim impensæ dotem ipso jure minuunt, id est, pecuniam dotalem, vel universitatem dotis. Utiles impensæ dotem ipso jure non minuunt, sed si sponte mulieris factæ sunt, servabuntur per retentionem dotis. Hodie ex Constitutione Justiniani, nec per retentionem dotis servantur, sed dos sine mora est reddenda, maxime quæ consistit in rebus soli, quæ in aliis rebus, intra annuum. Hodie non servantur impensæ utiles per retentionem, sed per actionem mandati, vel negotiorum gestorum, ut declarat Constitutio Justiniani.

Ad §. 8. *Si quis uxori.*

§. 8. *Si quis uxori fundum Titianum his verbis legasset*: Is enim fundus propter illam ad me pervenit: *omnimodo debetur fundus. Nam quidquid demonstratæ rei additur satis demonstratæ frustra est.*

Si quis simpliciter uxori dotem legaverit, his verbis, ut solet, *quanta pecunia ad me ex dote pervenerit*, aut *perventura est, tantundem hæres meus uxori dato.* Si nihil pervenerit, puta, quia mulier dotem promiserit, non dederit, sup. proxime dixi, nullum esse dotis legatum, quia et nulla dos data est. Quod comprobat etiam *lex* 3. et *lex* 5. *Cod. de fals. caus. adject. leg.* Et usus est etiam sup. exemplo ejus, qui ita legavit, *centum, quæ illæ apud me deposuit*, quod legatum etiam non valere constat, si nulla corpora nummorum in arca, vel in deposito sunt, et hoc cum superius ostendisset, nunc subjicit in hoc §. *Si quis uxori*, valere tamen legatum, si quis uxori simpliciter legaverit *fundum Titianum*, et mox adjecit: *Hic enim fundus propter illam ad me pervenit*, quibus verbis significavit, illum fundum ab illa sibi fuisse datum in dotem, ut *l.* 6. *inf. hoc tit. l. si nuptura*, *de fun. dot.* Quid est dos? Quod propter uxorem ad nos pervenit repetendorum onerum matrimonii gratia: nam hoc casu, etiamsi fundus non fuerit in dotem, uxori omnimodo ille fundus debetur, quia demonstratio illa: *Hic enim fundus propter illam ad me pervenit*, quæ falsa est, non nocet legato: est enim supervacua, quia eo non adjecto jam perfectum satis et consummatum legatum est. Et eleganter, *quicquid*, inquit, *satis demonstratæ rei additur*, *frustra est*, id est, supervacua est demonstratio, quæ legato jam satis perfecto additur: et ideo legato non nocet: superfluæ scripturæ nulli nocent, *l. si servo*, *de aliment. legat. l. testamentum*, *Cod. de testament.* Quam sententiam Divus Augustinus nobis attribuit, sive fert acceptam 4. de Civitate Dei, cap. 26. 27. *Solet*, inquit, *a Jurisperitis dici*, *superflua non nocent.* Et ratio differentiæ inter hunc casum, et tres supra relatos ante hunc §. hæc est, quia superioribus tribus casibus, quæ legata res est, nulla est, nulla dos, nulla corpora nummorum, quæ sint in rerum natura: legavit enim centum, ut corpora certa nummorum, non, ut quantitatem, quoniam ea certo loco circumscripsit, quæ in arca haberet, vel quæ in deposito. Circumscriptio sive notatio loci, corporis in eo positi notatio est, nec dubitandum, quin sit notatio loci, scilicet, quæ in deposito habeo vel quæ in arca, quæ ille apud me deposuit. Nam ponere est corpus aliquod collocare. Et Ulpianus depositum ex eo dictum ait, quod ponitur. Ergo quod locatur certo loco, *l.* 1. *depos.* et furtum fieri rei depositæ, si loco moveatur, *l.* 3. §. *si rem*, *de acq. possess.* Unde qui pecuniam numeratam deponit, corpora ipsa nummorum deponit, non quantitatem, alioquin mutuum vel promutuum fuerit, non depositum, *l. Lucius* 24. *depos.* In specie autem hujus §. *si quis uxori*, corpus, quod legavit, puta fundus Titianus, est in rerum natura, et ideo legatum valet, nec vitiatur per falsam et superfluam demonstrationem, ut in *l. quibus* §. *pen. de condition. et demonst.* Nam etsi centum legaverit uxori, hoc adjecto quæ mihi dedit in dotem, licet non dedit, centum uxori debentur,

l. 21. *de legat.* 2. *l. si sic legatum*, §. 1. *de legat.* 1. *l. legavi*, *in fine*, *de liberat. leg.* *l.* 3. *C. de fals. caus. adi. leg.* Ratio est eadem, quantitas, certa legata est, quæ exstat, aut facile refici potest ex bonis hæreditariis, atque ideo etiam in bonis exstare intelligitur, *l.* 12. *de leg.* 2. *l.* 88. *de verb. signific.* At in supradictis tribus casibus, in quibus legatum non valet, qui proponuntur in §. *sup.* res quæ legata est, non exstat, dos legata non exstat, corpora nummorum legata non exstant, et ideo legatum non valet. Et ita hæc explicanda sunt. Sequitur longe difficilior quæstio.

Ad §. 9. *Celsus.*

§. 9 *Celsus lib.* 20. *Digestorum scribit*: *si socer nurui dotem prælegavit, siquidem jus actionis de dote voluit relegare, nullius momenti esse legatum: quippe nupta est. Sed si voluit eam recipere dotalem pecuniam* (inquit) *utile erit legatum. Si tamen hæc dotem receperit, nihilominus maritus dotis persecutionem habebit, sive hæres institutus esset, familiæ erciscundæ judicio: sive non, utili actione. Ego puto, quoniam non hoc voluit socer, ut bis dotem hæres præstet, et mulierem agentem ex testamento, cavere debere, defensum iri hæredem adversus maritum. Ergo et maritus idem debebit cavere, adversus mulierem defensum iri, si prior agat.*

Filiofamilias uxorem ducente, pater ejus, qui socer est uxori, et uxor illi nurus, solet a nuru dotem accipere, quia onera filii, qui uxorem duxit, quem in potestate habet, et nurus consequenter, et uno verbo totius ejus matrimonii onera ipse sustinet. Ergo ei dos danda est, repensatrix onerum, non filio. Atque ita si nurus dotem socero dederit, et moriens eam dotem socer nurui legavit, videndum est, ut ex Celso proponitur in *hoc* §. quid dotis nomine socer intellexerit: Hoc enim nomen bifariam accipitur pro jure, et pro corpore. Pro jure nempe actionis de dote, quo sensu dicimus, legato dotis inesse actionem de dote: et pro corpore, id est, pecunia ipsa dotali, prove fundo dotali. Sicut hæreditas modo accipitur pro jure successionis, modo pro pecunia hæreditaria. Peculium modo pro jure actionis de peculio, modo de rebus peculiaribus. Imo et fundus, modo pro jure ipsius fundi, ut in §. 2. *l. cogi ad Trebell.* modo pro corpore ipso fundi; et qui dicit, fundum esse nomen juris, non negat propterea et fundum, quod et frequentius est, esse nomen corporis. Ad rem. Si socer jus actionis de dote legare voluerit nurui, nullum est legatum, quia constante matrimonio nulla est actio de dote constante matrimonio de dote agi non potest, et morte soceri matrimonium non solvitur, *l. morte*, *de donat. int. vir. et ux.* Denique, ut demonstratum est in §. *super.* quæ de dote nondum agere potest, nec de dotis legato potest. Sed si pecuniam dotalem quam a nuru acceperat, socer legare voluerit, valet legatum, et legati petitio mulieri competit; nam etsi constante matrimonio mulier non possit a marito dotem petere, exceptis certis casibus, potest tamen dotem petere ab hærede soceri, ut recipiat dotem, quam socero dedit, qui jam non est amplius subiturus onera matrimonii, *l.* 10. §. 1. *de leg. præstand.* Constante, inquam, matrimonio potest petere dotem, quam socero dedit ab hærede soceri: ergo et legatum dotis, quod ei socer relegavit. Sed et maritus ipse post mortem patris dotem persequi potest. Post mortem patris statim onera matrimonii filium sequuntur, et ibi dos esse debet, ubi sunt onera matrimonii, *l.* 56. §. 1. *et* 2. *de jur. dot. l. si maritus*, *fam. erc isc.* et dotem quidem maritus persequitur et recipit, sive sit a patre hæres institutus ex parte, judicio famil. erc isc. *l. si filia* §. *hoc amplius*, *l. fundus qui dotis*, *fam. erc isc. l.* 2. *Cod. eod. tit.* sive exhæredatus sit a patre, dotem persequitur utili actione, id est, utili actione familiæ erciscundæ, quæ redditur etiam inter eos, qui sunt hæredes, et eos, qui nec sunt hæredes nec bonorum possessores, sed ex hæreditate tamen aliquid percipere et prælibare debent, ut in *l.* 2. §. *si quarta*, *famil. erc isc.* Et sane si maritus a socero hoc est, a patre suo ex parte hæres institutus sit sub conditione, et uti oportet in defectum conditionis exhæredatus, maritus pendente conditione dotem percipere potest, quia sustinet onera matrimonii. Confestim ergo post mortem patris, dotem percipere potest utili famil. erciscundæ *d. l. si maritus*, quam vel de utili famil. erciscundæ, esse accipiendam titulus indicat, sub quo posita est. Si igitur pendente conditione institutionis, maritus dotem petere vel percipere potest utili judicio famil. erciscundæ, poterit et conditione deficiente, in quem casum exhæredatus est: nam pendens conditio non impedit perceptionem dotis, nec deficiens igitur, *l. cum tale*, §. *si arbitratur*, *de cond. et demonst.* Quia igitur in specie proposita hæres soceri conveniri potest, non tantum ab uxore, cui socer dotem legavit, sed etiam a marito, ut dotem restituat marito, in quem onera matrimonii translata sunt morte patris, conveniri ab uxore potest actione ex testamento, a marito utili actione familiæ erciscundæ, ne duplici præstatione dotis hæres oneretur, ne bis, inquit, hæres dotem præstet, quod nec voluisse socer videtur, ut ei sit cautum de indemnitate, si mulier prior agat ex testamento, hæres opposita exceptione doli mali, non ante mulieri compelletur solvere legatum, quam mulier ei caverit satisdatione *de-*

fensum iri eum adversus maritum. Et retro, si maritus prior agat, non aliter hæres cogitur dotem ei præstare, quam si caverit ei maritus, *defensum iri eum, et indemnem damno servatum iri adversus mulierem, si quando postea ipsa egerit ex testamento.* Et hæc est sententia §. *Celsus*, adversus quam Accursius opponit *legem mortis*, *de donationibus inter vir. et uxor.* nec explicat bene. Certum est, donationem valere, si vir uxori donarit mortis causa, id est mortis suæ causa, quia in id tempus excurrit donationis eventus, quo vir et uxor esse desinunt, mortuo marito nimirum. At non valet tamen, si socer nurui donavit mortis suæ causa, videlicet si socer moriatur nondum soluto matrimonio, quia effectum habere donatio non potest, casu mortis soceri exsistente, manente matrimonio. Et hoc vult *d. l. mortis.* Unde quærit Accursius, cur legatum dotis valeat, non valeat donatio, quam socer fecit nurui mortis suæ causa, et legatum dotis valet, quod effectum tamen non habet, nisi post mortem soceri. Dico sive dotem socer legavit, sive dotem donavit nurui mortis causa, utrumque valere et donationem et legatum. Sed si aliam rem donaverit mortis causa, non dotem, donationem non valere propter rationem supradictam, quia morte soceri nuptiæ non solvuntur, quæ quamdiu manent, nihil ad uxorem a marito vel a socero, cujus in potestate maritus, est, donationis titulo pervenire potest. Non valet item legatum, si aliam rem, quam dotem, socer nurui legavit, ut Fulgosius recte sentit hoc loco, quia et legatum donatio est. Itaque ut in aliis speciebus juris, quemadmodum definit *l.* 5. *C. de mor. caus. donat.* ita etiam hac in specie nulla est differentia inter legatum, et donationem causa mortis: nam si nurui alia res sit legata vel donata causa mortis, neque legatum, neque donatio valet, si dos, utrumque valet.

Ad §. 10. *Per contrarium.*

§. 10. *Per contrarium apud Julianum libro trigesimo septimo quæritur, si socer filio suo exhæredato, dotem nurus legasset, et ait: agi quidem cum marito exhæredato de dote non posse: verum tamen ipsum dotem persecuturum ex causa legati: sed non alias eum legatum consecuturum, quam si caverit, hæredes adversus mulierem defensum iri. Et differentiam facit inter eum, cui dos relegata est, et orcinum libertum, cui peculium legatum est. Namque eum de peculio posse conveniri ait, hæredem non posse: quia peculium desiit penes se habere. At dotis actio nihilominus competit, etsi dotem desierit habere.*

Superior species fuit de dote, quam socer a nuru acceptam nurui legavit. Quæ in hoc §. *per contrarium* proponitur, est de eadem dote, quam socer filio suo exhæredato, non nurui legavit. Et ideo ait *per contrarium*, quoniam superior species est de dote relicta uxori, id est, nurui: hæc species est de eadem dote relicta marito filio exhæredato. Recte autem ponit fuisse filium exhæredatum: nam si a patre fuerit hæres institutus, mulier ab eo dotem, quam dederat socero, cui exstitit hæres maritus, petere potest, tanquam ab hærede soceri, non tanquam a marito. A marito dos peti non potest, constante matrimonio, sed ab hærede soceri peti potest, ut ei auferat qui non successit in onera matrimonii, et serviat oneribus matrimonii. A filio autem exhæredato, uxor nullo jure dotem petere potest, *l. si cum dote*, §. *pen. sol. matrim.* non ut a marito, et non ut ab hærede soceri, quia exhæres est, non hæres soceri. Sed competit marito actio ex testamento legatæ sibi dotis nomine adversus hæredes scriptos a patre, ut dotem ab eis recipiat. Ita tamen, ut quia mulier etiam ab eis dotem petere potest, vel petitura est omnino postea soluto matrimonio, si prior agat maritus ex legis causa, ut non aliter hæredes ei dotem præstent, quam si caverit, *hæredes defensum iri adversus mulierem, quandoque postea dotem petentem*, ne bis dotem hæredes præstent, ut in *l. pater inf. hoc titul.* Et mox docet, quamobrem eadem cautio hæredibus necessaria sit, proposita elegantissima differentia inter exhæredatum maritum, cui pater dotem a nuru acceptam legavit, et servum testamento manumissum verbis directis, quem vocat *Orcinum* libertum, quasi Orci libertum, quia non ullus homo superstes ei patronus est, sed Orcus tantum. Orcinus libertus dicitur libertus defuncti, in §. 1. *Institut. de hæred. qual. et differ. et l. pen.* §. *Damæ*, *de legat.* 2. Quod perinde est, ac si diceret, esse Charontis, vel ut Theophil. Acherontis libertum: Orcinum, inquam, libertum, cui peculium dominus legavit: differentia est inter maritum, cui dotem a nuru acceptam pater legavit, et Orcinum libertum, cui peculium dominus legavit. Quænam vero est differentia? Orcinus libertus, cui dominus peculium legavit, conveniri potest a creditoribus hæreditariis intra annum ex edicto, cum de peculio actio annalis sit, quia obligatio pecularis sequitur peculium, *l. frater*, *de condict. indeb.* Hæres autem, a quo peculium Orcino liberto legatum est, quique id præstitit Orcino liberto, quia desiit habere peculium, non tenetur actione de peculio. Et hoc juxta Sabinianorum sententiam. Hoc enim traditur in hoc §. ex Juliano, qui Sabinianus fuit. Nam Proculianorum aliud judicium fuit, ut memini me diffusius explicasse in *d. l. frater*, nec est hujus loci, ut et hic ea controversia diffusius explicetur. Hæc de Orcino liberto ita se ha-

bent, cui dominus peculium legavit. Longe aliter servatur, cum pater dotem a nuru acceptam filio legavit, quam et filius accepit ab hærede: nam hoc casu hæres soceri, a quo dos nurus legata est filio exhæredato, etiamsi dotem præstiterit filio, atque ita etiamsi dotem habere desiit, dotis actione a muliere conveniri potest, quam non debuit præstare marito temere, et ideo necessaria valde est hæredi cautio, ut scilicet in præstanda filio dote, sibi cautione prospiciat de indemnitate. Denique hoc casu hæres, etiamsi dotem habere desierit, mulieri tenetur dotis nomine. Filius autem exhæredatus uxori suæ non tenetur actione de dote: obligatio dotalis non sequitur dotem. Filius exhæredatus habet dotem ex legati causa, et tamen non tenetur actione de dote. Denique obligatio peculii semper sequitur peculium: obligatio dotalis non sequitur dotem.

Ad §. 11. *Idem Julianus.*

§. 11. *Idem Julianus quærit: si dotem marito relegaverit socer: an, dote soluta mulieri, legatum mariti extinguatur. Et dicit, extingui: quia nihil esset jam, quod marito posset præstari.*

Ex Juliano ante retulit Ulpianus, legati petitionem filio exhæredato competere, cui pater dotem a nuru acceptam legavit, oblata tamen hæredi patris cautione de indemnitate, quia idem etiam hæres mulieri dotis nomine tenetur, quamvis dotem habere desierit, ex legati causa nimirum filio exhæredato soluta. Quod et Papinianus scribit in *l. pater, inf. hoc tit.* Filius autem exhæredatus, quamvis dotem habeat ex legati causa, mulieri suæ dotis nomine non tenetur: nec enim ut obligatio peculiaris sequitur peculium, *l. frater, de condict. indeb.* ita et obligatio dotalis dotem. Obligatio, inquam, dotalis non tenet eum, qui dotem habet et possidet, sed eum, qui dotem accepit, hæredemve ejus. Et hoc fuit demonstratum in §. superiori, et traditur ex Juliano. Nunc ex eodem Juliano docet, si forte cum dos, ut ante proposui, filio exhæredato prælegata esset a socero, prius hæres soceri dotem mulieri restituerit, præventus a muliere, vel soluto matrimonio, vel manente, ut *l.* 10. §. 1. *de leg. præst.* hoc casu legatum dotis quod socer marito reliquit, filio suo exhæredato, extingui, quoniam nihil est in bonis soceris, quod ex ejus legati causa marito præstari possit. Quod et Papinianus tradidit in *d. l. pater.* Et frustra igitur hoc casu hæredem a muliere desiderare cautionem de indemnitate, cum, dote reddita mulieri, jam non possit a marito conveniri actione ex testamento, quia peremptum est legatum.

Ad §. 12. *Idem quærit.*

§. 12. *Idem quærit, si dos alii legata esset, eamque rogatus sit mulieri restituere: an lex Falcidia in legato locum haberet. Et dicit habere: sed quod minus est in fideicommisso, mulierem dotis actione consecuturam. Ego quæro, an commoda repræsentationis in hoc legato sic observentur, atque si dos ipsi mulieri fuisset relegata. Et puto habere.*

Sequitur jam alia quæstio ex eodem Juliano in §. *idem quærit*, de dote nurus a socero legata, non nurui, non filio, sed extraneo, eodemque extraneo rogato dotem nurui restituere, interveniente lege Falcidia, an et ex eo legato Falcidiam hæres soceri deducere possit? Et respondet posse: sed ut subjicit, quod minus fuerit in fideicommisso dotis relicto nurui, id est, quod Falcidia resciderit, id mulierem ab hærede consecuturam actione de dote, et ita Falcidiam revocaturam, quam hæres deduxit. Et ut hoc loco non ineleganter Albericus refert ex vulgari proverbio practicorum sui temporis: *quod amiserit*, inquit, *in syllabis eam*, inquit, *recuperaturam in temporibus.* Idem dicendum si maritus acceptam ab uxore dotem extraneo legaverit, addito onere fideicommissi, ut uxori eam restitueret: nam de legato quidem hæres deducet Falcidiam, sed mox eam Falcidiam, quam deduxit hæres, revocabit uxor, actione de dote. Et ita Julianus sentit. Marcellus vero qui ubicumque in Juliani scriptis cernit vel rimulam levem, in eam figere solet aculeum, satius esse dixit, sublato illo circuitu, quem et tollendum idem Marcellus censet in specie *leg.* 5. *si cui plusquam per leg. Falcid.* satius, inquam, sublato illo circuitu deducendæ Falcidiæ, ac deinde reddendæ mulieri, statim ab initio ex eo legato propter mulieris fideicommissum, ad quam omne emolumentum dotis pertinet, hæredi denegare ex legato illo Falcidiæ deductionem: et ita est proditum ex Marcello in *l. cum dotem inf. ad leg. Falcid.* Nam *et in plerisque aliis causis*, ut ait eleganter Marcellus in ea lege, *observatur, ut ommissa interposita persona, capientis tantum persona spectetur*, fideicommissa præstentur per interpositam personam, et quasi per sequestrem, et *per tramites*: ut inquit Arnob. sexto, *quosdam, et per quædam fideicommissa*: honor est legatarii, qui interponitur, quique fidem interponit alteri restituendi legati, honos sine re: res enim est fideicommissarii: legatarius, qui intervenit, honoratur legato, fideicommissarius capit legatum. Id autem observari in plerisque causis,

quibusdam exemplis propositis patefacere operæ pretium est, interpositi personam omitti, et statim transiri ad capientis personam, et statim nos transgredi quasi compendio ad eum, ad quem omne emolumentum redit. Primum, si incapaci vel indigno reddatur hæreditas, vel legatum, ut id capaci restituat, omissa interposita persona, quæ incapax vel indigna est, et capacis tantum fideicommissarii persona inspecta, ad quem totius hæreditatis vel legati emolumentum pertinet propter illum, qui est capax, dicimus incapacem vel indignum admitti ad hæreditatem vel legatum, ut mox restituat capaci aut digno. De incapaci est *l. 42. de leg. 2. et l. 28. de legat. 3.* et *lex cogi*, §. *qui solidum*, *ad Trebellian.* de indigno est *lex legatarius*, *de excusation. tutor. et l. 1.* §. *pen. si quis aliquem testari prohib.* Item si cui legetur sub conditione, *si Titia non nupserit*, utque idem Titia restituat legatum, cui scilicet illa conditio viduitatis remittitur lege Julia et Papia, omissa interpositi persona, in qua conditio illa non negligeretur si non esset rogatus legatum Titiæ restituere: spectatur Titiæ persona tantum, et illius Titiæ gratia statim die cedente legati, et fideicommissi petitio est, *l. avia*, §. *Titio, de condition. et demonstr.* ac similiter usufructu uni legato, ut alii restituatur, si quæratur, cujus morte intereat ususfructus, non legatarii, qui interpositus, sed fideicommissarii persona spectatur, *l. 26. de usufr. leg. supra.* Ac postremo si legata sunt relicta liberis et parentibus, quibus petita bonorum possessione contra tabulas ea legata servari solent ex edicto prætoris, quæ ipso jure infirmantur, ut et cetera omnia legata, et fideicommissa per bonorum possessionem contra tabulas, quæ non tantum hæredis institutionem infirmat, sed et omnia, quæ in testamento scripta sunt. Jure tamen prætorio et singulari, liberis et parentibus, et uxori legata in iis tabulis relicta servari solent, non servantur tamen, si ea legata extraneis restituere rogati sint, *l. 5.* §. *si quis, de leg. præstand.* quia non qui sint interpositi spectamus, imo hos præterimus, et transimus confestim ad eos, qui rem capiunt, interpositi nihil capiunt. Et ita in specie proposita, marito dotem legante extraneo, ut uxori restituat, ex Marcelli sententia compendiosiore via extranei persona insuperhabetur, omittitur, et perinde atque si recta uxori dos legata esset, ut brevius et melius esset dicere, quod Marcellus dixit, non esse legi Falcidiæ locum, quanquam τὸ ἀκριβὲς, ut nominatim Græci interpretes notant ad *d. l. cum dotem*, exigat servari eum ordinem, quem dixit Julianus, deduci nempe Falcidiam ex legato dotis extraneo relicto: ac deinde ab hærede eam dotis lacunam repleri, hoc τὸ ἀκριβὲς exigit, sed non ratio melior atque benignior. Verum quia sive ita res geratur, ut Julianus voluit, sive, ut Marcellus, effectu ipso Falcidiam hæres ex eo dotis legato non retinet: Quærit Ulpianus, an saltem perinde, atque si directo mulieri dotem maritus prælegasset, hæres possit Falcid. deducere ex commodo repræsentationis, ut si legata sit dos, quæ numero, pondere vel mensura continetur, quo genere repræsentatur dos, hoc est, legati jure præsenti die reddi debet, quæ actione de dote non redderetur, nisi annua, bima, trima die, vel hodie annua ex Constitutione Justiniani: quærit, inquam, Ulpianus, an saltem et ex hoc commodo repræsentationis Falcidiam hæres deducere possit, et hoc facile admittit. Unde notandum est, quod in sequentibus repetitur sæpius, dotis prælegatum uxori relictum Falcidiam non pati, nisi quatenus plus in eo est, quam in actione de dote, id est, Falcidiam ex dote non deduci, sed ex commodo repræsentationis duntaxat. Contra si nullum sit commodum in repræsentatione dotis, ut si dos consistat in rebus soli, quas etiam dote non legata, actione de dote statim soluto matrimonio reddi oportere certum est, tunc lex Falcidia cessat omnino in dote uxori legata, quia rem suam recipere videtur, *l. 81.* §. *1. ad leg. Falcid.* Rem suam recipere videtur, et nihil aliud dos est, quam res uxoris; qua ratione etiam fideicommissum ab uxore relictum, fideicommissum quo uxor onerata est, cui dos relegata datur, non valet, quia nihil de suo dare uxori maritus videtur, qui et dotem legat, et cui nihil dederit, eum rogando obligare non possit, *l. 6. in fin. de legat. 3.* de suo quemque liberalem esse oportet, non de alieno. Nec tamen suo quodam commodo caret legatum illud dotis, quod uxori relinquitur, etiamsi absit commodum repræsentationis, puta in dotem datis soli rebus, rebus immobilibus, ut ante proposuit, quia pro actione in personam, id est, pro actione de dote, legatum defertur uxori per vindicationem, si sit relictum per vindicationem, vel per præceptionem, quæ actio, quia dominii est assertio, commodior est, *l. 5.* §. *si rem de legat. 3.* Sed hoc qualecunque commodum non est tanti, ut propter id ratio legis Falcidiæ induci debeat, *l. si creditor in fine, de legat. 1.* quia hoc commodum actionis novæ ita percipit uxor, ut nihil decedat mariti bonis; commodum autem repræsentationis non percipit, quin mariti bonis decedat interusurium medii temporis. Cum autem ex Juliano hoc loco proposuisset Ulpianus, dotem uxori marito legatam, eademque rogata alii dotem restituere, neque fideicommissum valere, neque Falcidia legatum minui posse.

Ad §. 13. *Idem Julianus.*

Idem Julianus quærit: Si mulieri dos sit rele-

gata, eaque rogata dotem restituere, an Falcidia locum habeat. Et negat habere: quoniam fideicommissum quoque negat valere. Quod si prætere a quid uxori legatum sit, putat ex residuo fideicommissum præstari. Quod utique, habita ratione Falcidiæ, mulieri præstabitur: sed et marito ex parte hærede instituto, a socero dote prælegata, legatum dotis Falcidiam passurum, videlicet, quia adhuc constante matrimonio indebita dos videtur relegata. Verum quod Falcidia recidit, in familiæ erciscundæ judicio maritum præcepturum. Quemadmodum totam dotem præciperet, si non esset relegata.

In §. *Idem Julianus quærit: si mulieri, etc.* quod jam satis exposuimus, subjicit ex eodem Juliano illo loco, *quod si præterea*, si præter dotem aliquid, finge prædia quædam uxori legaverit, et ab ea fideicommissum reliquerit, ex legato quidem non detrahi Falcidiam, sed detrahi ex legato prædiorum, et detracta Falcidia ex residuo prædiorum fideicommissum præstari. Mox sequitur: *sed et marito:* et hic autem locus est accipiendus de dote a socero nurui legata, et ponenda species, explicandaque sententia hujus loci ejusmodi: Pater filium hæredem instituit ex parte, et dotem ab uxore ejus manu sua acceptam nurui legavit, utile est legatum, et præstabitur dos nurui ex legati causa, quamvis adhuc nupta sit filio testatoris, si modo offerat hæredi cautionem indemnitatis, ut demonstratum est in §. *Celsus, supra.* Sed videamus, an et ex eo legato hæres possit deducere Falcidiam, ex legato dotis nurui relicto, si soceri hæreditas sit exhausta vel onerata legatis. Et ait, deduci posse, quia constante matrimonio indebita dos nurui videtur legata, et ideo magnum in eo legato commodum est. Sed quod resciderit Falcidia, mox recipiet maritus, quem socer ex parte testamento hæredem scripsit, judicio familiæ erciscundæ, ut *d. §. Celsus.* Quia, ut ait, et dotem totam præciperet nunc post mortem soceri oneribus omnibus matrimonii in eum translatis, si nurui a socero non esset legatum: unde et dodrantem dotis præstitum uxori jure legati sub cautione indemnitatis, mox maritus ab uxore recipiet, quandoquidem obstricta est uxor hæredi de indemni eo servando adversus maritum, et non possit uxor hæredem aliter servare indemnem adversus maritum, quam si dodrantem dotis ab hærede acceptum, ut æquum est, marito restitueret, quem post mortem soceri sequuntur omnia onera matrimonii. Et ita hic est explicandus §.

Ad §. 14. Mela.

§. 14. *Mela scripsit, si fundus in dote sit, et specialiter sit legatus, mox generaliter dos relegata, non bis, sed semel deberi fundum.*

Si maritus uxori specialiter legaverit fundum, in quo solo consistebat dos uxoris, non legavit fundum, quem in dotem acceperat: non est his verbis usus, sed legavit fundum illum, fundum Titianum specialiter: mox generaliter eidem uxori dotem prælegavit: quæritur, an bis mulieri fundus debeatur? Respondet bis non deberi, nisi manifestissime appareat hanc fuisse testatoris voluntatem, ut et fundus et æstimatio fundi ei præstaretur, quæ voluntas non esset inanis, ut *l. nutu, §. 1. de legat. 3. l. fundum Cornelianum, de novat.* Alioquin si non sit manifesta contraria voluntas testatoris, bis mulieri fundus non debetur, quia non præsumitur testator duplici præstatione dotis hæredem suum onerare voluisse *l. pen. inf. hoc tit.* sed magis ex abundante dotem legasse et generaliter et specialiter, et posteriori legato supplevisse, quod omiserat priori, quo specialiter fundum legaverat, nec dixerat fundum dotalem. Denique qui bis eandem rem promittit, amplius quam semel non tenetur, *l. qui bis, l. quibus, de V. O.* Ita qui bis eandem rem legat hoc velle videtur, non amplius quam semel eam rem ab hærede præstari. In dubio parcimus hæredi, *l. Sempronius, de legat. 2. l. 11. §. si quis decem, de legat. 3.* Et hoc loco proculdubio fundum inæstimatum intelligere oportet, non ut Accursius dubitat, æstimatus an inæstimatus sit; quod est stultum. Nam semper, cum fundum dotalem dicimus, inæstimatum dicimus, ut in lege Julia de fundo dotali. Nam fundus æstimatus non est proprie dotalis, sed æstimatio, *l. un. §. in fundo, C. de rei uxor. act.* Et præterea quamvis in hoc legato quod consistit in fundo, nullum sit commodum repræsentationis, quia et citra spem legati actione de dote fundus statim reddetur, non ideo tamen est inutile legatum, maxime si per vindicationem aut præceptionem relictum sit: nam pro actione in personam, ut ante dixi, defert actionem in rem, ac propterea, si res quædam constante matrimonio donatæ fuerint uxori, dote uxori legata, fundo dotali uxori legato, propter res donatas nulla retentio fit ex dote, quia dotem integram legasse videtur, atque adeo confirmasse donationem, §. *est et illud, sup. et l. 5. hoc t.* Valde autem suavis est Bartolus, qui cum hoc non animadverteret, ne quis arguat legatum inutilitatis, fingit convenisse inter virum et uxorem in traditione fundi dotalis, ut soluto matrimonio fundus non reddatur statim, ut jure debet statim, sed ut redderetur longiore die, quasi vero hæc conventio non sit improbata. Hæc conventio est contra dotem et utilitatem nubentium, nec valet quicquam, in *l. ut autem, de pact. dotalib.*

Fingit igitur, quod jure esse non potest ; sed inquirendæ sunt illæ utilitatis causæ, quas præmonstravi ante.

Ad §. 15. *Ibidem Mela.*

§. 15. *Ibidem Mela conjungit : si fundus in dote fuit locatus a marito ad certum tempus, uxorem, non alias fundum ex relegatione consequi, quam si caverit, se passuram colonum frui: dummodo ipsa pensiones percipiat.*

In extremo addit, de eodem fundo dotali, si forte cum fundum maritus legaverit ad certum tempus, non ante fundum uxori hæredem ex causa legati præstare debere, quam si caverit uxor, se passuram colonum frui, quem utique si non pateretur frui fundo dotali, hæres ei in id, quod interest teneretur ex contractu defuncti, actione ex conducto. Ergo ne in damno versetur hæres ne obligetur conductori, fundi colono cavere debet mulier, quæ legatum petit, se passuram colonum frui quoad exierit tempus locationis, et interim ipsa pensiones percipiet. Ipso jure, ut emptor, ut fructuarius, ita legatarius non cogitur stare locationi a venditore, vel testatore factæ, sed opposita exceptione doli mali venditor, quo cum agitur ex empto, aut hæres, quo cum agitur ex testamento, consequitur, ut emptor vel legatarius ei locationi stet, vel staturum se promittat, *l.* 9. *C. de locat. l. arbores,* §. 1. *de usufr. l. ult. de jure fisc. l. nihil in fine, de leg.* 1.

Ad L. II.

Cum quis uxori suæ dotem relegat, fideique commissum ab ea relinquit : hoc fideicommissum ex commodo, quod ex relegatione mulier sentit, æstimabitur ; et ita Celsus quoque lib. 20. Digest. scripsit. Quod si necessariæ fuerunt impensæ, quæ ipso jure dotem minuunt : amplius dici potest, si tanta quantitas dotis, quam maritus accepit, ei relegata est : oportere dici, etiam eam quantitatem posse fideicommissum erogare, quæ ipso jure dotem minuit. Esse enim mulierem legatariam, nemo est, qui dubitet. Sed et si non dos, sed pro dote aliquid uxori fuerit legatum adhuc quasi dos relegata accipitur. Hoc amplius Julianus scripsit, etsi non fuerit adjectum, pro dote esse legatum, hoc tamen animo relictum, adhuc ejus esse conditionis. Uxor igitur, si rogetur, vel dotem, vel quod pro dote legatum est, vel quod in vicem dotis sibi adscriptum est, restituere, non cogetur, nisi eatenus, quatenus diximus, restituere. Et ideo hæres instituta, rogataque quantitatem hæreditatis restituere, id demum restituet, quod quantitatem dotis excedit : idque quod ex repræsentationis commodo sentit. Nam et si quis, cum a nuru dotem accepisset, filium suum hæredem instituerit, eumque rogaverit, quidquid ad eum ex hæreditate pervenisset: restituere : mox morte uxoris dotem fuerit lucratus, id non restitueret, quod ex dote percepit, quia matrimonii causa id lucratus est, non ex patris judicio.

§. 1. *Mulier dotem promisit quadringentorum, et dedit fundos duos in ducenta, præterea nomina debitorum in residua ducenta, mox maritus ejus decedens pro dote fundos ei duos, non eos, quos in dotem acceperat, reliquit : et præterea duos illos dotales, quos æstimatos acceperat, reliquit, fideique ejus commisit, ut quicquid ad se ex hæreditate ejus pervenisset, id restitueret Sejo, cum moreretur. Quærebatur, quantum esset in fideicommisso, muliere defuncta? dicebam, uxorem hanc, quæ rogata est, quicquid ad se pervenerit ex testamento, restituere, in ea esse conditione, ut id demum restituere rogetur, quod, deducta dotis quantitate, ad eam pervenit. Dotem enim recepisse eam magis, quam accepisse, salvo eo, quod ex commodo repræsentationis ab ea fideicommitti potuit. Proinde id quidem, quod pro dote maritus ei reliquit, non cogetur ei restituere, nisi plus fuit in eo, quam in quantitate dotis. Residuum vero, quod præterea illi relictum est, cum fructibus cogetur restituere. Habebit igitur præcipuam dotem, cum suis fructibus. Id vero, quod extrinsecus ei relictum est, cum fructibus, qui ad eam pervenerint restituet.*

Tota lex 2. est de fideicommisso ab uxore relicto, cui vir dotem prælegavit ; quod jam docui non valere, in *l.* 1. §. *idem Julianus quærit*, quia cum dos uxori legatur, res sua legatur, non res testatoris, et ideo legato non potest imponi onus fideicommissi. Verum in *hac l.* duo casus proponuntur, quibus fideicommissum ab uxore relictum, legationis dotis impositum, valet : si non in totum, at aliquatenus. Prior casus hic est : si in legato dotis sit commodum repræsentationis, ut si dos, quæ annua die reddi solet, judicio rei uxoriæ, legata sit, quæ præsenti die debetur : nam pro modo ejus commodi, quod ex legato mulier sentit, fideicommissum ab ea relictum valet. Hic est primus casus. Alter casus hic est : si quod uxori legatur dotis nomine, excedat quantitatem dotis. Nam in eo, quod excedit, fideicommissum valet : possis uti exemplo proposito in *d.* §. *idem Julianus quærit*, *l.* 1. *sup.* Si præter dotem aliquid uxori legaverit : nam proculdubio in eo, quod præter dotem legavit, fideicommissum consistit. Sed utitur Ulpianus hujus casus demonstrandi causa, longe propriore exemplo. Fac, dotis

initio datæ fuisse quantitatem mille aureorum, et necessario maritum impendisse centum in res dotales. Impensæ necessariæ dotem ipso jure minuunt, quæ scilicet factæ sunt in corpora dotalia, prædia puta, aut mancipia. In pecuniam enim numeratam, si hæc in dote fuerit, nulla fiunt impendia: et ideo *l.* 56. §. 5 *de jure dot.* ponit in dote fuisse pecuniam et fundum, et impensas factas in fundum: nam in pecuniam non fiunt impensæ, pecuniam tamen ipsam, quæ est in dote, propter impensas necessarias, quæ factæ sunt in prædia dotalia, dicimus ipso jure minui. Pecunia facile minuitur per pecuniam, id est, per impensam pecuniariam. Singula autem corpora dotalia, per impensam pecuniariam, quæ necessario facta est in ea corpora, non minuuntur, sed universitas, ut dixit in *l.* 1. §. *impensæ.* Singula, inquam, corpora dotalia impensæ necessariæ non minuunt, sed universitatem, id est, quantitatem, quæ ex universa rerum dotalium æstimatione conficitur: quod ibi *universitatem*, hic *quantitatem* vocat, et ut Justinianus ait in §. *sed et fieri impensas, C. de rei uxor. act.* necessarias impensas minuere dotis quantitatem. Qua de re tractabo postea uberius in *l.* 5. quam vellem interim prævideri, simul ac illam *l.* 56. §. *quod dicitur*, *de jur. dot.* quæ in ea quæstione est omnium difficillima, atque utinam prævidereut semper studiosi leges, quas essem interpretaturus, et glossas, et quidquid in eas DD. attulerunt. Sic et facilius omnia assequerentur majori cum voluptate. Secundum hæc prædixi, si tantam quantitatem dotis maritus uxori legavit, quantam ab ea initio accepit, mille, sicut posui, et impenderit centum, necessario in res dotales, quæ impendit, tot de dotis quantitate decessisse videntur, et remanere in dote nongenta tantum: in eo quidem quod excedit, nimirum centum, præsentis dotis quantitatem, fideicommissum ab uxore relictum valet. Uno verbo, fideicommissum ab uxore relictum valet in commodo repræsentationis, atque etiam in eo, quod excedit præsentem quantitatem dotis. Et utitur hac ratione Ulpianus hoc loco: Mulier, cui dos legatur, est legataria, et sane legataria est, non, ut Accursius notat, in commodo repræsentationis, vel in eo, quod dotis quantitatem excedit tantummodo, sed in dote tota: tota enim dos ex testamento peti potest, aut vindicari *l. debitor*, *de leg.* 2. A legatario autem fideicommissum relinqui potest. Hæc est assumptio. Ergo et ab uxore, cui dos prælegata est, non quidem ita, ut tota dos in fideicommissum veniat, quamvis tota dos sit in legato, et quamvis etiam dotem restituere rogata sit, sed id tantum, quod in commodo repræsentationis mulier sentit, vel quod dotis præsentem quantitatem excedit. Dos autem videtur legata, ut subjicit, non tantum, si dos sit legata generaliter, vel quantitas data sit in dotem, sed et si pro dote aliquid nominatim legatum sit, ut *in l. viriles*, §. 5. *de legat. præst.* vel hoc animo, ut in vicem dotis esset, etiamsi non adjecerit pro dote esse legatum, sed hoc animo fuerit, ut dixi, ut pro dote esset legatum: nam in jure hæc plerunque sunt paria, dixisse et intellexisse, *l.* 6. *de assig. l.* 88. *de legat.* 1. Et hoc quidem casu, cum aliquid pro dote legatum esse intelligitur, alterutro contenta esse debet mulier, dote, vel legato, jure suo, vel judicio mariti, ut ait *l. cum ab uno*, *de leg.* 2. Legatum pro dote datum non novat obligationem dotis, sed in electione mulieris est, utrum petat dotem: an legatum pro dote, *l. si filia*, §. *pen. fam l. ercisc. l.* 6. *quando dies leg. ced.* Et huc pertinet vetus edictum Prætoris *de alterutro*, cujus fit mentio *in* §. *sciendum. C. de rei uxor. actio. in l. ult. C. Theodos. de testament.* Ergo et cum uxori aliquid pro dote legatum est, fideicommissum ab ea retentum non valet, nisi quatenus excedit quantitatem dotis, si forte excedat, vel quatenus ex eo commodum repræsentationis mulier sentit. Et eadem ratione, si socer, qui a nuru dotem acceperat, filium hæredem instituerit, eumque rogavit, *ut cum moreretur, quicquid ex hæreditate ad eum pervenisset, Lucio Titio restitueret*, et mortua in matrimonio uxore, dos apud eum remanserit, non ex judicio uxoris, ut glossa vult, quia hoc non dicit Ulpianus, non item, ut eadem glossa tentat ex pacto, quia non potuit ea de re pacisci maritus, socero dotem accipiente, sed quia ita jus est etiam citra pactum, ut dos adventitia, mortua in matrimonio uxore, cedat lucro mariti, *l. mulier*, *de cond. inst. l.* 23. *de evict. l.* 5 *de bonis dam.* Quod et multæ aliæ leges passim ostendunt, et diserte ita esse scripsit Ulpianus, *lib. reg. tit. de dot.* Imo et Cornutus in Persium. Jus itaque hoc est, ut mortua in matrimonio uxore, dos adventitia remaneat apud virum. Itemque dos profectitia, si modo pater mulieris, a quo dos profecta est, constante matrimonio vita decesserit, id est, si pater non sit, ut idem Ulpianus ostendit in regulis, eo tempore, quo moritur filia in matrimonio, *l. cum patrem, C. de jur. dot.* Et hoc vero casu, cum filius a patre hæres institutus est, et rogatus alii restituere quicquid ad eum ex hæreditate pervenerit, et cum idem filius, mortua in matrimonio uxore, dotem lucratus est, non ex pacto, non ex testamento uxoris, sed ipso jure, in fideicommissum hæreditatis, quod a filio reliquit pater, dos non venit, quia eam filius non habet ex judicio patris, ex testamento patris, ex institutione, ex hæreditate patris, sed suo jure

proprio, ex causa matrimonii, eamque etiam viva uxore in computationem hæreditatis, et Falcidiæ rationem deducit, tanquam æs alienum, alioquin videretur uxorem indotatam habere, *l. si dos a socero, ad leg. Falcid.* Et si illa mulier dotem ab eo petierit, tanquam ab hærede soceri, quod potest, *l.* 10. §. 1. *de legat. præstand.* repelletur vulgari exceptione, *dolo facis quæ petis, quod reddit ura esse*: namque omnino dos ibi esse debet, ubi sunt onera matrimonii. Denique in fideicommissum illud hæreditatis, quod a filio pater reliquit, non venit dos, sicut nec quælibet alia res filii propria, sed bona testatoris tantum, *l. cohæredi*, §. *quod si hæredem, de vulg. substit.* Sed fideicommisso propriæ facultates filii non tenebantur, et ex propriis facultatibus filii dos esse videtur, cum onera matrimonii eum sequantur post mortem patris, dos est repensatrix onerum. Eadem quoque ratio intervenit in specie, quæ hic in hoc §. *mulier* proponitur: Mulier doti dixit vel promisit quadringenta, et dedit fundos duos æstimatos ducentis, et præterea nomina debitorum in residua ducenta: mox maritus vita decedens, pro dote ei legavit duos illos fundos, qui dotales non erant, et fidei ejus commisit, *ut quicquid ad se ex hæreditate ejus, bonisve, quicquid ad se ex testamento ejus pervenisset, id ipsa, cum moreretur L. Titio restitueret*, videamus quid fideicommisso contineatur? Fideicommisso continetur id tantum, quod deducta dotis quantitate superest, et quod ex commodo repræsentationis mulier sentit: nam et in hoc legato commodum repræsentationis inest, quia fundi in dotem dati, sunt æstimati. Ergo pecunia videtur potius in dotem esse, quam fundus, *leg.* 5. §. *proinde, de impens. in res dot. fact.* Atque ideo judicio rei uxoriæ ea dos redderetur annua, bima die, quæ legatur præsenti die. Itaque huic legato inest commodum repræsentationis, et pro rata ejus commodi, proque rata ejus, quod deducta quantitate dotis superest, fideicommissum debetur: dotis autem quantitas fideicommisso non continetur, quod etiam ostendit *l. cum pater*, §. *fidei tuæ, de legat.* 2. Quia suam rem mulier recipere videtur, *l.* 81. §. 1. *ad leg. Falcid.* Vel sibi debitam, *leg. virilis*, §. *pen. de leg. præstand.* quia, inquit, hoc loco dotem recepisse eam magis, quam accepisse, verum est: et sic Paulus 4. *Sent. Ab uxore*, inquit, *cui vir dotem prælegavit, fideicommissum relinqui non potest, quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur.* Et *in dict. l. cum pater*, §. *fidei tuæ, quia dos ei reddi videtur potius, quam dari.* Quæ causa et relegari dicitur, ut in simili re Plinius 8. *Epist.* non reliquisse patrem opes filiæ, sed reddidisse potius, quibus auctus per filiam fuerat. In hac igitur specie, quia dotis quantitas in fideicommissum non cedit, mulier dotem præcipuam habebit cum suis lucris: quod autem plus est in legato, quam in quantitate dotis, id fideicommissario restituet cum fructibus, inquit, qui ad eum pervenerunt. Cum fructibus quare? Quia his verbis, *quicquid ex hæreditate mea ad te pervenerit*, etiam fructus continentur; minime, nempe enim his verbis fructus continentur, *l. quod his verbis, de legat.* 3. quia et fructus non hæreditati, nisi qui inventi sunt in hæreditate, fructus post mortem testatoris non hæreditati, quia nunquam fuerunt in hæreditate, sed rebus ipsis accepti feruntur, *l.* 18. §. *pen ad Trebell.* Verum ne quis diutius laboret hac in re, ideo fructus in fideicommissum veniunt in hac specie, quia pro dote fundos uxori legaverit vir, quare extra dotis modum nihil eum voluisse apud uxorem remanere, ne fructus quidem. Ex conjectura igitur voluntatis defuncti, mulier fideicommissario restituet, quod excedit quantitatem dotis cum fructibus qui ad eam pervenerint; et ita Accursius sentit rectissime, adjuncto simili argumento congruenter ex *l.* 3. *cum Pollidius, de usur.*

Ad L. III.

Qui ita legat uxori suæ: Titiæ amplius quam dotem, aureos tot hæres meus damnas esto dare: *manifestum est dotem quoque relegasse.*

Uxori legato ita relicto: *Titiæ amplius quam dotem, centum aureos hæres meus* damnas esto dare, dotem quoque legatam videri, non tantum aureos centum. Hæc enim verba, *amplius quam dotem*, tantum possunt, quantum si dixisset, præter dotem, ut *l.* 10. §. *uxori, de ann. leg.* Et articuli, *amplius, præter*, includunt dotem: in hac specie legati, non excludunt: et, si præterea, quam sit varia et multiplex vis hujus articuli, *amplius*, aves scire, adi, si libet, observ. 8. c. 36.

Ad L. IV.

Cum vulgari modo dies legatorum profertur, nihil eam rem ad dotis relegationem pertinere ait: quia suum diem habeat.

Si testator legata pecuniaria, quibus dies apposita non esset, *annua, bima, trima die* dari jusserit, quam in testamentis fuisse vulgarem clausulam ait *lex talis, sup. de leg.* 1. Et africanus hoc loco, hunc esse vulgarem modum proferendi diem legatorum, quibus dies non est apposita specialiter, et idem testator uxori dotem legaverit, darive jusserit præsenti die, ut fieri solet, ut habeat commodum repræsentationis, cum dos numero, pon-

dere, vel mensura continetur: illa clausula vulgaris ad hoc dotis legatum minime pertinet, alioquin parva esset hujus legati utilitas, et secum ipse videretur pugnare testator, si quod legavit præsenti die, idem vellet dari annua, bima, trima die. Neque ineleganter Accursius hoc loco præsumit hanc fuisse voluntatem mariti, ut dos daretur uxori præsenti die, sicut dixi, nec ad dotis legatum pertineret illa vulgaris clausula: præsumit, inquam, hanc fuisse voluntatem mariti, *cum ne legatum relictum evanescat,* sic est legendum, non, *tunc ne*, propter inutilitatem, tum ex legatariæ qualitate, quæ uxor est, ac præterea, quæ proximior ratio est, legatum dotis diem suam habet, id est, diem præsentem: ergo ad id superior clausula non pertinet, quæ pertinet tantum ad legata, quæ diem suum non habent, quæ diem nullum habent. Nec obstat *lex si quis legata, inf. de cond. et demonst.* quæ clausulam illam ait pertinere ad proroganda ea, quæ ad præsens tempus legata sunt, quod perinde est ac si dixisset ad præsentem diem. Nam hoc non est tantum, quæ præsenti die, aut præsentia sunt legata nominatim, sed quæ pure legata sunt, ut declarat *d. l. talis*, atque distinguit etiam *lex Titio centum, de leg.* 2. Nam etsi quod ad vim et effectum legatorum attinet, nihil intersit pure et simpliciter, an nominatim præsenti die legatum sit: tamen quod ad illam clausulam attinet, multum interest, pure legata sint, an nominatim præsenti die. Legatarum enim, quæ præsenti die relicta sunt nominatim, diem illa clausula non mutat, non profert; illorum autem legatorum, quæ pure relicta sunt, diem profert. Et merito reprehenditur Alphenus in *d. l. Titio centum*, qui dicebat, illam clausulam pertinere etiam ad legata præsenti die data nominatim, et *ideo non præsenti die ea deberi*, (ut esse legendum jampridem ostendi in *d. l. Titio centum,* et ratio pervincit) sed deberi tantum annua, bima, trima die. Et subjicitur ratio reprehensionis eadem, quæ hac lege, quia quæ præsenti die legata sunt, diem proprium habent. Ergo non proferuntur in annuam, bimam, trimam diem.

Ad L. V.

Dote relegata, non est hæres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre, vel ob impensas, alias quam quæ ipso jure dotem minuunt. Aliud est enim, minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit: aliud, pignoris nomine retineri dotem ob ea, quæ mulierem invicem præstare æquum est.

Hæc lex majorem operam et industriam desiderat. Dote uxori legata præter commodum repræsentationis, quod inest legato, cum talis fuit dos, quæ annua die reddi debeat judicio rei uxoriæ, hoc etiam commodum, qualiscumque dos fuerit, legato inest, quod ob res donatas uxori constante matrimonio hæres mariti nihil ex dote retinere potest, quia, qui legat dotem præsenti die, ut sit non ignarus donationum, quas fecit: hoc videtur velle, ut non differatur renumeratio dotis propter res donatas, sed renumeretur statim, ut *l.* 1. §. *est et illud, sup.* Et consequenter donationes in uxorem collatæ, quasi non revocatæ, confirmantur morte donatoris ex Senatusc. Æmiliano, atque ideo comparantur donationibus causa mortis, vel fideicommissis, et Falcid. patiuntur, *l.* 12. *C. ad leg. Falcid.* Ac præterea dote legata præsenti die, ut dixi, videtur maritus uxori remittere impensas utiles, quas non ignorat se fecisse in res dotales, ob quas alioquin retentio esset ex dote, ex *dict. l.* 7. *et* 8. *de impens. in res dotal. fact.* Sed quod quis legat præsenti die, utique non vult retineri ullo modo, ullave ex parte, sed præstari confestim. Dote non legata, propter res dotales, et propter impensas in res dotales factas, et propter res amotas, morte mariti soluto matrimonio, hæres mariti dotem retinet, donec res donatæ vel amotæ redditæ et impensæ solutæ sint, *l. res*, §. 1. *sol. matr.* Vel, ut ait hoc loco Martianus, donec præstita sint ea omnia, quæ sunt ea quæ recensui, *quæ*, inquit, *invicem mulierem præstare æquum est*. Eodem modo, quo Tullius in *Topicis* in arbitrio rei uxoriæ dicit quæri, *quid æquius melius sit*, *quid virum uxori, et quid uxorem viro præstare oporteat*, *quid invicem alterum alteri præstare oporteat*, quod et in omnibus bonæ fidei judiciis quæritur et observatur, §. *in bonæ fidei, Instit. de act.* Retentiones autem illas fieri, Martianus ait hoc loco, pignoris nomine, nempe eodem modo, quo venditor, quo cum agitur ex empto, ut rem venditam tradat, eam rem retinet nomine pignoris, si emptor, qui agit, pretium totum non offerat, *l. Julianus*, §. *offerri*, *de action. emp. l. hæreditatis, l. hæreditate vendita, l. quod si nolit*, §. *idem Marcellus, de Ædil. edict.* Et rursus eodem modo, quo is, cui res commodata est, propter impensas necessarias, quas in rem commodatam fecit, ejus rei retentionem habet pignoris loco, *l. emptor*, *in fi. de furt.* Et omnino generaliter ita constituere possis, retentiones omnes rerum ex causa fieri pignoris loco, et ideo non omitti earum rerum retentionem, antequam tota ea pecunia soluta sit, propter quam fiunt retentiones quia pignoris causa individua est, *l. rem*, *de evict.* Et hæc, ut initio dixi, dote non legata. Dote autem legata præsenti die, hæres mariti propter res donatas uxori, vel propter impensas utiles, do-

tem non retinet, dotis solutionem non differt, quia, ut dixi, donationes confirmasse, aut saltem non revocasse, quod sat est, et impensas maritus remisisse videtur, qui dotem statim reddi mulieri voluit, quæ remissio impensæ, si facta esset inter vivos, non valeret, *l. in voluptuariis*, §. 1. *de impens. in res dotal. fact.* Loquitur hic Martianus tantum de rebus donatis, et impensis utilibus, et dote legata. Ait, hæredem mariti ob res donatas, vel ob impensas illas non retinere dotem. Quæso, cur non adjecit ob res amotas hæredem mariti non retinere dotem, non differre solutionem, repræsentationis dotem? Nempe quia maritus non videtur remisisse, quod uxorem admisisse desperantem de viri vita, vel admittere, vel meditari nesciebat. Ergo ob res amotas hæres mariti retinere dotem potest, et amsi legata sit, usque donec res amotas uxor restituerit, cum et petitione hæreditatis, et actione ad exhibendum, et condictione ex injusta causa, eas res mariti, quas amovit uxor, vel quas furata est, imminente morte mariti, persequi potest, *l.* 6. §. *ult. l.* 12. §. *ult. rer. amot.* Rursus quæso, cur non hic meminit Martianus retentionis, quæ fiebat propter liberos, et propter mores? Hoc temperamentum majores *mores* dicebant, non injurias, non crimina: amovisse dicebant non furatam esse: cur, inquam, non meminit retentionis, quæ fiebat propter liberos, et mores? Quia nimirum morte mariti, soluto matrimonio, quo solo casu quæstio de dote prælegata locum habet, nulla unquam fit retentio propter liberos, sive dos sit prælegata, sive non, sed divortio facto culpa mulieris, aut morte mulieris soluto matrimonio, si dos profectitia et pater mulieris superstes sit, ut Ulp. docet *lib. sing. reg. tit. de dote*: non etiam morte mariti soluto matrimonio; sed mulier omnino dotem suam repetit, licet interveniant liberi: morte item mariti soluto matrimonio, propter mores mulieris retentio ex dote hæredi mariti nulla competit. *Hæres mariti*, inquit, *l. rei* §. 1. *sol. matr. morum coercitionem non habet*, sicut nec viceversa hæres mulieris coercetur propter mores mulieris, *l.* 1. *Cod. Theod. de dot.* Pœnæ, quas rei commerentur, non descendunt ad hæredes eorum, *l. ult. de admin. rer. ad civit. pert.* Dixi, ob impensas utiles hæredem mariti habere dotis retentionem, dote non legata uxori, non etiam dote legata. Dixi, inquam, ob impensas utiles, quia longe alia est ratio impensarum necessariarum. Impensæ enim necessariæ dotem ipso jure extenuant, ut ait hoc loco, id est, quantum impenditur in res dotales, tantum statim decedit de dote, et residuum dumtaxat, si quid sit, id solum manet in dotem: adeo ut qui dotem legat, non eam videatur legare, quæ fuit olim initio contrahendi matrimonii, sed eam, quæ nunc est, imminutam scilicet per impensas necessarias. Verum huic sententiæ obstat *l. Mævio*, §. *a me hærede*, *de lg.* 2. Quæ tota explicanda est, quia maxime pertinet ad hanc quæstionem, et multum obstat superiori sententiæ; si maritus uxori ita dotem legavit, ut in eo §. proponitur, *A te hæres peto, quicquid ad te dotis, uxoris meæ nomine ad me pervenisset, ut tantum uxori des*: videtur uxori remisisse impensas non tantum utiles, sed et necessarias, quas fecit in res dotales. Ergo totam dotem, non habita ratione impensarum, quam accipit initio mariti hæres uxori præstabit. Sic enim, inquit, ille §. in testamento viri, qui dotem uxori legavit, hæc verba *quicquid ad te pervenit*, taxationis loco habentur, id est, pro eo res habetur, ac si expressa ea prorsus quantitate, quam initio matrimonii ab uxore acceperat, ita legas et, *mille uxori dare damnas estò*, si mille acceperit, ut in l. 2. didicimus §. 1. Quod maxime dissonat ab hac l. quæ remissas quidem videri ait, dote legata, impensas utiles, sed non etiam necessarias quia quanti sunt impensæ necessariæ ipso jure, tanto minus videtur esse in dote, quæ legatur. Sed verissimum est, quod Bart. respondet in specie hujus legis, maritum non taxasse dotem, non dixisse, quicquid ad me, vel quicquid ad te dotis uxoris meæ nomine hæres meus pervenerit, sed dotem legasse simpliciter: Ergo minorem effectam per impensas necessarias, uti tunc jus erat, per impensas necessarias. Verum, ut quod restat in illo §. *a me*, exponamus; non est omittendum quod ait, aliud servari, si non maritus uxori dotem legavit supradictis verbis, sed extraneus ab hærede suo uxori ejus hæredis dotem ita legaverit: quicquid ad hæredem suum dotis nomine ab uxore vel propter uxorem pervenisset: quia extraneus id tantum videtur uxori sui hæredis legare, quod judicio dotis consecutura esset, quodque etiam consequeretur soluto matrimonio morte viri, aut divortio a viro, vel ab hærede viri. Ergo non videtur totam dotem legasse, sed id tantum, quod superesset deductis vel reputatis impensis utilibus et necessariis. Mariti legatum plenius est, quod taxare videtur dotem ad modum, qui fuit initio constituendæ dotis; extraneo non videtur asse curæ taxatio dotis. Sed expendamus verba. Ait, *illic autem*, id est, in testamento extranei: nam quæ sequuntur, *ubi vir, etc.* Goveanus animadvertit esse glossema imperiti cujusdam interpretis: non fuit opus glossemate, sed si quis voluit addere, debuit addere, hoc modo: *Illic autem*, *ubi extraneus hæredi suæ uxoris legavit*. Restat, quod ad quæstionem impensarum attinet, ille §. *quod dicitur l.* 56. *de jur. dot.* quæ merito dici potest arx hujus

quæstionis, de quo, priusquam dicam, pauca quædam ad *d. l. Mævio*, §. *a me hærede*, superioribus adiciam, quæ opponitur *l.* 5. *hujus tit.* quæ ait, dote uxori legata, impensas utiles factas in res dotales remissas videri, non etiam necessarias, quæ jam ipso jure dotem minuerunt. Quod pugnare videtur cum §. *a me* qui ait dote legata mulieri deberi totam dotem, sine ratione deductionis impensarum, quod omnes interpretes accipiunt, non tantum de utilibus impensis, sed etiam de necessariis. Et remitti igitur videri etiam necessarias, et tentavi quidem adserere magis, quam adserui sententiam Bartoli, qui ut tollat repugnantiam omnem, hac in re hoc modo distinguendum putat: Aut, ut proponitur in *d.* §. *a me*, ita dotem uxori legavit: *quicquid a me, vel quicquid ad hæredem meum dotis nomine pervenerit*, et hoc casu dotem totam mulieri deberi, sine deductione ullarum impensarum, quasi remissis omnibus impensis utilibus et necessariis: Aut dotem legavit simpliciter, et tunc remissas videri utiles tantum impensas, non etiam necessarias. Et fingit in hac l. dotem fuisse legatam simpliciter (*dotem uxori meæ do lego*) aut, *dotem, quam attulit mulier, hæres meus damnas esto ei dare.* Fingit, inquam in *h. l.* 5. dotem fuisse legatam simpliciter. Unde vero id colligit? Ex his verbis, nempe. *dote relegata*, quæ tamen verba, si verum amamus, non tantum simpliciter, sed et quoquo modo dotem legatam significant vel simpliciter, vel quanta pecunia ad me pervenit dotis nomine, vel quicquid pervenit, vel specialiter, rebus dotalibus legatis, mille, quæ accepi in dotem tot modis dos legatur: tot modos, inquam, complectitur, qui dotem legatam scribit vel dicit. Itaque verius est modum legandi nullam differentiam inducere, et modum illum legandi, qui est in §. *a me, quicquid pervenit*, contineri etiam his verbis, *l.* 5. *dote relegata.* Verius item, quod perspicue rem omnem expedit, illum §. *a me*, loqui tantum de utilibus, sumptibus, non de necessariis, quia de deductione loquitur, et solæ impensæ utiles deducuntur, non ipso jure dotem minuunt, *l.* 7. *et l.* 8. *de impens. in res dotal. fact.* Contra necessariæ impensæ non deducuntur, sed ipso jure dotem minuunt. Et ita acceptus ille §. *a me*, congruit omnino cum hac l. 5. Et ex utroque loco hoc efficitur, dote uxori legata, remissas videri impensas utiles, non etiam necessarias, quæ jam ipso jure dotem minorem fecerunt: totam igitur dotem esse mulieri præstandam sine deductione impensarum utilium, non etiam sine deductione impensarum, quam jam fecerunt impensæ necessariæ ipso jure. Et quo magis hoc eluceat, species et sententia illius §. *a me*, quam adhuc contexui, pertexenda mihi est. Si maritus uxori ita dotem legaverit: *A te hæres peto, quicquid ad te dotis uxoris meæ pervenit, ut tantum ei des*: videtur remisisse uxori impensas utiles, quas fecit in res dotales: Ergo dotem totam, quæ ad se pervenit, non deductis impensis utilibus, hæres uxori præstabit: neque enim, ut dixi, impensæ utiles ipso jure dotem minuunt, sed deducuntur. Ceterum in hac specie ex voluntate defuncti non deducuntur, *hic enim*, hæc sunt verba §. *a me*, *in fi. Hic*, id est, in testamento viri, qui dotem uxori legavit, quod vir dixit, *quicquid ad te pervenit*, taxationis loco habetur, id est, pro eo est, ac si expresserit quantitatem dotis quæ ad hæredem suum pervenisset, puta mille, quia et mille utique ad hæredem suum pervenisse intelliguntur: etiamsi quædam impensæ utiles forte ad centum factæ sint in res dotales, quia ut dixi, impensæ utiles dotem ipso jure non minuunt: et alia est conditio necessariarum impensarum, quæ ipso jure dotem minuunt, et minorem efficiunt. Ergo ad hæredem mariti pervenisse non intelligitur id, quo diminuta dos est per impensas necessarias. Itaque residuum dumtaxat, quod in causa dotis mansit, uxori jure legati debetur, aliter quam si testator, cum in dotem accepisset mille, uxori nominatim legavit etiam mille. Nam integra mille debentur uxori, etiamsi impensæ necessariæ ex dote, ipso jure centum resciderint, quia et illa centum uxori legavit, *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* et quod ait *l.* 5. *dote releg. utiles impensas remissas videri*, non etiam necessarias, quia quanti sunt impensæ necessariæ, tanto minus videtur esse in dote, quæ legatur. Legatur denique dos, non quæ olim fuit, sed quæ nunc est, imminuta scilicet per impensas necessarias: hoc, inquam, plane consonat *d.* §. *a me*, qui est tantum de utilibus impensis, et elegans vero est distinctio, quam ille §. facit inter maritum et extraneum: nam si extraneus ab hærede suo uxori ejus legaverit quicquid ad hæredem suum dotis nomine ab uxore vel propter uxorem pervenit, non videtur extraneus ei remisisse mulieri impensas utiles, quæ nec ei debentur, neque enim ipse eas fecit, sed maritus. Idcirco maritus dotem, legata dote pure vel præsenti die, remisisse eas videtur. quæ sibi debebantur; extraneus non item, quæ ei non debebantur. Itaque legato extranei id tantum continetur, quod mulier judicio dotis consecutura esset, quodque nihilominus a marito hæredeve ejus consequeretur, divortio facto, vel morte viri soluto matrimonio, quia ex testamento extranei consequitur dotis æstimationem tantum. Judicio autem dotis mulier consequeretur deductis impensis utilibus id tantum, quod superesset. Et hoc est, quod ait *d.* §. *a me*, *in fine*. *Ille autem videtur id legare*, extraneus scilicet, *quod in judicio dotis mu-*

lier consecutura fuerit. Nam illo loco verba hæc, *ubi vir uxori legavit*, ut docui nudius quartus, sunt proculdubio ex inepto glossemate quodam, quod primus advertit vir eruditissimus et acutissimus Antonius Goveanus. Ceterum ex oppositione illius articuli (*Illic*) satis per se patet, paulo ante vulgo ita recte legi, *hic enim*, non, *hæc*, ut in Florent. *hic*, id est, in testamento viri, qui casus proxime proponitur, et semper *hic* articulus refertur ad proximum casum. *Illic igitur*, id est, in testamento extranei, qui anterior casus est. Et ita est explicandus ille §. qui unus est ex iis, quæ in hac quæstione de necessariis impensis facessunt negotium. Alter locus est in l. 5. tertius et difficilior est *l.* 56. §. *quod dicitur, de jur. dot.* quem nunc interpretabor.

Ad §. Quod dicitur L. VI. De jure dot.

Quod dicitur necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, Scævola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia, et fundus in dote, sint, et necessariæ impensæ in fundum factæ, Nerva ait dotem pecuniariam minui: quid ergo, si mulier impensas marito solverit? utrum crescet dos, an ex integro data videbitur; cujus manifestior iniquitas in fundo est, secundum Scævolæ nostri sententiam: nam si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus quemadmodum poterit fieri dotalis, data pecunia, an jam pecunia in dote esse videbitur? et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeatur.

Si fundus sit in dote, vel fundi pars, per impensas necessarias prædia ipsa dotalia corporaliter non minuuntur, id est, non minuitur plaga, aut regio cujusquam prædii: Denique prædia ipsa dotalia corporaliter non minuuntur, non extenuantur, ita ut ex parte vel in totum desinant esse dotalia, sed minor tantum fit universitas dotis, et ut ait *l.* 1. §. *impensæ*, *hoc tit.* singula corpora non minuuntur, sed universitas minuitur, id est, quantitas, quæ ex universa rerum dotalium æstimatione conficitur: in genere quantitas dicitur in *l.* 2. *h. t.* et in §. *sed nec ob impensas, Cod. de rei uxor. act.* Et hoc idem est, ac si diceret, singula corpora non minui corporaliter realiter, naturaliter, sed minui universaliter pro rata: nam ut eleganter ait *l.* 5. *de impens. in res dot. fact.* absurdum, ἀκόσμιον, id est, incongruum, vel alienum ratione communi est, corporaliter singula corpora diminui, propter pecuniam, id est, propter impensam pecuniariam. Nec propter eam pecuniam igitur corpora desinunt esse dotalia, sed tanquam dotalia in totum, vel pro parte indivisa a marito retinentur, donec impensæ reddantur, quæ ipso jure dotis quantitatem imminuerunt. At si præter fundum, pecunia etiam sit in dote, tunc non est absurdum, pecuniam ipso jure minui per pecuniam, aut propter pecuniam, puta expensis centum necessario, si pecunia dotalis fuerit mille aureorum, centum in dotem esse desinere, et nongenta tantum doti superesse, vel si mille necessario impensa sint in corpora dotalia, totidem doti decedere, et a marito tanquam sua, non tanquam dotalia retineri: nam, quod notandum maxime, et diminutio, quæ fit ipso jure, retentio est, *l. servus*, *de action. empt.* §. *item si dote*, *Instit. de action.* Et longe alia est ratio, quæ fit ob utiles impensas. Hæc enim non fit ipso jure, sed opposita exceptione doli, hæc retentio est facti, illa juris. Præterea hanc habentes, id est, retentionem facti (utilium expensarum) si per errorem solverunt, de indebito soluto certi condictionem non habent, *l. ex quibus*, *l. si in area*, *de condict. indeb.* Illam autem habentes, quæ est juris (impensarum necessariarum) si solverint per errorem, de indebito soluto certi conditionem habent, *d. l. servus*, *l.* 5. §. *pen. de impens. in res dot. fact.* Ex his omnibus sequitur, muliere satisfaciente impensis necessariis factis in prædia aut mancipia dotalia, (neque enim fiunt in pecuniam dotalem) pecuniam, quæ simul data erat in dotem, quæ ipso jure per impensas necessarias imminuta fuerat, solutis impensis necessariis auctam esse videri tanto, quanto prius imminuta fuerat. Pecunia res est mutabilis, quæ facile minuitur, et augetur repente, et ut Leo Pontifex ait Epistola 93. *quam mutatur quod minuitur, tam mutatur etiam quod augetur.* Fundi autem corpus facile non mutatur. Unde si impensas necessarias marito hæredive ejus solverit mulier, ubi fundus est in dotem, non dicam fundum majorem factum solutis necessariis impensis, quem impensæ necessariæ non majorem fecerunt, non dicam fundum rediisse in causam dotis, qui non desiit esse dotalis: alioquin interim nondum solutis impensis, fundus possit alienari, et semel alienatus sane non posset rursus fieri dotalis, solutis impensis, quia jam est solutum matrimonium. Eademque ratione, nec pecunia impensarum nomine soluta possit fieri dotalis jam dirempto matrimonio. Hoc igitur tantum dicam, solutis impensis necessariis, suppleri universitatem, dotis, ut de peculio, hoc est, peculii universitate dicitur in *l.* 4. §. *pen.*

de pecul. Cujus etiam peculii singula corpora per æs alienum, quod domino debetur, non minuuntur corporaliter, sed universaliter tantum: alioquin desinerent esse peculiaria, vel pars eorum. Quid est minui corpora dotalia, vel peculiaria? id est, desinere esse dotalia, aut peculiaria: quod non ita est. Et ita omnino accipiendum est, exemplo dotis, quod ait *l.* 6. *in princ. et l.* 8. *in princ. de pecul. leg.* singula corpora peculiaria minui per æs alienum domini, minui non corporaliter, sed universaliter, alioquin desinerent esse peculiaria. Et his rationibus Paulus motus in d. §. *quod dicitur*, in causa dotis, Scævolæ sententiam non probavit, qui, ut eam liquido exponam, ex parte quidem dicebat, fundum dotalem non desinere esse dotalem, si in eum necessario minus impensum esset, quam in pretio fundi. Quod et omnes probant, partem scilicet fundi non desinere esse dotalem, si tantum in fundum impensum esset, *per partes*, inquit, ut fit, vix unquam una fusione tantum impendis in fundum, quanti est fundus. Et ideo ait, si tantum in fundum impensum sit, *per partes*, quanti fundus est, tum scilicet fundum totum desinere esse dotalem, quam partem. Sed consequenter rursus solutis impensis necessariis, fundum totum reverti in causam dotis, quamvis solutum matrimonium sit. Quod merito improbat Paulus. Veruntamen hanc Scævolæ sententiam probavit Tribonianus, non simpliciter, sed additis quibusdam adminiculis. Primum ut non aliter fundus, in quem tantum impensum est, quantum est in pretio fundi, desinat esse dotalis, quam si annum integrum cessavit mulier in solutione impensarum, deinde, post annum, solutis impensis necessariis, ut tum fundus revertatur in causam dotis: sed interim, dum non redduntur impensæ, ut alienari non possit. Utrumque dico esse Triboniani, sive Justiniani, non Scævolæ. Neque enim potuit Jurisconsultus huic rei finire annum: temporum finitio ad leges pertinet aut Constitutiones, non ad Jurisconsultos. Non potuit etiam Scævola constituere interim fundum, qui non esset dotalis, qui impensis absumptus fuisset, non posse alienari, quia l. Julia, quæ fundum dotalem alienare vetat, sane non dotalem alienare permittit. Opus igitur fuit Constitutione, quæ hoc casu etiam non dotalis inhiberet alienationem. Qua de causa et hæc verba *d.* §. *quod dicitur, et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibetur*, Tribonani esse dico, et illa quoque, *nisi mulier sponte marito impensas obtulerit intra annum*, quibus omnibus verbis Tribonianus Scævolæ sententiam, quæ aliquin falsa erat simpliciter, adminiculatus est.

Ad L. VI. et VIII.

L. VI. Cum scriptum esset: Quæ pecunia propter uxorem meam ad me venit quinquaginta, tantundem pro ea dote hæres meus dato: *quamvis quadraginta dotis fuissent: tamen quinquaginta debere Alfenus Varus Servium respondisse scribit, quia proposita summa quinquaginta adjecta sit.*

§. 1. *Item ei, quæ dotem nullam habebat, vir sic legaverat*: Quanta pecunia dotis nomine et reliqua: pro ea quinquaginta hæres dato: *deberi ei legatum, Ofilius, Cascellius, item et Servii auditores retulerunt: perinde habendum esse, ac si servus alicui mortuus, aut pro eo centum legata essent. Quod verum est: quia his verbis non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur.*

L. VIII. Vir uxori, quæ dotem in mancipiis habebat, pecuniam pro dote legaverat. Vivo viro, mancipiis mortuis, uxor post virum vita decessit. Ad hæredem ejus actio legati recte transmittitur: quoniam mariti voluntas servanda est.

Maritus, qui dotis nomine ab uxore acceperat quadraginta, ita uxori legavit, ut proponitur in *h. l.* 6. *quæ dotis nomine ab uxore accepi quinquaginta*, cum accepisset tantum quadraginta, *tantundem pro ea dote hæres dato*: quæritur an quinquaginta debeantur? Et ait deberi, quia certa est summa, quæ legata est uxori, nec quicquam efficit, quod minus in dote fuerit: nam etsi nihil in dote fuerit, etsi nihil dotis mulier attulerit, etsi indotata fuerit: nam et sine dote matrimonium consistit, quinquaginta debentur mulieri, ut subjicit statim, et jam docuit Ulpianus supra *l.* 1. §. *si quis uxori*: quia non dos ipsa, sed pro dote certa pecunia legata est. Si dos ipsa esset legata generaliter, *uxori dotem hæres meus dato, quæ ad me pervenit*: si dos, inquam, legata esset generaliter, nec ulla esset data, nullum esset legatum, *d. l.* 1. §. *adeo, sup. h. tit.* Illo loco: *sed etsi promiserit mulier.* Sed cum pro dote legata sint 50. quinquaginta debentur omnino, sicut, qua comparatione utitur Jurisconsultus, cum Stichus servus legatur, aut pro eo 100. si nullus fuerit Stichus, aut si fuerit mortuus, non ideo minus debentur centum, quia non pretium Stichi legatur, sed pro Sticho pecunia certa: si pretium mortui legaretur, nullum esset legatum, *l. Titiæ*, §. *ult. de legat.* 1. Et ita in *l.* 8. *h. t.* dicitur: Sicut cum in dotem essent mancipia legata inæstimata pro dote, maritus uxori pecuniam legaverit, et mancipia demortua sint costante matrimonio sine culpa mariti, post mortem viri soluto matrimonio, pecuniam legatam deberi uxori hæredive ejus omnino, quæ tamen non deberetur,

si non pro dote pecuniam legasset, sed dotem ipsam, et dos interiisset constante matrimonio, *d.* §. *adeo,* illo loco, *sed et si mancipia*, ait in fine *legis dos ipsa*, ἔμφασις pronominis significat dotem generaliter legatam, non dos ipsa, sed pro dote pecunia legata videtur.

Ad L. VII.

Pater dotem a nuru acceptam filio exhæredato legavit. Hæres patris, opposita doli exceptione, non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio.

§. 1. *Sed si prius quam legatum filio solveretur, mulier dotem suam recuperavit, frustra filius de legato aget.*

§. 2. *Sed si lex Falcidia locum in legato dotis adversus filium exhæredatum habuerit et mulier solutionem ratam fecerit, propter eam quantitatem quam hæres retinuerit utilis actio dotis ei dabitur. Quod si ratum non habeat, defendi quidem debebit hæres a viro, qui se defensurum promisit. Sed si totam litem vir solus subierit: actio judicati, si cautum non erit, pro ea quantitate, quæ jure Falcidiæ petenda est, adversus hæredem dabitur.*

Hæc lex est satis explicatu difficilis: nam et multa complectitur, est enim Papiniani, qui de quæstionibus sibi propositis respondet cumulatissime semper, et ut dicitur lyræ, quam in manus sumit, fides omnes tangit. Quod autem in *h. l.* 7. proponitur initio, dotem, quam pater a nuru acceperat, filio exhæredato legavit, quem post mortem patris, sequuntur onera matrimonii, utile legatum esse, non ante tamen hæredem ei dotem præstare debere, quam caverit defensum iri hæredem adversus mulierem, quandoque soluto matrimonio dotem repetentem: et ita quidem demum utile illud legatum esse, nisi prior egerit mulier actione de dote adversus hæredem soceri vel divortio facto, et dotem ab hærede soceri recuperarit: hoc enim casu legatum illud dotis nurus, quod filio exhæredato reliquit pater, inutile efficitur, quia nihil est quod ei præstare possit, dote soluta nurui: Id, inquam, omne satis exposuimus in *l.* 2. §. *per contrarium, et* §. *seq. h. t.* Quæ sequuntur ergo, tantum explicanda nobis restant. Sequitur, *Sed si lex Falcidia locum, etc.* legatum illud dotis a nuru acceptæ filio exhæredato relictum, de quo hic agitur proculdubio Falcidiæ rationem patitur, si hæreditas soceri sit exhausta, vel onerata legatis, quia non res sua ei legatur, sed magis res uxoris: si res sua ei legaretur nihil ei legato diminueret Falcidia, sed res est mulieris magis quam viri; Et ita si ex eo legato Falcidiam retinuerit hæres soceri, et filio exhæredato solverit dodrantem, et mulier, ut ponit hanc solutionem ratam fecerit, postea soluto matrimonio mulier ab hærede soceri actione de dote id tantum repetet et consequetur, quod ex dote Falcidiæ jure hæres soceri retinuerit, quia dodrante residuo hæredem soceri ratihabitio mulieris liberabit, *l. solutum, de solut.* Nec filius exhæredatus, licet dodrantem acceperit, mulieri tenetur actione de dote, ut dodrantem restituat, sed tenetur tamen ex stipulatu, quia, quod notandum, vix unquam mulier suæ mentis solutionem dodrantis marito factam ratam facit, quin ei stipulanti prius caverit maritus, soluto matrimonio dotem reddi. Ergo actione ex stipulatu possit dodrantem a marito repetere soluto matrimonio, sed non actione de dote, quia maritus exhæredatus est a patre, qui dotem accepit. Quod si mulier ratam non fecerit solutionem dodrantis marito factam ab hærede soceri ex legati causa, soluto matrimonio, dotem integram, ab hærede soceri mulier repetet: priori casu quadrantem dotis tantum, cum ratam solutionem fecit. Verum hæres soceri indemnis damno a marito servatur ex cautione, quam initio dixit maritum hæredi cavere debere. Ideoque de dote agente muliere, in solidum adversus hæredem soceri, maritus, ut promisit hæredi mariti, hæresve ejus in solidum de dote tota quæ petitur ab hærede soceri, suscipit defensionem litis motæ adversus hæredem, et condemnabitur et quod amplius est, condemnatus convenietur actione judicati pro dodrante, quem percepit ab hærede patris; quia pro dodrante videtur intercessisse in rem suam, id est litem subjisse in rem suam, et suo nomine, *l. Paulius, de procur. l.* 4. *de re jud.* Procurator vel defensor in rem suam datus si condemnetur, tenetur actione judicati, non dominus litis, quia res sua agitur principaliter, et ideo pro, dodrante quem habet, ipse tenetur actione judicati. Denique dodrantem, quem habet, mulieri debet restituere, cui condemnatus est: pro quadrante autem quem hæres retinuit jure Falcidiæ: *pro ea*, inquit, *quantitate, quæ jure Falcidiæ retenta est*, sic legendum omnino, *retenta est*, non *petenda est*, sicut Paulo supra, *propter eam quantitatem, quam hæres retinuerit* jure Falcidiæ. Nam ante Justinianum Falcidia fuit in retentione tantum non petitione, *l.* 14. §. 1. *l.* 15. §. 1. *et l.* 95. *inf. ad leg. Falcid.* quod et alii plures loci demonstrant. Retenta igitur pro ea quantitate, quæ jure Falcidiæ debetur, *retenta*, non *petenda*: Falcidia enim non repetitur, sed retinetur. Pro quadrante igitur ipse hæres, quem maritus defendit, tenetur actione judicati, non maritus, quia pro ea parte maritus in rem alienam intercessit, non in suam rem, hæredis nomine, non suo: Litigavit igitur partim proprio

nomine, partim alieno. Ita est, nec est absurdum, ut eodem judicio, quis certet partim proprio, partim alieno nomine, *l.* 1. §. *in propria, quand. appell. sit.* Et hoc in jure certissimum est, defensorem litis alienæ condemnatum, non teneri actione judicati, nisi quatenus in rem suam intercessit, sed teneri dominum litis, id est executionem fieri adversus dominum litis. Quid est *actio judicati*? Executio judicationis; Et hæc quidem, ut ostendimus in Papinianum, ita se habent, si maritus, cum pro hærede litem subiret, convento a muliere actione de dote, mulieri non caverit judicatum solvi, si mulier promiserit hanc cautionem, judicatum solvi, quam a defensore debuit exigere: nam si maritus mulieri caverit judicatum solvi, subeundo litem pro hærede soceri, ipse solus maritus tenetur mulieri ex stipulatione judicatum solvi, non etiam hæres soceri ulla ex parte: sed quia voluntate hæredis litem subjit, proculdubio regressum habebit adversus hæredem per actionem mandati pro rata Falcidiæ, ut pro ea parte sibi restituat, quod mulieri solvit, nihil est æquius.

Ad §. 3. *Sed si prius.*

§. 3. *Sed si prius quam legatum filio solveretur, mulier divertit, quamquam ipsa nondum præcipere dotem possit: non ideo tamen actio filii differtur, quia tunc iisdem diebus filio solvi dotem, responsum est: cum patri pro parte hæres extitit: et ad præceptionem dotis soluto matrimonio, postquam hæres extitit, admissus est.*

His, quæ ante dicta sunt, locus est, si filius exhæredatus, constante matrimonio dotem sibi legatam testamento patris, quam pater a nuru acceperat, actione ex testamento, qua legata peti solent, sit consecutus. Nunc tractat quid sit dicendum, si antequam filius dotem consecutus sit actione ex testamento, solutum fuerit matrimonium divortio, et dos, qua de agitur, quod necessario ponendum est, numero contineatur vel pondere, vel mensura, utri potius hæres soceri dotem præstabit mulieri actione de dote, an viro actione ex testamento? et mulieri quidem non tenetur dotem præstare actione de dote statim, sed annua, bima, trima die. Viro autem ex testamento tenetur statim, et fruetur vir commodo medii temporis, id est, per intervalla illa fruetur dote, aut eo, quod nondum secutum ex dote supererit. Nec, ut docet, obstat, quod est responsum, iisdem diebus, id est, annua, bima, trima die, hodie annua die filio dotem esse solvendam quibus et mulieri: nam hoc non est generaliter verum et omni casu. Hoc denique tunc duntaxat locum habet, ut et Papinianus explicat, cum filius a patre ex parte hæres institutus est, nec abstinuit se bonis paternis. Divortio enim postea facto, non præcipit dotem statim judicio familiæ erciscundæ, sed annua, bima, trima die, sicut mulier, ut quibus diebus mulier dotem reddere tenetur, quasi maritus, et quasi hæres patris, iisdem et ipsa dotem præcipiat, non maturius. Nos autem non de filio hærede instituto loquimur, sed de exhæredato, cui non est invidendum commodum medii temporis, nihil aliud laturo ex bonis patris. Estque hic locus in hanc rem valde singularis, sed valde vitiatur ab interpunctionibus, ut et Bart. cognovit: nam post hæc verba, *quia tunc iisdem diebus dotem filio solvi responsum*, subdistinguendum est, non pungendum; interponenda est subdistinctio, vulgo virgula, non punctum, et postea verba, quæ sequuntur, *cum patri filius, pro parte hæres exstitit*, etc. Post hæc, *admissus est*, pungendum est, non ut legitur, subdistinguendum interponenda punctio, non subdistinctio, ut §. *ult. hujus l.* incipiat ab his verbis: *si forte per errorem.* Et ita congruere videtur omnino interpretatio, quam dedi, nec desideratur quicquam amplius.

Ad §. 4. *Si forte.*

§. 4. *Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit, et ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, ut indebitum fideicommissum non repeteretur. Cautionis enim præstandæ necessitas solutionem moratur: non indebitum facit, quod fuit debitum, sed non erit iniquum, hæredi subveniri.*

§. 5. *Quid ergo si patris hæres solvendo non sit? nonne juste mulieri dabitur adversus virum utilis actio dotis? Cui dos perire non debet: quia non interposuit per errorem hæres cautionem.*

Sententia hæc est: Si filius exhæredatus cui pater dotem a nuru acceptam legavit, aut per fideicommissum reliquit, de legato, aut fideicommisso dotis, cum hærede patris egerit; jam dixi initio, opposita exceptione doli, non ante hæredem solvere legatum compelli, quam ei cautum sit de indemnitate, et de retentione propter mulierem, quæ soluto matrimonio cum eodem hærede de dote sua experiri potest. Nunc quærit, quid sit dicendum, si per errorem omissa cautione ejusmodi, hæres filio solverit legatum, ac deinde soluto matrimonio a muliere dotis judicio conveniatur tanquam hæres soceri qui dotem accepit? In hoc casu hæres an condicet legatum solutum filio quasi indebitum? Minime: quia ut ait eleganter, cautionis præstandæ necessitas solutionem moratur: non enim filio solvitur ante præstitam cautionem, non indebitum facit, quod fuit debitum. Aliud est solutionem morari et retardare. Aliud facere indebitum. Quid igitur fiet? Æquum

est hæredi subveniri, ne duplici præstatione dotis oneretur contra voluntatem defuncti. Et hoc tantum ait non esse iniquum hæredi subveniri, extra ordinem scilicet. At qua via? non dicit specialiter. Sed dicere possumus hæredi subveniri, data utili condictione, quasi ex cautione sive stipulatione tacita de indemnitate: data, inquam, condictione vel actione ex stipulatu tacita in filium, ac si filius hæredi cavisset de indemnitate, maxime si jam hæres mulieri dotem solverit. Neque enim est novum in jure, ut quoties per errorem omissa est cautio, quæ desiderari poterat, quæ morari solutionem poterat petitæ rei vel pecuniæ tum agatur quasi ex cautione tacita, *l.* 5. §. *pen. de usufr. earum rerum*, *l. in numerationibus*, §. *ult. de solut. l. his verbis*, *de adopt.* Et ita in hac specie, ne hæres in damno versetur, ne bis idem præstare cogatur, semel viro, et iterum uxori, permitti ei debet utilis actio ex stipulatu, quasi ex stipulatione tacita de indemnitate adversus filium. At rursus finge, quod attigit Papinianus, hæredem soceri non esse idoneum ad totem mulieri restituendam. Quid fiet mulieri? neque enim adversus maritum de dote actionem habet, quia exhæredatus a socero est, *d.* §. *per contrarium*, et quam habet actionem de dote adversus hæredem soceri, ea est inanis propter inopiam soceri, et hæres quoque soceri ex cautione, quam interposuit, non habet actionem, quam cedat mulieri: non item ex cautione interposita, scilicet, tacita, cui locus non est, nisi dote soluta mulieri. An igitur dos mulieri peribit? quod non est ferendum. Reipublicæ enim interest dotatas esse mulieres, *l.* 2. *de jure dot. l.* 1. *sol. matrim.* Igitur hoc casu necessario danda est mulieri utilis et extraordinaria actio de dote adversus virum, licet exhæredatus sit, ad quem dos pervenit ex legati causa. Et hæc est sententia hujus legis. Illud non est omittendum, ideo in hac quæstione, et in l. 2. poni filio exhæredato dotem uxoris suæ legatam, quia hæres ex parte institutus recipiet dotem totam, etiam citra spem legati, cohæredibus præstita cautione indemnitatis, *l. si filia*, §. *hoc amplius*, *famil. ercisc.* Et solus quoque vir dirempto matrimonio mulieri teneretur actione de dote, qua exhæredatus, aut qui se bonis paternis abstinuit, non teneretur, *d.* §. *per contrarium*, *l. si cum dotem*, §. *pen. sol. matrim.* Ideo etiam in hac quæstione ponit filium hæredem institutum ex parte, quia hæredi instituto ex asse inutiliter dos legaretur, vel quidlibet aliud.

Ad L. IX.

Uxori meæ fundum Cornelianum, et quæ nuptura obtulit æstimata in speciebus, restitui volo. *Respondi non æstimatum prædium in dotem datum exceptum non videri: sed universa dote prælegata, rerum æstimatarum pretium non relictum: verum ipsas res, quales invenirentur.*

Proponitur maritum accepisse in dotem ab uxore fundum Cornelianum inæstimatum, et alias plerasque res æstimatas. Quod ad res æstimatas attinet, magis pecunia, id est, pretium rerum in dotem esse videtur, quam res sive species, hoc est, corpora æstimata, *l.* 5. §. *proinde si*, *de impens. in res dot. fact. l.* 5. *C. de jur. dot.* Itaque divortio aut morte viri soluto matrimonio, fundus quidem Cornelianus reddetur statim: residua autem dos annua, bima, trima die; nec tamen ideo est inutile legatum fundi Corneliani, quod in eo nullum sit commodum repræsentationis, quia, ut docui, in *l.* 1. §. *ult. h. t.* legatum pro actione in personam defert actionem in rem, per quam dominium nanciscimur statim, *l.* 3. §. *si rem*, *de leg.* 3. vel pro actione ex stipulatu, in quam dos deducta erat, defert actionem ex testamento, quæ sua quædam commoda habet, et præterea legatum hæredi aufert retentionem ob res donatas, vel ob utiles impensas factas in fundo. Unde si maritus uxori ita legavit: *Uxori fundum Cornelianum inæstimatum et alia, quæ nuptura obtulit æstimata, in speciebus reddi volo*, recte Papinianus hic ait, hoc legato non tantum contineri res æstimatas, sed et fundum Cornelianum, qui inæstimatus erat. Denique universam dotem prælegatam videri nulla re excepta: ita scilicet, ut res ipsæ dotales præstarentur, quæ datæ erant, quales quales invenirentur eo tempore, quo vir vita decederet, etiam deteriores factæ sine dolo aut culpa viri, *l.* 11. *C. de jur. dot.* Dos æstimata, pacto fieri potest etiam constante matrimonio inæstimata, *l. cum maritus*, *et l. ult. de pact. dot.* Et multum interest æstimata an inæstimata sit: nam si æstimatæ sint res dotales, periculo mariti deteriores fiunt, quia maritus eas emisse videtur, et suas fecisse emptionis jure, æstimatio venditio est, *l.* 10. §. *pen. de jur. dot.* Si sint inæstimatæ, deteriores fiunt periculo mulieris, cujus potissimum res sunt, casu, scilicet, fortuito, periculo mulieris. Nam doli aut culpæ mariti ratio habetur omnino in judicio dotis, *l. etiam*, §. 1. *l. pen. in princ. sol. matrim.* Item res soli æstimatæ a marito alienari possunt, non etiam inæstimatæ, quia alienationi obstat lex Julia, quæ est de fundo dotali inæstimato, aut de quocunque prædio. Ac præterea, ut dixi initio, si res dotales æstimatæ sint, dos redditur annua, bima, trima die, si inæstimatæ sint, redduntur statim. Itaque multum interest, dos sit æstimata an inæstimata. Ceterum quæ initio fuit æstimata, postea etiam manente conjugio, pacto inæstimata fieri potest, ut et pacto, ita et testamento, dos aut pars dotis, quæ æstimata est, inæstimata

fieri potest, ut in specie hujus legis. Hærede rogato res ipsas, species ipsas uxori restituere, quod est restituere statim, itaque non liberabitur offerendo pretium earum. Dubitabatur autem in propositione hujus legis, an hujusmodi legato, fundus inæstimatus contineretur, quia cum jusserit in speciebus ipsis dotem reddi, non in pecunia, de æstimatis tantum rebus sensisse videtur, non de inæstimatis. Sed placet ut et inæstimatæ legato contineantur, et peti possint actione ex testamento. Denique ut nihil excepisse videatur, qui ita legaverit, ut proponitur in *h. l.* et ita hæc lex explicanda est.

Ad L. X.

Si Sejæ pro dote 100 *fundus legatus sit, idemque Mævio: quod Mævio Falcidia aufert, pro eo, quasi concursus non fuerit, mulier plus vindicet, quia amplius sit in dote mulieris.*

Hæc lex crucem fixit omnibus, pusilla, sed valde difficilis: pro dote centum, quod est centum mille, ut decem sæpe in jure pro decem mille: maritus fundum Titianum minoris pretii uxori legavit: mox eundem fundum eodem testamento Mævio legavit: uxor et Mævius re conjuncti sunt: ergo singuli ab initio solidum, concursu semisses habent, *l.* 1. §. *interdum*, *de usufr. accresc. l. conjunctim*, *de legat.* 3. Utroque concurrente et fundum vindicante, si lex Falcidia interveniat, propter alia complura legata, quæ exhauriunt, et absumunt hæreditatem, non potest quidem Falcidia detrahi ex eo, quod mulier pro dote jure legati capit, quia nec ob id, quod ei pro dote legatum est fideicommissum ab ea relinqui potest, quia res sua ei legata videtur, cum vel dos, vel aliquid pro dote legatur, *l.* 2. §. *sed etsi*, *hoc tit.* Potest tamen Mævio Falcid. detrahi, et quidem Falcidia totius fundi. Quod tamen Mævio Falcidia resciderit, id non manebit apud hæredem, quod notandum, sed accedet mulieri, quasi pars fundi legati pro dote. Atque ita mulier vindicabit in fundo plus quam semissem, nempe dodrantem. Mævius habebit quadrantem tantum, perinde atque si concursus non fuisset; quippe cum partes sunt inæquales, quas concursus faceret æquales. In causa hoc est, quia, inquit, amplius est in dote mulieris, quam in fundo. Ergo æquum est ut et amplius habeat mulier, quam Mævius collegatarius, et quod superest ex dote, ut id repetat actione de dote. Hic est sensus hujus legis, et nunc quidem facilis. At videtur Scævola, qui est auctor hujus legis, quod aliquatenus simile est, huic rei conjunxisse, quod ex hoc libro proponitur in *l. si Sticho*, *de pecul. leg.* Sticho manumisso peculium legatum est, et Titio servus peculiaris, qui et servus vicarius dicitur. Ille autem, qui eum habet in peculio servus ordinarius, cui testamento manumisso, id est, orcino liberto peculium legatum est, si quid is servus domino debuerit naturaliter: nam civiliter non potest, id deducitur de peculio legato, non de servo peculiari sive vicario: aliud est peculium alioque jure, aliud servus peculiaris alioque jure. Peculium potest esse accessio servi, vicarius non potest esse accessio servi ordinarii, *l.* 1. *et* 4. *de pecul. leg.* homo homini non potest esse accessio; ut similiter aliud est peculium, aliud merx peculiaris, *l.* 1. §. *peculiarem*, *de tribut. act.* peculium deducto ære alieno dominico legatario debetur: servus peculiaris legatus eam deductionem patitur. Deductio ea fit ex universo peculio non ex re peculiari; non ex servo peculiari, non ex merce peculiari, quinimo quantum peculio legato detractum erit ob id, quod domino debetur, ut Scævola ait eodem lib. in *l. si Sticho*, tantum ei accedet, cui servus peculiaris legatus est, hoc est, tantum ei non decedit. Accedere dicitur, quod non decedit, sicut sæpe accrescere dicitur, quod non decrevit, quod tamen decrescere potuisset. Species est lucri vel accessionis, si non decreverit, quod decrescere potuit. Denique sicut in specie hujus legis diminutio legati Mævio relicti, id est, diminutio Falcidiæ totius fundi in hoc profuit mulieri, ut dodrantem, hoc est, amplius ex legato fundi consequatur, quam concursus Mævii ferat, qui eam tantum admittit in semissem: ita in specie *d. l. si Sticho*, deductio totius æris alieni dominici, quæ fit ex peculio servo manumisso legato, proficit alteri legatario ad consequendum solidum legatum servi peculiaris, quod ei relictum est, quod et similiter in Falcidia servari ostendit *l. ex asse*, *ad leg. Falcid. et l.* 5. §. *si legata*, *et* §. *ult. de legat. præst.* Est autem in jure frequens computatio deductionis æris alieni dominici, quæ fit ex peculio, et deductionis Falcidiæ, quæ fit ex legatis aut fideicommissis ut *l.* 8. §. 1. *commun. divid.* Et ita eod. lib. dico Scævolam contulisse deductionem æris alieni dominici cum deductione Falcidiæ, ac proinde huic legi recte conjungi *d. l. si Sticho.*

Ad L. XI.

Seja, cum nuberet Lucio Titio, dedit dotis nomine centum aureos, et adhibuit Quintum Mutium, qui nihil numeravit, sed dotem stipulatus est, si morte mulieris solutum fuerit matrimonium. Seja moriens testamento suo ita cavit: Lucio Titio marito meo, cui maximas gratias ago, dari volo super dotem, quam ei dedi, tot aureos. *Quæro, cum instituit Lucium Titium convenire,*

Quintus Mutius ex stipulatu actionem, an repellere eum maritus possit ex verbis testamenti? Respondit, si Quintus Mutius, mandante Seja, non donationis causa, stipulatus est, hæredibus mulieris eum teneri: et ideo Quintum Mutium exceptione repellendum esse, quod si donationis causa Seja stipulari permisisset, videri eum in eum casum, qui morte mulieris exstitit, mortis causa stipulatum: et ideo fidei ejus committi potuisse in eum casum dicendum fore.

Mulier cum marito centum aureos numeraret dotis nomine, adhibuit Q. Mutium, qui dotem sibi reddi stipularetur morte mulieris soluto matrimonio, et illum interposuit sive adhibuit, vel quasi procuratorem, qui stipularetur præsente muliere: constat parare mulieri utilem ex stipulatu actionem, quasi et ipsa, quæ præsens erat, videatur stipulata, *l. si procuratori, de verb. obligat. l. si dictum, §. si præsente, de evict.* aut quod quandoque ex stipulatione Q. Mutius, qui interpositus est, consecutus fuerit, id mulieris hæredibus præstare debere judicio mandati: vel etiam adhibuit illum, quasi donatarium mortis suæ causa, quia si moreretur in matrimonio, voluit donatam esse pecuniam dotalem Mutio. Hæc cum ita gesta essent, postea moriens in matrimonio mulier, ita marito legavit: *Marito supra dotem, quam ei dedi, tot aureos dari volo*; quo genere et dotem ei legasse videtur, *l. 5. sup. hoc tit.* Adhibuerat initio Q. Mutium, qui sibi dotem reddi stipularetur in casum mortis suæ, et nunc moriens jubet dotem relinqui apud maritum. Unde quæritur, an cum marito Quintus Mutius recte agat ex stipulatu? Et ita distinguit: vel Quintus Mutius intercessit, ut procurator mandato mulieris, et ut procurator stipulatus est in casum mortis mulieris, dotem sibi reddi, vel intercessit, ut donatarius causa mortis, quoniam mulier ei donatam volebat. Si ut procurator intercessit, sive ut mandatarius, maritus eum repellere potest exceptione doli: dolo facit, qui petit, quod aut mihi, aut hæredibus mulieris, qui mihi dotem præstare debent, redditurus est, judicio mandati. Hæc quidem exceptio nihil valet, si dicas, dolo facis, qui petis, quod alii redditurus es, *l. si socer, §. Lucius, sol. matrim.* Ceterum hæc exceptio valet, dolo facis, qui petis, quod mihi mox redditurus es, *l. 8. de doli excep.* Hæc etiam valet, dolo facis, qui petis, quod alii redditurus es, qui idem mihi mox præstare tenetur, atque adeo, quod aut mihi aut illi mandato vel voluntate illius redditurus es, *l. 9. de condict. caus. dat.* et in hac specie: nam et Quintus Mutius a marito petit quod mox hæredibus mulieris redditurus est actione mandati, et confestim hæres mulieris marito ex legati causa. Quod si Q. Mutius intercessit ut donatarius mortis causa, cum id ageretur inter eum et mulierem, ut ei donaretur mortis causa, et consequenter ut ait, si stipulatus sit mortis causa, mortis scilicet mulieris (nam ut ex Festo licet intelligere, qui id tradit ex Jurisconsultis nostris, stipulatio mortis causa dicitur, non tantum quæ morte promissoris, sed et quæ morte cujuscunque infirmatur, ut hic morte mulieris) hoc, inquam, casu, quia constat a donatario causa mortis, qui legatario comparatur, fideicommissum relinqui posse, *l. cum pater, §. eorum, de leg. 2. l. ab eo, C. de fideicommiss.* Dicam et hoc casu mulierem, quæ marito dotem legavit, fidei Quinti Mutii commisisse videri, ut dotem a viro non exigeret. Itaque et hoc casu Q. Mutius ex verbis testamenti repelletur exceptione doli: fideicommissa nuda voluntas facit etiamsi is, qui fideicommissum relinquere voluit, nihil fuerit locutus cum eo, quem fideicommisso onerare voluit, *l. pen. de legat. 1. l. peto, de leg. 2.* Cum eo satis loqui videtur, cum dotem legat marito postrema voluntate, ut scilicet dotem acceptam restituat mortis causa marito, aut breviori via apud maritum esse sinat.

Ad L. XII.

Qui dotem in pecunia numerata, et æstimatis rebus acceperat, uxori ita legavit: Sejæ uxori meæ, si omnes res, quæ tabulis dotalibus continentur hæredi meo exhibuerit et tradiderit, summam dotis, quam mihi pro ea pater ejus intulit: dari volo hoc amplius denarios decem. *Quæsitum est, cum res in dotem datæ plures ipso usu finitæ essent, nec moriente marito fuerant: an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeatur? Respondi, videri conditioni paritum, si quod ex rebus in dotem datis supererat, in potestatem hæredis pervenit.*

Qui a socero pro uxore in dotem acceperat pecuniam, et alias quasdam res æstimatas, uxori legavit summam dotis, quam acceperat sub conditione, si omnes res, quæ tabulis dotalibus continentur, hæredi suo exhiberet, et traderet, quæ scilicet et venditæ intelliguntur propter æstimationem. Recte dixit, *summam dotis*, quia in pecunia dos consistit, non in rebus ipsis æstimatis, et præter eam quoque dotis summam uxori legavit *denarios decem*, id est, decem millia, quod et temon, qui forte superpositus erat, nota quæ decussem significat, demonstrat. Quæritur, si ex illis rebus æstimatis, quæ tabulis dotalibus continentur, tabulis nuptialibus, quædam usu detrita et consumpta sint, veluti vestimenta, nec sint in rerum natura eo tempore, quo maritus vita decessit, an nihilomi-

nus legatum uxori debeatur, quasi relictum sub conditione impossibili? Impossibilis conditio non vitiat legatum, quia pro non scripta habetur, *l. ab omnibus*, §. 1. *de legat*. 1. *l.* 3. *de condit et demonstr.* vel etiam, quia ipso jure pro impleta habetur, *l.* 4. §. *ult. de condit. instit.* conjuncta *l. Mutianæ*, §. *ult. de condit. et demonstrat.* Imo et in hac specie, ut Scævola respondet, reipsa videtur impleri conditio, si modo ceteras res, quæ extant, hæredi mulieris exhibuerit et tradiderit: nam testator, quamvis dixerit omnes res, quæ tabulis dotalibus continentur, de iis tantum exhibendis sensisse videtur, quæ extabant: neque igitur in hac specie fuit impossibilis conditio, sed fuit possibilis, quæ impleri debet omnino et re ipsa; et utique implebitur, si hæredi mulier tradiderit res, quæ supersunt. Ad hæc de conditione impossibili si quæras, cur tamen ea vitiet contractum, te jubebo consulere *l. non solum, de oblig. et act.*

Ad L. XIII.

Paulus: si filiusfamil. uxorem cum haberet, dotem ab ea acceperat: deinde paterfamil. factus, dotem ei (ut solet) legavit: quamvis patri hæres non erit: tamen id legatum debebitur.

Filiusfamilias ab uxore dotem accepit, quam uxor potius socero, id est, patri mariti dare debuit, qui et filii et nurus onera sustinet quasi caput familiæ. Verum nihil refert, quia perinde est, atque si ipsi socero dotem dedisset; acquiritur enim mox socero per filium jure potestatis. Ac si postea filius factus sit sui juris, et ad eum simul cum dote translata sint onera matrimonii, et moriens, ut solet, dotem uxori legaverit, ut solet, inquam, nempe his verbis: *quanta pecunia dotis nomine pro uxore mea ad me pervenerit, perventurave, etc. l.* 6. *et ult. hoc tit. l. quisquis, de legat.* 3. *l.* 3. *C. de fals. cau. adjec. legat.* Legatum, inquit, valere, etiamsi filius patri hæres non extiterit, et si exhæredatus fuerit, vel si abstinuerit se bonis paternis. Ratio est evidens, quia non ex bonis paternis dotem habet, sed suo jure matrimonii causa, *l.* 1. §. *Celsus*, *l.* 2. §. *nam et si quis, hoc tit.* Denique dotem habet proprio jure propter onera matrimonii, quæ eum sequuntur statim soluta patria potestate.

Ad L. XIV.

Theopompus testamento facto duas filias et filium æquis partibus instituit hæredes, et codicillis ita cavit: τὴν θυγατέρα μοῦ Κρισπῖναν ἣν ηὐχόμην ἐκδοῦναι ᾧ ἂν οἱ φίλοι μου καὶ ὁ συγγενεῖς δοκιμάσωσι. προνοήσει ἐκδοθῆναι Πολλιανὸς εἰδώς μου τὴν γνώμην

ἐπὶ τοῖς ἴσοις καὶ τὴν ἀδελφὴν αὐτῆς ἐξέδωκα, *id est:* Filiam meam Crispinam, quam vellem tradi nuptui, cuicunque amici mei et cognati approbantur: providebit tradi Pollianus, sciens mentem meam in æqualibus portionibus, in quibus et sororem ejus tradidi. *Pollianus a marito puellæ juratus, scripsit voluisse patrem eandem quantitatem in dotem accipere etiam minorem filiam, quam major accepisset: quæro, an eandem summam, dotis nomine cohæredes, extra partem hæreditatis, minoris filiæ præstare debeant? Respondit, eum, cujus notio est, æstimaturum, ut eadem quantitas, ex communi præcipue minori filiæ dotis nomine detur.*

Duas filias et filium æquis portionibus hæredes scripsit, et codicillis ita cavit, ut hic proponitur, τήν θυγατέρα μοῦ, *etc.* Recte *codicillis*: nam testamenta ante Theodos. Græca, vel qua alia lingua, quam Latina conscripta, non valebant, codicilli valebant, *l. hac consultissima*, §. *ult. C. de testament.* Codicillis igitur ita cavit, τὴν θυγατέρα, *etc.* sensus hic est, filiam meam Crispinam, quam optavi nuptui collocari ei quem amici mei et cognati elegerunt, Pollianus collocari curabit, cui nota est voluntas mea, ne minus scilicet Crispina habeat in dotem, quam habuerit soror ejus, quæ jam nupta est. Hoc codicillis cavit, et post mortem ejus Pollianus a Marito Crispinæ juratus, id est, jurejurando conventus fuit, rogatus cum obtestatione jurisjurandi, sive adjuratus Pollianus scripsit id omnino voluisse patrem, quod et satis expressum, ut eandem quantitatem Crispina acciperet in dotem, quæ erat minor natu, quam major accepisset. Et iis convenienter Scævola ait hoc loco, Crispinæ dotis nomine eandem quantitatem dandam ex communi pecunia hæreditaria præcipui sive prælegati titulo extra partem hæreditatis. Idque æstimaturum, id est, arbitraturum judicem famil. ercisc. scilicet. Unde conficit definitionem prælegati. *Prælegatum est*, quod extra partem hæreditariam hæredi præcipuum datur de communi pecunia, adjuncta *l.* 1. *inf. de instr. et inst. leg.* et *l. cum responso*, *C. de leg.* Id autem ita fit, non quod Pollianus adjuratus scripserit, eam fuisse voluntatem patris, ne minus daretur in dotem Crispinæ, quam ipse dedisset sorori ejus, quia nec jurato cuiquam uni fides habetur, *l.* 8. *C. de testib.* Adeo nec pluribus testibus singularibus, ut vocant, et unicis in eo, de quo testimonium perhibetur, *cap. bonæ, et cap. cum dilectus, extra, de elect. cap. licet, extra, de prob. cap. tum literis, extra, de testib.* Quæ Scævola apud Valer. libro quarto, *pessimi exempli esse unius test. credere.* Quintil. declam. 358. *Succurrant*, inquit, *vobis Catonis et Scipionis, et tot clarissima nostræ civitatis*

nomina, quorum unico testimonio fides nunquam est habita. Constantinus tamen Imperator in Constitutione quadam ad Ablavium præfectum prætorio, quæ est in extremo C. Theodos, et a Carolo Magno pro lege relata est in sua Capitula, ut et ab omnibus subditis suis observaretur, quos commemorabo, et referam, ut intelligatis, quam amplum fuerit imperium Caroli Magni: Francis, Alemanis, Ungaris, Bajoariis, Saxonibus, Gallis, Burgundionibus, Britonibus, Longobardis, Beneventanis, Bavaris, Vasconibus, Hispanis: Constantinus, inquam, in ea Constitutione jubet ut omnes judices indubitanter licet ab uno Episcopo perhibitum testimonium accipiant, nec alium quemquam audiant præter Episcopum. Sed memineris, quod est in vita Junioris a Damasceno conscripta, alios esse ἐπισκὸπους, alios esse ἐπισκοποῦν: et de Episcopis loquitur Constantinus, quales an ulli sint hodie dubium est. At in hac specie, ut cœpi dicere, non tam statur scripto unius Polliani, quam voluntati patris, qui aperte satis declaravit, quas partes fecerit in hæreditate, nempe scriptis ex æquis partibus, et pares esse velle in dote, quod et tacente patre per se argumentum æqualium portionum hæreditariarum satis arguebat, *l. generali*, §. 1. *in fin. sup. de usufr. leg.* Ergo male colligunt ex hoc loco, unius testimonio stari: quod non magis esse potest, quam ut nullius testimonio stetur: namque unus testis vulgo dicitur nullus testis. Male etiam, qui lenius loquuntur, unum testem inducere præsumptionem, vel inducere semiplenam probationem; unde hoc enim sumpserunt, unum testem inducere præsumptionem; sane prudentem virum, guarum temporum et hominum, nullam in præsumptionem temere unus testis induxerit. Præterea nec unum testem inducere præsumptionem, Joannes asserit recte ex *l. maritus*, *de quæst.* Et quod ait *l. 1. in fin. testam. quem. aper.* tabulas testamenti obsignatas 7. testium signis suspectas fieri, si vel unus ex signatoribus neget se suum sigillum agnoscere: hoc, ut suspectæ tabulæ fiant, non ex negatione signatoris venit, sed magis ex qualitate sigilli incogniti: quod res loquitur, plus movet, quam quod fabulator homo. Ac præterea suspicari et præsumere, sunt diversa: qui suspicatur, aliquid prævidet, qui præsumit jam animo suo rem ipsam videt: et plus est præsumere, quam suspicari: nam est plus quam putare. Divus Hieronymus *adversus Rufin. de auctoribus: sic nosse te dicis, ut putes potius, quam præsumas.* Unde item ducunt illud genus semiplenæ probationis, an quia quod et ajunt, duo testes plurimum faciunt plenam probationem, unus fecerit semiplenam? Eodem argumento quia duo faciunt numerum, dicam, unum facere seminumerum, atque seminumeri, vel semiplenæ probationis nulla unquam mentio.

Ad L. XV.

Licet placeat, pignoratas res, vel in publicum obligatas, hæredem, qui dare jussus est, liberare debere: tamen, si is qui tales res in dotem accepit, dotem prælegaverit, non cogetur hæres liberare eas, nisi aliud specialiter testator dixerit.

Regulariter, si quis sciens legavit alii *res suas*, creditoribus suis pignoratas, necesse habet hæres eas luere et præstare legatario liberas, *l. si res*, *de legat.* 1. *l. prædia*, *C. de fideicommiss.* Idemque est, ut ait, si legavit *res in publicum obligatas*, id est, fisco vel reipublicæ obligatas, vel tacito jure, ut in *l. tutor*, §. 1. *de pign. act. Rem in publicum obligatam*, inquit, eodem modo. Verum, si maritus ab uxore dotis nomine res pignoratas, vel in publicum obligatas acceperit, eique dotem prælegaverit, hic casus ab illa regula excipiendus est: neque enim cogitur hæres eas res pignorare vel reluere, quoniam exemplo actionis de dote, quæ inest legato dotis, tales res restitui oportuit soluto matrimonio, quales datæ sunt. Et hoc, ut ait, nisi aliud specialiter testator dixerit, nempe ut eas lueret hæres, et liberas uxori præstaret, quod si dixerit, proculdubio ejus commodi ratio in computatione legis Falcidiæ habebitur, et pro modo quoque ejus commodi fideicommisso mulier onerari poterit, quia dotis excessus est: plus enim in legato dotis est, quam sit in ipsa dote.

Ad L. XVI.

Qui dotem a matre uxoris acceperat, et stipulanti ei promiserat, testamento uxori dotem legavit. Cum quæsitum esset, an uxor dotis summam consequi posset? Respondit Scævola, non videri dari uxori, quod necesse sit matri reddi, alias sic respondit, non videri nisi manifeste uxor docuisset, eam testantis voluntatem fuisse, ut onerare hæredes duplici præstatione dotis vellet.

Qui dotem accepit a socru, a matre uxoris, eidem stipulanti, si prior moreretur in matrimonio, promisit dotem reddi. Deinde moriens legavit dotem uxori, quæ ex stipulatione debet reddi socrui: quæritur, an ex legati causa petitio mulieri competat? Et in hanc rem Paulus adducit duo responsa Scævolæ, quorum uno Scævola respondet, non videri dari uxori, quod necesse sit matri reddi: et ideo non valere legatum uxori relictum, quia

non solet dos a marito legari, nisi ei, cui debet reddi. Relegatur enim verius, quam legatur, et errasse videtur maritus quasi existimaverit se uxori dotem reddere, quam socrui debuit reddere. Et similiter altero responso non deberi legatum uxori, nisi manifeste uxor doceat eam testantis voluntatem fuisse, ut oneraret hæredem duplici dotis præstatione. Manifesta opus est probatione contrariæ voluntatis: nam in dubio præsumitur testatorem noluisse hæredem onerare præstatione duplici ejusdem rei. In dubio hæredi parcitur, *l. Sempronius*, *de leg.* 2. quia et hæredem magis testator dilexisse videtur. Evenit in hac specie longe aliud, quam in specie *l.* 11. Nam in specie *l.* 11. qui dotem alii promiserat, eam capit jure legati, et legatum valet, stipulatio non valet. Contra in hac specie stipulatio valet, legatum non valet. Legitur autem Florentiæ hoc loco, cum refertur prius responsum Scævolæ, *non videri dari uxori, quod jussit matri reddi.* Et in posteriori responso etiam legitur, *non videri.* Repone, utroque loco deberi, pro videri. Priori loco non dicitur dari, et posteriori, non deberi. Est simile mendum in *l. pen.* §. *si testator*, *de leg.* 2. Et forte in *l. prædiis*, §. *ult. de leg.* 3. Seneca secundo naturalium quæstionum: *Cum sanitas*, inquit, *videatur esse fato*, *fato debetur et medico*, ita emenda: *cum sanitas debetur fato*, *videatur et medico*, subintellige, deberi, quia et ad nos beneficio fati per hujus manus venit.

Ad L. XVII.

Uxori ita legavit: Uxor mea, quicquid ei comparavi, et quod mihi dedit, e medio sibi sumat. *Quæro, an dos prælegata videatur? Respondit, verbis, quæ proponerentur, videri, et de dote legata loqui: nisi aliud testatorem voluisse probaretur.*

§. 1. Titiæ uxori meæ, quanta pecunia ad me, inve stipulationem dotis, ejus nomine pervenit, quæ dos est dotalibus duobus consignatis instrumentis centum aureorum. *Quæsitum est, an utramque summam consequi possit. Respondit, nihil proponi, cur non possit.*

Quod est initio *l. ult.* apertum est: Si quis uxori legaverit his verbis: *quicquid ei comparavi, et quod mihi dedit*, dotem legasse videtur. His verbis, *quod mihi dedit*, legatur dos, etiam si dotis nomen non exprimatur. Sequitur. Dote certa promissa, et duobus dotalibus instrumentis ea de re confectis et consignatis, quorum uno scriptum est, uxorem promisisse sexaginta: Finge, vel doti dixisse sexaginta, altero hoc amplius promisisse quadraginta eodem nomine. Si maritus uxori legavit, ut hic proponitur, quicquid ad se vel in stipulationem dotis nomine pervenit, utriusque instrumenti summam uxori deberi, id est, centum integra, quod utique verum est, etiamsi nunquam ea uxor marito numerarit, *l. ult. C. de fals. caus. adject. leg.* Quia certa est quantitas dotis, aliter, quam si dotem legasset generaliter, quam uxor promiserat, non dederat, neque enim mulier amplius, quam liberationem habebit, *l.* 1. §. *adeo*, *sup. hoc tit.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit V. De optione legata.

Optio datur legatario, si testator dixerit, *optato*; electio, si dixerit, *eligito*, veluti *ex universa familia mea servum unum* vel, *servos tot optato aut eligito.* Et propterea optio datur expressim, electio etiam tacite, veluti servo simpliciter et indistincte legato, quod significare videtur *l.* 3. *qui et a quibus manum.* Optio est actus legitimus et solemnis, *l. actus*, *de reg. jur.* qui peragitur pure sine dilatione, sine die, conditione, qui expletur, et effectum habet statim, nec iteratur, aut repetitur, ut optio tutoris olim, quæ mulieri dabatur testamento viri, de qua *T. Livius lib.* 39. cum scribit de Hispala fœmina, quæ detexit Bacchanalia (mulieres in perpetua erant tutela olim) Et inter cetera pro præmio ei datum est, ut esset ei tutoris optio, quasi ei vir testamento dedisset. Ergo illa tutoris optio, et optio servi vel cujusvis rei legatæ, est actus legitimus et solemnis. Qui autem sit effectus hujus distinctionis, in interpretandis singulis legibus, suis locis ostendemus.

Ad L. I.

Divus Pius Cæcilio Proculo rescripsit, eum, cui servorum legata sit electio, tres posse eligere.

In initio h. l. ex rescripto D. Pii, ostendit Ulpian. a testatore, qui numerosam familiam habebat, servorum electione data, non adscripto numero, tres duntaxat servos eligi posse ex universa familia testatoris: cujus rescripti ratio hæc est: quia frugi hominem quantumvis locupletem, deceat contentum esse servis tribus. Valer. 4. *de continentia*, et Apulejus 1. *Apo. pro se ipso. Marcum Catonem tribus servis contentum Hispanias rexisse.* Et Athenæus *cap. ult. lib.* 6. *Julium Cæsarem Britannica expeditione secum duxisse tres servos duntaxat.* Seneca *lib. de consolatione*: *Catoni fuisse tantum tres servos.* Hæc est ratio *l.* Et delenda omnia, quæ in eam comminiscuntur Interpp.

Ad L. II. III. IV. et V.

L. II. *Quotiens servi electio vel optio datur : legatarius optabit, quem velit.*

§. 1. *sed et homine generaliter legato, et arbitrium eligendi , quem acciperet , ad legatarium pertinet.*

§. 2. *Data igitur optione , si quis obtaverit alienum servum , vel hominem liberum : videndum est , an consumpserit optionem ? et puta non consumi.*

§. 3. *Eum cui centum amphorarum electio data sit, acetum eligentem, non consumere optionem , si id acetum elegerit, quod vini numero paterfamilias non habuit.*

L. III. *Scilicet si ante exhibitionem , hoc est , ante degustationem acetum elegerit.*

L. IV. *Scyphi electionem data, si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset; integram ei optionem manere placet. Nisi ex his duntaxat eligere voluisset, cum sciret et alios esse.*

L. V. Nec solum si fraude hæredis, sed etiam si alia qualibet causa id evenerit.

Sciendum est , unius servi optione vel electione legata per vindicationem , ut recte addit Ulpianus *lib. sing. reg. tit. de legat.* nempe his verbis : *optato, eligito :* legatarius optat vel eligit, quem mavult ex familia testatoris , nihil certius : sed, ut subjicit, etiam per vindicationem servo generaliter legato , legatarius eandem electionem habet ; per vindicationem servo generaliter legato : nam si per damnationem, puta, *hæres damnas esto dare illi unum servum* hæredis est electio , *l. si substituto* , §. 1. *de leg.* 1. Si per vindicationem dixerit *optato* , vel *eligito*, legatarii est electio , *l. servus legatus* , §. *cum homo* , *de legat.* 1. *l. hæredes*, §. *si incerto, fam. ercisc. l. qui hominem*, *et l. seq. de adimend. legat.* Et non in hac *l.* tantum , sed etiam in *l.* 9. §. 1. *hoc tit. et l.* 3. *qui et a quib. manum.* hæc simul ponuntur quasi paria , optionem servi dare , vel servum generaliter legare. Vide et in *l. his consequenter* , *in princip. famil. ercisc. si ex pluribus* , *hæredibus* , inquit, *uni generaliter per optionem servus legatus sit*. Videtur legendum , *Generaliter, vel per optionem servus legatus.* Priore modo optio vel electio servi datur legatario expressim. Posteriore modo , id est , servo generaliter legato per vindicationem , electio datur tacite , ut idem Ulpianus ait eodem *lib. sing. leg.* Non est autem plerunque eadem vis taciti et expressi. Posset hoc demonstrari innumeris exemplis sumptis ex jure . Ita etiam in hoc proposito , non est eadem vis expressim datæ optionis vel electionis , et tacitæ . Nam legatum optionis conditionale est , id est , habitum semper fuit ante Justinianum pro conditionali , quasi insit ei conditio , *si elegerit* , *si optaverit legatarius* , et ideo legatarius non aliter transmittit ad hæredem suum , quam si vivus optaverit servum , vel quam aliam rem ex defuncti bonis , cujus ei electio , vel optio data est , §. *optionis* , *Instit. de legat.* Legatum vero generaliter relictum , non est conditionale , si servus legetur generaliter, etiamsi moriatur legatarius , antequam eligat servum , legatum transmittit ad hæredem , *l. nec semel,* § *pen. quan. dies leg. ced.* Sicut et si legatur , *illud aut illud, utrum elegerit* etiamsi moriatur, antequam elegerit, legatum transmittit ad hæredes, *l.* 19. *hoc tit*. Legatum autem optionis , ut dixi , non transmittit ad hæredem aliter quam si vivus optaverit , quia conditionale est . Est et alia differentia , quia is , cui optio servi legata est (dico servi exempli gratia) etiam optimum eligere possit . Ita videtur Rogerio , et placet. Nam et Marcus Tullius 2. *de invent.* eum cui vasorum argenteorum pondo centum, quæ volet , legata sunt , significat magnifica vasa , et pretiose cælata petere posse. Nec Rogerio quicquam adversatur *l. ult.* §. *sed et si quis* , *C. commun. de legat.* qua se tuetur suorumve opinionem Accurs. itemque Bartolus adversus Rogerium , quia ille §. non loquitur de optione legatario data, sed de servo legato Titio arbitrio Caji , quod semper pro boni viri arbitrio accipitur, non pro libero et dissoluto arbitrio Caji . Et bonus vir utique non sic arbitratur , ut Titio optimus detur , velut actor, sive dispensator, qui tuetur omnia negotia domus, multo melius quam dominus ipse , cujus jactura, ut ait *l. ult. de offic. præs.* sæpe numero non ad substantiam, sed a totius domus eversionem pertinet , et legato quoque servo generaliter , hoc est , electione data legatario neque tacite , neque nominatim legatarius poterit optimum eligere, veluti actorem, sed neque pessimum eligere cogetur, *d. l. legato generaliter*. Addit Ulpianus in hac l. aut significat potius , optione legata , nonnisi semel optionem fieri posse. Quod et aperte proditum est in *l.* 5. *de leg.* 1. *et l.* 8. §. *pen. hoc tit.* Seneca 4. *Controversiarum* : *non oportet,* inquit , *amplius optare quam semel. Omnis nimia potentia saluberrimæ brevitate constringitur* . Idque ita procedit , si recte et legitime optio facta fuerit , non si perperam , ut puta : si legatarius elegerit servum alienum , vel liberum hominem , cui legata erat optio hominis , id est , servi ; neque vero aliorum hominum , aliarumve rerum optio vel electio legatur , quam eorum earumve , qui quæve sunt in bonis testatoris : ergo ex alia familia , vel ex liberis hominibus homo frustra eligitur : nec igitur per hanc electionem illegiti-

mam, electio quæ jure competit, consumetur : quia nihil agit, qui non eligit legitime : denique nihil egisse, nihilque elegisse videtur. Et in *l. Titia*, §. 1. *de auro et arg. leg.* quam objicit Bartolus hoc loco sine ratione, etiam optio non fit ex aliis rebus quam hæreditariis. Ponitur ibi, quem Sempronio legasse coopertoria Tabiana (quæ scilicet conficiuntur Tabiis, urbe Italiæ, auctore Stephano, ubi fuit Remus educatus) legasse, inquam, coopertoria Tabiana, et tunicas tres cum palliolis, quæ elegerit : et ait, si sint tunicæ singulares cum palliolis, seorsim relictæ in bonis, ex iis duntaxat eligi posse ; si nullæ sint, singulares ex synthesi vestium hæreditariarum, hæredem scilicet præstaturum legatario tres tunicas cum palliolis, aut veram æstimationem earum, ex συνθέσει vestium, hoc est, ex universa veste in vestiario composita in arcis aut prælis: hoc est synthesis vestium, vel etiam quod dicimus in Idiotismo, *un habillement complet*, synthesis cultrorum, *un gaine de consteaux*, synthesis calicum apud Statium Papinium, synthesis medicamentorum apud Q. Serenum. *Magis*, inquit, *scrinia regis Mithridatis cum raperet victor, deprehendit in illis syntesin, et vulgata satis medicamenta risit*, id est, syntesin medicamentorum. Denique in illa *l. Titia*, §. 1. non eligitur quippiam a legatario, quod non fuerit in bonis testatoris. Idemque est dicendum, si is, cui optio vel electio data est, elegerit eum, de quo non cogitaverit testator : ut si elegerit servum, quem in eodem testamento pure vel sub conditione manumisit : hæc electio non fit legitime, et ideo pro non facta habetur, *l.* 9. §. 1. *hoc tit.* Idem etiam est, si optarit servum ante aditam hæreditatem : neque enim legatarius optat servum ante aditam hæreditatem, cui optio servi legata est, *l.* 16. *hoc tit. l. Julianus, de leg.* 1. quia hæredem præsentem esse oportet, cui exhibeam familiam. Et pari ratione, ut subjicit in *hac l.* 2. si centum amphorarum vini electio data sit, et legatarius eligat acetum, quod paterfam. qui testamentum fecit, vini numero non habet, electio non consumitur : videlicet si acetum ante exhibitionem et degustationem elegerit : recte si elegerit acetum, quod paterfam. vini numero non habuit, electionem nullam esse : nam si elegerit acetum, quod testator vini numero habuerit, electio valet, et quia consumitur, et hoc acetum legato continetur, *l.* 1. *tit. seq.* quæ est ex eodem lib. Ulpiani, et sunt conjungendæ hac in parte. Recte etiam *l.* 3. *hoc tit.* ait, ante exhibitionem et ante degustationem, si acetum elegerit, quod paterfamilias vini numero non habuerit, electionem non consumi, quia nihil elegisse videtur. Nam post exhibitionem totius vini, quod est in bonis, et post degustationem, si acetum elegerit, hoc casu electio consumitur, quia facta censetur legitime. Denique semel legitime facta electio consumitur, nec mutari aut iterari potest, *l.* 20. *inf. hoc tit.* hoc est proprium actuum legitimorum, ut semel fiant tantum, nec mutentur, aut iterentur : nam et sic aditio hæreditatis, quæ est etiam actus legitimus et solemnis, *l. actus, de reg. jur.* fit semel tantum, *l. si solus*, §. *ult. de acquir. hæred.* Et quod ait *l.* 3. *ante exhibitionem*, ex eo apparet etiam optionem servi fieri solemniter, scilicet ab hærede. Ergo post aditam hæreditatem, exhibita universa familia et singulis servis probatis, pertentatis, inspectis, optionem vini fieri, omni vino exhibito, aperta cella vinaria, apotheca, horreo, omni, inquam, vino exhibito et degustato. Ac similiter optionem scyphorum fieri, omnibus scyphis exhibitis, ut *l.* 4. et 5. Et ideo si fraude hæredis vel alia qualibet causa, optione servi vel vini, id est, certæ mensuræ vini, vel scyphorum legata, si non sint exhibiti omnes servi, omnes scyphi, omne vinum, et legatarius elegerit, cum existimaret omnia exhibita, nihil suppressum, electio non consumitur, quia nec recte facta intelligitur : si sciens non omnes scyphos exhibitos ex iis, qui sunt exhibiti, elegerit, rata est electio, et consumitur. Sed si erraverit existimans, omnes scyphos exhibitos, cum non essent, irrita est electio. Denique omnes sunt exhibendi : quin etiam solet legatarius eo nomine actione ad exhibendum agere, priusquam optet et vindicet, *l.* 3. §. *item si optare, ad exhibend. l. si vendidero*, §. *si ad exhibendum, de furt. l.* 8. *et ult. hoc tit.* Et ideo in specie legis 4. legatarius, etiamsi fraude hæredis quædam res suppressæ, nec exhibitæ sunt, non ideo agit actione de dolo, quamvis dolum fecerit hæres : quia integra ei electio manet, integra vindicatio. Et longe diversa est species legis *si quis adfirmavit*, §. 1. *de dolo*, quam objicit Accursius. In ea namque ponitur, universam familiam fuisse exhibitam, sed dolo malo et falsa persuasione hæredis vel alterius, legatarium deteriorem servum elegisse : hoc casu non superest ei, nisi actio de dolo : quia electio consumpta est, quia elegit ex universa familia.

Ad L. VI. VII. et VIII.

L. VI. Mancipiorum electio legata est : ne venditio quandoque eligente legatario interpelletur, decernere debet prætor nisi intra tempus ab ipso præfinitum elegisset, actionem legatorum ei non competere. Quid ergo, si die præterito, sed antequam venderet hæres, vindicare legatarius velit? Quia non est damnum subiturus heres, propter quod decernere prætor id solet : et quid, si die præterito, quem finierit prætor, hæres aliquos ex servis, vel omnes manumiserit? Nonne prætor eorum tuebitur libertatem? Ergo totiens actio

deneganda non est, si omnia in integro sint. Idem est, etsi pignori aliquos ex his servis hæres dederit post diem, vel vendiderit.

L. VII. Imo et si quosdam servos distraxit, quosdam retinuit: non est audiendus legatarius, si velit optare ex retentis ab hærede cum jam disposuerit familiam hæres.

L. VIII. Si tibi electio servi, et mihi reliqui legati sunt: decernendum est a prætore nisi intra certum tempus optaveris petitionem tibi non datum iri.

Electione legata unius mancipi, vel duorum, aut plurium mancipiorum, vel *ἀορίστως* mancipiorum (quo casu trium electio data intelligitur, *l.* 2. *hoc tit.*) non potest hæres in fraudem et eversionem legatæ electionis ullos servos ex familia defuncti vendere, aut pignori opponere, aut manumittere, donec legatarius elegerit, quia singuli quodammodo sub conditione legati sunt, si elegerit legatarius, *l.* 3. *qui a quib. man.* Alioqui venditio aut manumissio, quam fecerit, priusquam legatarius elegerit, postea eligente legatario servum manumissum aut venditum interpellabitur. Quod ne accidat, si dies ex testamento præscripta non sit intra quam eligeret legatarius, et diutius trahat electionem postulante hærede, in *l.* 13. §. *ult. hoc tit.* vel postulante emptore hæreditatis, *d.* §. *ult.* vel postulante alio legatario, cui reliqui servi legati sunt, ut *l.* 8. *in pr. h. tit.* postulante aliquo, cujus intersit optionem fieri quamprimum, prætor diem definit, intra quem eligat legatarius simulque decernit, nisi intra illum diem elegerit, jus electionis, et petitionem sive vindicationem servi ac servorum, post diem illum minime habiturum, ut *l.* 8. *in princ.* post diem factam electionem irritam fore, quod tamen decretum ita demum habebit effectum, ut in hac *l.* 6. demonstratur, si post diem res non sit integra, ut puta si jam hæres quosdam aut omnes servos hæreditarios vendiderit, pignoraverit, aut manumiserit: neque enim postea legatarius audietur, si velit eligere, quia res non est integra. Denique neque ex iis poterit eligere, quos vendiderit, pignoraverit, aut manumiserit hæres; neque ex his, quos retinuit, si non omnes vendidit, aut manumisit quia consumptum est jus electionis. Denique dispositionem et formam suæ familiæ, quam post diem hæres fecit, quasi extincta electione, intempestiva et sera electio legatarii interturbare aut infringere non potest, *l.* 7. *hoc tit.* Sed si post diem decreto definitum, intra quem legatarius elegerit, res adhuc sit integra, id est, si nullos servos hæres vendiderit, pignoraverit, aut manumiserit, tunc non est deneganda electio legatario: quia nihil damni facturus est; et ita cessabit tum etiam ratio decreti, quod hæredis causa interponitur, ne hæres in damno versetur: puta si servo vendito post diem electo et vindicato, conventus actione ex empto emptionis nomine; vel electo servo pignorato conventus a creditore actione pignoratitia, quibus actionibus utrique tenetur in id quod interest creditoris vel emptoris, si post diem facta electio valeret electo quoque servo ante manumissio, hæres damnum faceret juris patronatus. Verum ubi res est integra, cum nullos servos hæres vendiderit, aut pignoraverit, aut manumiserit, nihil horum extimescit. Proinde hoc casu electio etiam post diem decreto præfinitum facta, valet Cessante enim causa, decretum cessat et sententia decreti: nec verba solum decreti, sed finis et sententia inspicienda est: et hæc sunt, quæ continentur in *l.* 6. *et* 7. *et initio legis* 8. Persequamur reliqua quæ sunt in *l.* 8.

Ad §. 1. *Si ex quatuor L. VIII.*

Si ex quatuor viriolis, duæ, quas elegissem, mihi legatæ sint: sive duæ solæ relictæ sint, sive ab initio duæ solæ fuerint, valet legatum.

In §. 1. ostenditur, electione legata, etiamsi electioni nullus sit locus, valere legatum. Et hac ratione legatum, quod erat conditionale (omne enim legatum optionis est conditionale) haberi pro puro. Finge: Testator ex quatuor viriolis legavit mihi duas, quas elegissem: is nunquam habuit nisi duas, vel habuit quidem quatuor testamenti tempore, mortis vero tempore duas tantum, ut nullus sit electioni locus, cum duæ tantum supersint. Quæritur, an legatario debeantur? Et ait deberi, ut ait lex 13. *in princ. hoc tit.* quasi pure legatas deberi non sub conditione, quia legatum optionis conditionale est, ut dixi. Sed hoc casu ut conservetur voluntas defuncti, non optio, sed duæ viriolæ videntur legatæ pure. *Viriolæ* sunt armillæ virorum fortium, quæ et *dextrocheria* dicuntur: hodie etiam in scuto familiæ dominorum de Villas pingitur manus argentea cum dextrocherio sparso multo murice pontico, unde et viriolati nomen. Tertullianus de Pallio: *Hæc ornamenta cum essent propria virorum fortium, temere matronas usurpasse.* Inde et apud Capitol. in Maximino mentio muliebris dextrocherii.

Ad §. 2. *Unius.*

§. 2. *Unius hominis mihi et tibi optio data est, cum ego optassem, si non mutassem voluntatem, deinde tu eundem optaveris, utriusque nostrum servum futurum. Quod si ante decessissem, vel furiosus factus essem, non futurum communem, quia non videor consentire, qui sentire non pos-*

sim. Humanius autem erit, ut et in hoc casu, quasi semel electione facta, fiat communis.

Duobus conjunctim legata est optio unius servi, si cum unus optasset, nec mutasset voluntatem, alter collegatarius eundem servum optaverit, servus ille erit inter eos communis pro indiviso. Recte, si non mutasset voluntatem; quia interim, dum collegatarius distulit optare, liberum ei est mutare voluntatem: quod si fecerit, servus non erit communis, quia quo tempore novissimus optat, in eundem ambo non consentiunt; et ita etiam, quum optio legata est intra tempus certum, *optato hominem intra dies* 30. si semel optaverit, pœnitentia actus mutare voluntatem potest, si modo supersunt aliquot dies ex iis, qui optioni præfiniti sunt. Idque exemplo heredis instituti cum cretione, hoc est finito certo tempore, intra quod adeat hæreditatem: nam intra illud tempus hæres subinde mutare voluntatem potest, quandiu id tempus largitur atque permittit, quod docet Ulpianus *lib. sing. reg. tit. qui hæredes inst. poss.* In proposita specie nihil egisse videtur, qui prius optavit, priusqam collegatarius optaret. Quamobrem ut subjicit, si optaverit unus, priusquam alter optavit, vita decesserit, aut furere cœperit, postea alter eundem servum optando nigil agit. Ideo servus quem alter optavit, licet eundem optaverit uterque, non erit communis, quia non videtur posteriori, qui optavit, quod tamen necesse est, consentire mortuus aut furiosus, qui nihil sentire potest: si non potest sentire, ergo nec consentire. Et subtili ratione non fit servus communis, nisi quo tempore novissimus eundem servum optet, etiam consentiat is qui prius optavit, id est, declaret, se in priori voluntate perseverare. Et hoc ita se habet subtili ratione. Benignius tamen ait esse, ut servus ille sit communis inter collegatarios, quasi semel electione facta quod postea interpretabor. Interim admonendi sumus, eandem intervenire rationem in *l. per fundum, de servit. rustic. præd. et l. ult. comm. præd.* Si fundus sit communis inter me et te, et ego solus invito vicino, cessero iter aut viam ad eum fundum, subtili ratione, non aliter vicinus iter aut viam vindicabit, non aliter vicinus, cui ego cessi iter aut viam, ea utetur, quam si tu eidem cesseris eandem servitutem, et tua demum cessio confirmabit meam, mea erit interim inutilis. Humanius tamen erit, ut et hoc casu, etiam antequam tu cesseris viam vicino, ego vicinum itinere aut via uti vetare non possim: interim igitur cessio mea non fuerit inutilis. Et ita etiam in hac specie subtili jure optio demum novissimi confirmat superiorem optionem, videlicet, si eo tempore, quo novissimus optat, in unum hominem ambo consenserit, nec mutaverit voluntatem, qui prius optavit, hoc subtili jure: verum humanius et benignius est ut si eo tempore non consentiat, qui prior optavit, puta qui furere cœpit, aut vita decessit, sufficiet eum semel optasse, nec mutasse voluntatem. Neque enim furore prior voluntas perimitur, sed ut ait *l. patre, de his qui sunt sui vel al. jur.* remanet adhuc quædam reliquiæ prioris voluntatis. Denique consentire videtur, qui non potest dissentire, ut in hoc §. 2.

Ad §. 3. Si rerum.

§. 3. *Si rerum depositarum electio mihi relicta sit: et ad exhibendum, cum eo, apud quem depositæ sint, agere potero: et cum hærede agere, ut is, depositi agendo, facultatem mihi eligendi præstet.*

In §. *ult. hujus l.* sequitur: legata optione a testatore rerum apud Titium depositarum, legatarium actione ad exhibendum in id quod interest agere posse, vel cum depositario, vel cum hærede: cum depositario, ut exhibitis rebus omnibus depositis, possit obtare et vindicare rem, quam optavit, *l.* 3. §. *item si optare, ad exhib.* vel cum hærede eadem actione ad exhibendum agere potest, ut in *l.* 2. *tit. seq.* ut scilicet hæres actione depositi res depositas recuperet, et exhibeat palam, atque ita legatario quam volet eligendi potestatem faciat. Actio ad exhibendum datur adversus quemcunque, qui rei aut rerum restituendarum facultatem habet, aut habere potest rebus redactis in suam potestatem.

Ad L. IX.

Cum ita legatur: Titio Stichum do, lego, si Pamphilum non elegerit: *simile est, atque si ita legatum fuisset:* Titio Stichum aut Pamphilum, utrum eorum volet, do, lego.

Quod est initio hujus *l.* apertissimum est: si testator ita legavit, *Titio Stichum do, lego, si Pamphilum non elegerit*; perinde est, ac si ei legasset *Stichum aut Pamphilum, utrum elegerit.* Quod legatum, notandum est tamen, longe differre a legato optionis: nam legatum optionis est conditionale, et fuit semper ante Justinianum. Ipsum *optandi* verbum sive optionis conditionem facit, et conditio est expressa igitur, non tacita. Qua de causa in *Instit.* §. *optionis, de legatis*, male additur, *tacitam.* Quæ vox abest a Theophilo: neque enim est tacita conditio, sed expressa, quæ satis exprimitur optionis verbo. Legatum autem, *illud, aut illud utrum elegerit*, non est conditionale: effectus hic est, quia electio transmittitur ad hæredem legatarii. Et ita est proditum *in l.* 19. *hoc tit.* Et similiter electione legata tacite; veluti

servo generaliter legato, legatum non est conditionale, et jus electionis legatarius transmittit ad hæredem suum, etiamsi decesserit, antequam eligeret, *l. nec semel*, §. *pen. quando dies leg. ced.*

Ad §. 1. *Quæsitum.*

§. 1. *Quæsitum est: si Stichus sub conditione liber esse jussus sit, et mihi optio servi data esset, vel servus generaliter legatus esset; quid juris esset? dixi, commodius constitui, eum, qui sub conditione libertatem Sticho det, et optionem servorum, non cogitare de Sticho, sicuti constat, non cogitare eum de eo, cui præsentem libertatem dederit, secundum quod, si Stichum optavero, vel elegero, nihil agam: ex ceteris nihilominus optabo.*

Legavit optionem servi, et Stichum, unum ex servis suis, sub conditione liberum esse jussit, non dedit ei libertatem, sed statulibertatem, vel statutam libertatem: non fecit eum liberum, sed statuliberum. Statuliber est is, cui directa data est libertas sub conditione. Vel finge: Sticho præsentem libertatem dedit is, cui optio servi legata est. Stichum si eligat, nihil agit, quia de eo optando cogitasse non censetur testator, qui optionem legavit. Denique legato optionis Stichus non continetur, et legatarius, qui illum elegit, nihil agit, quia non legitime, sed illicite illum elegit, non consumit sibi jus electionis quod habet. Itaque integra ei est alterius servi optio: *Ex ceteris*, inquit, *servis nihilominus optabit quem volet.* Et hoc quidem facilius admittimus, si Sticho data sit pura et præsens libertas, quia desiit esse in bonis defuncti. Statuliber est in bonis hæredis et servus hæredis, *l. et post litem, in fine, famil. ercisc.* Nec tamen etiam hic optatur legitime, quia implicitus ei est casus libertatis, quia obtingere ei libertas possit, nempe existente conditione, *l. ult. si ex nox. caus. agat.* At quæritur, quid sit dicendum si conditio statulibertatis defecerit, antequam legatarius optarit, an tunc poterit optare? Quod non videtur, quia, ut ante dictum est, de eo non cogitavit testator, sed de eo non cogitavit, in casum scilicet existentis conditionis, obtingentis libertatis. Itaque verius est, et Stichum optari posse: quia, inquit, ut Quintus Mutius sentit, ipsa libertate legatum perimitur aut minuitur. perimitur in persona Stichi, ipsa libertate legatum perimitur, non datione, inquit, statutæ libertatis. Et nota ἔμφασιν pronominis *ipsa libertate. Statulibertas* non est ipsa libertas. Itaque legatum optionis in persona Stichi non perimitur hoc solo, quod data sit libertas sub conditione, sed ita demum, si exsistat conditio: et consequenter, si non existat conditio, si deficiat vivo testatore, vel post mortem ante aditam hæreditatem, id est, antequam jus optandi legatario competat, *l.* 19. *in fi. hoc tit.* poterit legatarius post aditam hæreditatem Stichum optare, si velit. Nam, ut ait (qui locus est singularis) sicut libertatis pure datæ dies cedit ab adita demum hæreditate, §. *libertatibus, C. de caduc. tollend.* ita statutæ libertatis cedit ab adita hæreditate, et eodem tempore spectandum est, exstiterit nec ne conditio statulibertatis. Et hæc est sententia hujus §. Unum obstat huic loco, quo ex sententia Mutii ait, ipsa libertate legatum perimi non datione statulibertatis. Obstat lex 39. in *in pr. de statulib.* quæ diserte ait, legatum statulibertatis tolli. Hæc dicit datione statulibertatis legatum non perimi, quæ videntur esse repugnantia. Legatum statulibertatis perimitur, si existat conditio, ut et ibi Græci interpretantur in Basil. Non tollitur sola datione statulibertatis. Et illius loci hæc est species: hæres legavit Titio Stichum, et item Stichum liberum esse jussit sub conditione, si Titio centum dedisset, et ait, interim servum esse hæredis, non legatarii, quamvis si dederit Titio centum, non possit eam pecuniam ab eo hæres petere. Ceterum interim, antequam expleat conditionem, videtur esse servus hæredis non legatarii, quia expleta conditio tollit legatum, et statulibertatem illico, id est, ipsa libertate vel statulibertate, cujus conditio exstitit.

Ad L. X.

Si Pamphilo servo Lucii Titii servus generaliter legatus sit, deinde dominus Pamphili, postquam dies legati cesserit, eum manumisisset: si quidem Lucius Titius servum vindicaverit, exstinguitur Pamphili legatum, quia non esset in hæreditate, qui possit optari. Si vero Lucius legatum a se repudiasset, Pamphilum optare posse legatum, constat. Licet enim manumissione Pamphili duæ personæ constituerentur, Titii et Pamphili: unius tamen rei legatum inter eas vertitur. Et Titio vindicante, optio exstinguitur: repudiante, Pamphilus optare potest.

Species legis decimæ hæc est: Pamphilo servo, id est, Lucii Titii servo per vindicationem homo generaliter legatus est pure, sine conditione, aut non adjecto die certo: electio est legatarii, quem velit accipere post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris, jam eligendi jure Pamphilo quæsito, et per Pamphilum Lucio Titio domino suo. Lucius Titius Pamphilum manumisit, eligendi et vindicandi ejus, quem elegerit, potestas Lucio Titio quæsita est, Lucio Titio competit, *l.* 5. §. *ult. quando dies leg. ced.* nec manumissione perempta est. Itaque si post manumissionem Lucius Titius

servum elegerit et vindicaverit, non potest manumisso electio competere, quia electio domini consumpsit omne jus legati, nec jam ullus servus in hæreditate esse intelligitur, qui eligi possit, semel electo uno ab eo, qui jus eligendi habet, puta a domino, a manumissore. Sed si Lucius Titius a se repulerit et repudiaverit legatum, nec voluerit quenquam eligere quem volet: manumisso integrum est eligere quem volet, manumisso integra est petitio et vindicatio legati. Nam etsi servo legatum relictum sit eo tempore, cesseritque dies ejus legati eo tempore, quo servus erat in potestate domini, nondum manumissus, atque adeo quo potestas domini unius personæ intellectum inducebat in domino et servo, et nunc manumissione, inquit, duæ personæ discretæ constitutæ sunt, ut ait Theophilus in §. *cum servo*, *de legatis*, non ideo tamen evanescit legatum, quia etsi jam non habeantur pro una persona, soluta potestate per manumissionem, una tamen est res legata, quæ inter manumissionem et manumissum vertitur, quæ res si vindicetur ab uno, velut a domino, non vindicabitur ab altero: et contra si non a domino vindicabitur ab uno, velut a domino, non vindicabitur ab altero: et contra si non a domino vindicatur, puta repudiato legato, tamen a manumisso vindicabitur. Ceterum in vindicatione prior et potior est manumissor, manumissus posterior: neque enim auditur, si eligere aliter velit, quam si manumissor a se legatum repudiet. Et in hanc rem hæc lex est singularis valde, neque quicquam præterea est. Verum interim notandum, homine generaliter legato, unum hominem, unam rem, unam speciem esse in legato, non genus, aut totum corpus. Unius rei, inquit, legatum vertitur inter manumissorem et manumissum, quod vel ab hoc, vel ab illo vindicetur. Cum tamen non unus homo expressim, non una res legata sit, sed servus generaliter et indistincte. Idque etiam optione legata esse: verum recte Bartolus asserit in *l. seq.* optione data servi, vel cujusque rei unam rem tantum esse in legato, ideoque optione servi data uni, et Sticho alteri legato, Sticho electo ab eo cui optio data est, eos concurrere in Stichum, in Stichi dominium pro partibus, nec locum esse in hac specie satis tritæ regulæ, *Generi per speciem derogari*, quia species legatur, cum optio legatur, non genus, cum homo generaliter legatur. Valde etiam observandum est, hanc legem esse de servo generaliter legato, quod legatum purum est, ut memini me docere superius. Si purum, ergo et cedit statim a morte testatoris, et purum esse ostendit *lex nec semel*, §. *pen. quando dies legat. ced.* non autem loqui hanc legem de optione servi legata, quoniam hoc legatum est conditionale, quasi relictum sub conditione, si elegerit, *l. 3. qui et a quibus manumiss.* §. *optionis*, *Institut. de legatis.* Et consequenter dies legatæ optionis non cedit a morte testatoris, sed a die, quo elegerit post aditam hæreditatem: nam electio facta ante aditam hæreditatem, nullius momenti est, quia fieri debet præsente herede, et exhibente universam familiam defuncti *l. 26. hoc t.* Et ideo optione servi legata, non erit locus sententiæ hujus legis, quandoquidem, si dominus, antequam eligeret vel optaret servum, cui optio legata est manumiserit, omnino electio potius ad manumissum, quam ad manumissorem pertinet, manumissor eligendo nihil agit, soli denique manumisso electio competit. Quæ differentia notanda est.

Ad L. XI.

Si Eros Sejo legatus sit, et Eroti fundus: deinde optio servi Mævio data fuerit, isque Erotem optaverit, fundus ad solum Sejum pertinebit: quoniam aditæ hæreditatis tempore is solus erit, ad quem posset legatum pertinere. Nam et cum servo communi alter ex sociis legat; idcirco ad solum socium totum legatum pertinet, quoniam die legati cedente solus est, qui per eum servum possit acquirere.

Quæstio l. 11. est difficilior. Sciendum est, servo proprio, quem testator alii legavit, exempli gratia, Lucio Titio, eundem testatorem recte legare sine libertate, *l. de servo legato*, *de legat.* 1. servo proprio alii non legato inutiliter legare sine libertate, *l.* 6. *C. de legat.* quia id non potest hæres servo dare, quin et videatur sibi ipsi dare, quandoquidem servus ei acquisiturus est, non potest hæres id servo debere, quin et debeat sibi, quod fieri non potest: necesse enim est, distinctas esse personas debitoris et creditoris, actoris et rei, dantis et accipientis. Si valeret legatum servo proprio alii non legato relictum sine libertate, eidem esset actor et reus nempe hæres esset actor et reus, idem debitor et creditor, dator et acceptor legati. At servo proprio, quem alii legavit testator, sane utiliter legat sine libertate, quia hoc casu non confunduntur personæ, quæ natura disjunctæ sunt, ut ait *lex cum servo* 17. *quand. dies legat. ced.* quæ est conjungendâ cum hac lege 11. hoc casu non concurrit in eadem persona emolumentum legati, et obligatio juris, id est, eadem persona, puta, hæres non debet sibi ipsi legatum, sed alii. Verum dies legati servo legato relicti non cedit mortis testatoris tempore, ut ceterorum legatorum, quæ pure vel in diem certum relicta sunt: sed cedit a tempore aditæ hæreditatis demum, *d. l. cum legato* 17. Et ratio hæc est, quia servo Lucio Titio legato, quod legatur, legatur eo animo, ut id Lucio Titio acquirat, quia nihil

ipse proprium ne momento quidem habere potest et Lucio Titio id acquirere non potest, antequam Lucius Titius ejus servi dominium acquisierit. Quod cum non acquirat ante aditam hæreditatem, *d. l. servo legato*, consequens est, et legati illius diem apud Lucium Titium non cedere ante aditam hæreditatem. Qua ratione et servo testamento manumisso relictum legatum, vel quod idem est, servo proprio relictum legatum cum libertate non cedit, nisi ab adita hæreditate, §. *libertatibus, C. de caduc. tollend.* quia scilicet eo animo relinquitur, ut et libero facto acquiratur. Liber autem fieri non potest ante aditam hæreditatem, quia libertates et statulibertates a die aditæ hæreditatis demum vires accipiunt, *l. 9. in fin. sup. hoc tit.* Ergo nec legati dies utiliter apud eum cedere potest ante aditam hæreditatem, id est, antequam ei obtigerit libertas. Denique legatum, quod servo legato legatur, differtur in id tempus, quo servus Lucium Titium legatarium dominum habiturus est: quod autem servo cum libertate legatur, differtur in id tempus, quo liber futurus est, *l. 1. §. ad eos, ad leg. Falcid.* Id in utroque est tempus aditæ hæreditatis: ergo et utriusque legati dies non cedit ante aditam hæreditatem: alioquin inutile foret utrumque legatum, si ante aditam hæreditatem cessisset: cessisset enim inutiliter. Et ut hic in servo, de quo præcipue institutus est sermo, planum faciamus, cui, cum esset Lucio Titio legatus, aliquid legatum est, si dies legati ei servo relicti cederet a morte testatoris, ante aditam hæreditatem, cederet inutiliter, quia eo tempore, mortis scilicet, dominum, cui legatum acquirat non habet. Imo, inquies, habet dominum hæreditatem jacentem, eique hæreditati jacenti nondum aditæ, acquirit legatum ex alieno testamento, quod est verum, *l. non minus, de hæredib. instit. l. si Titio* 55 §. 1. *l.* 82. §. *ult. de legat.* 2. Verum ex testamento domini hæreditati legatum acquirere non potest, alioqui in eadem persona concurret obligatio juris et emolumentum legati, id est, eadem persona, nempe hæreditas, quæ personæ defunctæ vicem sustinet, *l. hæres, de usurp. et usucap. l. hæreditas, de acquir. rer. dom. l. denique, §. quæsitum, quod vi aut clam, l. cum hæred. C. depos.* Eadem, inquam, persona nempe hæreditas jacens, quæque interim personæ defuncti vicem obtinet, deberet legatum, eidemque deberetur, quod natura non patitur. Non habet igitur hoc casu hæreditatem pro domina, ut ei acquirere possit, quia ei ex testamento domini non potest acquirere. Mortis quoque testatoris tempore is servus L. Titium, qui legatus est, dominum non habet, nec fingitur habere, ut ei legatum, quod sibi datum est, acquirere possit, quia non ante L. Titius servi legati, vel omnino quisquam legatarius rei, vel pecuniæ sibi legatæ dominus fit, quam hæreditas adita fuerit, *l. servum filii, §. 1. l. si tibi, §. cum servus, l. servo legato, de legat. 1. l. eleganter, §. si servum, de dolo.* Et falsum est, quod Accursius sæpenumero notat post aditam hæreditatem fictione juris, recte legatarium rei legatæ dominium acquisivisse videri, a mortis testatoris tempore: neque etiam id recte colligit ex *l. si servus legatus, de noxal. act.* vel ex *l. a Titio, de furt.* Nam, quod ait, recta via dominium rei legatæ, per vindicationem scilicet, ab eo, qui legavit, ad legatarium transire, hoc non est recta via a morte testatoris, sed ab adita hæreditate demum, quæ deliberante hærede, interim fuit domina rei legatæ, *l. 80. de legat. 2.* quæque interim sustinuit vicem ejus qui legavit. Et recta via, id est, non per factum hæredis, sed ipso jure. Quia igitur L. Titius servi legati non ante dominus efficitur, quam adita hæreditas fuerit: ideo receptum est, ne inutiliter cederet dies legati servo relicti, non mortis tempore diem cedere, sed ab adita hæreditate, quia adita hæreditate statim servus legatario acquiritur, eundemque legatarium mox sequitur legatum relictum servo legato, *d. l. 13. hoc tit.* et *d. l. 17. quando dies legat. ced. l. hæredis, §. ult. eod. tit.* si modo in eo §. *ult.* uti oportet, emendate legatur hoc modo, *vel si cui servus legatus est, et eidem servo aliquid.* Et hoc quidem, quod diximus, servo legato recte legari, et diem legato utiliter cedere ab adita hæreditate, a quo tempore etiam legatarius servi dominium acquisisse intelligitur; hoc ita procedit, si legatarius agnoverit legatum: agnitio legati retrotrahitur ad tempus aditionis, non ad tempus testatoris, nam si a se repudiaverit, legatum servo legato et repudiato relictum inutile est, quasi relictum servo proprio sine libertate, quia quod repudiatur, nec legatum videtur. Rursus idem illud ita procedit, si legatum servi præcedat legatum; quod eidem servo datum est: namque ita contemplatione ejus, qui prius legatus est, servo legari videtur, ut ei acquirat. Et sic species proposita legitur, ubicunque hac de re tractatur, prius fuisse legatum servum, deinde eidem servo aliquid. Quod si contraria ratione prius servo legatum detur sine libertate, deinde idem servus alii legetur, facile adducor ut credam, non valere legatum servo relictum, quod nec contemplatione ejus, cui postea servus legatus est, relictum videtur: nam si favore libertatis, nihil refert servo legato data libertas, præcedat an sequatur legatum, *l. 10. de manumiss. testam.* Detracto igitur isto favore, ut in hac specie, de qua agitur, ordo scripturæ servandus est. Est et tertius modus, quem addi velim superiori propositioni, nempe, si servus legatus, cui et postea

aliquid legatum est, interim non manumittatur a testatore inter vivos, dies legati ei relicti cedit mortis tempore, non exspectata aditione hæreditatis, *d. l. cum legato* 17. *l. quæsitum*, §. *duob. et* §. *si quis Stichum, de legat.* 1. et manumissione exstinguitur legatum servi, *l. Titio*, *l.* 27. §. *ult. de adimend. legat.* Eodemque modo, si a testatore alienetur post testamentum factum citra necessitatem dies legati cedit a morte testatoris, nec exspectatur aditio hæreditatis, et pertinet ad emptorem, et legatum servi evanescit, *d. l. quæsitum*, §. *servus, et* §. *si quis Stichum.* His cognitis, quæ sunt certissima principia juris, ex quib. pendet species hujus *l.* 11. Finge: Stichus Sejo legatus et Sticho fundus, deinde optio servi Mævio data est, post aditam hæreditem (ut oportet) Mævius optavit legatum fundi a Sticho relictum, utrum sequatur Mævium an Sejum? vel, an communicetur inter Sejum, qui Stichi dominium acquisivit adita hæreditate, et Mævium, qui ejusdem Stichi dominium optione acquisivit? ut in *l.* 20. *in fin. hoc tit.* Et Julianus ait hoc loco, inspiciendum esse aditæ hæreditatis tempus, quia eo tempore cedit dies legati Sticho relicti, et eodem tempore solus Sejus Stichi dominus fuit, quia eo tempore solus est, ad quem Sticho relictum legatum pervenire possit, nondum a Mævio facta optione servi, quam nec facere potuit, nisi post aditam hæreditatem, *l.* 16. *hoc tit.* At postea Mævio concurrente, et optante Stichum eundem, Stichus fit communis Mævii et Seii, ut in specie *l. si domino* 99. *de leg.* 1. Cum domino Stichus legatus est, et Pamphilo servo ejus optio servi. Pamphilo postea manumisso, et optante eundem Stichum, Stichus fit communis inter eum et manumissorem. Denique legato optionis continetur etiam servus alii legatus, quod notandum, ita ut possit eligi. Imo et statuliber continetur, sed non etiam liber, cui præsens libertas data est, *l.* 9. *sup.* quia prævalet libertas, *l. ult.* §. *pen. de vulg. substit.* Fit igitur, ut dixi, in specie proposita Stichus communis Mævii et Seii pro indiviso, quasi inter re conjunctos: nec enim conjunctionem, quæ re per se contigit, quippiam impedit quod eadem res uni sit legata pure, nempe Sejo, alteri sub conditione, nempe Mævio: quia legatum optionis est conditionale. Denique re conjuncti sunt duo legatarii, etiamsi uni pure, alteri sub conditione eadem res legata sit. Idque est proditum aperte in *l. idem*, §. *ult. de usufr. accresc.* Denique Stichus erit communis Seii et Mævii. Ceterum fundus Sticho legatus non erit communis, sed servi proprius manebit in solidum, quia die legati cedente, solus fuit Sejus, cui legatum acquiri posset, ut hoc Julianus in hac l. comprobat, a simili, non a minori, ut Glossa, quam et ob id reprehendit Albericus: si servo communi duorum, unus ex dominis legaverit aliquid sine libertate, legatum valet, quasi alieno servo relictum, propter partem socii, ejusque legati dies cedit ex mortis testatoris tempore. Et erit quidem is servus communis inter hæredem qui hæreditatem adierit, et socium testatoris, sed legatum ei servo relictum soli socio testatoris acquiritur, quia die legati cedente, id est, mortis tempore, is solus fuit, qui per eum servum legatum acquirere posset, nondum adita hæreditate, quæ ostenduntur etiam in *l. Plautius*, *ad leg. Falcid. et l. verum*, §. *si servo*, *pro soc.* Paulus 3. *Sent. tit. de leg. Communi*, inquit, *servo*, *cum libertate*, *et sine libertate legari potest*, *totumque legatum socio testatoris acquiritur.* Ceterum servus totus socio testatoris minime acquiritur: sed fit communis inter hæredem, et socium testatoris. Similitudo est optima, neque vero huic exemplo simili quicquam obstant leges quas adducit Accurs. *l. per servum*, §. 1. *de acquir. rer. dom. et l. proinde*, §. 1. *de stipul. servor.* Nec tamen explicat bene: explicabo paucis. Species est: Si unus ex sociis servo communi fundum vel pecuniam donaverit inter vivos, fundus vel pecunia erit communis inter donatorem et socium, *d. l. per servum.* Cur? Quia et ad donatorem pertinere potest, pro parte dominii, quasi donatio consistat tantum pro parte socii. Eademque ratione in *l. proinde*, si servus communis ab uno ex dominis simpliciter stipulatus sit fundum dari, fundus fiet communis inter promissorem, fundus pertinet, fundive dominium promissor retinet pro parte dominii. Et stipulatio valet tantum pro parte alterius socii, quæ ita sunt in donatione et stipulatione, de quibus sunt illæ ll. Longe secus est in legato, quo de agimus: nam si unus ex sociis, servo communi fundum legarit, die legati cedente, id est, mortis testatoris tempore, fundus pro parte dominii ad hæredem pertinere non potest, quia nondum adiit hæreditatem. Ergo acquiritur in solidum alteri socio necessario, si legatum vires acciperet, si legati dies cederet ex præsenti tempore, ut donatio et stipulatio, *l. usufr. de stipul. serv.* ut actus quilibet viventium solet statim ex præsenti tempore vires accipere, etiamsi sit conditionalis, *d. l. usufr.* Ita, inquam, si legatum vires acciperet ex præsenti tempore, quod ex dominis communi servo legaverit, res legata servo communi, esset communis inter testatorem, et alterum socium, et consequenter inter testatoris hæredem, et alterum socium. Sed quia legatum non statim vires accipit, sed ex tempore mortis testatoris demum: ideo totum acquiritur socio, cui et soli eo tempore acquiri potest, non etiam hæredi, qui nondum adiit.

Ad L. XII.

Servo generaliter legato, verius est, omnes hæredes, si eis electio data est, eundem dare debere, si non consentiant hæredes, ex testamento eos teneri.

Sententia l. 12. hæc est: homine generaliter legato, si testator electionem hæredib. dederit, non legatario, hæredes in unum, quem legatario dent, consentire debere, aut si dissentiant, eos ex testamento legatario teneri, ut scilicet unum eundemque hominem eligant, et dent, non unus partem unius, alter partem alterius, quæ actio ex testamento, incerti est actio, quia incertum hominem petit: nam et qui generaliter legatus est, incertus est, *l. cum incertus, de leg.* 1. *l. hæred.* §. *si incerto, famil. ercisc.* Et quidem judice imminente, ut ait *l. hujusmodi, in fin. de leg.* 1. adjecto scilicet actioni ex testamento, hæredes compelluntur in unum hominem consentire, unumque præstare, ne alioqui eludatur voluntas testatoris, et legatario pereat legatum, quod nec omnino positum est, ponive potuit in voluntatem hæredum, *l. senatus*, §. *legatum, de leg.* 1. et compelluntur statim. Nec enim est verum quod Baldus scribit, hæredes in annum differre electionem posse, et si intra annum non elegerint, tum electionem transferri ad legatarium. Quod male ducit ex *l. ult.* §. *sed et si quis, C. commun. de leg.* quia ea lex, quæ est Constit. Justiniani, non loquitur de hæredibus, vel hærede, cui electio permissa est, qua de agimus, sed loquitur de extraneo, ut puta, si Cajo legaverit servum, quem extraneus, puta L. Titius elegerit. Alia autem est conditio hæredis, longe alia extranei: nam hæres ex testamento in hoc obligatus est, ut hominem eligat, et electum legatario præstet. Ac proinde die legati cedente, statim ad eligendum compelli potest. Extraneus vero ad id non est obligatus, nec invitus eligere cogitur, sed neque etiam ultra annum, ut ibi constituit Justinianus, cunctari, et electionem protendere potest: sed si intra annum non elegerit, tunc electio legatario datur illa Constitutione Justiniani, sub hoc modo, ut tamen non eligat optimum: qui tamen optimum eligeret, si a testatore nominatim ei electio data esset, ut docui in l. 2. et ita explicandus est ille §. *sed. et si quis.* Verum tamen est, quod hic notavit Accursius, etiam hæredes, quibus electio permissa est, si inter se dissentiant in eligendo servo, sorte rem posse dirimere, ut propalam edicit *d. l. ult.* §. 1. *commun. de leg.* Nam et in aliis plerisque causis jure civili sortes sunt receptæ, *l.* 1. *de jud. l.* 5. *famil. ercisc. l.* 2. *C. quando et quibus quar. pars det. lib.* 10. *et Nov.* 162. Nemo etiam est, qui nesciat, proconsulibus et prætoribus provincias olim sortito fuisse permissas. Judices quoque sortito datos in singulos annos, vel quæstionibus, apparet ex SC. quod proponitur in *l.* 2. *Cod. de bonis eor. ante qui sent. Cum,* inquit *damnas nemo videri possit in hunc annum, antequam de eo forte* (vel *sorte*, quod idem est) *Romæ judicium redditum esset,* etc. Item in l. Cornel. de sicar. apud. Ulpianum *lib.* 7. *de offic. procons. Prætor. judexve quæstionis, cui sorte obvenerit quæstio de sicariis, ut quærat cum judicibus, qui ei ex lege sorte obvenerunt:* hæc sunt verba l. Corneliæ. Quint. *lib.* 4. *c.* 7. *Scio,* inquit, *esse quæsitum, utra pars deberet prior dicere, quod in foro, vel atrocitate formularum, vel modo petitionum, vel novissime sorte dijudicatur.* Et Salomon in Proverb. *cap.* 18. in hanc sententiam: *Lites sedat sors, et rem, quæ inter potentes vertitur, dirimit.* Et in specie *h. l.* 12. non erit absurdum, si hæredes, quib. electio permissa est, non consentiant, ut invicem rem dirimant sorte, et eum hominem præstent legatario, quem sors duxerit.

Ad L. XIII.

Si optio servi mihi data fuerit, et Sticho aliquid testator sine libertate legasset: tunc sequens legatum consistit, cum tota familia ad unum, id est, Stichum, reciderit, ut quasi pure legato, utiliter sit legatum. Nec adversatur Catoniana si voluntarius hæres institutus sit: quia potest ante aditam hæreditatem, etiamsi statim decesserit, familia minui. Quod si necessarius hæres institutus sit, sequens legatum propter Catonianam, inutile est.

Hujus l. quæstio est longe difficilior, et cohæret quodammodo cum quæstione l. 11. Verum repetenda paucis hic principia duo juris, quæ satis luculenter exposita sunt in l. 11. servo proprio inutiliter legari sine libertate, *d. l.* 11. *l. servo, de leg.* 1. Unus tamen casus in *hac l.* proponitur, quo videtur servo proprio nulli legato sine libertate relictum valere. Sensus hic est: Testator extraneo hærede scripto, optionem servi dedit: Sticho autem servo proprio aliquid legavit sine libertate, quem alii non legaverat nominatim, et vivo adhuc testatore mortalitate intercidentibus servis universa familia testatoris ad unum illum Stichum recidit, nec jam optioni, quæ mihi legata est, locus est, cum unus tantum servus supersit in familia, an is mihi debetur? Stichus mihi debetur, perinde, ac si mihi pure legatus esset: quia etsi optionis legatum fuerit conditionale, tamen hoc casu, quasi vere mihi legatus Stichus videtur, ut in specie *l.* 8. §. 1. *sup.* Si testator ex quatuor viriolis,

duas, quas elegissem mihi legaverit, et duas tantum reliquerit mortis tempore, vel duæ tantum viriol e ab initio fuerint, mihi duæ illæ debentur quasi pure legatæ. Nec novum hoc est, ut sub conditione datum legatum, purum intelligatur, *l. aliquando*, *de cond. et demonst.* et contra. Id vero necesse est ita constitui in proposito casu, quia redacta familia ad unum, non est alius in hæreditate, qui possit optari, sed vel nullum, vel unum hunc, qui superest, accipere cogor: Nec enim ex alienis servis quenquam optare possum, *l.* 2. §. 1. *h. t.* quia optio datur per vindicationem his verbis, *optato*, *eligito*: quod idem est, ac si tu diceres vindicato. Et quod notandum, jure isto in legatum per vindicationem res alienæ non cadunt, *l. Stichus*, *de man. test. l.* 88. *de verb. sign. Per vindicationem,* inquit Ulpian. *lib. reg. legari tantum possunt ea, quæ utroque tempore in bonis testatoris sunt*, id est, testamenti et mortis tempore. Quod si Stichus, ut dixi, in casu proposito mihi debetur quasi pure legatus consequens est, et acquisito mihi Sticho ex legati causa, quod fit adita hæreditate, non ante, legatum Sticho relictum etiam mihi acquiri, ut jam non videatur testator servo proprio legasse sine libertate, qui in hæreditate esset remansurus, sed servo mihi legato cujus dominium adita hæreditate statim acquiro recta via, non per factum hæredis, *l.* 8. *de leg.* 1. Et hæc est sententia *h. l.* Verum eadem lex respondet regulæ Catonianæ, quæ huic sententia obstare videtur. Regula Catoniana dictat legatum, quod, si statim post factum testamentum decessisset testator, inutile foret, non ideo utile fieri, quod diutius testator vixerit, *l.* 1. *inf. de regul. Caton.* At si statim post factum testamentum vita decessit testator, integra adhuc et incolumi familia servorum, nec ad unum Stichum redacta, Sticho relictum legatum non valeret, quasi servo proprio relictum sine libertate. Ergo non debet ideo valere, quia diutius vivente testator interim familia ad unum Stichum reciderit, mortuis ceteris servis: hoc argumento videtur labefactari posse superior sententia. Verum neganda est assumptio, quia etsi statim decessisset testator, non tamen omnino inutile esset legatum Sticho relictum: quia fieri potest ut ante hæreditatem familia testatoris minuatur, et ad Stichum recidat, et in Sticho solo consistat: quo casu postea adita hæreditate dies legati Sticho relicto cedit utiliter, et mihi acquiritur, quia mihi, cui data erat electio, sive optio, is Stichus pure videtur legatus esse, ut servo legatur utiliter. Nec regula Catoniana ad id genus legati pertinet, quia dies ejus non cedit a morte testatoris, sed ab adita hæreditate, et regula Catoniana ad ea tantum legata pertinet, quorum dies cedit statim a morte testatoris, ut vel conceptio regulæ demonstrat satis. Quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret legatum, id legatum, quandoquunque decessisset, non valere, *l.* 1. *de reg. Cat.* Respicit regula ad ea legata tantum, quæ cedunt ab eo die, quo decessit testator, non pertinet autem ad ea, quorum dies cedit ab adita hæreditate, ut proditum in *l.* 3. *de reg. Caton l. cum legato, quando dies leg. ced.* Et hæc ita se habent prorsus et absque controversia, extraneo hærede instituto, quod etiam posui initio, cum voluntarius hæres est, non necessarius: nam necessario hærede instituto, veluti servo aut filiofamil. testatoris, longe aliter res se habet: nam locus est regulæ Catonianæ, ut mox explicabo. Rursus dico, necessario hærede instituto, et Sticho relicto legato sine libertate, si statim testamenti facti tempore vita testator decessisset, incolumi adhuc et salva familia sua omni, dies legati Sticho relicti cessisset statim, ergo inutiliter: quia cessisset apud hæredem necessarium, quasi dominum Stichi statim factum a morte testatoris: quandoquidem hæres necessarius ipso jure statim hæres extitisset, etiam ignorans sine aditione, *l. ex parte, de acquir. hær. l. in suis, de suis et legit. hæred.* Inutiliter, inquam, cessisset apud hæredem, quia hæredi, vel ab ipso hærede deberi vel acquiri legatum non potest: distinctas oportet esse personas dantis et accipientis: idem homo dare legatum et accipere non potest: idem debere, et eidem deberi non potest. Denique legatum Sticho relictum, si statim decessisset testator, inutile foret, quia cessisset inutiliter. Et ideo propter reg. Catonianam nec potest utile fieri legatum Sticho relictum post testamentum factum vivo adhuc testatore, ceteris servis a medio sublatis, familia testatoris ad unum Stichum redacta. Proinde is quidem Stichus mihi acquiritur, mortuo testatore, quasi pure legatus: legatum autem ei relictum mihi non acquiritur, quia inutile est: quod ab initio inutile fuit legatum, aut fuisset ab initio, si obiisset statim testator, ex post facto non convalescit. Hæc est reg. Catoniana. Et observa differentiam hæredum in h. l. alios esse voluntarios, et alios necessarios. Et rursus intellige, necessarios vel esse suos, ut puta liberos, qui sunt in potestate testatoris, vel esse necessarios, ut servos testatoris. Denique necessarios subdivide in necessarios et suos. Observa item præter illam divisionem hæredum, differentiam, quæ est inter eos qui necessari et voluntarii dicuntur. Necessarii statim a morte testatoris ipso jure hæredes existunt, etiam inviti et ignorantes. Voluntarii non statim hæredes existunt a morte testatoris, sed ultro adita hæreditate. Denique hæredes sunt illi, existunt, et statim apparent, ut Theoph. loquitur, ἀναφαίνονται, hi fiunt. Et

inde necessario hærede instituto, legatum servo proprio relictum sine libertate, inutile est quamvis postea is servus, redacta ad unum familia defuncti, jure legati ad eum pertinere cœperit, cui optio servi data erat. Cur vero inutile est, quamvis id acciderit? Quia et inutile foret ab initio si statim tempore facti testamenti testator decessisset, propter reg. Catonianam. Voluntario autem hærede instituto, legatum servo proprio relictum sine libertate, et optione servi alii legata, etiamsi statim vita decessisset testator, non omnino inutile foret, cum possit ante aditam hæreditatem ad unum illum servum Stichum redigi familia defuncti: quo casu quasi pure legatus ad eum, post aditam hæreditatem, pertinet, cui optio servi data est. Denique dies legati servo proprio alii non legato relicti sine libertate, necessario hærede instituto, cedit a morte testatoris, et prorsus inutiliter: voluntario autem hærede instituto, in proposito casu cedit ab adita hæreditate, quasi relicto servo pure legato, et cedit utiliter. Eandemque hæredum distinctionem servari dicimus servo proprio data libertate sub condictione, eidemque legato relicto pure: nam si talis sit conditio libertatis, quæ impleri possit ante aditam hæreditatem mortuo testatore, veluti, *si Titio decem dederit*, voluntario hærede scripto utile legatum est, etiamsi statim decesserit testator, atque adeo hoc casu locus non est regulæ Catonianæ, quia conditio libertatis ante aditam hæreditatem impleri potest, et legatum manumisso deberi post aditam hæreditatem. Sed si talis sit conditio libertatis, quæ non possit impleri nisi post aditam hæreditatem, veluti, *si decem hæredi dederit*, hoc est, ei qui adierit, et ut dixi, si sit voluntarius hæres scriptus, inutile est legatum pure relictum servo, cui data est libertas sub illa conditione: quia statim mortuo testatore inutile foret legatum, nondum adita hæreditate, atque adeo nondum competente libertate, quæ ex die aditæ hæreditatis tantum vires accipit, impleta conditione. Ac plane hoc casu locus esset regulæ Catonianæ. Et hoc scripto hærede voluntario: scripto autem hærede suo vel necessario, qualis qualis fuerit adscripta conditio libertati, omnimodo inutile est legatum, quia dies ejus cedit inutiliter tempore mortis, nimirum ante impletam conditionem libertatis, quæ nec in illo articulo mortis potuit impleri, ut hæc omnia ostenduntur in *l. Julianus*, *de cond. et dem. l. quæsitum*, §. 1. *de leg.* 1. quæ valde confirmant differentiam inter voluntarium et necessarium hæredem.

Ad §. 1. *Pomponius.*

§. 1. *Pomponius scribit: emptore hæreditatis postulante, ut is cui servi optio legata sit, optet, videndum esse, an prætor, ut id faciat cogere debeat legatarium, quemadmodum si hæres institutus id postularet: quia potest per hæredem id emptor consequi. Et quare non possit, non video.*

Optione servi data, ne diutius a legatario optio servi protrahatur, et ob eam rem impediatur omnium servorum, quos testator reliquit, venditio, pignoratio, vel manumissio, et ordinatio familiæ, a prætore certum tempus decernitur, intra quod optet legatarius, non tantum hærede id postulante extra ordinem, ut in *l.* 6. *sup.* sed etiam quovis alio, cujus intersit modo, velut emptore hæreditatis, cui hæres scilicet vendidit hæreditatem, qui quidem emptor etiam hæredis vicem obtinet, *l.* 2. §. *pen. de hæred. vend. l.* 9. *com. præd. l.* 54. *de pet. hæred.* Postulante itaque emptore hæreditatis, decretum illud prætor interponit, ut legatarius optet intra diem, post diem ne possit optare: nisi scilicet malit emptor (nam et hoc potest) cum hærede eodemque venditore agere, ut id ipse hæres a Prætore postulet. Bivium patet emptori ad ordinandam familiam hæreditariam: postulatio adito Prætore si velit, et actio ex empto cum hærede, ut id postulet hæres atque perficiat, nec alia intercludit aliam, ut et similiter bivium aperitur in specie *l.* 8. §. *ult. h. t.* Idem vero decretum a Prætore postulare potest, non hæres tantum, vel emptor hæreditatis, sed et legatarius, cui ceteri servi legati sunt, ut si testator dixerit: *Sejo optato servum, ceteros autem servos lego Cajo.* Cajus potest a Prætore postulare, ut mature decernat optionem fieri a priore legatario, quia ejus interest expediri quamprimum optionem, *d. l.* 8. *in princ.*

Ad L. XIV,

Si, cum optio servi ex universa familia legata esset, hæres aliquem, priusquam optaretur, manumisit: ad libertatem eum interim non perducit: servum tamen, quem ita manumiserit, amittit: quia is electus legato cedit: aut relictus, tunc liber ostenditur.

In l. 14. notandum est, optione servi legata, hæredem neminem ex servis testatoris defuncti interim manumittere posse, ita ut ad libertatem statim perveniat, ne minuat legatario jus, quod habet, jus electionis, quam nondum fecit, *l.* 3. *qui et a quib. manu. lib.* aut, si quem ante optionem legatarii manumiserit, hunc ipsum legatarius poterit optare. Verum si hunc ipsum non optaverit, sed alium, retro libertas manumisso competiisse intelligitur; neque enim ab initio prorsus inutilis manumissio est. Et d. l. 3. non dicit, eam prorsus esse inutilem, sed per eam tantum jus electionis non everti, aut minui. Atque ita evenit sæpe, ut

quæ dubia erant ab initio, ex post facto retroducantur, et certa ac manifesta fiant, *l. quædam, de reb. dub.* Et secundum hæc, ut in h. l. ostenditur, sive ille servus, quem hæres manumisit, antequam legatarius optasset, postea optetur, sive non optetur, eum hæres omnino amittit, quia electus cedit legatario, non electus liber erit.

Ad L. XV.

Servo sine libertate legavi, deinde optionem servorum Mævio dedi, is eundem servum optavit: quæro, an id quoque, quod legatam est, ei deberetur. Respondit: non puto legatum hujus servi nomine ad dominum pertinere.

Sticho servo proprio alii non legato quidam legavit aliquid sine libertate, et mihi optionem servi dedit. Ego Stichum optavi, et optione statim factus sum dominus Stichi, *l. 20. inf.* Quæritur, an legatum Sticho relictum mihi debeatur? Et satis est evidens, non deberi: quia ejus legati dies cessit apud hæredem, priusquam servum illum optaret: quia non possum optare, nisi post aditam hæreditatem, hærede præsente et exhibente universam familiam, *l. seq. et l. 9. §. ult. sup. l. 10. de leg. 1.* Præcedit semper aditio hæreditatis optionem legatarii. Si igitur apud hæredem legati Sticho relicti dies cessit, priusquam illum optaret, inutiliter cessit, quia hæredi a seipso legatum deberi vel acquiri non potest. Itaque Stichum quidem acquiro mihi, si opto: legatum autem ei relictum non acquiro, quia inutile est, nisi universa familia mortuo testatore in unum Stichum reciderit, quia tunc Stichus mihi pure legatus, et Sticho mihi pure legato legatum debetur. Valet igitur legatum Sticho relictum, quia utiliter cedit ab adita hæreditate, apud me scilicet non apud hæredem.

De lege 16. dixi, quod satis est, sæpius.

Ad L. XVII.

Cum optio duorum servorum Titio data sit, reliqui Mævio legati sint: cessante primo in electione, reliquorum appellatione omnes ad Mævium pertinent.

Si optio servi vel servorum aliquot mihi legata sit, reliqui servi tibi, me non optante, intra diem forte mihi præfinitum a Prætore, te postulante, ut in *l. 8. in princ. sup.* omnes servi tibi debentur, omnis familia tibi debetur. Reliquorum enim appellatione etiam omnes continentur, *l. 95. et l. 160. de verb. sign. l. 78. §. ult.* conjuncta *l. 80. de hæred. instit.* Si Titium hæredem feci ex parte, cujus capax foret, et Cajum ex reliqua parte, et Titius nullius partis sit capax, Cajus ex asse hæres erit: reliquæ partis appellatione integrum continetur. Et sic in *l. Julia, de residuis, residuorum* appellatione etiam omnis pecunia continetur. Si quis pecuniam publicam tractavit, nil reliquatus sit, sed totam pecuniam publicam depeculatus sit, tenetur l. Julia de residuis, quia residuorum appellatione omnis pecunia continetur, *l. 4. §. leg, ad l. Jul. pecul.*

Ad L. XVIII.

Homine legato, Neratius ait, nihil agi repudiato Pamphilo. Itaque eum ipsum eligi posse.

Homine mihi legato generaliter per vindicationem, si Pamphilum repudiaro, lex ait, me nihil agere. Recte, quia non Pamphilus mihi legatus est, sed incertus homo, *l. cum incertus, de leg. 1.* Inutiliter repudio, quod mihi delatum aut legatum non est, et Pamphilus mihi non defertur, antequam eum non optarim. Itaque integrum mihi est, eum ipsum Pamphilum optare, quia eum repudiando nihil egi, aut si quid egi, pro non acto est, atque ita fit, ut quemadmodum, quod si velim, habere non possim, id quoque repudiare non possim, *l. 117. de reg. Jur.* Ita hoc casu singulari, ut et, quod si velim habere possem, optando nimirum, repudiare non possum. At rursus, si Pamphilum post repudiationem illam inutilem elegero, atque ita Pamphili dominium mihi acquisivero, etiam postea eum repudiare non possim: delata repudiantur, non acquisita, *l. 1. §. decretalis, de success. edic. l. Titia 1. §. Lucia, de leg. 2.* Et frustra huic l. opponitur *l. si unus, §. sed si generaliter, de pact.* quia non de repudiatione loquitur, sed de pacto. Inter quæ duo, quantum sit intervallum, animos adhibete, docebo. Non repudiamus, nisi quæ nobis delata sunt, *dicto §. decretalis.* Paciscimur etiam de nondum delatis, veluti de fideicommisso conditionali, *l. pactum, de pact. l. 1. C. eod.* et legatum conditionale, vel in diem incertum ante conditionem, vel diem repudiare non possumus utiliter, nihil agimus repudiando, *l. 45. §. 1. de leg. 1.* Pacisci tamen de eo non petendo ante diem et conditionem possumus utiliter, *l. et hæredi, §. pen. de pact.* Et sic etiam homine generaliter legato, frustra Pamphilum repudiamus, recte tamen paciscimur de Pamphilo non petendo: et Stichum forte petentibus nobis, obstat exceptio pacti. Et adde, quod Accursius attigit, aliqua ex parte pactum perfici duorum pluriumve consensu: repudiationem unius voluntate, hanc non obligare nos alteri: pactum obligare nos alteri jure naturali, et etiam jure prætorio, quatenus ex eo prætoriæ exceptiones dantur. Ad hæc maxime observandum est, hanc

l. loqui de homine generaliter legato, non de optione legata. Quare ? quia plusquam certo constabat, eum, qui optio servi data sit, Pamphilum repudiare non posse. Cum nec ipsum legatum optionis repudiari possit, quia conditionale est, et repudiatio, quæ fit ante conditionem (quamvis conditio sit in arbitrium legatarii collata, id est, quamvis sit potestativa, ut conditio optionis) non valet. Denique repudiatio non valet, quæ fit, antequam conditio extiterit, qualis qualis fuerit conditio vel casualis, vel potestativa, *d. l.* 45 §. 1. *et l.* 13. §. 1. *de acquir. hæredit.* quia intempestiva repudiatio est. Non valet repudiatio, quæ non fit tempore congruo. Impletur autem conditio optionis optando, et ubi semel optaverit, continuo acquirit, etiam nulla ejus, quod optaverit, repudiatio est, quia quod acquisitum est, repudiari non potest, sera est repudiatio, atque adeo etiam intempestiva *d.* §. *decretalis.* Sive sera sive prematura sit repudiatio, non valet. Legatum autem hominis generaliter relictum repudiari potest statim atque delatum est, quia purum est legatum, ut docui in *l.* 10. *sup.* sed non potest etiam repudiari unus ex servis hæreditariis, puta Pamphilus. Hoc igitur interest inter legatum optionis et legatum hominis, quod neque ipsum legatum optionis, neque unus ex servis defuncti repudiari possit: legatum hominis repudiari potest, non etiam unus ex hominibus.

Ad L. XIX.

Illud aut illud utrum elegerit legatarius. *Nullo a legatario evicto, decedente eo post diem legati cedentem, ad hæredem transmitti placuit.*

Jure ipso legatum optionis non transmittitur ad hæredem legatarii, si legatarius decesserit post diem legati cedentem, nulla re electa, quia conditionale est, nempe si elegerit, §. *optionis, Institut. de legat.* Conditionalia, si moriamur pendentem conditione, non transmittimus ad hæredem. At legatum hominis transmittitur ad hæredem, quia purum est, quod memini me jam sæpius dicere. Itaque hoc genus legati, de quo agitur in hac *l.* 19. *Stichum aut Pamphilum tibi do, lego, utrum elegeris*: etiamsi tu nemine electo decesseris, electionem transmittis ad hæredem tuum, quia scilicet, non est legatum optionis: nam ut ante aditam hæreditatem eligere potest illum aut illum: optione data, non posses optare ante aditam hæreditatem, *l.* 16. *hoc tit.* Electio quæ ita datur, *illum aut illum utrum elegeris*, non est actus legitimus, qui hærede præsente peragi debeat. Peragi potest hærede absente. Optio actus est legitimus, qui non potest peragi, nisi vocato et præsente hærede. Denique purum est hoc legatum: *illum aut illum utrum elegeris.* Optionis vero conditionale. Interpretandæ autem sunt omnes leges hujus tit. secundum jus, quod semper obtinuit ante Novellam Justiniani, quæ legatum optionis purum fecit, aut purum censeri voluit, quantum ad transmissionem. Ait lex: *decedente legatario, etc.* Post mortem testatoris jure antiquo, quo utimur, et jure novo post apertas tabulas, nempe ex l. Julia et Papia. Auctor h. l. est Paulus 3. *Sent.* Sic habet inscriptio *l. Et idem Paulus* 3. *Sent. Per vindicationem*, inquit, *legatum, etiamsi legatarius non constituerit ad se pertinere, atque ita post apertas tabulas ante aditam hæreditatem decesserit, ad hæredem suum transmittit.* Cur autem desiderat, ut nemine electo decesserit ante diem legati cedentem ? nempe, quia si decesserit ante diem legati cedentem, legatum est in causa caduci jure isto, nec transmittitur ad hæredes.

Ad L. XX.

Apud Aufidium lib. 1. *rescriptum est, cum ita legatum*: vestimenta, quæ volet, triclinaria sumito, sibique habeto: *Si is dixisset, quæ vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset: mutare voluntatem eam non posse, ut alia sumeret, quia omne jus legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit. Quoniam res continuo ejus fit, simul ac si dixerit eam sumere.*

Ex hac l. intelligitur, optione legata legatarium semel dumtaxat optare posse, ut *l.* 5. *de. leg.* 1. quod satis exposui l. 2. Hæc autem l. exemplo utitur hujusmodi: testator ita legavit: *Ille vestimenta, quæ volet triclinaria sumito, sibique habeto.* Legatum est optionis datæ per vindicationem. Et vestimenta triclinaria sunt, quæ cœnatoria dicuntur in *l. inter vestim. de aur. et arg. leg.* Petronius in Satyrico: *Cœnatoria*, inquit, *repetimus, et in cellam proximam duci sumus in qua tres lecti strati erant.* Capitolinus in Maximino; *quum ad cœnam ab Alexandro rogatus esset, quod ei deesset vestis cœnatoria, ipsius Alexandri accepit.* Cyprianus in dispositione cœnæ: *Dabo singulis*, inquit, *vestes cœnatorias.* Dio vocat in Adriano στολὰς δειπνητίδας. Ad rem. Si cui legata sunt vestimenta triclinaria vel cœnatoria, quæ vellet; si semel dixerit quæ vellet, deinde antequam ea sumeret, alia se velle dixerit, non est audiendus, mutare voluntatem non potest, ut alia vestimenta sumat, videlicet, si optio facta sit legitime, ut dixi in l. 2. de exceptis casibus supra notatis in *l.* 8. *sup.* Ratio autem est, quæ hic proponitur, quia omne jus legati prima testatione, qua se illa sumere dixisset, consumpsit, nec jam ulla vestimenta esse in

hæreditate intelliguntur, quæ optari possint, *l.* 10. *sup.* quinimo res statim ejus fit, atque dixit, se eam sumere, nec mutata voluntate desinit ejus esse, dominium non amittitur nuda voluntate, nullo facto interveniente, *l. si quis vi*, §. 1. *de acquir. poss. l. jus agnationis, de pact.* non acquiritur etiam dominium nuda voluntate: ut si dixerit se velle illa vestimenta, sed sumptione demum aut vindicatione secuta. Notandum autem quod ait, *prima testatione*, quia optio, cum sit actus solemnis et legitimus, testatione fieri debet, ut mancipatio, ut adoptio, ut cretio, vel aditio: qui enim sunt actus solemnes, et legitimi, non recte fiunt, nisi rogatis adhibitisque testibus.

Ad L. XXI.

Filium et uxorem hæredes scripsit: filiam exhæredavit, et ei legatum dedit, cum in familia nuberet, 100. *et cum in familia nupserit his verbis* insuper arbitratu Semproniæ matris ejus, mancipia 10. quæ confestim post aditam hæreditatem meam a Sempronia uxore mea eligi volo. Quæ mancipia cum in familiam nupserit, dari volo. Et si antequam nupserit, aliquod ex mancipiis decesserit: tunc in locum ejus arbitratu Semproniæ matris ejus, dari volo, dum ad eam plenus numerus perveniat. Quod si Sempronia mater ejus non elegerit: tunc ipsa sibi quæ volet eligat. *Quæsitum est, cum mater elegerit, an ea, quæ ex his mancipiis ante nuptias adgnata sunt, ad puellam supra numerum 10. mancipiorum pertineant. Respondit cum mancipiorum legatum in tempus nuptiarum testator transtulit, id, quod medio tempore ancillæ enixæ sunt, ad filiam non pertinere. Idem quæsiit, ante nuptias, eorundem mancipiorum fructus et usus an ad Semproniam matrem pertineant. Respondit, nihil proponi cur ad matrem pro solido pertineant.*

In *hac l.* hæc species est: Filio et uxore heredibus institutis, filia exhæredata, filiæ legavit centum, et cum in familia nupserit, mancipia decem, quæ uxor eligeret, vel cessante uxore, ipsa filia. In Florentin. hæc verba sunt superflua, *cum in familia nuberet* rectius vulgo ita legitur, *legatum dedit centum, cum in familia nupserit, his verbis, etc.* Uxor, antequam in familia nuberet, elegit decem mancipia, nec præstitit tamen, elegit tantum, et ex eis (forte 10. ancillis) adgnata sunt alia mancipia ante nuptias puellæ. Quæritur an et hæc, quæ accesserunt mancipia pertineant ad filiam, quæ scilicet sunt supra numerum decem? Minime: nam et decem non debentur ante nuptias. Quæ igitur ancillæ interim enixæ sunt, quia tempus præstandorum decem dilatum est hæredum causa, ad hæredes pertinent, non ad puellam: sicut et fructus decem eorum mancipiorum, item ante nuptias pertinent ad heredem, non ad uxorem solam, ut in fine ait: *uxorem pro solido non habituram fructus*: fructus medio tempore percepti pertinebunt ad uxorem et filiam, non ad solam uxorem, quamvis ei electionem decem mancipiorum permiserit, et insuper ei junxerit, ut in locum demortuorum, alia substitueret. Separat recte partus a fructibus servorum. Nam partus non sunt in fructu, *l. in pecudum, de usur.* In fructu servorum sunt operæ, et eorum mercedes, *l.* 3. *de oper. servor.* et ait hoc loco, *supra numerum.* Contendunt Grammatici, an oporteat dicere, *supra numerum*, an *super?* Hoc loco ait *supra numerum*, ut et *l.* 1. *Cod. de collegiat. lib.* 11. et Cornel. Tacitus 14. *Annal. Tres qui supra numerum præturam petebant legioni præfecit.* Et Plinius ad Trajanum: *non evocavi milites quos habui supra numerum.* Et in antiquo nummo: *Nero Claudius Cæsar Drusus Germanicus Princeps Juventutis, Sacerdos cooptatus in omnia collegia supra numerum.* Alias dicitur super numerum, non minus recte, nam et inde supernumerarii dicuntur, *l.* 2. *C. de castrens. lib.* 12. et ab eodem Plinio *super numerum legitimum*, ad Trajanum in epistola *de adjectione.* Et Svetonius in Claudio: *Instituit imaginariæ militiæ genus, quod vocant super numerum.*

Ad L. XXII.

Maritus uxori suæ codicillis per fideicommissum dedit prædia, item lances, quas elegerit quatuor: quæsitum est, an ex his lancibus, quæ mortis tempore sint, eligere possit. Respondit, posse.

Ex *l. ult.* notandum, electionem dari per fideicommissum, ex iis rebus, quas testator reliquit mortis tempore, etiamsi eas non habuerit testamenti tempore. Per fideicommissum dedit prædia, et lances quatuor, quas elegerit. Poterit, inquit, eligere ex iis lancibus, quæ mortis tempore sunt, etiamsi non fuerint testamenti facti tempore. Et ideo recte ait, per fideicommissum; nam per vindicationem data optione, in eam tantum venit res, quæ utroque tempore testatoris fuerunt testamenti et mortis ex jure Quiritium, Ulpiano auctore in regulis. Atque ita non abs re ponit eas res datas per fideicommissum. Neque vero obstat huic *l. ult. in princ. de auro et arg. leg.* quæ est ex eodem lib. ubi testator per fideicommissum reliquit *argentum viatorium*, quo utebantur in itinere, his verbis: *Dari volo ei argentum meum viatorium.* Hæc verba, *dari volo*, sunt ver-

ba fideicommissi, et tamen debetur, ait, id tantum argentum, quod testator habuit testamenti facti tempore. Breviter hoc ideo est, quia dixit *meum*, quo verbo præsens tempus significatur, ut expresse in *l* 8. *eod*. Non obstat etiam *l. nomen*, §. 1. *de legat*. 3. Legavit filio nomina viginti, id est, obligationes viginti, cautiones viginti, quas elegerit. Quid fecit filius? Is cum ei pater permisisset omnium rerum suarum administrationem, cum filius procuraret omnia negotia patris, securo patre, ipse tanquam procurator patris plura alia nomina fecit ampliora, et luculentiora, hoc animo, ut ex eis eligeret viginti sibi legata, cum non explerent ejus animum, quæ fecerat pater, qui fecerat exiguarum summarum, ipse fecit amplarum: an poterit eligere ex eis quæ fecit? Minime: Quia ea in re fraudulenter versatus est. Poterit tantum eligere ex nominibus quæ testator ipse fecit, quæ testamenti tempore habuit, quoniam cetera ipse facit dolo malo, non potuit ipse sibi adjungere legatum. Quod confirmat *l. omnia*, §. *cum ita*, *de legat*. 2. *et l. cum de lanionis*, §. *Sabinus*. *de instr. et instrum. leg.*

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. VI. De Tritico, vino, vel oleo legato.

Ad L. I.

Vino legato, acetum quoque continetur, quod paterfam. vini numero habuit.

In *l*. 1. *hujus tit*. ostenditur, vino legato, vel omni scilicet, vel certo numero amphorarum aut cadorum, acetum quoque legato contineri, quod testator vini numero habuit: non ergo acetum. quod testator vini numero non habuit, ut *l*. 2. *in fin. sup. tit. prox.* qui finis omnino est conjungendus cum *h. l.* Idque vero ostenditur etiam in *l*. 9. *inf. h. t.* Legato vino igitur, continetur etiam in legato acetum, quod vini loco testator habuit. Sunt enim, qui in usu habeant acetum pro vino, idque dilutum aqua, quod *compostam*, et Græci ὀξύκρατον vocant, quod sumant ipsi vel præbeant servis aut famulis, nautis in navi, ut est in usu frequens, diciturque id aqua dilutum sitim sedare melius, quam vinum. Militibus quoque in expeditione, alternis vinum, alternis acetum datur, *l*. 1. *C. de erog. mil. lib.* 12. Adversari huic *l*. 1. videtur *l*. 3. *h. t.* quæ, si cui vinum legatum sit centum amphorarum, si nullum vinum reliquerit testator, ait hæredem vinum emere et præstare legatario debere, id est, merum, non acetum, quod vini numero fuerit. Verum ita distinguendum est: aut vinum reliquit testator, et acetum, quod vini loco habuit: et tunc vini amphoris centum legatis, legato etiam continetur acetum, quod vini numero habuit, *l*. 1. *et l*. 2. *sup. tit. prox.* Aut nullum testator vinum reliquit, aut acetum, quod vini numero habuerit, et tunc hæres debet emere vinum, et merum præstare legatario, nec liberatur præstando acetum, quod apud venditorem vini numero fuit: qui enim vinum, cum non haberet, legavit, de vino plane sensisse videtur, quod vinum esset proprie, non de alio liquore, quoque quis alius pro vino uteretur. Et ita recte sensit Accursius. Et interim observa, ea quæ pondere, numero, mensura constant, recte legari adscripta quantitate et modo certo, non aliter: etiamsi nihil eorum testator in bonis reliquit: quia ex venditione bonorum ceterorum, quæ reliquit testator, ea facile refici possunt et comparari, vel etiam de suo, ut se liberet hæres, ea præstare potest, id est, eundem modum vini, idem pondus vini vel argenti, eundem numerum nummorum, si certus numerus nummorum sit legatus, et hoc ostenditur in *l. si pecunia de leg.* 2. *l. hæredes*, §. *ult. famil. ercisc. l.* 88. *de verb. signific.* At non ita etiam corpora, sive species recte legantur, si nulla talia corpora reliquerit testator, ut si homo legatus sit generaliter, legatum non valet, si nullam familiam reliquerit testator, vel si domus legata sit, et nullam domum reliquerit, *l. si domus*, *de legat*. 1. qui derisorium id esse ait magis, quam utile legatum. Cur ita? Quia non apparet quod sit legatum. At legatis iis rebus, quæ pondere, numero, vel mensura constat, nunquam leguntur, nisi adscripto modo certo, aut inutiliter leguntur, non adscripta quantitate certa, numero, pondere, mensura. Et in legato est quantitas illa, ut legato certo pondere auri, in legato est pondus, non vasa aurea, quæ testator habet. Item legatis centum nummis quantitas debetur, non centum nummi, quos habuit testator, *l*. 19. *in princ. de aur. et arg. leg.* Legatis igitur his rebus, certa est quantitas quæ legatur, quam adjici oportet, ut sit utile legatum, videlicet, centum amphoras vini, centum aureos, auri pondo centum, alioquin inutile esset legatum, quantitate non adjecta. Sicut et ob eam rem, id est, ob omissam quantitatem, inutilis est stipulatio, *l. triticum*, *l. ita stipulatus*, *de verb. oblig.* Nec est hac in re ulla distantia inter legata et stipulationes. Unde et in *l. nummis*, *de leg.* 3. *nummis legatis*, id est, certo nummorum numero, alioqui inutile esset legatum. Unde et idem quod proponitur in *d. l. nummis*, tradit Ulpian. in *l*. 82. *si certus*, §. *ult. de leg.* 1. *Si certus*, inquit, *nummorum numerus legatus fuerit.* Sic igitur statuit:

inutile esse legatum harum rerum, quæ pondere; numero, mensura continentur, nisi adscribatur certa quantitas, addita scilicet hujusmodi exceptione: nisi testator hoc intellexerit et voluerit, ut legatario omne vinum præstaretur, quod sit in hæreditate, quod fuit in bonis vel omnis pecunia, omne aurum vel argentum infectum, quo etiam modo apparet, quod sit legatum: omne enim legatum est, quod sit in bonis ejus generis. At legatis ædibus, si nullas reliquerit, vel legata lance, si nullam lancem reliquerit, quid sit in legato non apparet, et ideo inutile est legatum. Idque verum est non tantum si generaliter corpus legaverit, sed et si specialiter veluti lancem illam cælatam opere Corinthio, vel cælatam illa fabrica, illo argento, ut *l. omnia*, §. *species*, *de leg.* 2.

Ad L. II.

Cum alii penum, alii vinum legatum esset: excepto vino, omne penum ad alium legatarium pertinebit.

Sciendum est in penu esse, quæ esui potuique sunt, hoc est certissimum. Ergo et vinum est in penu. Denique penu legato vinum contineri, *l.* 3. §. *poculenta*, *de pen. leg.* Sed ut proponitur initio hujus l. 2. si penum alii legaverit, alii vinum, tunc legato penu vinum non continetur: quia de penu exemit vinum, quia generi per speciem derogatur, *l.* 5. *de manumiss. testam. l. servus urbanus*, §. *ult. de leg.* 3. *l.* 1. *de auro et arg. leg.* quæ est conjungenda cum principio hujus l. 2. Nam, ut ibi idem auctor, Pompon. scilicet, scribit et ostendit, si alii sunt legata vestimenta, alii vestimenta muliebria, exceptis vestimentis muliebribus, omnia alia vestimenta ad legatarium pertinere. Item uni legatis servis urbanis, alii servo dispensatore, exemplo servo dispensatore, ceteros omnes servos priori legatario deberi, ex quibus omnibus apparet generi per speciem derogari. Unde ait in hac l. 2. excepto vino, omne penum ad eum pertinere, cui penum legatum est. Et dicit, *omne penum*, (quia hoc commovit Accursium) ut Comicus, *Ad te patris omne penum congere' am clanculum.* Vox est trium generum, ut specus. *Excepto*, inquit, *vino*, *omne penum ad eum pertinere*, cui penum legatum est. Unde obiter nota, eum qui legat penum, omne penum legare, indefinitam orationem accipi pro universali, ut *l.* 17. *de usufr. leg.* ubi id tractatur fusius. Addatur etiam *l.* 7. *inf. hoc tit.* quæ idem comprobat, indefinitam orationem accipi pro universali, l. 7. cujus species hæc est in priori parte.

Ad L. VII.

Quidam hæredem damnaverat dare uxori suæ vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta. Trebatius ajebat; ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum hæres mulieri dare voluisset: quoniam non adjectum esset, quantum ex quaque re daretur. Ofilius, Cascellius, Tubero, omne quantum paterfam. reliquisset, legatum putant. Labeo id probat. Idque verum est.

Is, qui damnavit hæredem uxori dare vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta, non adjecta quantitate, ex hisce rebus omne, quantum reliquit testator, legasse videtur, si voluntas testatoris non adversatur: nam si non senserit de omni ea re, omni vino præstando, omni aceto, inutile legatum est, quia est incertum, quia incertæ rei legatum est, et nota inde frumentum, quamvis sit nomen generis, recte legari, quando testator sensit de omni frumento, quod habuit, puta tritico, hordeo, siligine, secali, avena. Nota etiam *salsamenta* ibi non esse, quæ glossa scripsit ex quibus scilicet conficitur intinctus, sive jusculum quoddam conditum. Adfert tamen in eam rem versum quendam, qui est ex libro scholæ Salernitanæ, de conservanda valetudine; sed non intelligit, quid sint salsamenta. Sunt igitur *salsamenta*, salsi pisces, ut Thynni vel Thunni, haleces: lardum, etc.

Ad §. 1. *Si centum L. II.*

§. 1. *Si centum amphoræ, quas velles, tibi legatæ sint: ex testamento agendo consequi potes, ut degustare tibi liceat. Aut quanti interfuerit licere tibi degustare, ad exhibendum agere potes.*

Additur in *h. l.* 2. Data electione *centum amphorarum vini* legatario competere actionem ex testamento, ut sibi omnia vina, quæ reliquit testator degustare liceat, et eligere, quod satis superiori tit. demostratum est. Ac præterea legatario, si hanc malit, competere actionem ad exhibendum in id quod interest, licere sibi degustare, actio ad exhibendum conceditur in id quod interest, *l. Julianus*, §. *ult. ad exhib.* Qua de causa et incerti actio dicitur, quia incertum est quantum cujusque intersit. Ejus enim rei definitio in facto potius, quam in jure consistit, *l. ult. de præt. stipulat.* et actio incerti, id est, actio ad exhibendum, *l. penult. depos.*

Ad L. III. et L. XV.

L. III. Si cui vinum sit legatum centum amphorarum, cum nullam vinum reliquisset: vinum hæredem empturum, et præstaturum, non acetum, quod vini numero fuit.

§. 1. *Si vinum legatum sit: videamus, an cum vasis debeatur. Et Celsus inquit, vino legato etiam non sit legatum cum vasis, vasa quoque legata videri, non quia pars sunt vini vasa, quemadmodum emblemata argenti, scyphorum forte, vel speculi: sed quia credibile est mentem testantis eam esse, ut voluerit, accessioni esse vino amphoras: Et sic (inquit) loquimur, habere nos amphoras mille ad mensuram vini referentes. In doliis non puto verum, ut vino legato, et dolia debeantur, maxime si depressa in cel a vinaria fuerint: aut ea sunt, quæ per magnitudinem difficile moventur. In cuppis autem sive cuppulis puto admittendum, et ea deberi: nisi pari modo immobiles in agro, velut instrumentum agri erant. Vino legato, utres non debebuntur. Nec culleos quidem, deberi dico.*

L. XV. Vinum cum vasis legavit, etc.

Hujus legis initium jam exposui, quod obstare videbatur l. 1. Sequitur alia quæstio in §. 1. *an vino legato, etiamsi non sit adjectum cum vasis, vasa quoque legata videantur.* Quæstio hodie frequens est, non in vino legato tantum, sed et vendito. Et varie dirimitur pro varietate locorum et morum. Definit autem hæc lex in §. 1. *vasa vinaria quoque legata videri,* ut amphoras, cados, urnalia, cuppas, aut cuppulas, sicut penu poculenta legata, vasa continentur, *l. 3. §. pen. de penu leg.* Et hoc *non quia vasa sunt pars vini aut penus, ut emblema*, inquit, *est pars argenti:* quod sic interpretatur, est pars argenti, id est, scyphi vel poculi argentei, licet emblema sit aureum, ut ostendit *lex* 19. §. *plane, de auro et arg. leg.* At non ita vas est pars vini: non igitur vino cedunt vasa, quod sint partes vini, sed quia sunt accessiones vini, *l. 4. de penu leg.* ex mente defuncti, quæ, ut ait, ea videtur esse, ut voluerit vasa vini accessionem esse, quod et probat hæc lex ex usu loquendi: nam centum vel mille amphoras vini nos habere dicimus, mensuram vini amphorarum nomine significantes. Et utique in usu *amphora*, pro mensura potius accipitur, quam pro vase vinario, ut et *Remmius Palemo* ostendit, *libro de ponderibus et mensuris.* Et in Idiotismo, *un muy*, mensuræ nomen est, *et n' est pas le vaisseau, mais la mesure*, mensura autem semper adhæret vino. Denique mensura est accessio vini quæ vinum semper comitatur. Verum observa Ulpianum initio dixisse: *vino legato vasa quoque legata videri.* Et nunc ait: *vasa accessionis loco esse videri*: quæ sunt valde diversa: nam si vasa legata sunt, effuso, casu quodam, et consumpto vino, vasa debentur, si accessiones sint, non debentur, *l. 2. et 4. de penu leg.* Itaque quod supra ait, vasa legata videri, ex eo, quod subjicit sic accipiendum, legata videri, quasi accessiones, non quasi res principales. Neque vero aliud dicendum est vino vendito: nam et vino vendito, dico vasa quasi accessiones emptorem sequi. Accurs. in *l. in testamentis de regul. jur.* Aliud voluit esse vino vendito: nempe existimavit vino vendito vasa non sequi emptorem nisi id dictum nominatim sit, quod non possum probare: *d. l. in testamentis* id non probat nec id ducitur recte ex eo, quod ait plenius in testamentis esse accipiendas voluntates testantium: nam et in contractibus et stipulationibus legimus quandoque plenius interpretandas esse voluntates contrahentium, *l. 111. de verb. obligat.* Sed illo loco *l. in testamentis, plenius, etc.* id est non restricte nimis, ut ait, et declarat exemplo *l. plenum, de usu et habit.* Ergo et vino vendito, vasa, quasi accessiones emptorem sequuntur, nisi a venditore excepta sunt. Alia quadam in re videtur esse quædam differentia inter vinum legatum, et vinum venditum, quam mox exponam. Si venierit *vinum doliare*, vinum quod est in doliis, venditor potest vinum effundere, si libido est, vinum perdere, si diem ad metiendum præstiterit emptori, nec intra diem admensum est, quod ait *l. 1. §. licet, de peric. et comm. rei vend.* At hæres, etiamsi faciat moram, legatarius in vino admetiendo, et ex doliis diffundendo in amphoras vel cados, mora legatarii non facit, ut legatum ei pereat, *l. 8. h. t.* Et ratio videtur esse hæc quia lex ostendit esse etiam legatario post moram, quam fecit in vino admetiendo (cum scilicet esset certa mensura legata) integram petitionem legati, nec repelli eum doli exceptione, modo paratus sit hæredi præstare, quanti interfuerit ejus inania esse dolia si quod plena essent, coactus sit forte alia dolia conducere magno. At mora emptoris facit, ut vinum pereat emptori, etiamsi perierit facto venditoris: atque adeo ut emptor vinum petere non possit, quod effudit venditor post diem condictum ad vinum admetiendum, et quod etiam exigitur, post denuntiatum testato emptorem, ut vinum tollat, aut futurum sciat, ut effundatur a venditore, quod ei doliis opus sit. Hoc ita in venditione, quia id videtur inter eos convenisse vino doliari vendito ad mensuram, et die condicto vino admetiendo doliis evacuandis. Verum et in venditione eadem *lex* 1. §. *licet*, ostendit, id ægre concedendum esse, ut vinum pereat emptori facto venditoris in illis verbis: *commodius tamen est.* Ubi concludit commodius esse, ut quam minima jactura fieri po-

terit detrimentove ea res peragatur, ne temere vinum effundatur. Ad hæc notandum est, vino legato aut vendito, etiam vino doliari, nihil refert dolia, licet ipsa sint vasa vinaria, non contineri legato. Contineri, ut dixi amphoras, cados, urnas, cuppas: dolia autem non contineri: nam dolia ad perpetuum usum defossa erant, vel ut ait *h. l.* depressa, κεφωμένα. In cella vinaria, picata bene et diligenter, ne vinum effunderetur illita pice, et plerumque erant amplissima vasa figulina, ut nec inde facile possent moveri, atque adeo res immobiles esse existimarentur, ut emptorem domus aut villæ sequerentur: ex iis doliis solebant vina diffundi in amphoras et cados, *l. pen. inf. h. t.* Ipsa autem dolia defundi dicebantur ex doliis vinum diffundi in amphoras, et ipsa dolia defundi, vinum in amphoras infundi. *Diffundere*, est vas vino implere, replere est infundere vinum, in vas immergere: *deffundere*, est vas deplere, viduare, unde *vuider*. Optima igitur ratione legato vino, dolia, quæ ad perpetuum usum prædii habentur, quæ quasi sunt instrumenta prædii, non debentur, *Amphorarum* et *cadorum* alia est ratio, quia ideo habentur, ut alibi exportentur, non ut in prædio habeantur perpetuo; et sunt igitur inter res mobiles plerumque. Imo etiamsi quod fieri posset, amphoræ habeantur ut immobiles in agro ad perpetuum usum, ut instrumenta prædii, eadem ratione, qua dolia, legato vini non continebuntur, *l.* 14. *inf.* culei etiam et utres, ut hæc lex ostendit, legato vini non continentur, quia non sunt vasa vinaria: neque enim vino fundendo sunt, sed deportando, ac mox defundendo in amphoras. Ad hæc etiam nobis explicanda erit *l. pen. hujus tit.* cujus sententia pertinet ad hanc *l.* Sed repetamus prius paucis, quod colligitur præcipue ex *l.* 3. Vinum legatum, etiamsi vasa legata non sint, cum vasis deberi. Veluti cum amphoris et cadis, sine quibus esse, et alio transmitti non potest. Dolia autem non deberi, quæ ingentia sunt vasa vinaria. Dolia, inquam, non deberi, maxime ea, quæ humi defossa sunt, vel tota, vel ad portionem situs perpetui, ususve causa, et inde moveri facile non solent, vel non possunt, propter magnitudinem: amphoras, et cados esse mobiles. Dolia et nonnunquam etiam cuppas immobiles esse in agro, vel ut partes, vel ut instrumenta agri. Et ad hæc quæ eliciuntur ex *d. l.* 3. pertinet etiam *l.* 14. *hujus tit.* quæ ait, vino legato ea demum vasa deberi, quæ ita diffusa sunt, id est, in quibus vina ita diffusa sunt vel in quæ vasa vina diffusa sunt, ut in *l. seq.* ut non ad perpetuum usum vasa conservarentur, cujusmodi sunt amphoræ et cadi. Nam hæc vasa non sunt ad perpetuum usum, ut dolia, sed habentur ut exportentur, et loco moveantur, hæc vinum legatum sequuntur, dolia non item.

His adjungatur quæstio *l. pen.* Si quis nominatim *vinum omne, quod habuit, legavit cum vasis*, quæritur, utrum duntaxat id vinum debeatur, quod est diffusum in amphoras vel cados, an etiam vinum, quod est in doliis, quod *doliare vinum* dicitur, illud amphorarium vinum? Et Trebatius dicebat doliare vinum non deberi: hac ratione, quod non de eo legando sensisse videatur testator, quod esset in doliis, quia scilicet vulgus, cujus ratione plerumque uti testatores solent, dolia non ponit inter vasa vinaria, sed amphoras tantum et cados, unde vinum promit usus sui causa. Igitur, si spectetur sententia testatoris, vinum, quod est in doliis, non deberi, quia vinum tantum legavit, quod esset in vasis vinariis: at si verba spectarentur, et vinum doliare deberi, quia dixit cum vasis, et dolia quoque vasa vinaria censeri, *l. Lucius*, §. *pen. de leg.* 3. *l. vinaria, de verb. signif.* Itaque Trebatius dicebat: *Alium esse sensum testatoris, alium verborum: ceterum,* inquit Trebatius, *dolia in vasis vinariis non essent.* Male vulgo legitur, *non esse.* Recte in Florentin. legitur, *essent. Ceterum,* hic significat absurdum, ut in *l.* 5. *de impens. in res dot. fact.* Et in innumeris aliis locis juris nostri. *Ceterum*, id est, *alioquin*, et contra, *alioquin*, pro *ceterum*, *ceteroquin.* Recte igitur dixit Trebatius alium esse sensum verborum; alioqui si idem sensus esset verborum et testatoris, dolia non essent in vasis vinariis, quod est falsum. Et ita hic locus est intelligendus. Verum a Trebatio merito dissentit Proculus in *l.* 6. *hoc tit.* et in hac *l. pen.* Proculus vino cum vasis legato, etiamsi verum esset, quod tamen non est verum, dolia non esse in vasis vinariis, nec his verbis, *cum vasis*, dolia comprehendi, tamen existimat id quoque vinum legatario deberi, quod est in vasis non vinariis, quod est in doliis si dolia non sunt vasa vinaria: sicut servis omnibus legatis cum liberis, etiamsi servi debentur, qui sunt illiberes, id est, qui non habent liberos, ut ait Paulus in *l. si ancilla cum liberis, de leg.* 1. Itemque *servis omnibus legatis cum peculio*, etiam hi servi debentur, qui peculium non habent, qui peculiati non sunt, *l. si qui servi*, *de legat.* 1. Adjectionis natura hæc est, ut augeat, non minuat: at longe alia ratio determinationis, taxationis, προσδιορισμοῦ; longe alia adjectionis sive ampliationis. Dolia quidem ipsa legatario non debeantur, quamvis legaverit omne vinum cum vasis: omne vinum etiam, quod est in doliis debetur, dolia non debentur, vino scilicet omni legato cum vasis, aut vino legato simpliciter eo non adjecto, cum vasis: denique vinum quidem debetur, quod est in doliis, dolia non debentur, quamvis

dixerit cum vasis. Quid ita? An quia dolia non sint vasa vinaria? Minime. Verius enim est, idque ante probavi, dolia esse vasa vinaria, si in eis vinum conditum sit, non minus quam amphoras aut cados. Sed ideo vasa vinaria non debentur, quia vina mustea e torculari in dolia conjicere solebant, quæ defossa, demersa plerunque erant in terra: ut ex his postea vina diffunderent in amphoras vel cados; sed aliquando etiam, ut Columella docet, exposita stabant super terram, plerunque infodiebantur in terram, ut ex his postea vina diffunderent in amphoras et cados nec unquam moris erat, vina cum doliis vendere, quandoquidem in prædiis dolia perpetui usus causa posita erant, amphoræ vel cadi ad præsens tempus tantum et cum his vina venibant, et inde ex doliis vel ex dolio venditi aut legati vini mentio, scilicet vini, quod diffunderetur in amphoras vel cados in *l.* 8. §. *si quis ita, de leg.* 2, *l. quod legatur, de judic. l. quod sæpe*, §. *ult. de contr. empt.* Diffundebatur autem vinum ex doliis in amphoras vel cados, aut vendendi causa, aut utendi, vel potius abutendi, et absumendi, *l. cum quæreretur*, §. *lana, de leg.* 3. *Cum*, inquit, *vinum diffundisset usionis suæ causa.* Et in *l. pen. in amphoras et cados hac mente vinum diffundi, ut in his sit, donec usus causa probetur*: vel ut existimo, illo loco legendum *promatur*; idque sat manifestum. Ovid 4. *Fast.*

Quæque puer quondam primis diffuderit annis,
Promit fumoso condita vina cado.

Unde et *vino legato cum vasis*, vel *vino legato* simpliciter eo non adjecto, cum cadis, amphoræ, et his similia vasa sequuntur tanquam accessiones: dolia non sequuntur, quia nec sequelæ sunt vel accessiones, quia perpetui usus causa in agro posita sunt, et quasi pars agri, vel quasi instrumentum agri, et quamvis vino vendito vel legato non sequantur agrum tamen venditum vel legatum sequuntur, si perpetuo ibi posita sint, ut usui serviant patrisfam. non etiam ut sint agro vice instrumenti: secundum quam distinctionem est accipienda *l. cum fundus, tit. seq. et l. dolia, de contrah. empt. et l. fundi* §. 1. adhibito §. *Labeo, de act. emp.* Et ad idem etiam facit *l. dolia, t. t. seq.* quamvis de doliis vinariis non sit sed de iis, quibus terra aggesta, viridaria imposita sunt, vel horti a dominis, quæ legato aut venditioni ædium cedere ait, si ita sint infixa vel infossa ædibus, ut ibi perpetuo posita sint. Non omittam hoc loco, quod in vasis vinariis jure singulari receptum est, eum, qui ignorans locavit aut vendidit: nec enim est ulla ratio separande locationis a venditione, eum, inquam qui ignorans locavit amphoras aut dolia vitiosa, si vinum effluxerit vitio vasis, teneri emptori vel conductori in id quod interest, perinde ac si vitii non esset ignarus in solidum, *l. sed addes*, §. 1. *loc. l. tenetur*, §. *sed si vas, de action. empt.* Et tamen, si quis ignorans tignum vitiosum vendiderit, non tenetur in id quod interest, tametsi ædes emptori vitio tigni corruerit. Idemque est, si quis quam aliam rem vitiosam ignorans vendiderit, *l. Julianus*, §. 1. *de action, empt.* Et hoc ideo in vasis vinariis: quia ut ait *d. l. sed addes*, §. 1. ignorantia ejus qui vendidit aut locavit dolia vitiosa, non meretur excusationem. Venduntur aut locantur plerunque sub vindemiæ tempus, *l.* 1. §. *ult. et l.* 2. *de peric. et comm. rei vend.* quo tempore diligens paterfamilias et frugi vasa vinaria inspicere, et explorare omni ex parte debet, num sint integra vel cassa, et ubi res exigit, ea debet pice illinere, ut solebant ea defricare, lavare, emundare, quod præcipiunt omnes auctores rei rusticæ: nec potest igitur ignorare, aut debet, nec potuit aut debuit, qualia sunt vasa vinaria sine summa, supina, crassa, et inexcusabili ignorantia. Ideoque ignarus perinde atque gnarus tenetur in id quod interest, si vinum effluxerit. Hæc est ratio. Etiam non omittam, quod enarratores aliorum auctorum doctissimi scribunt, *doliare vinum* esse novum nunc primum e torculari in dolia conjectum: *Vinum* autem *diffusum* esse, quod plerumque in multos annos in cellis servetur, sive horreis vinariis: id, inquam, non esse per omnia verum: nam et in doliis vinum servari, ad multam vetustatem usu compertum est, et hujusmodi sæpe vina in Græcia, et Italia, etiam nostra ætate, in terram defossa reperta sunt. Et Plinius quoque 14. *Imbecilla*, inquit, *vina, demissis in terram doliis, servari valida, expositis, cœlo*, scilicet aut tecto, quod arceat cœlum. Falsum etiam quod iidem, *Vinum de cuppa* apud Cicer. ut semper scriptum fuit, *non de culpa*, vinum illud, esse vinum, quod sumitur vase, quod cuppa dicitur, cum sit vinum de caupona. Objicit enim Pisoni Cicero, quod de penu sua non viveret, ut frugi patremfam. oportet, et decet, sed quod panis, ut ait, et vinum sit ei a propola, caupona, cauponatore, et de cupa sive copa, ut Virg. loquitur, id est, de caupona. Iidem etiam suaves sunt, quum inter vasa vinaria, puta amphoras, cados, miscent *testas* figulinas; quod perinde est, ac si ligna quoque vasis vinariis adnumerarent, qui ligneis vasis vina condunt, ut nos solemus, circulisque cingunt ligneis, et alii quidam ferreis. Amphoræ sunt vasa testacea, vel lignea. Materia autem, ex qua fiunt, vas non est; et ne quidem vasis nomen per se obtinet, etiamsi addita ei sit forma amphoræ vel cadi.

Ad L. IV.

Cum certum pondus olei non adjecta qualitate legatur, non solet quæri, cujus generis oleo uti solitus fuerit testator, aut cujus generis oleum istius regionis homines in usu habeant. Et ideo liberum est hæredi, cujus vellet generis, oleum legatario solvere.

Si oleum legetur, et oleum reliquerit testator, omne oleum, quod reliquit, debetur: oleo scilicet legato simpliciter, et indistincte, *l. 7. hoc tit.* Sed si oleum non reliquerit testator, nec oleo legato adjecerit quantitatem, puta mensuram, aut pondus, inutile est legatum, quia non apparet quid sit legatum, vel quia legatum ad minimum redigi potest: nam et gutta una olei, oleum est: magis igitur derisorium est, quam utile legatum olei, cui non est adjectus modus ullus, aut quantitas: quantitatem omnino adjici oportet, non etiam qualitatem. Nam etsi, ut proponitur in hac *l. 4.* legavit viginti libras, viginti pondo olei, non adjecta qualitate, legatum valet, et liberum est hæredi, cujus generis et qualitatis oleum volet, usque ad præscriptam quantitatem legatario præstare, etiamsi eo uti solitus non fuerit testator, vel etiam si eo, quod hæres elegerit, in ea regione homines uti soliti non sunt. Non quæritur, quo oleo uti solitus fuerit testator, vel quo in ea regione homines utantur, sed totum ponitur in arbitrio hæredis, ut legatum quantitatem præstet, id est, oleum cujuscunque voluerit generis, usque ad eandem quantitatem. Et hoc Paulus videtur hoc loco scripsisse, mea quidem sententia ad differentiam nummorum: nam si certus nummorum numerus legatus sit, non adiecta qualitate nummorum prius quæri debet, quod genus nummorum in ea regione frequentetur, vel quo paterfam. genere nummorum uti solitus fuerit, *l. nummis, de leg. 3. l. si servus plurium, §. ult. de leg. 1.* Et si id forte non apparet, tum ad extremum res relinquetur in arbitrio hæredis, qui utique præstabit nummos exiguiores, posita re in illius arbitrio. Itaque in dubio, in incerto exiguiores nummi debentur. Et ratio differentiæ inter nummos, et oleum, addo etiam vinum, et triticum, hæc est; quia nummorum qualitas mirabilis, et incerta est, et varietas nummorum ingens, et infinita. Nec mirum, cum sit ex instituto hominum flatura nummorum. Itaque non temere statim electio debet hæredi permitti in tanta infinitate nummorum, et inconstantia, ut quos volet præstet, qui utique semper præstabit minores sive exiguiores. Olei autem finitio, et qualitas a natura est certa, nec sunt qualitates olei adeo diversæ ac nummorum, ut nec olei certo pondere legato electio permissa hæredi possit legatum exiguius facere. Hæc est ratio differentiæ satis idonea.

Ad L. V.

Cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset: non amplius deberi placuit: et quasi taxationis vicem obtinere hæc verba, Quod natum erit.

Testator legavit certam mensuram vini, puta *decem amphoras*, adiecta taxatione sive determinatione hujusmodi, *quod in illo fundo, in illa vinea, hoc anno natum erit*: si minus natum sit, ait, non deberi amplius, quam natum sit, si lectæ sint tantum quinque amphoræ, non nisi quinque deberi. Idque facere taxationem illam, *quod natum erit*, idemque in contractibus servari ostenditur in *l. si debitor, §. 1. de contr. empt.* quæ est conjungenda cum hac *l. 5.* Utraque est ex eodem Juliani libro. Si ex causa venditionis promisero emptori *decem pondo olei, quod in illo fundo hoc anno natum erit*, et collegerim hoc anno ex illo fundo duntaxat quinque pondo olei, non plus debeo, quam quinque: quia hæc verba, *quod natum erit*, taxationis vicem obtinent. Et observandum in hac *l.* vinum legari ad mensuram puta decem amphoras, quomodo etiam venditur vinum ad mensuram, scilicet si non vendatur per aversionem, *en bloc*, si non vendatur in aggere, ut Valentinianus loquitur in *Nov. de renovat.* puta omne vinum, quod est in doliis, aut in apotheca: nam vinum aut aversione venditur, aut ad mensuram constituto pretio in singulas amphoras. Oleum autem semper venit, aut legatur ad pondus, puta, decem libras olei, decem pondo olei, quod idem est, ut *l. 4. sup. cum certum pondus olei, etc.* et in *l. 8. §. ult. de legat. 1. et l. si a me, de action. empt.* Verum huic legi videtur obstare *lex. 13. inf.* quæ, si quis legarit decem amphoras vini in annos singulos ex eo, quod natum erit in fundo illo, etiamsi minus natum sit primo anno, vel nihil omnino natum sit, ait nihilominus deberi legatario decem amphoras vini. Idque verissimum esse, si non refragetur voluntas defuncti. Nihil est quod tam facile expediri possit. Non eadem est species *h. l. et l. 13.* in *l. 5.* testator semel duntaxat legatario præstari voluit decem amphoras vini ex eo, quod ex fundo nasceretur: quæ postrema verba plane tunc taxationis vicem obtinent. In *l. 13.* testator non semel decem amphoras, sed singulis annis decem amphoras præstari voluit: quo casu etiamsi uno anno non bene provenerunt fructus, etiamsi minus tulerit unus annus, quam decem amphoras, id facile reparari potest ex ubertate alterius anni inferioris vel superioris. Itaque decem amphoræ omnino debentur singulis annis, etiamsi quo anno ager dominum fefellerit:

quoniam non ex uno anno voluit inferri legatario illas decem amphoras, sed ex universitate annorum, quandiu viveret legatarius. Unde ita concludamus, in annuis legatis hæc verba, *quod natum erit*, non habere vicem taxationis. Idque confirmat *l.* 17. §. *ult*, *sup. de ann. legat.*

Ad L. VI.

Cum vinum hæres dare damnatus est : quod in amphoris, et cadis diffusum est, dari debet : etiamsi vasorum mentio facta non est. Item, quamvis cum vasis, cadis legatum est; tamen id quoque, quod in doliis, legatum esse videtur. Sicuti si servos omnes, cum peculio cujusque eorum legasset : etiam eos, qu bus peculii nihil esset, legasse videretur.

Testator vinum legavit per aversionem, omne scilicet vinum, quod habuit simpliciter, vasorum nulla mentione facta. Jam didicimus ex *l.* 3. *et l.* 14. *et* 15. *hujus tit.* vasa sequi legatarium, quæ non perpetui usus causa habentur, ut dolia. Hoc de vasis, de vino nunc. Vinum autem non id tantum debetur, quod est diffusum in amphoras, et cados, sed et id, quod residet in doliis. Idque verum est, sive vinum legavit nulla vasorum mentione facta, sive nominatim *vinum cum vasis*, vel quia dolia etiam sunt vasa vinaria, quod est verum, quandiu continent vinum; vel quia etiamsi non sint vasa vinaria, id quoque vinum legato continetur, quod non est in vasis vinariis, quia vinum qui legat sine vasis, vel cum vasis, omne vinum quod habuit, legasse videtur. Ergo et id, quod habuit in vasis non vinariis. Sicut et qui omnes *servos legat cum peculio*, etiam eos servos videtur legare, quibus peculii nihil est, *l. si quis servi, de leg.* 1. quod satis exposui in enarratione *leg. pen.* In qua, quod inter cetera notavi, id dicam obiter, dolia non tantum esse vino novo condendo, sed et vetustissimo, doliaque haberi ut vinum in eis servetur in multos annos, quod ex usu comprobavi, et ex Plinio. Idem probare possis ex *l.* 8. *tit. seq.* ubi ostenditur alia instrumenta haberi cogendi fructus, alia quærendi, alia conservandi causa; et inter ea instrumenta, quæ sunt conservandorum fructuum causa, numerat dolia, licet non sunt defossa, sed quæ supra terram consistunt, et cuppas. Idem confirmari potest ex eo, quod M. Cato *lib. de re rust.* suadet patrifamilias, *ut habeat multa dolia, ut si ei libuerit, possit expectare caritatem* : quod est servare vinum in multos annos, forte id esse rei et virtuti et gloriæ, habere ob eam rem multa dolia, et expectare caritatem annonæ.

Ad §. 1. Lucio L. VII.

§. 1. Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, hæres dato. *Ofilius, nihil legatum esse. Quod et Labeo probat, quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non esset. Quod verum puto.*

Initium legis 7. satis exposui in *l.* 2. *sup.* Sequitur in §. *Lucio*; nullum esse legatum si quis per damnationem legaverit *tritici modios centum, qui singuli modii* (hoc adjecto) *pendeant pondo* 100. quia cum tam immensi ponderis triticum non sit in rerum natura, neque id dari oportere intendi, neque ejus æstimatio præstari potest : qua ratione utitur *l. liber homo, de verb. oblig.* Et potest in hanc rem usurpari proprie, quod est in *l. inter stipulantem*, §. *sacram*, *eod. tit.* Unam esse causam obligandi, quod dari possit : et contra unam esse causam liberandi, quod dari non possit : licet etiam usurpare quod est in *l. cum servus*, §. *ult. de leg.* 1. furiosi esse talia legata testamento adscribere.

Ad L. VIII.

Si hæres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat : periculose hæredem facturum, si id vinum effundet : sed legatarium petentem vinum ab hærede, doli mali exceptione placuit summoveri, si non præstet id, quod propter moram ejus, damnum passus sit hæres.

Sententia l. 8. hæc est, si vinum doliare per damnationem legaverit testator, quod habuit in cella, vel horreo vinario, et per legatarium mora fiat, quo minus vinum tollat, accipiat et diffundat in amphoras suas, aut cados, hæredis autem intersit exinaniri dolia, forte ad novam vindemiam : Quæritur, an possit hæres vinum effundere, in quo tollendo nimis moratur legatarius? Et ait, hæredem id periculose facturum : non negat districte hæredem non posse vinum effundere, sed ait periculose hæredem facturum, si id vinum effuderit; quia scilicet legatario, quamvis moram fecerit in accipiendo vino, integra est actio ex testamento legati nomine in hæredem, nec repellitur exceptione doli mali, quod serius agat et tardius, si modo paratus sit hæredi præstare id quod interest, id est, id quod propter moram ejus damnum passus est hæres, qui forte, si dolia fuissent vacua, alii, et magno locaturus fuisset : vel etiam, quia cum doliis ad excipiendam novam vindemiam ei opus esset, et illa nondum evacuasset, necesse habuit magno pretio alia dolia conducere. Quod si id legatarius hæredi præstare non sit paratus, tum petenti vinum, obstabit exceptio doli. Hæc est sententia

hujus leg. 8. elegantissima. Aliud plerisque omnibus videtur esse dicendum in vino vendito ex *l.* 1. §. *licet*, *de peric. et commod. rei vend.* quod attigi aliquantum *sup.* in *l.* 2. id nunc mihi plenius tractandum, et diligentius *ille* §. excutiendus est. Si vinum in doliis venierit ad mensuram certam, non per adversionem, constituto pretio in singulas amphoras, et venditor diem ad metiendum vinum emptori præstiterit, nec intra eum diem vinum ab emptore admensum sit: lex ait: venditorem, cui forte dolia sunt necessaria, non statim dolia posse evacuare effuso vino, sed prius testato, id est, testibus adhibitis, emptori denuntiare debere, ut aut vinum tollat, aut sciat futurum: ut vinum effundatur: dies satis interpellat emptorem ad vinum admetiendum, quæ vino scilicet admetiendo finita est, sed non facit etiam certiorem emptorem de venditoris proposito, qui post diem vinum effundere parat. Itaque in hanc rem opus est speciali interpellatione. Post denuntiationem, cessante emptore, venditor vinum effundet, si velit esse tam rigidus, et dolia exinanire poterit juxta legem vini pendentis, quæ est apud M. Catonem, cujus verba hæc sunt: *Locus vinis ad Cal. Octobres primas dabitur, si non ante exportar t emptor, dominus vino quod volet, facito*, id est, effundito. Verum additur in *d. l.* 1. §. *licet*, laudabilius tamen facturum venditorem, si vinum non effuderit, sed conduxerit alia dolia, ac deinde ut fieri, vino doliari legato, hæc lex ostendit, petenti emptori vinum, non ante id præstiterit, quam ab eo consecutus fuerit, quanti alia dolia conduxerit, id est, quanti interest aut certe commodius erit non conductis aliis doliis, emptore in vino admetiendo moram faciente, id vinum venditorem ipsum admetiri, cum scilicet omne vinum doliare veniit, certo constituto pretio in singulas amphoras: id, inquam, venditorem ipsum admetiri, ut sciatur, quantæ amphoræ in dolio fuerint, quantumque pretii nomine debeat emptor: vinum, inquam, venditorem debere admetiri, ac deinde alii bona fide vendere, qua in specie fit ut quis eandem rem duobus jure vendat, ut proponitur in *l. quoties, C. de rei vind. aliquis duobus jure eandem rem vendidisse.* Priori enim emptori vendidit omne vinum doliare, idem vinum, cessante et frustrante emptore, ei licebit alii vendere bona fide. Ita scilicet ut quantum sine ipsius incommodo fieri potest, operam det, ut quam minimo detrimento sit ea res emptori: sic scilicet aget venditor modestius, quam si vinum effunderet, consulitque sibi et rei suæ. Ita emptori venditorem dixi vinum admetiri debere, cessante emptore, hoc est, juxta legem vini in doliis, apud Catonem in hæc verba conceptam. *Vinum accipito ante Cal. Januar. prima. Si non ante acceperit dominus vinum admetiatur, quod admensum erit, pro eo domino resolvito*, id est, emptor pro eo, quod admensum erit, venditori solvito pretium, de quo convenerit. Sequitur et in eadem lege Catonis, emptore postulante dominum jurare se vere et ex bona fide mensuram fecisse. *Si*, inquit, *emptor postulabit dominum, jusjurandum dabit, veram fecisse.* Et hoc quidem de mensura vini a venditore facienda per se, cessante et absente emptore, ostenditur in *d. l.* 1. §. *ult.* Si vinum doliare emeris, nec dictum sit, qua die id acciperes, hoc videtur actum, ut antequam dolia sint necessaria domino ad novam vindemiam, id vinum tollat et dolia vacua faciat: quod si non fecerit, ut ait *d. l.* 1. §. *ult.* venditor vinum admetietur *per corbes*, ut appareat, quantum emptori perierit: nam post admentionem utique vinum venditor poterit effundere, si velit, sed priusquam effundat, vinum admetiri debet, ut sciatur quantum pereat emptori, quantumque venditori pretii nomine debeat emptor. Lex enim venditionis hæc est, ut dixi: *Quod admensum erit, pro eo domino resolvito.* Admensum autem vinum mox venditor si velit, effundet. Et ex hac sententia illius §. *ult.* apparet corbes, quamvis plerumque fiant de vimine, liquoris esse capaces, Columel. indicat. 12. *c.* 26. *Mustum*, inquit, *in corbem diffundi, et aquæ dulcis puteanæ decimam partem adjici, et*, quod mirum est, *coqui, donec aqua, quæ adjecta est, decocta fuerit.* Subjicit ergo corbem igni. Corbem igitur esse ejus generis vides, ejusque materiæ, ut ignem ferre possit. Mensuræ etiam genus esse ille §. demonstrat, et mentio, quæ fit apud Pollucem *lib.* 4. cophini mensuræ vinariæ: nam cophino Latine respondet corbis. Et quod ait ille §. vinum admetiendum esse venditori per corbes, id refert ex veteribus, qui hoc suaserint venditori, ut vinum admetiretur per corbes, deinde effunderet, si vellet: quia veteres solerent etiam vinum admetiri per corbes, vel per culeos, ut apud Caton. in *l. vini dolearis*, et in *c. vinum emptoribus sine molestia admetiendum.* Postea cœpit vinum admetiri per amphoras. Quod autem datur venditori illo loco, ut vinum effundere possit, quum emptor nimis diu moratur in vino tollendo: idem in *h. l.* datur hæredi in re eadem, legatario moram faciente. Verum additur in *h.* §. facturum periculose, quia vix summovebitur legatarius, qui non repudiavit, a petitione legati, si offerat quanti hæredis interest, moram non esse factam in doliis exhauriendis. Idem dici potest de venditore, periculose a venditore vinum effundi. Recte igitur statuis et hæredem et venditorem id facturum periculose, et illaudabiliter. Periculose, quia apud judicem forte non audietur hæres aut venditor, qui temere vinum effuderit, et satis habet nunc, si

petentem vinum repellat exceptione doli, sed forte judex non admittet exceptionem doli mali, nempe hanc, quod in tollendo vino legatarius vel emptor moram fecerit. Illaudabiliter autem: quia si laudandus est qui vinum non effuderit, cum id summo jure posset effundere, ut ait *d. l.* 1. §. *licet.* ergo vituperandus qui effudit, quod si non legatario vel emptori, alii tamen prodesse potuit. Nec sane hoc permitti debet propter annonæ caritatem, non magis, quam si quis defectu vasorum effundere velit priora vina, ut dulcia adhuc recentia recipiat. Quod tamen sæpe fieri Plin. scribit *lib.* 18. *cap.* 31. Et conqueritur, quod id fiat, non tam nimio proventu, quam sævitia insidiantium caritati annonariæ.

Ad L. IX.

Si quis vinum legaverit, omne continetur, quod ex vinea natum, vinum permansit. Sed si mulsum sit factum, vini appellatione non continebitur proprie, nisi forte paterfam. etiam de hoc sensit. Certe zythum, quod in quibusdam provinciis ex tritico, vel ex hordeo, vel ex pane conficitur, non continebitur. Simili modo nec camum, nec cervisia continebitur, nec hydromeli. Quid conditum? nec hoc puto, nisi alia mens testantis fuit. Oenomeli plane, id est, dulcissimum vinum, continebitur, et passum, nisi contraria sit mens, continebitur. Defrutum non continebitur, quod potius conditurae loco fuit. Acinatitium plane vino continebitur. Cydoneum, et si qua alia sunt, quæ non ex vinea fiunt, vini appellatione non continebuntur. Hæc omnia ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero a testatore non sunt habita. Alioquin Sabin. scribit, omnia vini appellatione contineri, quæ vini numero paterfamil. habuit. Igitur et acetum, quod vini numero paterfamil. habuit, et zythum, et camum, et cetera, quæ pro hominum affectione atque usu vini numero habebuntur. Quod si totum vinum, quod paterfamil. habuit, coacuit, non extinguitur legatum.

In hac *l.* multa Ulpianus more suo de vini generibus. Sicut, si quis oleum legavit, id omne legato continetur, quod ex olea natum, oleum permanserit: ita si quis vinum legarit, id omne, quod ex vinea natum, vinum permanserit. Id enim proprie est oleum, quod ex olea: vinum, quod ex vinea nascitur. Sed sicut oleum fit etiam ex aliis rebus, sic et vinum, et utraque appellatio generalis est: quod vel ex eo Græci ostendunt, quod dicunt, οἶνον ἀμπέλινον, ad differentiam ceterorum vinorum. Specialiter autem et proprie oleum est, quod ex olea: vinum, quod ex vinea natum vinum permansit. At Ulpian. *vinum permansit*: nam si adjecto melle mulsum factum sit, coctum vel incoctum (mulsum fit ex vino et melle, quod Institutiones docent) id proprie vini nomine non continetur: alia namque est substantia vini, alia mulsi. Denique ei, cui vinum legatum est, non debetur mulsum, nisi (quod semper excipiendum est) forte paterfam. de eo sensit: mixtura mellis facit ut desinat esse vinum. Et tamen οἰνόμελι, de quo etiam hic agitur, vini nomine continetur, quod nihil aliud esse videtur, quam mulsum, si rationem appellationis habeamus, sed non est vinum οἰνόμελι. At recte οἰνόμελι nihil aliud est, quam vinum dulcissimum, ut hic Ulpianus interpretatur sine ulla mixtura mellis, vel alterius saporis dulcis, et sic dicuntur μελιμῆλα, poma perdulcia. *Mellita* dicuntur quæcunque sunt valde dulcia, etiam si mellis nihil habeant. Multum itaque distat mulsum ab ea potione, quæ dicitur, οἰνόμελι: hæc vinum est: illa quæ mulsum dicitur, non item proprie. *Conditum* autem Ulpianus ait, non contineri vini appellatione, nisi aliud voluit defunctus: totum facit voluntas testatoris. Ergo nomen, de quo senserit defunctus, spectandum. In jure agimus de proprietate verborum, cujus laudamur esse studiosissimi et retinentissimi. Non ego, sed JC. *Conditum*, inquit, *vini appellatione non continetur.* Separat ergo etiam conditum a mulso, quod tamen plerique Latini, imo et Græci idem esse putant, quod mulsum. Sicut et multi sunt, qui idem esse putant mulsum et οἰνόμελι: sed magis Ulpiano credimus, qui hæc tria distinguit diligenter, mulsum οἰνόμελι, et conditum. *Conditum* est species προπόματος, id est, potionis, quæ bibitur ante cibum, appetentiæ cibi lacessendæ causa, ex quo genere προπόματος est etiam *absynthiatum*, et *rosatum* et *violatum*, auctore Palladio *in Februario cap.* 3. Hæc et quæ sequuntur, non sunt in promptu omnibus, nec mihi fuissent, nisi ea longo studio, multaque lucubratione, comparassem. De condito etiam ex Ælio et Athenæo, et Nicolao Myrepsio intelligimus esse conditum vinum Aromaticum, quod et piperatum vocat Plin. *lib.* 14. *cap.* 16. Et extat etiam de condito Palladii Epigramma, *lib.* 1. *Epigr.* quo eam potionem, cum laboraret ex stomacho, sibi confici rogat a medico. Nemo est, qui nesciat conditum illud sive piperatum, stomacho admodum prodesse. Addit Ulpianus vini appellatione, etiam ζῦθον non contineri, quod quid sit, his verbis explicat: *quod in quibusdam provinciis ex tritico, hordeo, et ex panico conficitur*, ex solo scilicet tritico, vel hordeo, vel panico expresso in liquorem, et cum aqua decocto. Id significatur his versibus Leonis Monachi, cujusdam, tenentis spicas tritici

in manu apud Alberium Comitem, *me piget hoc e se* (id est, edere hordeum vel triticum) *cum sit potare necesse. Vinum de messe quod nos consuevimus esse.* Lego autem hoc loco, *ex tritico vel ex hordeo*, *vel ex panico*, quod mel frugum appellat Diocles Medicus apud Plinium. Vulgo male in Florentinis *etiam ex pane.* Quis unquam ex pane audivit ζῦθον fieri, confici? Zytho etiam Ulpianus adjungit *camum* et *cerevisiam*, quæ potiones etiam fiunt ex frugibus coctis. Simeon Januensis Medicus in Annotationibus ad Joannis Serapionis librum de simplicibus medicamentis, camum fieri ex hordeo et aliis frugibus ait. De cerevisia hoc constat. Utraque igitur potio fit ex frugibus, sed non ex solis frugibus, verum mistis, vel lupulis, vel arbutis, vel sorbis. Servius illis verbis Virgilii, quæ sunt de Scythis, qui cerevisia utuntur,

Fermento atque acidis imitantur vitea sorbis.

Cerevisiam nominatim significari ait. Adjungit his Ulp. *hydromeli*, quod aliud nihil est, quam aqua mulsa, *de l' eau de miel*, quæ tamen vetustate vini saporem assequitur, ut Plin. scribit *lib.* 14. *cap.* 16. et vinum quoque appellatur, ut superiores omnes liquores vina appellantur generali vocabulo, nec tamen proprie vini appellatione continentur, quia nec his quicquam admiscetur vini vitigeni. Qua ratione idem Ulpian. et Cydoneum negat contineri vini appellatione quod fit ex succo cydoniorum. Ergo nec *pyratum*, sic vocat Palladius, et D. Hieronymus quod ex succo pyrorum, aut *pomatum*, quod ex succo pomorum; quod in idiotismo, confusa ratione nominum pyratum, sive pomatum, sive cydonium cœpit appellari zythum, sive zythum. Cum forte vulgus diceret, ex his succis confici melius zythium quam zythium ipsum. Hi igitur omnes liquores proprie non continentur vini appellatione. Ad quod comprobandum ita argumentari licet: si vinum, quod vinum non permansit, vini nomine non continetur, nec vinum igitur quod nunquam fuit vinum, quodve vini in se nunquam quicquam habuit. Et in specie, si mulsum, quod fit ex vino et melle, si *conditum* quod fit ex vino et pipere, vel aliis aromatis, vini nomine non continetur, multo minus ζῦθον, vel camum, vel cerevisia, vel cydonium, vel pyratum, vel ὑδρόμελι continebuntur, quibus potionibus vini nihil inest. Et rursus ita argumentari licet: si hæ potiones, quas modo commemoravi, non continentur vini appellatione, quamvis in vini vicem bibantur alendi causa, et multo minus continebuntur liquores, de quibus postea agit, qui scilicet non bibuntur, sed conditurae loco sunt, id est, eduntur potius, aut esui adjumento sunt, ut *acetum*, quod scilicet ab initio, quodque semper fuit acetum: quia id habetur non bibendi, sed condiendi causa, ut scilicet sit instinctui, ut sit embamma, *pour servir de saulse*, ut est proditum in *l.* 9. §. *ult. de contr. empt.* ut in hac *l.* 9. *si acetum.* Eademque ratione, ut idem Ulpianus docet, *defrutum*, quamvis mulsum sit dulce, igni multo decoctum, et pinguefactum. Unde et in *l.* 12. §. *si aliqua*, *tit. seq.* vas aheneum, in quo defrutum coquitur, et *sapa*, quæ est etiam defruti species: vas, inquam, illud, in quo sapa aut defrutum coquitur, esse dicitur instrumentum fundi, de quo vase Virg. in Georg. *Pomis despumat ahenis*, defrutum, inquam, quod vulgo *resinatum* dicimus, etiam confusa appellatione nominis: resinatum enim est, quod resina est conditum vinum, sicut picatum, quod pice: *defrutum* igitur vini appellatione non continetur, quamvis nihil aliud sit, quam vinum decoctum multo igne, quia scilicet defrutum illud, quod conditurae loco est, id est, intinctus loco, ἐμβάμματος loco, non continetur vini appellatione, quia edendo potius est quam bibendo. Ceterum *defrutum*, quod potionis loco est, ut *l. ultim. hoc tit.* vinum est, et proprie vini nomine continetur, sicut et οἰνόμελι, *et passum*, ubi subjicit, quod fit ex uvis passis sole siccatis, ante vindemiam, certa quadam ratione: quo, inquit Palladius, utuntur mellis vice in potu. Vino etiam adnumerat Ulpian. *acinatitium*: perquam inepte ante editionem Florentinam legebatur in hac *l. acinatitium plane vino non continebitur*, negative, cum tamen nullum sit vinum excellentius acinatitio: recte igitur Florentini plane vino contineri acinatitium. Id fit longe post vindemiam hyemali tempore ex uvis diu suspensis et servatis, ita ut rugas contraxerint, et defluit ex illis, non exprimitur vinum purpurei coloris. Quamobrem et qui acinatitium eleganter descripsit *Cassiodorus lib.* 12. *variarum*, id vocat *hyemale mustum*, *uvarum frigidum sanguinem*, *rigore hyemis cruentum liquorem, purpuram potabilem.* Hæ, inquam, potiones sunt proprie vina; sed et illæ quas diximus vini nomine proprie non contineri, vini nomine continebuntur, si paterfamil. eas vini numero habuerit, ut *l.* 1. *hoc tit.* *l.* 2. *tit. prox.*

Ad §. 1. *Si acetum*, *et* §. 2. *Item si.*

§. 1. *Si acetum quis legaverit: non continebitur legato acetum, quod vini numero testator habuit: embamma autem continebitur, quia aceti numero fuit.*

§. 2. *Item si quis vinum quod habuit, legavit, deinde hoc coacuit: licet postea in aceti locum translatum sit a patrefam. vino legato, contine-*

bitur: quia id, quod testamenti facti tempore vinum fuit, demonstratum est. Et est hoc verum, nisi voluntas advers tur.

Sequitur in hac *l.* quod si vinum ex vinea, quod testator legaverit, totum coacuerit vivo testatore, post testamentum factum, non ideo extingui legatum, quoniam, ut ait *l.* . 9. §. *ult. de contr. emp.* eadem proprie οὐσία est, eadem essentia, ut et Cicero loquutus est, vini, et aceti, quod ex vino scilicet degeneravit in acetum, eadem essentia vini et vini acidi. Itaque immutatio quæ facta est, non exstinguit legatum, quia parva est immutatio. Sed tamen non eadem est essentia vini, et ἐμβάμματος, id est, aceti, quod semper fuit acetum paratum intinctus gratia, conditura gratia, quod etiam proprie acetum dicitur. Hæc sunt verba Ulpiani: *si acetum qu s legavit, non continebitur legato acetum, quod vini numero testator habuit.* Plerunque habet testator vini numero vinum, quod coacuit; ἐμβάμμα plane continetur aceti appellatione. Vinum autem, quod in acetum mutatum est, post factum testamentum, usque adeo vino, quod habuit, a testatore legato continetur, ut legatario debeatur, etiamsi a testatore priusquam moreretur, habitum fuit aceti, non vini loco, id est, si eo usus fuit pro ἐμβάμματε sive intinctu, non pro potu; quia scilicet in vino legando, id quod testamenti facti tempore vinum fuit, demonstratur his verbis: *Vinum quod habeo*, sunt verba præsentis temporis, ergo id debetur, licet postea coacuerit, et testator in numero aceti habuerit, usuque, quia non ideo intelligitur mutasse voluntatem.

Ad §. 3. *Vino.*

§. 3. *Vino autem paterno legato, id demum legatum videtur quod testator vini numero habuit, non quod pater. Item si peculiare vinum legatum sit, id continebitur, quod servi habuerunt. Cur tam diverse? quod paternum vinum jam cœpit usus ipsius testatoris esse: at peculiare in usu servorum remansit.*

Si testator legaverit *vinum paternum*, id est, quod habuerit ex hæreditate patris, et pater varii generis vina reliquerit, legato contineri, non quod pater vini numero habuerit, etiamsi dixerit paternum vinum, sed quod ipse testator vini numero habuit. Et tamen quod objicit statim Ulp. si quis legavit *vinum peculiare*, id est, id quod servi in peculio habent, non id continetur, quod ipse vini numero habuit, sed quod servi. Et ratio differentiæ difficultate excellens elegans est, quæ pendet ex usu et affectione hominum, ex qua usione vel affectione potiones omnes vini numero habentur, aut non habentur, ut supra definivit de illis potionibus, quas protulit diligenter Ulpianus, merito ob eam rem dictus ab Athenæo ζητητικὸς et ὀνοματοποιός, quod summus esset fictor nominum, utensilium, et instrumentorum, quod innumeræ leges ostendunt in his libris. Ex usu igitur testatoris æstimabitur vinum paternum, quod legavit, quoniam ipse solus eo utitur, nec jam pater, qui vita decessit, eo utitur. Inspiciendum est quis utatur, et ex usu ejus æstimandum quid legato contineatur: et consequenter ex usu servorum vinum peculiare quod legavit, et quo adhuc servi utuntur, non testator, vinum peculiare æstimabitur: non potest ex usu testatoris æstimari, quia ipse non eo utitur nunc, vinum paternum est in usu hæredis filii testatoris. Ergo usus filii ejus spectatur. *Vinum* quoque *vetus* si legatum sit, ex usu testatoris æstimabitur, puta bimum, si non nisi bimo usus fuerit pro veteri: quod si usus testatoris incompertus sit, tunc definitur eleganter in *l.* 11. *hoc tit.* vinum vetus, id esse, quod non est novum, id est, vinum anni superioris, quod et Varro ostendit in *lib. de re rust.* his verbis: *si vetus bibere velis, cum fuerit anniculum prodit.*

Ad L. XVI.

Qui vinum Surrentinum in urnalibus habebat diffusum, is tibi vinum legaverat in amphoris. Omne illud quoque vinum quod in urnalibus fuisset, legatum esse, Labeo et Trebatius responderunt.

Quidam vinum Surrentinum apud Neapolim legavit, *omne vinum Surrentinum, quod diffusum habebat in urnalibus*: sed non ita dixit, *vinum omne, quod diffusum habeo in urnalibus*, sed *vinum omne quod habeo in amphoris.* Et ait, legatario deberi non tantum vinum quod est in amphoris, sed et vinum quod est in urnalibus, quia dixit *omne*, quod Valentinianus Imperator vocat *peremptorium vocabulum*, huic signo universali, quod subjicitur, *quod est in amphoris,* taxationis vicem non habet, et vasa etiam sequuntur legatarium, non amphoræ tantum, sed et urnalia, ut in *l.* 3. §. 1. *l.* 14. *et l.* 15. *hoc tit.*

Ad §. 1. *Cui dulcia, et* §. 2. *Quod si ita.*

§. 1. *Cui dulcia legata essent, si nihil aliud testamento significetur, omnia hæc esse legata, mulsum, passum, defrutum, et similes potiones; item uvas, ficos, palmas, caricas.*

§. 2. *Quod si ita esset legatum:* Vinum amphorarium, Aminæum, Græcum, et dulcia omnia: *nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuisset, le-*

gatum puta! Labeo ex collatione vini amphorarii: quod non improbo.

Si quis legavit *dulcia omnia*, vel *dulciaria omnia*, nihil refert: hoc nomine contineri non tantum potiones dulces, veluti mulsum, passum, defrutum, adde sapam, et οἰνόμελι, quæ omnes sunt potiones dulces, sed et contineri uvas passas, et ficos, et palmas, inquit, id est, palmulas, ut vocant frequentius, sive dactylos, et caricas etiam. Adde contineri *melimela*, dulcia poma: nam et fici, et uvæ passæ, et palmulæ, et caricæ, pomis adnumerantur, *l. qui fundum*, *de verb. sign.* Denique dulcibus legatis, quod et Paulus tradit 3. *Sent.* non tantum continentur potiones, sed et poma quæcumque dulcia, ut sunt melimela, uvæ passæ, fici, palmulæ, dactyli, caricæ, et ut solent plerunque falli, ne fallaris in nomine Caricarum, et Cariotarum, et Carotarum, sunt tria diversa nomina. Scio *Caricas* esse ficos siccos: *Cariotas* palmulas sive dactylos: Carotas quod nomen idiotismus retinet, apud Cælium Apicium esse pastinacas. Ad rem. Dulcibus igitur legatis, non potiones tantum continentur, sed et poma dulcia cujuscunque generis, quæ esui sunt, non potui. Addit exceptionem: si quis ita legavit *vinum amphorarium Aminæum*, ita legendum absque sicilico sive distinctione, ut sit vinum Aminæum, quod est in amphoris. Ita igitur legavit *vinum amphorarium Aminæum, græcum, et dulcia omnia*, hæc sunt verba testatoris, tunc dulcium appellatione veniunt tantum potiones dulces, non dulcia poma: hoc suadet vini amphorarii, inquit, et vini, quod est in amphoris Aminæi, et Græci collatio. Cum post vinum Aminæum, et Græcum, quod est in amphoris, subjecerit et dulcia omnia, de omnibus potionibus similibus sensisse videtur, hoc, inquit, apparet ex collatione vini amphorarii. Et sic in specie *l.* 1. *de reb. dub.* cum quis multos fundos uno nomine appellaret fundum Mævianum, cum latifundium quoddam appellaret fundum Mævianum, et habuit præterea fundum angustiorem, quem appellabat etiam specialiter Mævianum, si legaverit fundum Sejanum aut Mævianum, et queratur, de quo Mæviano intelligat, de speciali illo, an de generali latifundo. Id ait apparere ex collatione fundi Sejani, ex pretio, ex magnitudine sive amplitudine fundi Sejani. *Aminæum* quid sit non dicam, quia notum est omnibus, quod ex vite Aminæa dicitur, quæ reddit, ut ait Virgilius, firmissima vina. *Græcum vinum*, non quod ex Græcia, sed quod in ipso Latio conficitur, ea ratione, quia id confici Marcus Cato docet, id fit ex uvis apiciis. Verum huic sententiæ hujus §. Bartolus opponit *l. quæsitum*, §. *pen. tit. seq.* et dici non potest, quam maxime laboret in explicando illo §. *ult.* ne pugnet cum hoc nostro. Nullam esse pugnantiam, nullamque rationem huic §. objiciendæ *l. quæsitum*, §. *pen. tit. seq.* statim apparebit. In *d.* §. *pen.* legato fundo instructo generaliter, testator subjecit speciem per imperitiam, ut supplet recte *l.* 9. *de supel. leg.* non dedita opera subjecit species certas. Instructo itaque fundo generaliter legato, per imperitiam subjecit speciem, puta, *lego fundum instructum cum supellectile*, existimans supellectilem non contineri instructo, qua in re imperitia labitur: vel etiam dixit: *fundum instructum cum mancipiis lego*, existimans mancipia non contineri fundo instructo. Species, inquit, illa, quæ nominata est, non minuit generale legatum. Species quæ subjicitur non derogat generi, cum eidem et genus legatur, et species postea per imperitiam, sed ex abundanti subjicitur species *d. l.* 9. Hoc, ut dixi, cum uni eidemque legatur genus et species. Et si uni legetur genus, et alteri species, tunc sane species derogat generi, quod et in *d. l. quæsitum* significatur. Hæc est species illius §. *pen.* Excutiamus eam, quæ est in hoc nostro §. hic, legato specialiter vino in amphoris Aminæo, et Græco, subjecit genus, ibi generi subjecit speciem, hic speciei, id est, vino Amphorario Aminæo, et Græco specialiter legato subjecit genus et dulcia omnia: et videntur species propositæ modum facere subjecto generi, ut legatarius tantum habeat dulcia ejusdem speciei, quæ scilicet potui sunt, non esui.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. V. De Rebus dubiis. Lib. XXXIV. Digest.

Julianus scripsit librum singularem de ambiguitatibus, ex quo sumpta est *l. his qui ducenta*, *inf. h. t.* Græci περὶ πραγμάτων ἀμφιβολῶν, res dubia est, si ambigitur de re vel verbo, ut si anceps sit significatio verbi, ut in *l. ubi*, *inf. hoc tit.* vel si idem sermo duas differentes sententias exprimat, ut in *d. l. si is, qui ducenta*. Item si nesciamus, utile an inutile sit, quod actum est, *l. quædam*, *inf. hoc tit.* Item si incertus sit ordo nascentium vel morientium, *l. si mulier*, *l. qui duos*, §. *ult. et l. si ita fuerit*, §. *ult. hoc tit.* Item si non appareat, cui sit legatum: in *l. pen. inf.* Ab ambiguis separantur ea, quæ sunt perperam scripta, *l. cum in testamento*, *inf.* Perperam non est contra leges. Contra leges scripta pro non scriptis sunt, *d. l. ubi.* Perperam scripta valent:

perperam, id est, parum apte. Græci προπετῶς. Ita in *l.* 8. *sup. ad leg. Aquil.* videamus quid inter ea intersit. Ambigua incertum et obscurum intellectum habent: exemplum ex *d. l. si is, qui ducenta, in princ. et* §. 1. Titio cum ducentis, quæ apud eum deposui, trecenta lego, dubium est, quingenta, an trecenta legata sint. Ambiguitas nascitur ex conjunctione: nam singulæ summæ separatæ certam demonstrationem habent, conjunctæ incidunt in ambiguitatem. Vel ita: *fundum hæres meus Titio cum Dione servo Mævii dato.* Scriptura dubia est, fundus Titio et Dioni legatus sit, an fundus et Dio Titio. Ea Ambiguitas fit etiam ex conjunctione. Conjunctionem Accurs. ex Boetio vocat compositionem, *l. quoties in stipulatione, inf. de verb. obligat.* ubi rectissime explicat tria genera ambiguitatum, ὁμωνυμίαν, ἀμφιβολίαν, σύνθεσιν. At in utroque exemplo manifestum est, ambiguitatem incertum intellectum facere. Ob id ambiguitas inscitiæ adscribitur, cum dubitamus, utro modo accipiendum sit: inde dubitans et ignorans pro eodem accipitur, *l. qui testamento, et seq. sup. qui testam. fac. poss. l. ult. C. de condict. indeb.* Qui dubitat, ignorat, nec potest progredi ad intelligendum, nisi dubitatione sublata: qui dubitat vincto similis est, ut ait philosophus initio tertii Metaphys. et *lib.* 7. ad Nicomachum cap. 2. At perperam scripta, verborum idem quidem vitium habent, incertum intellectum non habent, ut in *l. si servus legatus*, §. *pen. sup. de leg.* 1. Rogo te Caji ut acceptis viginti Titio restituas decem: hanc patet esse voluntatem testatoris, ut hæres det Cajo viginti, et Cajus Titio decem, parum tamen apte scripsit, quoniam fecit ambiguum, quantum in ipso fuit. Sciendum est, eorum, quæ, dubia sunt, quædam solvi posse, hæc valent: quædam esse ejus generis, ut nulla ratione explicari queant: hæc habentur pro non scriptis, *l.* 2. *de his, quæ pro non scrip. l. quo tutela, de reg. jur. l. si quis de plurib. hoc tit.* et in *l.* 13. *de leg.* 1. exposui. Ea re fit, ut incertæ personæ legatum relictum non valeat, nisi sub certa demonstratione relictum sit, ut si ex certis personis incertæ personæ relinquatur, ut puta ex cognatis supremo morienti, §. *incerti, et* §. *sub certa, Institut. de legatis.* Hic titulus est de ambiguitatibus, quæ resolvi possunt, ut de incertis personis, quæ certam aliquam demonstrationem habent, ut in *l. quidam, l. si fuerit, l. quoties* 1. *l. si cognatis, hoc tit.* Notandum etiam hunc titulum esse non tantum de ambiguitatibus, quæ in ultimis voluntatibus incidunt, sed etiam in contractibus, *l. quædam, l. ubi, l. cum quæritur, hoc tit.* Itemque de his, quæ incidunt in actionibus et exceptionibus, *l. quoties* 2. *hoc tit.* Ratio autem solvendi est multiplex. Prior est ambiguitas sive ἀπορία, posterior εὐπορία, id est, solutio. Solutionem dicimus, quia ambiguitatem vinculis comparamus. Solvuntur subtilitate judicis, conjectura voluntatis, *l. si fuerit.* §. *ult. hoc tit.* Item interpretatione hæredis vel legatarii, prout cuique electio competit: aut contrahentium aut actoris. Item solvuntur fine, comparatione rerum legatarum, ut in *l.* 1. Item comparatione personarum, locorum, æquitatis. Inde tot regulæ juris, quæ pertinent ad explicandas ambiguitates. *In obscuris quod minimum est sequendum. In obscura voluntate libertati favendum. In re obscura favendum repetitioni suæ rei potius quam lucro. In re dubia benigniorem interpretationem sequendam. In ambiguis eam sententiam accipiendam, quæ rei gerendæ magis convenit. In ambiguis respondendum pro dotibus. In ambiguis orationibus maxime spectandam sententiam proferentis. Maxime*: nam id in primis spectatur. *In dubiis eam interpretationem esse sequendam, quæ est verisimilior. Obscura ex consectione cujusque capere interpretationem. In dubiis id accipi, quod est utilius emptori, conductori, promissori, actori.* Intentio est solutio dubitationis ἡ λύσις τῆς ἀπορίας. Ergo si ambiguus sit sermo, in primis quærendum, quid senserit, qui eo usus est: Gell. lib. 11. cap. 12. *Non aliud dicere videri debet, quam quod se dicere sentit is, qui dicit, etc.* Consule locum: ergo spectandum quid senserit, *l. nepos, de verbor. signif.* Ambigua significant duo, vel plura. Id solum videtur ex eis dixisse, quod sensit: verum si nullo ex eis significetur, quod sensit, nihil videtur dixisse. Itaque dictum illud pro non dicto habetur, ut si de veste sensit et canem legavit, hoc est pro non scripto. Canis verbum ambiguum est. *l.* 4. *sup. de legat.* 1. *et l.* 3. *h. t.* Accursius in *l.* 3. adfert *l. si alii, sup. de usufr. leg.* in contrarium. Species: fundum legavit: fundus significat plenam proprietatem non detracto usufructu. At qui fundum legavit, sensit de nuda, id est, detracto usufructu: plus valet dictum quam sensus: ideoque debetur plena proprietas. Proinde testator videtur sensisse quod dixit, licet id non senserit. Quæro ergo, cur etiam non videbitur dixisse quod sensit, licet id non dixerit. Respondendum est. Testator videtur sensisse quod dixit idque prævalet, licet id non senserit, nisi videlicet manifestissimus sit contrarius sensus, *l. et puto,* §. 1. *sup. famil. ercisc.* Similiter testator videtur dixisse, quod sensit, licet id non dixerit ut si pro Sticho Davum dixerit, videtur Stichum dixisse. Non tamen ita est, si rerum vocabula immutaverit, quæ videlicet substantiam significant, ut Stichus et Davus non significant substantiam, sed differentiæ causa imponuntur: hæc mutari possunt. At substantiam significantia qui mutat,

nihil dicere videtur, ut si pro homine arborem dixerit, pro veste suppellectilem, *d. l. 4. de leg.* 1. *l. Labeo, de supell. leg.* Videantur quæ diximus ad *l.* 4.

Ad L. I.

Fundum Mævianum aut Sejanum Titio legaverat, cum universa possessio plurium prædiorum sub appellatione fundi Mæviani rationibus demonstraretur: Respondi, non videri cetera prædia legato voluisse defunctum cedere, si fundi Sejani pretium a fundi Mæviani pretio non magna pecunia distingueretur.

De lectione legis primæ dubitaverunt interpretes circa finem, certa tamen est Florent. scriptura, si legatur, *si fundi Sejani pretium a fundi Mæviani pretio, etc.* Species est: legavi fundum Mævianum aut Sejanum per vindicationem: legatarii est electio. At ambiguum est legatum: quia Mævianus fundus duo significat, videlicet certum quendam fundum ejus nominis, deinde universitatem quandam prædiorum, in qua est et minor ille Mævianus, qui universitatis pars est: nam, ut lex ponit, rationibus defuncti appellatione fundi Mæviani, universitas prædiorum demonstrabatur. Veteres omnium rerum rationes conficiebant in dies singulos, et negligens censebatur pater familias, qui tabulas non conficeret. Eis ex tabulis plerumque colligitur, quid senserit testator, *l. prædiis*, §. *Titio*, *de legat.* 3. Lego Sejana prædia, uti comparata sunt: ea vero comparavit una cum Gabinianis simul uno pretio: an videntur etiam Gabiniana legata? Hoc argumentum non est satis idoneum, sed inspiciendum est, an rationibus, defuncti appellatione Sejanorum, demonstrentur Gabiniana, et an reditus utriusque possessionis confusi titulo Sejanorum censeantur? Quod si ita sit, censebuntur Gabiniana legata. Ergo ex rationibus defuncti sumuntur certissima argumenta voluntatum. Idem in *d. l.* §. *balneas*, *et* §. *ult. et l. servis*, *eod.* Ait, *Libellis familia*, id est, ex domesticis rationibus. Sic *l.* 3. *sup. de suppellect. leg. in fi.* cum Romæ cœpissent etiam rei condemnari ex suis tabulis, tandem illa consuetudo rationum conficiendarum exolevit. Cicero in 3. contra Verrem, et ibi Asconius. Ergo in specie legis primæ, quia rationibus defuncti continebatur universitas prædiorum, ambiguitas oritur. Ideo quæritur, utrum universitas, an particularis fundus legatus videatur? L. ait, hanc ambiguitatem solvi ex comparatione rerum legatarum. Testator videtur dedisse legatario optionem rerum parium, aut saltem non valde distantium. Quod si fundi Sejani pretium propius accedit ad pretium minoris fundi Mæviani, vel etiam si non multo exsuperat, tunc videbitur tantum fundus minor legatus. At contra si fundi Sejani pretium æquat universitatem illam prædiorum et latifundia, illa universa possessio videbitur legata. Denique ex comparatione fundi Sejani cognoscemus, de quo Mæviano testator intellexerit. Hujus rei argumentum est in *l. ult.* §. *ult. sup. de trit. vin. ol. leg.* Dulcia legata sunt. Ambiguum est: nam dulcium nomine significantur potiones item esculenta quedam, uvæ passæ, palmæ, ficus. Verum si testator dixerit, vinum amphorarium, Amynæum, Græcum, et dulcia omnia, ex collatione vini amphorarii apparet, non nisi potiones dulces legatas: sic comparatio solvit ambiguitatem. Verum quid si testator legaverit tantum fundum Mævianum, duo autem sunt, unus minor, alter amplior, cujus tamen pars minor est, ambiguitas est eadem, sed ratio solvendæ alia. Et nisi alia res dissuadet, si testator universa prædia, inter quæ est ille Mævianus, possedit sub titulo Mæviani fundi, et sic omnes reditus titulo Mæviani fundi illati sunt, videtur universitatem legasse, argumento *l. Gajus*, §. *Titius*, *sup. de leg.* 2. *l. Sejæ*, §. *Tyrannæ*, *sup. de instr. vel instrum. leg.* Alioquin videbitur minorem legasse: nam in dubiis, quod minimum est sequimur, *l. apud Julianum*, §. *Sejo*, *sup. de legat.* 1. Universitatem bonorum alio loco appellat σύγκτησιν, *l. alumnæ*, §. *Titia*, *tit. prox. sup. l. Titia cum test.* §. 1. *sup. de legat.* 2. Ubi recte legitur σύγκτησιν ἀγωνοφόρον, dicitur possessio agonothetica, *l. pen. C. de divers. præd. rustic. lib.* 11. Male legunt *synthesin*. Alio loco synthesis universam vestem significat, *l. Titia*, §. 1. *de aur. et arg. leg.*

Ad L. II.

Civibus civitatis legatum vel fideicommissum datum, civitati relictum videtur.

Hic titulus est etiam de incertis personis. Incertis personis legatum vel fideicommissum relinqui non potest. Civitatibus olim relinqui non poterat, quia est incertum corpus. Ulpian. in Frag. *tit. qui hæred. inst. poss.* hodie potest, ut senatus comprobavit. Ulpian. in Frag. *tit. de leg.* potest ergo civitati vel parti ejus legari, *l. si quis a filio*, §. *ult. l. si quid*, *l. civitatibus*, *de legat.* 1. Quid si legetur civibus? Civitati legatum videtur; hæc sunt conjugata. Et sicut nihil refert cognationi, an cognatis legetur, *l. si cognatis*, *inf. hoc tit. in fin.* sic nihil refert civitati an civibus. Aget autem legati nomine Actor sive Syndicus. Potest hodie etiam legari Ecclesiæ et cuilibet collegio licito, *l. cum senatus hoc tit.* ut collegio pistorum, naviculariorum. Interpretes, ut osten-

dant legatum Ecclesiasticis, Ecclesiæ deberi, adferunt *l. annuam*, §. 1. *sup. de ann. legat.* Species: legavit Sacerdoti et Hierophylaci, et libertis qui in templo essent, legavit autem sportulas quasdam ex reditibus prædiorum, *l. nihil proponi*, *sup. de leg.* 1. Lex ait, Templo legatum videri, non personis nominatis.

Ad L. IV. et V.

L. IV. Paulus respondit, cum nomen fideicommissarii testamento adscriptum non sit; nulli personæ neque certæ, neque incertæ, datum fideicommissum videri, indubitatum est.

L. V. Quidam relegatus facto testamento, post hæredis institutionem, et post legata quibusdam data, ita subjecit: Si quis ex hæredibus ceterisve amicis, quorum hoc testamento mentionem habui, sive quis alius restitutionem mihi impetraverit ab Imperatore, et ante decessero, quam ei gratias agerem; volo dari ei, qui id egerit, a ceteris hæredibus aureos tot. *Unus ex his, quos hæredes scripserat, impetravit ei restitutionem; et, antequam id sciret, decessit. Cum de fideicommisso quæreretur, an deberetur: consultus Julianus respondit, deberi, sed etiam si non hæres vel legatarius vel alius ex amicis curavit eum restitui: et ei fideicommissum præstari.*

§. 1. *Si tibi et posthumo suo vel alieno hæreditatem restituere quis rogaverit.*

Notandum: nullum esse fideicommissum, si nomen fideicommissarii insertum non sit, ut si rogavit hæredem dare, nec dixit cui, nec certæ personæ, nec incertæ relictum videtur: itaque est inutile. Ait, *nec incertæ*: quia quandoque incertæ personæ fideicommissum relinqui potest. Ad hanc *l.* pertinet *l. qui plures*, *de usufr. leg.* Legavit libertis quos designasset, nullos post designavit, legatum est pro non scripto, cum legatarii nomen testamento vel codicillis comprehensum non sit. Nec dicendum est, omnes libertos hoc casu admitti, hoc pugnaret cum voluntate defuncti. Aliud est, si legaverit uni ex libertis, quem hæres eliget: si enim hæres non eligat, omnibus legatum videtur, *l. Labeo*, §. *ult. de statulib. inf. l. si Titio*, §. *ult. sup. de legat.* 2. Hæc lex quarta in aliis libris est quinta. Lex quæ quarta est, abest in Florent. Illa lex 4. videtur esse exceptio hujus, quam exposuimus, sumpta ex *l. ita fidei, et l. qui pecuniam*, *inf. de statulib.* Servus manumissus est, et decem dare jussus est hoc modo: *liber esto, si decem dederis*, nec dictum est, cui daret: hoc non est fideicommissum, sed hæc dicuntur dari conditionis implendæ causa. Data conditionis implendæ causa, separantur a fideicommissis, et dicuntur mortis causa capiones communi nomine (nam et legatum et fideicommissum sunt mortis causa capiones) quia proprium nomen non habent, *l. mortis causa capitur, inf. de donat. causa mort.* Similia tamen sunt fideicommissis, et interdum pro fideicommissis accipiuntur, *l. in quartam*, §. *sed quod implendæ*, *inf. ad leg. Falcid.* Verum hac in re distant fideicom. a datis conditionis implendæ causa: nam manumissus hic non fiet liber, nisi decem dederit, quoniam illa verba conditionem faciunt. Dabit autem hæredi, debet implere conditionem in persona hæredis. Idem in fideicommiss. si sit ei fideicommissum relictum, si decem dederit. Denique incertæ personæ fideicommissum relinqui non potest: dari autem potest conditionis implendæ causa, verum sub certa demonstratione incertæ personæ legari potest, ut ex hæredibus meis, vel amicis, vel aliis, qui mihi restitutionem impetrarit a Principe, tot dari volo: erat enim relegatus qui poterat testamentum facere. Hoc fideicommissum valet, *l.* 5. *h. t.* quia videtur his omnibus legare sub conditione. Quod dicit *amicis*, intelligit legatarios, *l. Pamphilo*, §. *propositum*, *sup. de legat.* 3. Et nisi testamento honorentur amici, dicitur testamentum inhumanum. Quod ait, *vel aliis*, videlicet amicis, quibus legatum non est. Ergo certæ personæ demonstrantur, id est, hæredes, amici, legatarii vel non legatarii. Item si dixerit, ex cognatis, qui nunc sunt, qui primus ad funus meum veniet, vel qui filiam uxorem duxerit, do, lego, legatum valet. Denique videtur legatum omnibus cognatis sub conditione, §. *sub certa, Instit. de legatis.* Item si dicat, ex libertis meis, ei qui novissimus supervixerit, *l. quoties* 1. *inf. hoc tit.* et videtur omnibus legari sub conditione. Item si dixerit, Titio aut Cajo, uter prior Capitolium ascenderit, quia certæ personæ sunt designatæ, *l. si certæ personæ*, §. *hujusmodi*, *sup. de legat.* 1. Justinianus hic aliquid immutavit, verum periit illa constitutio. Est titul. in *C. ad Senatusconsult. Trebell. et de incert. pers.* Erat sub illo titulo illa constitutio.

Ad L. VI. et VII.

L. VI. Vel ex parte te, et ex parte posthumum hæredem instituisset legatumve similiter, vel fideicommissum dedisset.

L. VII. Utrum ita posthumus partem faciat, si natus sit: an et si natus non sit, quæritur. Ego commodius dici puto, si quidem natus non est, minime eum partem facere, sed totum ad te pertinere, quasi ab initio tibi solido relicto: sin autem natus fuerit, utrosque accipere, quantum cuique relictum est, ut uno nato, pars tibi dimidia debea-

tur, duobus natis, tertia tibi debeatur, tribus natis, quia trigemini quoque nascuntur, quarta debeatur. Et nostra quidem ætate Scarpias Alexandrina mulier ad D. Hadrianum perducta est cum quinque liberis, quos uno fœtu enixa est. Sed tamen quod ultra tres nascitur, fere portentosum videtur.

§. 1. *Cum quidam pluribus hæredibus institutis, unius fidei commisisset, ut cum moreretur, uni ex cohæredibus cui ipse vellet, restitueret eam partem hæreditatis, quæ ad eum pervenisset: verissimum est, utile esse fideicommissum. Nec enim in arbitrio ejus, qui rogatus est, positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat. Plurimum enim interest, utrum in potestate ejus, quem testator obligari cogitat, faciat si velit dare, an post necessitatem dandi, solius distribuendi liberum arbitrium concedit.*

§. 2. *Quæsitum est, si cohæredes ex disparibus partibus scripti sint, utrum partem suam in viriles partes restituere singulis debeat, an pro portionibus hæreditariis, ex quibus hæredes scripti sint: et placuit, si testator ita restitui jussisset partem, si aliquam pecuniam dedissent, si quidem æquas partes jussi fuerint dare, conveniens videri esse, etiam ex fideicommisso æquas partes eis restitui oportere: si vero dispares in ea pecunia distribuenda significavit testator, ut videantur hæreditariis portionibus congruere, consentaneum esse, etiam fideicommissum pro hæreditariis partibus eis restitui debere.*

Posthumus est incerta persona: nam non semper habetur pro nato. Natus injustum facit testamentum; posthumus non item. Ergo non est pro nato. Item nato bona conferuntur, posthumo non conferuntur, *l. ult. de collat. bon.* Item nato defertur hæreditas vel bonorum possessio, posthumo non item, *l. fin. de vent. in possess. mitt.* Præterea natus institui sub omni conditione, vel exhæredari non potest, sed tantum sub potestativa: posthumus sub omni conditione potest, *l.* 1. §. *sed et si, de vent. in possess. mit.* Ideo posthumus non semper est pro nato. Ob id in *l. qui in utero, de statu hom.* additur, *pene*, ob id etiam olim posthumo alieno legari non potuit, quia est incerta persona, suo potuit. Nam et posthumus suus hæres institui potest, si post mortem nasceretur ex *l.* 12. tab. vel ex l. Velleja, si post testamentum nasceretur. Posthumus alienus non potuit institui jure civili, id est, institutus non potuit adire. Jure prætorio potuit, et instituto dabatur bonorum possessio secundum tabulas, *l.* 3. *de bon. poss. secun. tab. l.* 1. §. *si filium in adoptionem, l. extraneo, de vent. in poss. mitt.* Forsitan potuit et fideicommissum relinqui posthumo alieno, legatum enim non potuit. Ideo quod sequitur in *l.* 6. de posthumo instituto, et legato ei relicto ad suum tantum referendum erit, secundum jus vetus: nisi dicas, quod est probabilius, Tribonian. addidisse hæc verba, *vel alieno*, *in* §. *ult.* quia hodie ex Græca Constitutione Justiniani *De incertis personis*, quæ non exstat, posthumus alienus institui potest, et in tit. *de bonor. possess. in princ.* Potuit olim posthumus alienus ab intestato succedere, si agnatus esset vel legitimus, *l. pen. de leg.* 1. adgnatus ut frater, qui est in utero matris, et sic fratris posthumus, legitimus autem posthumus matri est, qui extrahitur exciso ventre: nam hæres est matris legitimus ex Orfitiano, *l. posthumus, de inoffic. test.* Posthumus suus est is, qui nobis suus hæres futurus est, ut qui nascitur ex justa uxore. Alienus est, qui nobis suus non nascitur, sed agnatus vel cognatus, vel penitus extraneus, §. *posthum. de legat.* Nunc finge: testator rogavit hæredem, ut tibi et posthumo suo, vel alieno, hæreditatem restitueret, vel legavit, vel te ex parte, et posthumum ex parte hæredem instituit, quo casu estis verbis tantum conjuncti. Quæro, non nato posthumo, an totum ad te pertineat? Inter verbis conjunctos non est jus accrescendi. Verum hoc casu illa conjunctio verborum accipietur pro duplici, *l. si duobus*, §. *ult. de leg.* 1. Quia ea videtur fuisse mens defuncti, ut si posthumus nasceretur, partem sibi relictam acciperet, posthumo non nato, totum haberes. Ergo non natus partem non faciet. Et quovis casu non nato posthumo, totum vindicabis quasi ab initio toto tibi relicto. At quæritur, si nascatur posthumus, quot fiant partes? Si unus nascatur duæ fient partes: si duo tres, et tertia tibi dabitur, si tres, quatuor fient partes. Opponitur *l. qui filiabus*, §. 1. *sup. de leg.* 1. Ibi ostenditur, multum interesse, utrum legetur posthumo, an Titio et posthumo: nam si posthumo legentur centum, pluribus natis, tantundem singulis debetur. At si legetur Titio et posthumo, pluribus natis, non debentur, nisi una centum. Verum id comparatio et collatio. Titii exigit. Opponitur etiam *l. si quis Attio*, *sup. de usufr. accresc. l. interdum*, *sup. de hæred. instit.* de qua in *l.* 53. *sup. de leg.* 1. Dicendum, multum interesse, utrum legaverit Titio et filiis, an Titio et posthumis. Nam si Titio et filiis legavit, duæ partes fient, quia videtur omnes filios coegisse in unam partem: at si legavit Titio et posthumis, divisio fit pro numero personarum, et in capita, quod dixerit posthumis, nec enim potuit singulos nominare, ideo tribus natis debetur, Titio quarta tantum, non dimidia. Ponit tres natos, quia tergemini nasci possunt. Accurs. *Tergemini*, id est, sex; male. At possunt etiam nasci quatuorgemini, et quinquegemini, ut refert Cajus hac *l.* sua ætate ad Adria-

num Imperatorem perductam fuisse mulierem cum quinque liberis. Ex quo apparet Cajum fuisse Adriani temporibus. Augustinus in quæstione de Fato, *l. 3. si pars hæredit. pet.* Tertullian. in lib. de Anima. Sed ait lex, hoc est portentosum. Ideoque Jurisconsulti nunquam ponunt speciem de quinquegeminis, sed de tergeminis tantum. Et si quis moriatur intestatus relicto filio et uxore prægnante, quia possunt nasci tergemini, nec plures, nisi portentose. Sabiniani interim filio non dant petitionem hæreditatis paternæ, nisi pro quarta parte, *l. sed si restituatur*, §. *ult. sup. de jud. d. l. 3.* Dissentit Pomp. in *l. cum quidam*, §. *suum*, *de acquir. hæred.* Obtinuit Sabinianorum sententia. Alia species: testator plures hæredes scripsit: unum rogavit ut ex ceteris uni, cui vellet partem suam restitueret post mortem suam. Fideicommissum valet, §. *cum quidam.* Nec potest dici incertæ personæ relictum, non potest etiam dici, ideo fideicommissum non valere, quod sit collatum in arbitrium hæredis, *l. senatus*, §. *legatum*, *de leg.* 1. Nam non ponitur, an debeat, sed cui debeat: cui enim debeat, et quando debeat, in ejus arbitrio poni potest. Ideoque si decesserit, nullo electo, omnibus competit petitio fideicommissi, *l. Labeo*, §. *ult. inf. de statulib. l. cum quidam*, *sup. de leg.* 2. At dubitatur, si cohæredes sint scripti ex inæqualibus partibus, et illo non eligente omnes petant, utrum viriles habeant, an hæreditarias? De eo etiam ambigitur, si unus ex hæredibus rogatus sit restituere suam partem ceteris omnibus, si sint scripti ex æqualibus partibus. Ambiguitas solvetur ex comparatione pecuniarum, quas invicem cohæredes dare illi jussi sunt. Nam si æquales partes illi dare jussi sint, accipient etiam æquales partes. At si jussi sint dare inæquales, quæ partes pecuniæ congruant inæqualibus partibus hæreditariis, tum accipient hæreditarias, ex comparatione ejus, quod vicissim ipsi dant. At si partes pecuniæ non congruant partibus hæreditariis, qui modus fuerit distribuendæ pecuniæ, idem erit præstandi fideicommissi, *l. quoties*, *ad Trebell.* §. *ult. hac l.* At quid si nullas pecunias dare jussi sunt, ex quarum comparatione solvi ambiguitas possit; tum sequemur, quod est verisimilius, *l. in obscuris*, *de reg. jur.* Id autem est verisimilius, testatorem dedisse easdem partes in fideicommisso, quas in hæreditate expressit, *l. Lucius*, §. *præter*, *et* §. *Mævio*, *ad Trebellian. l.* 1. *C. de impub. et alii substit.* Ergo præstabitur pro hæreditariis portionibus.

Ad L. VIII.

Si inter virum et uxorem donatio facta fuerit: priore defuncto, cui donatum est, ad eum res redit, qui donaverat. Quod si simul tam is, cui donatum est, quam is, qui donaverit, quæstionis decidendæ gratia, magis placuit, valere donationem, eo maxime, quod donator non supervivat, qui rem condicere possit.

Donatio inter virum et uxorem confirmatur morte donatoris, si donator prior moriatur, quod si donatarius prior moriatur, tum donator donationem revocat, *l. si interim*, *h. t.* quæ est ex *tit. de don. inter vir. et ux. in sent.* Videndum ergo uter prior decesserit. At quid si sit incertus ordo morientium, ut fit naufragio, ruina? Sequemur benigniorem sententiam, et dicemus videri donatorem priorem decessisse, atque ita confirmari donationem: nam cum simul perierunt, saltem verum est donatorem non supervixisse donatario, ut possit ad eum redire, *l. cum hic status*, §. *si ambo*, *de don. int. vir. et uxor. l. si hi invicem*, *de don. caus. mort.* Opponitur *l. qui duos*, §. *si maritus*, *h. t. et l. si possessor*, *de religios.* §. *si maritus*, accipiunt de stipulatione reddendæ dotis, sed est de stipulatione lucrandæ dotis, id est, ut maritus lucretur eam morte uxoris, ut constat ex *l. si possessor.* Sciendum, dotem profectitiam non remanere apud virum, uxore mortua, nisi aliud cautum sit. Ideo cautum est in §. *si maritus*, ut mortua uxore, remaneat. Dos adventitia ipso jure remanet apud maritum, ut ostendit *l. 3. de his, quæ ut indign.* Ergo ita conventum est, simul interierunt. Quid fiet? Dicemus, priorem videri mulierem decessisse, et ideo maritus dotem lucrabitur. Quod putant adversari *l. si inter*, nihil vero minus. Nam in *l. si inter* videtur prior decessisse qui donavit: similiter in §. *maritus* videtur decessisse, quæ dotem dedit, in *l. si inter* donatio effectum habet, ita etiam in *h.* §. Male opponit Accurs. regulam Catonianam, *quod ab initio non valet, etc.* Dicendum hoc fieri ex Senatusconsulto ut confirmetur *d. leg. cum hic status.*

Ad L. IX.

Qui duos impuberes filios habebat, ei, qui supremus moritur, Titium substituit: duo impuberes simul in nave perierunt. Quæsitum est an substituto, et cujus hæreditas deferatur? Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato hæres erit, posteriori substitutus: in ea tamen hæreditate etiam ante defuncti filii habebit hæreditatem. In proposita autem quæstione, ubi simul perierunt: quia cum neutri frater superstes fuit, quasi utrique ultimi decessisse sibi videantur: an vero neutri, quia comparatio posterioris decedentis ex facto prioris mortui sumitur, sed

superior sententia magis admittenda est, ut utrique hæres sit. Nam et qui unicum filium habet, si supremum morienti substituit, non videtur inutiliter substituisse. Et proximus agnatus intelligitur etiam, qui solus est, quique neminem antecedit. Et hic utrique, quia neutri eorum, alter superstes fuit, ultimi primique obierunt.

§. 1. *Cum bello pater cum filio periisset, materque filii, quasi postea mortui bona vindicaret, adgnati vero patris, quasi filius ante periisset, D. Hadrianus credidit, patrem prius mortuum.*

§. 2. *Si cum filio suo libertus simul perierit, intestati patrono legitima defertur hæreditas, si non probatur supervixisse patri filius. Hoc enim reverentia patronatus suggerente dicimus.*

§. 3. *Si maritus et uxor simul perierint: stipulatio de dote ex capitulo,* si in matrimonio mulier decessisset, *habebit locum, si non probatur illa superstes viro fuisse.*

§. 4. *Si L. Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum hæredem habebat, perierit, intelligitur supervixisse filius patri, et ex testamento hæres fuisse, et filii hæreditas successoribus ejus defertur: nisi contrarium approbetur. Quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse, nisi et hic contrarium approbetur.*

Quæritur de pariter mortuis, sive de incerto ordine morientium. Species: Pater duos filios impuberes instituit, et substituit supremo morienti, quod vulgo olim fieri solebat. Ideo dicitur vulgaris substitutio, *l. in vulgar. inf. de verb. signif.* Est tamen pupillaris. Hanc pater facit, dum vult fratres ab intestato succedere, et post omnium mortem demum substitutum vocari, *l. vel singul. sup. de vulg. et pup.* Itaque hoc casu priore fratre mortuo, alter erit hæres ab intestato, posteriori substitutus, et is inveniet in hæreditate posterioris hæreditatem prioris, *l. qui duos, de vulg.* At quid si fratres simul moriantur, an locus sit substituto ambigitur: propterea, quia dixit supremus. Non est supremus, nisi aliquis fuerit primus, cum ambo simul petent, neuter est primus, neuter supremus. Ergo substitutus supremo, neutri substitutus videtur. At interdum supremus non confertur cum alio, ut in edicto *de bon. poss. secund. tab.* Supremæ tabulæ dicuntur etiam solæ. Et e contrario in 12. tabul. proximus dicitur etiam unicus, *l. in vulgari, l. illa verba, de verb. sign.* Et hæc interpretatio rei propositæ aptior est, ut videlicet substitutio potius valeat, quam pereat. Ideoque dicemus utrumque fratrem videri supremum decessisse, et utriusque hæreditatem ad substitutum pertinere. Idem ostenditur in *l. ex duob. in princ. sup. de vulg. et pup. subst. l. pen. in princ. de bon. poss. secund. tab.* Obstat *l. eum qui, inf. ad Trebell.* in Flor. incipit, *si ejus.* Species: Ex duobus fratribus rogavit eum, qui supremus moreretur, ut partem suam restitueret Titio, est substitutio precaria. Ergo substituit Titium supremo morienti precario: fratres simul pereunt, an vocatur Titius? Minime. Neutrius pars Titio debetur. Itaque inutilis est substitutio. Dicendum hoc ita fieri, quia Titius fuit substitutus in partem tantum supremi; ea pars incerta est, quia incertum est, quis supremus decesserit, et consequenter in hoc incerto vitiatur fideicommissum. At in specie nostra non substituit tantum in parte supremi, sed substituit supremo morienti ea mente, ut utriusque fratris hæreditas ad eum perveniret. Ideo utroque simul mortuo, facile ad utriusque hæreditatem admittitur. Ea *l. eum qui*, est Martiani ex lib. 2. Regularum, ex quo libro etiam est *l. si ii qui invicem, de donat. causa mort.* quæ ad eandem quæstionem pertinet: de ea diximus in *l.* 8. Eam quæstionem Martianus persecutus est etiam 3. lib. ut indicat *l.* 17. *et* 16. *inf. h. t.* et ideo in *l.* 19. ait, quod de pariter mortuis tractamus. Id vero cœpit tractare lib. 2. et in aliis agitatum est.

Ad L. XVI.

Quod de pariter mortuis tractamus, et in aliis agitatum est. Ut ecce: si mater stipulata est, dotem a marito, mortua filia in matrimonio, sibi reddi, et simul cum filia perit, an ad hæredem matris actio ex stipulatu competeret? et D. Pius rescripsit non esse commissam stipulationem: quia mater filiæ non supervixit.

§. 1. *Idem quæritur si extraneus, qui dotem stipulatus est, simul cum marito decesserit, vel cum ea, propter quam stipulatus esset, an ad hæredem suum actionem transmittat.*

In l. 16. proponitur hæc species: mater pro filia dotem dedit, et stipulata est, eam sibi reddi, mortua in matrimonio filia, quæ dos dicitur receptitia. Necessario stipulata est, alioquin eo casu remaneret apud virum, quia est adventitia. Finge: periere simul mater et filia; an dabitur actio ex stipulatu hæredibus matris, quasi filia prior decesserit? Minime: quia dos reddenda est matri superstiti: at superstes non est, quæ simul periit. Semper filia videtur supervisisse matri, quoniam is est ordo naturæ. Eodem modo donatione facta inter virum et uxorem, si una moriantur, res donata non redditur, quia non est reddenda, nisi donatori superstiti, in *l.* 8. *et d. l. si ii qui invicem.* Item, si convenerit maritus dotem retineret uxore mortua, et simul pereant, dos non reddetur, quia non est reddenda, nisi uxori superstiti. Ergo dotem

retinebunt hæredes mariti, et ubique melior erit causa possesssorum, §. *si maritus*, *hac l.* In *l.* 16. extraneus qui dotem dedit mulieri, et stipulatus est, eam sibi reddi mortuo marito in matrimonio id egit, ut sibi dos redderetur, si prius maritus decederet. Finge: perierunt simul extraneus et maritus: dos non reddetur hæredi extranei, quia non est reddenda, nisi extraneus superstes *fuerit*, *d. l.* 16. ubi Accursius male accipit hæc verba, *cum marito.* Idem erit, si hic extraneus stipulatus erit in casum mortis mulieris: nam si pereat simul cum muliere, dos etiam non reddetur hæredibus.

Ad L. XVII.

Idem est si dos uxori prælegata sit, et simul cum marito perierit.

Additur in *l.* 17. idem esse; si uxori dos prælegata sit, et simul cum marito interierit. Loquitur de dote adventitia, quæ remanet apud virum, mortua uxore: mortuo autem viro, redditur uxori. Quid si simul moriantur? non reddetur vel hæredibus, melior erit causa possessorum, idest hæredum mariti. Idque verum est etiam si dos prælegata sit uxori. Male Accursius, quia dicit prælegata, ideo ponit uxorem fuisse hæredem scriptam, quasi prælegatum possit solis hæredibus relinqui, quod negandum est. Dos prælegatur uxori, etiam non institutæ, *tit. de dot. prælег.* Item, peculium servo, *l.* 10. *et l. ult. de pecul. leg.* Item obligatio debitori prælegatum, *l. non solum*, §. *pen. sup. de liber. leg.* Item domino prælegatur pretium servi sui, in *l. servitutem*, §. *dabimus*, *de bon. libert.* Iis dicitur prælegari, etiam si non sint instituti. Et ut notavit Stephanus ad *l. Bæbius, de pact. dotal.* hoc verbo utimur, quoties cui res quodammodo sua legatur, ut uxori dos, servo peculium. Dotis prælegatio eodem jure est, quo et dotis actio citra prælegationem, nisi quod prælegatio dotis habet commodum repræsentationis. Actio dotis competit annua, bima, trima die, *l.* 1. *de dot. præleg.* Alias vero eodem est jure dotis prælegatio et actio. Itaque etiamsi dos prælegata fuerit, non ideo magis reddetur hæredibus uxoris, quæ simul periit cum marito. Opponitur *l. non debet actori*, *de reg. jur. In re obscura melius est repetitioni favere, quam adventitio lucro.* Cur ergo, ubi est obscurum, uter supervixerit, non favemus potius hæredibus mulieris dotem repetentibus, quam hæredibus mariti lucrari volentibus? Regula ait, *adventitio lucro.* Exemplo ponit Harmenop. *lib.* 1. *Epit. tit.* 15. Dos, quam retinet maritus vel hæres ejus, quasi uxore præmortua, non est lucrum adventitium, sed rei jam sibi acquisitæ retentio. Lucrum est veluti donatio quæ extrinsecus accedit. Ideo si quis repetat pecuniam, quasi indebite solutam, et sit dubium, an eam donandi animo numerarit, an per errorem quasi debitam, in dubio, videbitur potius per errorem numerasse, quam donasse: ita repetitionem accipio pro condictione indebiti: nam et eo libro, ex quo est illa l. Ulpianus, planissime disputavit de condictionibus. Alia species: Pupillo est substitutus frater, si frater supervixerit pupillo, ei erit hæres necessarius ex substitutione pupillari, quia quos sibi necessarios pater facit, potest et filio facere. Sed si simul pereant, non videtur supervixisse, nec extitisse hæres ex substitutione, sed legitimi utrinque succedunt, *l.* 18. Item si duo fratres impuberes invicem directo substituti sunt in secundum casum. Item, si alter alteri, id est, extraneus extraneo substitutus sit in secundum casum, videlicet verbis fideicommissi: nam in secundum casum substitutio directe non fit extraneo, sed precario. Verum si simul decesserint, videtur intercidisse substitutio precaria, quia alter non est superstes. Similiter si dominus et servus simul moriantur, servus non videtur supervixisse: ideo non videtur fuisse in bonis domini mortis tempore. In ponenda Falcidia computatur quantitas patrimonii mortis tempore, *l. in quantitate*, *ad leg. Falcid.* Eum servum, qui simul periit, non computabimus in bonis, *d. l.* 18. Conclusio. Duobus pariter mortuis, non videtur alter alteri supervixisse. Excipiuntur parentes et liberi. Si pater et filius simul moriantur, videtur filius supervixisse: hoc suggerit ordo naturæ, *l. nam et si parentib. de inoff. test.* Ita fuit scriptum monumento Papiniani: *Papiniano turbato ordine naturæ in senio parentes fecerunt filio mortuo:* quod et alio loco his verbis exprimitur: *filio infelicissimus pater afflictus præposteritate naturæ.* Item, mater videbitur hæres extitisse, exclusis agnatis filii. Similiter, si mater et filius simul moriantur, filius videtur hæres fuisse matri ex Orfitiano, *l. eum pubere, h. t.* Et hoc si filius fuerit pubes: nam si impubes fuit, verisimilius est, eum decessisse ante patrem vel matrem, *l. si mulier*, *h. t. l. inter*, *de pact. dotal.* Hoc propter infirmitatem ætatis. Aliud si pater qui libertinus est, moriatur cum filio: nam creditur libertus supervixisse, ut patronus ei succedat. Hoc suggerit reverentia patroni, §. *si cum pater*, *h. l.* Aliud est, si quis rogetur restituere hæreditatem, si sine liberis decesserit, quo casu susceptis liberis, fideicommissum non intercedit, nisi liberi patri supervixerit, *l. filiusfam.* §. *cum quis*, *de legat.* 1. Sed simul perierint, non dicemus, in fraudem fideicommissarii liberos supervixisse, *l. ex facto*, §. *si quis autem*, *ad Trebell.* quia, ait, verum non est supervixisse liberos, qui simul pereunt: licet

cum de successione quæritur in patrem et filium, aliter præsumatur ex ordine naturæ. Verum fideicommissum non aufertur fideicommissario, quasi liberi supervixissent.

Ad L. X.

Si fuerit legatum relictum, ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit: si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impedietur legatum? Vel ei, qui monumentum fecerit, et plures fecerint. Vel ei, qui maximus natu est, et duo pares ætate sint. Sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum, et duo sint æqua caritate conjuncti. Sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Sempronii, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat, cui ademptum sit, utrum datio in utriusque persona infringitur, an ademptio nulla est, quæri potest. Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni, vel quibusdam relicta est. Et verius est, in his omnibus etiam legata et libertates impediri; ademptionem autem in utrumque valere.

§. 1. *Plane si ita libertatem acceperit ancilla,* si primum marem pepererit, libera esto, *et hæc uno utero marem et fœminam peperisset: si quidem certum est, quid prius edidisset, non debet de ipsius statu ambigi: utrum libera esset, nec ne. Sed nec si filiæ. Nam si postea edita est, erit ingenua. Sin autem hoc incertum est, nec potest, nec per subtilitatem judicialem manifestari: in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur, quam filia ejus ingenuitatem: quasi per præsumptionem priore masculo edito.*

Legavit testator ex cognatis, ei qui prior *Capitolium ascenderet*: legatum valet: nam legat incertæ personæ sub certa demonstratione. Quod si legavit ei, *qui prior ascenderit,* non valet. At finge, duo pariter ascenderunt, cui debetur legatum? Lex ait, neutri, quia incertum est, quis prior ascenderit, et alter alteri impedimento est: quia ergo res obscura est, nec distingui potest, inutile redditur legatum: utrique enim non debetur, quia testator uni voluit deberi. Apud Livium, promissa est corona ei, qui prior murum ascenderit, duo ascenderunt simul, uterque virtutis causa præmium tulit: id vero fecit princeps pro sua liberalitate: nos de obligatione quærimus. Obscura, quæ solvi non possunt, pro non scriptis habentur. Alciat. de hoc scripsit, 9. *Parerg. cap.* 10. Finge: testator legavit ex cognatis ei, *qui monumentum faceret*, duo fecerunt, neutri debetur legatum, quia invicem sibi obstant, nec potest hæres uni satisfacere, quin expostulet alter: vel etiam legavit majori natu cognato, duo sunt pares ætate, nulli debetur legatum, nisi aliqua ratione res possit explicari. Item si legetur Sempronio *amico*, et duo sint Sempronii amici. Item si libertas legetur *Sticho*, et duo sint ejusdem nominis, ut legatum, ita etiam libertas vitiatur propter incertum, *l. si quis de plurib. inf. hoc tit.* Obscura ergo pro non scriptis habebuntur, nisi solutio aliqua inveniatur. Verum si duobus Semproniis legatum sit, postea ademptum sit Sempronio, lex ait, in utriusque persona consistere ademptionem. Obstat *l.* 3. §. *si quis duob. sup. de adim. leg.* de eo in *l.* 13. *sup. de leg.* 1. Alia species in §. *ult.* Legavit libertatem ancillæ, *si primum masculum pepererit* peperit masculum et fœminam: incertum est, uter prior natus sit: non pono pariter utrumque natum, quoniam id fieri non potest, quid fiet? Hoc dirimet subtilitas judicis, causa cognita, auditis obstetricibus. Verum si res adeo sit incerta, ut distingui non possit, sequemur humaniorem sententiam, id est, quæ pro libertate facit, id est, masculum priorem esse editum, ac sic mater et filia erunt liberæ. Hæc species non est similis superiori, si duo sint Stichi, et Sticho legetur libertas, respondetur contra libertatem quia duo sunt, qui certant de libertate, et invicem sibi obstant. Huc pertinet *l. qui solvendo* 42. *l. invicem, de hær. instit. infr.* At in hac specie unus est, qui libertatem petit, cui facilius subvenitur. Hæc lex est Ulp. ex sexto disput. quo lib. Ulp. tractaverat etiam de libertate si tres pepererit, *l. idem erit, sup. de stat. hom.* De ea libertate ambiguitates facti pleræque possunt incidere, quas eodem modo oportet dissolvere.

Ad L. XII.

Quotiens in actionibus, aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pereat.

Notandum, in ambiguis quoad fieri potest, id agendum, ut res valeat potius, quam pereat, *l. quoties in stipulat. de verb. oblig. Res qua de agitur.* Hæc sunt verba propria JC. Cicer. in Bruto: *qua de re agitur, quod multis Jurisconsultorum includitur formis*: et in 2. *de finib. in princ.* ubi legendum, *quæ res agatur.* Finge, petitus *est Stichus,* duo sunt, actor de uno sentit, reus de altero: ut actio sit salva, sequemur mentem actoris *l. si quis intentione* 66. *de judic. l. in contrah. de reg. juris.* Vel stipulatus sum Stichum, promisisti, duo sunt Stichi: ego unum peto, tu alterum vis tradere: vel stipulatus sum hominem generaliter, cum de certo sentirem, *l. ubi inf. hoc tit.* vel stipulatus sum dare Carthagini, altera in

Africa, altera in Hispania: lex *ubi* ait, id maxime sequendum, quod actum est, et quoad ejus fieri potuit, id accipiendum est ut ne stipulatio pereat. Verum si non possit inveniri, quod actum est, quid senserit, interpretatio fiet contra stipulatorem, accipiemus eam Carthaginem, de qua promissor sensit, *l. cum quæritur, h. t. l. stipulatio ista* 38. §. *in stipulat. inf. de verb. oblig.* Sic etiam in dubio sequimur, quod placet emptori aut conductori. Interpretamur contra emptorem aut locatorem, qui legem contractus dixit ambigue, *l. Labeo*, 1. *l. cum in lege, sup. de contrah. empt. l. in emptione, eod. l. veteribus, de pact.* In *d. l. si emptione,* legendum, *eum Stichum deberi, de quo emptor senserit*, alias *venditor.* Est alius locus in l. 5. *C. qui manumitt. non poss.* ubi pro *emptori* legendum est, *venditori.* Libertas data servo a debitore fisci, in fraudem fisci non valet. Species: Pater tuus pro te dedit pretium emptori, qui erat debitor fisci, et te redemit ac manumisit: nihil videtur factum in fraudem fisci. Nam servus quidem debitoris fisci manumissus est, sed debitor fisci pro eo pretium accepit. Itaque nihil videtur periisse fisco. Hæc species non convenit. Nam dico, patrem dedisse emptori pretium, legendum *venditori.* Verum §. noster ait, per præsumptionem priorem masculum natum videri favore libertatis. Græci dicunt κατὰ πρόληψιν id, est, per præsumptionem. Sic per præsumptionem lucra nuptialia pertinent ad filios, licet hæredes non extiterint. *Nov.* 22. Item per præsumptionem ex generali hypotheca aut fideicommisso quædam excipi *Nov.* 39. Item κατὰ πρόληψιν hypothecam induci, *l. ult. C. in quib. caus. pign. tac. contr.* justa interpretationem, id est, κατὰ πρόληψιν. Item mobilibus legatis, quædam excipiuntur κατὰ πρόληψιν, Harmenop. 5. *Epitom. tit. de legat.* Item fidejussorem acceptum sine scripto de quo *l.* 1. *C. ad Turpillian.* rei exhibendi causa is non obligatur ultra duos vel tres menses κατὰ πρόληψιν: nam non præsumitur, se in longius tempus obligasse, *l. pen. C. de fidejussor. l. neque,* §. *pen. de fideicomm. libert.* Eum, quem defendit procurator, videri abesse ex justa causa, addunt κατὰ πρόληψιν lib. 48. βασιλικῶν. Sic ad l. 8. *C. de donat.* ait, patrem videri donasse prædium filio, si nomine filii in censum tulerit. Isidorus notat id fieri κατὰ πρόληψιν. Item in *l. defensionis, C. de jur. fisc.* si apparitor possideat rem fiscalem, videtur eam mala fide possidere semper. Id notant etiam fieri κατὰ πρόληψιν 56. βασιλ. quoniam plerunque sunt pessimi. Sic in Novella Leonis et Constantini de testibus, ait, κατὰ πρόληψιν eos qui sunt in dignitate positi, videri testes esse idoneos, et omni exceptione majores.

Ad L. XIII.

Si is, qui ducenta deposuit, ita leget: Sejo cum ducentis, quæ apud eum deposui, trecenta lego: *singulæ summæ separatæ quidem, certam habent demonstrationem, conjunctione vero tali incidunt in ambiguitatem. Sed dicendum est, non trecenta, sed quingenta deberi, quia duæ summæ junguntur.*

§. 1. *Si quis leget*: Fundum Sejanum hæres meus Attio Dioni Mævii servo dato: *dubitatur quidem, Dioni quoque fundus legatus sit, an Dio cum fundo legatus sit. Sed magis dicendum est, non solum fundum, sed etiam servum Dionem esse legatum maxime si nullas justas causas habuit Dioni legandi.*

§. 2. *Cum ita stipulationem concipimus*: Si hominem aut fundum non dederis, centum dari spondes? *Utrumque est faciendum, ne stipulatio committatur, id est, sive alterum, sive neutrum factum sit, tenebit stipulatio: Idemque est evidenter, cum propositis specialiter pluribus rebus, quas fieri volumus, ita stipulamur:* si quid eorum factum non erit, *veluti,* Stichum et Damam et Herodem sisti: *Si quis eorum non stiterit*, decem dari: *Necesse est enim omnes esse sistendos, ut stipulationi satis fiat. Vel (ut proprius accedamus) fingamus ita stipulationem factam*, si Stichum, et Damam et Hærodem non stiteris, decem dari: *Neque enim dubitabimus quin æque omnes sisti oporteat.*

§. 3. *Utrum ita concipias stipulationem,* si illud aut illud factum non erit, *an hoc modo*, si quid eorum factum non erit, quæ ut fierent comprehensa sunt: *hoc interest, quod quamvis altero facto verum sit, hoc aut illud vere factum esse, non ideo tamen verum erit, hoc aut illud factum non esse. Nam simul ea possunt esse vera, quamvis inter se contraria sunt. Quia cum significatio non ex universo, sed ex aliquo sumitur, si veri aliquid inde sit, veram efficit totam orationem, sicut e contrario duæ orationes pugnantia continentes, simul falsæ sunt. Veluti si qui liberorum partim puberes, partim impuberes decesserint. Nam et hoc falsum erit, omnes impuberes decessisse, et illud, omnes puberes decessisse. Id accidit, quia significatio sumitur ex universo: in quo si aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit. Animadvertendum igitur est, quid sit, de quo quæritur, nam cum ita concipio*: si illud aut illud non fuerit, *quæri debet, an aliquid factum non sit. Illius effectus hic est ut neutrum fiat. Hujus autem ut utrumque fiat. Nec in illo prodest, aliquid non fecisse, si aliquid factum sit.*

§. 4. *Proinde si quis ita interroget* : Eorum quid, quæ objiciuntur tibi, fecisti, *ille neget* ; *hoc exprimat. Eorum quid, quæ objiciuntur , non feci* , id est, *nihil horum feci*.

§. 5. *Si quis autem plura in stipulatum deducat, quorum unum fieri velit, ita comprehendere debet* : Illud aut illud fieri spondes ? Si nihil eorum factum erit, tantum dabis.

§. 6. *Item si paterfamil. in testamento ita scripserit :* si quis mihi filius aut filia genitur , hæres mihi esto : si mihi filius aut filia hæres non erit , Sejus hæres esto : *non satis voluntatem suam declaravit, si non aliter extraneum hæredem esse volet, quam si neque filius, neque filia hæres sit. Hoc enim modo concipi oportet* : si mihi neque filius , neque filia hæres erit , *Potest autem interdum superior scriptura esse necessaria, si quis cum filium et filiam habeat, utrumque hæredem instituere velit : sed , sive alter hæres futurus sit extraneum miscere* ; *sive neuter , extraneum substituere. Sed proclivior est sententia testatoris , sic esse interpretanda, ut, sive filius, sive filia nati ei fuerint , extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit.*

Initio legis duæ sunt ambiguitates , earum solutionem lex indicat in §. *cum ita.* Proponitur stipulatio talis : *Si hominem aut fundum non dederis , centum dabis* , nulla alia præcedente stipulatione de homine , aut fundo dando : quidam habent, *hominem ac fundum,* male : retinenda Florent. lectio. Hæc stipulatio ambigua est, vel hoc significat si nihil dederis, id est, nec hominem, nec fundum. Et si ita accipiatur, alterum dando, stipulationi satisfiet. Vel hoc significat , si aliquid non dederis. Et ita accipitur plerumque. Ergo sive neutrum dederis, sive hominem tantum, stipulatio committetur , id est, ex stipulatu agi poterit : nam id agitur , ut vel uno non præstito, stipulatio committatur. Sufficit ergo vel unum præstitum non esse , nec aliter satisfiet , quam utroque præstito , *l. si quis ita stipulatus fuerit* 10. *aur. in fi. de verb. obligat.* Additur idem esse dicendum evidenter , id est , sine ulla ambiguitate, si præcedente alia stipulatione , qua plura quædam fieri stipulatus sum , videlicet , *Stichum, Pamphilum* , *Damam* , *judicio sisti.* Deinde ita ; *si quid factum non erit , vel si quis eorum non stiterit* . *centum dabis.* Nam si vel unus non stiterit , stipulatio committetur, non aliter, quam si ita stipulatus fuissem , si Stichum et Pamphilum et Damam non stiteris , centum dabis : quo casu sistendi sunt omnes. Sic etiam priore casu perinde est , ac si ita stipulatus fuissem , *si hominem et fundum non dederis , centum dabis.* Conclusio sit : Eundem esse effectum hujus stipulationis , *si illud , aut illud factum non erit,* et illius, *si quid eorum factum non erit*, quæ ut fierent superius comprehensum est. Obstat valde §. *utrum* , qui sequitur , in quo ait , diversum esse effectum. Alii dicunt §. *utrum*, corrigere præcedentem §. *cum ita.* Verum sciendum est orationum contrariarum tria esse genera. Orationes Jul. vocat , sicut Aristot. λόγους ἀποφαντικούς. Aliæ *adversæ,* sive ἐναντίαι, pugnantia continentes, quarum una de universo negat , quod adfirmat altera. Julian, ait, *universa.* Hoc Arist. ἐπὶ τοῦ καθόλου. Ait, quarum significatio ex universo sumitur , *significationem vocat.* κατηγόρημα. Hæ orationes quæ adversæ sunt, simul veræ esse non possunt , ut omnis hæres debet defendere mortem defuncti. Nullus hæres debet defendere , etc. *l. portiones* , *de his quæ ut indig.* Prior est vera , posterior non Interdum tamen simul falsæ esse possunt , ut omnis actio est in factum, nulla actio est in factum , utraque est falsa. Vel si omnes liberi decesserint , non tamen eadem ætate , sed alii puberes, alii impuberes. Sic si statuas , omnes liberos impuberes decessisse, falsum erit. Ex adverso item, si omnes puberes decessisse, falsum erit. Itaque duæ propositiones adversæ simul falsæ sunt. Oratio universalis tota est falsa , si quid in ea falsi. Notandum in hoc §. hæc verba *l. si qui liberorum*, pessime Florent scripta esse grandioribus literis , quasi sint testatoris. Illa potius grandioribus literis scribenda fuere, *omnes puberes decessisse, etc.* Aliæ sunt orationes adversis contrariæ. In hoc §. dicuntur contrariæ generali vocabulo , a recentioribus appellantur ὑπεναντίαι, id est, *subcontrariæ.* Harum hæc est definitio , una negat ex parte , quod altera affirmat ex parte : harum significatio non sumitur ex universo , sed ex parte. Julianus ait , *ex aliquo,* Aristotel. κατὰ μέρος. Hæ orationes possunt simul essse veræ , ut quidam tutor a tutela excusatur: quidam tutor a tutela non excusatur: vel si ex duobus quæ fieri debent, alterum sit factum, alterum non sit factum , ut si hominem aut fundum dari oporteat, homo detur , fundus non. Hoc casu si statuas ita, illud factum esse aut datum, verum erit : contra si statuas , illud aut illud factum non esse , id etiam verum erit. Oratio particularis tota est , vera , si quid in ea insit veri. Ergo sicut adversæ orationes simul possunt esse falsæ : ita hæ, quæ adversis subjectæ sunt, simul possunt esse veræ. At hæ simul falsæ esse non possunt , ut quidam curatores testamento dari possunt, quidam curatores testamento dari non possunt. Prior falsa est: constat enim curatorem testamento nunquam jure dari, posterior non item. Tertium genus est earum , quæ dicuntur *contradicentes sive disparatæ.* Ex eis orationibus aliæ sunt universales, quarum una affirmat de universo, altera negat ex parte, hæ simul

veræ esse non possunt, aut simul falsæ, ut omnis actio utilis est in factum: non omnis actio utilis est in factum, prior vera est, posterior non. Vel, nullus hæres existit sine aditione: quidam hæres existit sine aditione, prior falsa est. Vel si ex pluribus, qui judicio sisti debuerunt, quidam stati sunt, sic statuas, omnes statos fuisse, falsum erit. At si statuas, non omnes statos fuisse, verum erit, *l. si servus*, §. 1. *sup. si quis caut.* ubi omnes statos non esse, id est, non omnes statos esse. Sic Alciatus *lib.* 5. *parerg. cap.* 7. Ex hoc genere sunt quædam, quarum una de re certa affirmat, altera negat, ut, fundus Tusculanus meus est, fundus Tuscul. non est meus: hæ etiam non possunt simul veræ aut falsæ esse. Aliæ sunt de re incerta, ut, actio famosa est: actio famosa non est, utraque est vera, in alia atque alia actione. Hæ simul falsæ non esse possunt, ut, peculii vindicatio est, peculii vindicatio non est. Prior est falsa, *l. vindicat. de rei vindic.* Hæc sunt tria genera. Addit Bartolus subalternas, quod sumpsit ex Boetio. *Subalternæ* sunt, ὑπάλληλαι, quarum una confirmat aliam, ut, omnis donatio causa mortis comparatur legato: quædam donatio causa mortis comparatur legato: prior continet posteriorem, de iis nihil Aristoteles: quia hæ nunquam possunt esse contrariæ, sed error est recentiorum: nam consentiunt semper in veritate, et falsitate. His cognitis videamus, quid dicendum sit de stipulationibus quæ hic proponuntur: duæ proponuntur stipulationum formæ: prima est, *si illud, aut illud factum non erit, centum non dabis*, vel *si hominem aut fundum non tradideris, centum dabis*: quæritur altero facto, vel homine dato, non fundo, an stipulationi satisfactum est. Quod videtur dicendum: nam illud aut illud factum est. Et si hoc senserit contrahentes, ut alterutrum fecerit, satisfactum est. Verum ea plerunque mens est contrahentium, et ita accipimus ut utrumque fiat, et si unum non fiat, committatur, nec prosit aliquid fecisse, si aliquid factum non sit. Ergo altero tantum facto, ex stipulatu agi potest. Denique altero tantum facto, utrumque verum est, illud aut illud factum esse, et illud aut illud factum non esse. Nam duæ particulares possunt esse veræ, sicut duæ universales possunt esse falsæ, Secunda stipulatio: *si quid eorum actum non erit, dabis centum*, ut *hominem et fundum trades, si quid eorum factum non sit, dabis centum*? Hujus et superioris idem est effectus, videlicet, ut utrumque tradatur. Itaque sive neutrum fiat, sive alterum tantum, erit actio ex stipulatu. At contrarium traditur in *vers. illius*. Initio §. proponitur differentiam esse. Ea explicatur in *vers. alius*. Ait, propositis his stipulationibus *hujus*, id est, si illud, aut illud factum non erit, hunc esse effectum, ut utrumque fiat: idque est certissimum; at *illius*, id est, *si quid eorum factum non erit*, ait, hunc esse effectum, ut neutrum fiat, et ut nihil prosit aliquid non fecisse, si aliquid factum sit. Hoc dicit quasi hæc stipulatio hoc exigat, ne fiat, cum tamen aperte exigat ut fiat, ne pœna committatur. Itaque quod dicit, stipulationi huic evenire non potest. Et vero nihil hæc a superiore distat. Utriusque autem idem sensus, videlicet, si aliquid eorum non feceris, dabis centum, si utrumque feceris, tum nihil dabis. Itaque constat initio §. *ult.* negationem esse transpositam, atque ita legendum: *si quid eorum factum erit, quæ ut non fierent comprehensa sunt*: nempe servum et fundum non tradi caverunt, si quid eorum factum erit dabis centum? hujus stipulationis hic est effectus, ut neutrum fiat: ideo si servus quidem non tradatur, fundus tradatur erit actio ex stipulatu: nec proderit aliquid non tradidisse, si aliquid traditum sit. Ergo hæc stipulatio multum ab illa distat, *si illud aut illud factum non erit*: illi satisfit utroque facto, huic neutro. Item illa committitur, si aliquid factum non sit: hæc si aliquid factum sit. Utroque tamen casu inveniuntur duæ particulares simul veræ: ut in priore altero non facto utrumque verum est, aliquid factum esse, aliquid factum non esse. Itidem in posteriore, altero facto, utrumque etiam verum est, aliquid factum esse, aliquid factum non esse. Ceterum effectus non est idem. Hujus stipulationis, *si illud aut illud factum non erit*, sensus est, si aliquid factum non erit. Idem est istius sensus, *si quid eorum factum non erit*. At hujus, *si quid eorum factum erit*, sensus est, si aliquid promissor fecerit. Nec movere nos debet *versic. proinde etc.* Is qui interrogatur, *an aliquid eorum quæ objiciuntur, fecerit*, si respondeat, non feci, hoc respondet, nihil eorum feci. Itaque si aliquid eorum fecerit, aliquid non, in mendacio est. Hoc non discrepat ab his, quæ diximus, immo convenit cum his quæ de secunda stipulatione diximus: nam si quis promiserit centum, si aliquid faceret eorum, quæ comprehensa sunt superius, nec faceret, committit in stipulationem, si aliquid fecerit, aliquid non: nam hoc promisit, se nihil eorum facturum. At qui ita promisit, si illud aut illud non fecero, promittit se totum facturum, illi stipulatori non satisfit, altero tantum non facto; huic autem non satisfit, altero tantum facto, quia utrumque fieri oportet. Ex illa autem stipulatione neutrum fieri oportet. Rogerius vetus interpres, ut notat Acc. mendum subesse vidit, sed sedem ejus non vidit. Male etiam accipit articulum, *illius hujus*. Nam *hujus* referri debet ad primam stipulationem: *illius*, ad secundam. Alii nihil mutant, sed invitis verbis faciunt, ut vi-

deatur tamen Jurcconsultus proposuisse differentiam, non inter illas stipulationes, ex §. *cum ita*, sed inter eas, quas proposuit extremo loco. Interpretantur enim non facere pro facere. Verum hæc missa facienda. Notandum: si ex duobus in stipulationem deductis, stipulator sit uno contentus, sic debet stipulari: *Illud aut illud promittis, si nihil horum feceris, dabis centum?* tum altero facto promissor liberabitur. Species: *Filius aut filia hæres esto, si filius aut filia hæres non erit, Sejus hæres esto*: uno tantum hærede non existente, substitutus admittendus videtur, et ut ait commiscendus alteri, qui hæres extitit, si scripto voluntas congruat: nam verum est, hoc casu filium aut filiam non extitisse. Acc. legit male, *immiscere*, legendum, *miscere*, id est, commiscere, et cohæredem hæredi adjicere. Si vero testator voluit admitti substitutum, si unus hæres existeret, perperam scripsit. Sequemur tamen quod voluit, *l. in test. h. t.* Nam ita debuit scribere, si nec filius, nec filia extiterit hæres, Sejus hæres esto: nam sic constaret, uno existente, substitutum excludendum. Sed ita scripsit, *si filius aut filia hæres non erit, Sejus hæres esto*, parum quidem apte. Sed in dubio videtur hoc voluisse testator, ut vel uno existente hærede, substitutus non concurreret, et ut neutro demum existente veniat. Notandum nihil interesse sive dicat: *Filius aut filia hæres esto, sive filius et filia.* Nam etsi dixerit, *aut*, uterque hæres esto, ex *l. pen. C. de verb. sign.* est παραδιάζευξις. Sic appellatur disjunctio, quæ pro conjunctione est. Sic in *l. generaliter, in princ. C. de instit. et substit. Rogo te, ut restituas hæreditatem, si intestatus decesserit, vel celebs, vel orbus.* Finge: decessit celebs, non tamen orbus, non intestatus, an debetur fideicommissum? Minime, non debebitur, nisi omnia hæc deficiant: itaque disjunctio illa pro conjunctione accipitur.

Ad L. XIV.

Si quis ita scripserit, illis qui testamentum meum signaverint, hæres meus 10. dato. *Trebatius utile legatum esse existimat. Quia ipsum testamentum confirmatur testibus adhibitis. Quod verum existimo.*

Legatum ita relictum est: *illis, qui testamentum signaverint, lego*: an est utile? videtur relictum incertæ personæ: at contra est demonstratio personarum, ideo valet. Posset dubitari: an utile, si legetur signatoribus testibus testamenti? Potest autem: quia testamentum testibus confirmatur, hujus officii remunerandi causa non inutiliter ei legabitur, alioquin inimicis potius signatoribus uteremur. Huc pertinet *l. 3. C. Theod. de test.*

Ad L. XV.

Quædam sunt, in quibus res dubia est, sed ex post facto retro ducitur, et apparet, quid actum est. Ut ecce: si res legata fuerit, et deliberante legatario, eam rem hæres alii tradiderit. Nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est. Si vero repudiaverit, valet. Tantundem est, et si pecuniam hæreditariam legatam crediderit hæres. Nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit: si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur. Quid ergo si consumpta fuerit pecunia? utique idem erit ex eventu dicendum.

Ea, quæ sunt ab initio dubia, sæpe ex post facto manifesta fiunt. Res est dubia, si nesciatur utrum quod agitur sit utile, necne. Finge hæres rem legatam sub conditione vendit: pendente conditione dubium est, an valeat venditio. Id solvet eventus: nam valebit venditio, si conditio deficiat, aut si repudiaverit legatum, *l. si tibi homo, §. cum servo, sup. de leg.* 1. Item, si hæres pecuniam legatam crediderit, dubium est an valeat creditum, et an hæredi condictio competat? Duplex est condictio, ex numeratione, et ex consumptione, ut si alienam pecuniam credidi, non habeo condictionem ex numeratione, quoniam non feci accipientis, sed ex consumptione, *l. rogasti, §. si fugitivus, de reb. cred.* Quæritur ergo, an mutuum valeat? Id eventus declarabit, si legatarius repudiaverit, hæredi dabitur condictio, si agnoverit, non dabitur. Sed condictio ex constitutione quæsita hæredi, cedenda erit legatario, si legatarius repudiaverit pecuniam, quam hæres credidit hæredi, dabitur condictio, sive exstet, sive consumpta sit: sed si non repudiaverit, tunc hæredi non dabitur condictio, nisi ex consumptione.

Ad L. XIX.

Si cognatis legatum sit, et hi cognati quidem esse desierunt, in civitate autem maneant dicendum, deberi legatum. Cognati enim testamenti facti tempore fuerunt. Certe si quis testamenti facti tempore cognatus non fuit, mortis tempore factus est per adrogationem, facilius legatum consequitur.

§. 1. *Si quis cognationi leget: idem est, atque si cognatis legasset.*

Cognatis legatum est, legatum valet, quia videbatur incertis relictum: ideo hic tractatur de eo:

quidam qui erant cognati testamenti tempore, post cognati esse desierunt ante mortem testatoris. Quæritur, an admittendi sint ad legatum? Ita, si modo in civitate manserint. Nam deportati non admittuntur, *l. si deportati, sup. de leg. 3. l. eum qui post inf. de condit. et demonst.* At quid si cognati non fuerint testamenti tempore, sed mortis tantum, facti videlicet per arrogationem, non quod possit quis arrogari in locum cognati, quia semper in liberorum locum arrogamus, sed quod arrogatus fit cognatus agnatis arrogatoris. Rursus desinunt esse cognati arrogatione soluta per emancipationem. Quid ergo si testamenti tempore non fuerint cognati, sed post facti sunt, mortis videlicet tempore? hi admittentur, quia die legati cedente, inveniuntur cognati. Nec obstat regula Catoniana: ea enim loquitur de legato ab initio inutili, hoc autem ab initio utile est. Ad legatum admittentur etiam ii, qui, si testator statim decessisset, non admitterentur, ut qui post facti sunt cognati, sicut grege legato, ea debentur, quæ non deberentur, si testator statim decessisset: ut si auctus sit grex vel peculium. *l. peculium, de legat. 2. l. 8. §. ult. sup. de pecul. leg.* Ergo legatum relictum cognatis generaliter, debetur etiam iis, quasi vel mortis, vel testamenti tantum tempore cognati fuerunt. Aliud servatur in edicto de legatis præstandis. Ex illo petita bonor. poss. cont. tabul. omnia rescinduntur, quia non datur pro parte. Excipiuntur quædam personæ, quibus prætor conservat legata, videlicet liberis et parentibus, uxori, nurui: sed necesse est ut fuerint parentes, et liberi mortis tempore, *l. sed etsi pro do'e, in princip. l. intervenit, inf. de legat. præst.* Ergo si fuerint liberi testamenti tempore, nec mortis tempore; ut quia arrogatio soluta est emancipatione, non capiunt legata. Hoc est ex sententia illius edicti. Aliud etiam dicendum, si legatum relinquatur nomini familiæ: hi enim tantum invitantur, qui fuerint ex nomine mortis tempore: nam qui legat nomini familiæ, omnino spectat nomen. Ergo hi tantum invitantur, qui mortis tempore fuerint ex eo nomine, quoniam nominatim relinquitur nomini, nec vult ex nomine rem alienari, *l. cum ita, §. ult. sup. de leg. 2.* Itaque arrogati emancipati ante mortem testatoris non invitantur, quia desierunt esse in nomine. At naturales post emancipati invitantur, quia nomen retinent, agnatio quidem amittitur, *l. peto, in fin. de legat. 2. l. filiusfamilias, §. cum pater, de leg. 1.* Aliud dicendum, si legetur incapaci tempore testamenti, et capaci tempore mortis, legatum non valet, quia ab initio fuit plane inutile. Item e contrario, si legetur capaci testamenti tempore, incapaci mortis tempore, quia dies hujus legati inutiliter cedit, *l. ult. in fi. sup. commun. præd.* Ergo utroque tempore capacitatem exigimus, licet non cognationem. Errant qui tradunt differentiam esse inter hæredem et legatarium. In hærede capacitatem exigi utroque tempore, in legatario non item. Hoc falsum est: nam aperta est regula Catoniana de legatariis. Nec obstat *lex non oportet, de leg. 2. Non oportet quærere de capacitate, etc.* Sed ex eadem *l.* idem dicendum videtur contra illos; nam ait, *vel legatum.* Verum ea lex tantum ad fiscum referenda est. Est enim ex libris ad L. Juliam et Papiam. Fiscus exitum spectat ut si tacitum fideicommissum relinquatur incapaci. Fiscus de conditione non quærit, nisi mortis tempore. At eo tempore invenitur capax. Ergo repellitur Fiscus, *l. 3. §. quando, de jur. fisc.* Nec obstat *lex in mortis, de mort. caus. donat. in mortis causa donationibus non esse inspiciendum tempus donationis, sed mortis, an donatarius sit capax.* Id autem merito dicitur in donationibus causa mortis, nec vero trahemus ad legata. Eæ enim nominatim conferuntur in tempus mortis. In tempus et in conditionem incapaci legari et donari recte potest, cum id solum tempus spectatur, *l. in tempus, sup. de hæred. instit.* Hic occasione hujus legis quæritur de hac specie: *Omnes servi mei liberi sunto,* post testamentum alios servos acquisivit, an hi videntur manumissi? Tractant hoc Græci ad *l. quoties dubia, de regul. jur.* In re dubia secundum libertatem respondendum est. Exemplum ex *l. qui habet, inf. de manum. test.* Quidam habet servum Cratinum, et hunc solum: relinquit libertatem Cratisto, quem non habebat, an Cratino dabitur libertas? Ita: error nominis non nocebit. Aliud, servos testamento manumissos, et post testamentum alios comparatos pone, in re dubia ait, omnes videri manumissos tam qui testamenti, quam qui mortis tempore fuerunt. Id non est admittendum, si directo data sit libertas: necesse est enim, ut hi sint utroque tempore servi testatoris, *l. servus, de manumiss. testam.* Testamenti et mortis tempus spectatur, *l. nomen, eod.* ibi dicitur testamenti et aditionis tempus spectari, quæ pugnant. Dicendum, libertatem alias cedere a morte, alias ab hæreditate adita. A morte, si idem hæres scribatur et liber, *l. si alterum, de hæred. instit.* Vel si scribatur hæres suus vel necessarius, qui statim existit, *l. quæsitum, §. necessarius, sup. de legat. 1.* Alias cedit ab aditione; sic fit, ut liberos esse jussos, alias oporteat, ut testamenti et mortis fuerint servi, alias testamenti et aditionis tempore. Cur autem utrumque tempus spectamus in libertate? An propter regulam Catonianam? Sic dici potest in libertate, quæ cedit a morte: nam regula Catoniana pertinet ad omnia, quæ cedunt a

morte . Idem dici non potest, si cedat ab aditione: nam in his cessat Catoniana , *l. 3. de reg. Cat.* Verum tum ideo fit, quia libertas relinquitur vindicationis genere , *ut liber esto*: ut autem res aliena non potest legari per vindicationem , quoniam non utroque tempore testatoris est , imo neutro , Ulp. in *Frag. tit. de legat.* ita nec libertas dari alieno servo directo , sed necesse est ut fuerit testatoris servus utroque tempore . Huc pertinet *l. Stichus, de manumiss. testam.* Quod autem ad propositam speciem attinet, puto locum habere in fideicommissaria libertate , hæc debebitur etiam post acquisitis , *l. generaliter , §. si homini, inf. de fideicomm ss. libert.*

Ad L. XXV.

Quem hæredi meo dixero velle me liberum esse , liber esto. Cui, ut dare damnas sit hæres meus dixero, ei hæres meus dare damnas esto. *Testatoris voluntas , si quibusdam argumentis apparebit, de quo dixi adimplenda est.*

Quem hæredi dixero liber esto, vel, quem hæredi dixero ei dato , videtur legatum inutile quasi incertum . Et certe , si testatoris voluntas nullis argumentis manifesta fiat , nullum erit , *l. 4. sup.* Sed si appareat , eam sequemur . Videtur autem hoc modo legari tacite. Id vero impune fit , si capaci fiat , *l. 1. C. de delatoribus lib.* 10.

Ad L. XXVIII.

Qui habebat Flaccum fullonem, et Philonicum pistorem , uxori Flaccum pistorem legaverat: qui eorum et num uterque deberetur? placuit primo eum legatum esse , quem testator legare sensisset. Quod si non appareret: primum , inspiciendum esse , an nomina servorum dominus nota habuisset : quod si habuisset , eum deberi , qui nominatus esset: tametsi artificio erratum esset . Sin autem ignota nomina servorum essent, pistorem legatum videri , perinde ac si nomen ei adjectum non esset.

Habebat quis duos servos , Flaccum fullonem , et Philonicum pistorem , legavit Flaccum pistorem Res est dubia. Nam vel erravit in nomine servi , et tunc Philonicus debetur, vel in appellatione artificii , et tum debetur Flaccus , licet non sit pistor. Hæc ambiguitas solvitur præsumptionibus. Si testator nota habuerit nomina servorum , is debebitur , quem nominavit , et videbitur errasse in artificio : sed si servorum nomina non bene nota habuit , tum debebitur Philonicus. Hi errores nominis vel artificii non vitiant legatum. Bartolus id traducit ad hanc quæstionem. Acta quædam gesta sunt in Titium judicem Aurelianensem , qui nominatur non Titius , sed Sempronius. Acta nihilominus valent , satis eum demonstrat appellatio judicis.

Ad L. XXIX.

Plures testamento manumiserat : in quib. Sabinam , et Cyprogeniam , cum quisque eorum ad trigesimum annum ætatis pervenisset , et cum liber quisque eorum esset, certam summam dari voluerit , et conjuncta scriptura ita caverat : Sabinæ , et Cyprogeniæ dari volo , cum ad statutam ætatem pervenerint , singulis 10. Et hoc amplius alimentorum nomine in annos singulos , quoad vivent , singulis 10. *Quæsitum est , utrum omnibus manumissis alimenta debeantur , an vero Sabinæ , et Cyprogeniæ solis. Respondit , secundum ea , quæ proponerentur, videri omnibus alimenta legata .*

Plures servos manumisit , cum erunt annorum triginta. Non frustra hoc adjicitur. Sic in *l. Arist. de manumiss. testam. l. ex parte , §. Stich. famil. ercisc. l. si quis ita , §. ult. de statulib.* Hoc adjiciebatur , ut pervenirent ad civitatem Romanam. Nam minor triginta annis ex l. Ælia Sentia fiebat Latinus : at major triginta annis fiebat civis Romanus , vel is , cui libertas in id tempus relinquebatur. Ulpian. in *Frag. tit. 1. de libert. l. 2. C. commun. de manumiss.* Deinde eisdem servis legavit certam summam , *cum liberi essent :* inter eos servos est Sabina , et Cyprogenia: his duobus conjuncta scriptura, separatim sic legavit , singulis decem. Adjicit, *hoc amplius singulis alimenta dari volo.* L. ait, conjuncta scriptura hæc omnia fuisse scripta. Sic in *l. non ad ea , sup. de cond. et demonstr.* Res ambigua , videlicet, quod ad alimenta , an legaverit his tantum duobus , an omnibus . Vero similius est , omnibus relicta alimenta. Itaque omnibus debebuntur. Hujus rei argumentum est , conjunctio illa scripturæ, quæ si non esset , illis duobus viderentur tantum relicta. Hic etiam est favor alimentorum , qui pene in simili re idem extorquet , *l. a filio , §. ult. sup. de alim. leg. Omnibus libertis cibaria , quæ vivus præstabam , dari volo* : præstabat tribus tantum , ut constat ex rationibus domesticis. An ergo eis solis cibaria debebuntur? Minime, imo omnibus , hoc colore, quia dixit omnibus. Sic etiam in specie *l. ult.* favor alimentorum hoc facit.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit IX. De his quibus ut indignis, etc.

Totus titulus fere est de jure fiscali, nam ea, quæ ut indignis auferuntur, plerunque transeunt in Fiscum, non tamen semper, *l.* 1. §. *quæ autem, C. de caduc. tollend.* Quæ ait, veteribus legibus sunt cauta, sive ad fiscum, sive ad alias personas perveniant, servamus. Igitur non semper ad fiscum pertinent. Primum enim legatum, quod tutori excusanti se aufertur, remanet apud hæredem, *l.* 5. §. *amittere.* Item legatum, quod aufertur legatario, qui celavit tabulas testamenti in fraudem hæredum, aufertur etiam quasi indigno, remanet tamen apud hæredem, *l. pen. C. de leg.* Similiter hæres rogatus restituere hæreditatem, si coacte adierit postulante fideicommissario indignus est, ut Falcidiam detrahat, et generaliter aliquid ex testamento consequatur, *l. si patronus*, §. *qui fideicommiss. ad Trebell.* et tamen, quod ei aufertur, transit in fideicommissarium, non in fiscum. Igitur ea, quæ ut indignis auferuntur, non semper vindicantur fisco: plerunque tamen; et id est proprie, quod Ulpian. in *Frag. tit.* 19. *ereptitium* appellat. Ereptitium est, quod est in causa caduci, vel quod aufertur quasi indignis: dicitur enim illud eripi, *l. pen. de jure fisci.* Quid distant ereptitia a caducis? Fisco utraque vindicantur. Verum caduca fiunt, quæ nondum sunt delata, ut si legatarius vel hæres moriatur ante apertas tabulas ex l. Papia. Eripiuntur, quæ jam delata sunt et acquisita, *l.* 2. *hoc tit.* Ait, *Quod acquisitum est.* Indignus igitur est, qui cepit quidem, sed retinere non potest. Alius longe est incapax. Præterea caduca hodie sunt sublata ex constitutione Justiniani. Ereptitia, id est, quæ ut indignis auferuntur, non sunt sublata. Et ex ordine edicti perpetui, ita erant dispositi tituli. Primum, de caducis. Secundo, de his, quæ pro non scriptis habentur. Tertio, de his, quæ ut indignis. Pro titulo de caducis reposuit titulum, de Regula Catoniana, quæ pugnat cum caducis, in *l. ult. de regul. Caton.* Non pertinet ad novas leges, id est, ad leges caducarias, Juliam et Papiam. Sciendum tamen, generali appellatione interdum ea etiam, quæ indignis auferuntur, appellari caduca, *l. cum fisco*, *ad Syllan. l.* 2. *si quis aliquem test. prohib. de his, quæ ut indign.* id est, de hæreditatibus, legatis, fideicommissis: in 60. Basilicon, *περὶ τούτων ἐξῶν τὰ καταλειφθέντα ληγάτα ὡς ἀναξίων ἀφαιροῦνται*, tamen extra has causas, dos etiam interdum quasi indigno aufertur, *l. ei qui mortem, hoc tit.* Idem donatio inter vivos in *l. cum hic status*, §. *ult. de don. inter vir. et uxor.*

Ad L. 1.

Divi Severus et Antoninus rescripserunt, quasi indignum carere legato seu fideicommisso libertum, quæ ei testamento patroni relicta erant, cum patronum suum post mortem ejus, quasi illicitæ mercis negotiatorem detulerat, quamvis et præmium meruit.

Agitur de patrono, qui erat negotiator illicitarum mercium. Illicitæ merces sunt, veluti, arma, cotes, ferrum, vinum, frumentum, oleum, si exportentur hostibus, *l. cotem, in prin. inf. de publican. l.* 1. *et* 2. *C. quæ res export. non poss. l.* 1. *C. de lib. et itin. custod. l.* 11. Additur a Græcis pix, si exportetur. Item Eunuchi *l.* 1. *et* 2. *C. de Eunuch.* Item purpuræ, et serica, *tit. quæ res venire poss. l. pen. et ult. C. de vestibus holoberis*, id est, holosericis. Zonaras in 12. Can. Concilii Gangrensis *βῆρος* interpretatur serica, Gal. *velours.* Interdicitur autem commercium holosericarum, quæ sunt integræ ex serico: nam ut in Nov. Leonis permittuntur purpuræ segmenta, sic etiam permittuntur serici segmenta. Illicitæ merces ipso jure fisco vindicantur, *l.* 3. *C. de naut. fœn. et d. l. cotem*, §. *dominus*. Earum mercium persecutio in hæredem transit, *d. l. cotem*, §. *illicitarum.* Denique crimen hoc, ratione mercium in hæredem transmittitur. Sic etiam crimen repetundarum in hæredem transmittitur. Item crimen peculatus, de residuis, adulterii, suppositi partus, ratione bonorum in hæredem trasmittuntur. Sic etiam crimen illicitæ negotiationis. Cecidisse autem merces in commissum nuntiatur fisco. Delatori datur præmium. Quæritur quantum? Male Accursius ait, ei dari dimidiam mercium delatarum: nam dimidia datur tantum eis, qui seipsos deferunt, ut si quis confiteatur tacite sibi relictum legatum, quod non potest capere, *l. edicto*, *inf. de jure fisci.* Male etiam Accursius præmium id esse tertiam partem bonorum, quæ nuntiata sunt. Nam hæc tertia datur tantum ei, qui professus est, se tacitam fidem testatori accomodasse, *l.* 1. *C. de his*, *qui se defer. lib.* 10. Tacito fideicommissario datur dimidia, hæredi autem tertia. At qui alios deferunt, minus ferunt præmii nomine: nam quo quisque difficilius seipsum defert, eo majori præmio invitandus fuit, et majori dignus est, quam qui alium defert. Vulgare præmium dicitur in *l. edicto*, §. *exstat*, *de jure fisci*, sed non dicitur quantum fuerit. Crediderim olim fuisse quartam. Ob id appellati sunt quadruplatores. Et Svetonius scribit,

præmia ingentia delatorum caducorum, eum reduxisse ad quartas. At ex *l. ult. C. de delator.* datur ei octava pars. *Ea l. ult.* non extat, ejus sententia est in *lib.* 56. Basilicon, et ex ea *l. ult.* est quod Harmenop. scribit *lib.* 1. *tit.* 5. *Epitom.* Species: Patronus liberto quædam legata reliquit: post mortem patroni, libertus nuntiavit fisco illicitas merces commissas, et patronum negotiatorem earum fuisse. Præmium vulgare tulit quartam vel octavam. An et legata ex testamento patroni accipiet? Accipiet quidem, sed non retinebit, quia indignus est, qui patronum post mortem accusavit. Igitur legata fisco addicentur. Obstat *l.* 5. §. *ult. hoc tit. et l. edicto*, §. *pen. inf. de jure fisci*. Traditur, eum, qui indignus est legato ei relicto, indignum quoque esse præmio delationis. At in hac *l.* 1. repellitur quidem a legato, reliquum tamen tulit præmium. Breviter dicendum, illas leges loqui de eo, cui tacite in fraudem legum legatum est. Hic si se deferat ultro, ex edicto Trajani consequitur pro præmio dimidiam partem, verum si quadam alia causa sit indignus, ut quia falsum testimonium dixit, repellitur etiam ab illa dimidia parte, quoniam præmium delationis est pars legati, quod ob suam indignitatem dicitur amittere. At in specie legis 1. præmium delationis non est pars legati, sed pars mercium. Ideoque licet ex ea delatione legato indignus judicetur, non tamen est indignus præmio, quod sumitur aliunde. Nec etiam obstat, si dicas absurdum videri, ut fiscus, cujus facti præmium dedit, ejusdem pœnam reposcat, præmium dedit liberto, ab eodem legatum quasi indigno aufert. Itaque videtur eundem et pœna et præmio ex eodem facto afficere. Dico, fiscum pœnam non exigere, sed eripere legatum, quod ei relictum est: legato est indignus, ideo eripitur, præmio non item: nam ipsa nuntiatio per se utilis Reipublicæ est, nec est dicendum, libertum pœnam mereri ex *l.* 2. §. *ult. de jure fisci.* Nam sic dicendum est, pœna quidem dignum esse, si patronum capitis accusaverit. At in hac specie principaliter crimen non intendit in patronum, hæredem potius persequitur, quoniam non proprie criminis movet quæstionem, quod morte patroni, id est, rei extinctum est, sed mercium commissarum. Ob hanc delationem non pœnam, sed præmium feret a fisco, indignus tamen est retinere, quod habuit ex judicio patroni.

Ad L. II.

Aufertur hæreditas ex asse, et ad fiscum pertinet, si emancipatus filius contra tabulas bonorum possessionem patris, ut præteritus petierit, et ex substitutione impuberis adierit hæreditatem.

§. 1. *Item si quis contra mandata duxerit uxorem ex ea provincia, in qua officium aliquod gerit: quod ei ex testamento uxoris acquisitum est, D. Severus et Antoninus rescripserunt, retinere eum non posse: tanquam si tutor pupillam contra decretum amplissimi ordinis in domum suam duxisset. Utroque ergo casu, etsi ex asse hæres institutus adierit hæreditatem, fisco locus sit. Nam quasi indigno ei aufertur hæreditas.*

§. 2. *Per contrarium autem deducta tam ab eo, qui officium in provincia gerebat; quam a tutore illicite: magis est, ut dicatur capere illam ex testamento: nec quasi indignam esse repellendam.*

§. 3. *Idem erit, si quis vivi ignorantis bona, vel partem bonorum alicujus cognati donaverit. Nam quasi indigno aufertur.*

Quatuor proponuntur causæ, ex quibus hæreditas quasi indigno aufertur. Prima, si filius emancipatus præteritus impugnaverit testamentum patris, petita bonorum possessione contra tabulas, nam si hic filius a patre sit substitutus fratri impuberi, auferetur ei hæreditas fraterna. Repellitur etiam eadem ratione a legato, fideicommisso, mortis causa donatione, *l. filium*, §. *non omnibus*, §. *non solum*, *de leg. præstand. l. is qui sup. de vulg. l. sub conditione*, *in fin. de bon. possess. contra tab. l. in servitutem*, §. *si quis bonorum*, *inf. de bon. libert.* Et generaliter, qui oppugnavit testamentum defuncti, ex ejus judicio nihil consequi potest, *l.* 5. *inf.* Secunda causa est: si quis contra mandata, uxorem duxit ex ea provincia, in qua officium aliquod publicum gerit, officium Græci ἐνέργειαν interpretantur. Officium gerit præses, proconsul, procurator Cæsaris, tribunus, præfectus equitum, commentariensis numerarius. Mandata autem sunt ea, quæ dat princeps euntibus in provinciam, ut in ea aliquod officium gerant. Inter cetera mandat, *ne uxorem ducant in ea provincia.* Si quis contra mandata duxerit, quod ei relictum fuerit testamento uxoris, fiscus ei eripiet quasi indigno. Igitur quod ceperit ex ejusmodi testamento, non retinebit. Non idem est e contrario: si mulieri ejus testamento aliquid relictum sit, id non auferetur mulieri, *leg. præfectus*, *de ritu nupt.* Obstat *l. uxori* 27. *de usufr. leg.* Legatum uxori usumfructum, et alia, et dotem, si illicitum sit matrimonium, uxori, ait, non deberi usumfructum, non dicit, eum auferri a fisco. Verum hoc ideo fit, quoniam non solet in fiscum unquam redigi, nisi proprietas rerum, nunquam ususfructus, *l.* 9. *de usufr. leg.* At alia, quæ legavit fiscus auferet, dotem etiam: nam ea fit ca-

duca propter matrimonium illicitum, *l. dote*, *de rit. nupt.* Quod rursum pugnat cum *d. l. præfectus*, quæ ait, dotem reddi mulieri provinciali, vel hæredi ejus. Dicendum; variis ex causis contrahi illicita matrimonia, et plerunque dotem mulieri auferri, et fieri caducam. Statuo etiam deberi mulieri, auferri a fisco, quod alter alteri donavit. Et ex hac etiam causa, quam tractamus: si mulier provincialis nupserit ei, qui in provincia officium gerebat, dos fit caduca, *l. si quis officium*, §. *veterum, de rit. nupt.* quod est ex Constitutione Severi. Consequenter ex hac causa non retinebitur quod alter alteri legaverit, sed id transibit in fiscum. Item non retinebitur quod alter alteri donaverit, *l.* 3. §. 1. *de don. int. vir. et uxor.* Ait, donationem quidem valere, sed fas non esse ut sit rata, ne scilicet is, qui deliquit, sit melioris conditionis, quam qui legibus paruit. Et hoc ita, si mulier sciens prudensque sua sponte viro se adjunxerit, non si decepta, errans. Virgo enim excusabitur, si secuta sit nuptias illicitas. Ita est accipienda *l.* 2. Et ita loquitur *l. præfectus.* Ait, si virgo nupserit, quo ætas tenera et infirma significatur, hæc dotem non amittit, hæc rerum donatarum conditionem habet contra virum, hæc etiam fiscus non aufert, quod vir ille, quamvis illegitimus, ei testamento reliquit. Eadem ratione utimur, si is, qui in provincia officium gerit, aliquid in ea emerit, non potest emere, ne eripiat potius, quam emat, nisi forte fiscus bona paterna ejus vendat, hæc poterit emere, *l. qui officii, sup. de contrah. empt. leg. milites de re milit.* Harmenopul. *lib.* 2. *Epitom. tit.* 3. Male legitur εἰ μὴ παρὰ δημοσίου. πατρώνου id est, *nisi a fisci patrono.* Legendum, εἰ μὴ παρὰ τοῦ δημοσίου, id est, nisi a fisco paternam possessionem emerit. Sic etiam *Cod. de iis, quæ admin. etc.* dicitur, *solas res paternas eos mercari posse præcipimus.* At quid, si quis emerit contra mandata? tunc res empta fisco vindicatur, et emptor tenetur in quadruplum pretii, repetito pretio a venditore, vel venditor fisco reddit pretium, et hoc amplius emptor triplum. Sic est accipienda *l. non licet, sup. de contrah. empt. l. aufertur*, §. *quod a præside*, *de jure fisci.* Verum excusabimus venditorem, si potestatis terrore adhibito, vel alias deceptus vendiderit. Nam tunc venditor rem venditam non amittit, et pretium ab eo non repetetur, *l. pen. C. de iis, quæ vi met. caus. gest. sunt.* Tertia causa est, si tutor eam, cujus tutelam gessit, uxorem duxerit, nondum majorem annis viginti novem; intra quæ tempora potest peti restitutio in integrum: nam post vicesimum quintum annum datur quadriennium ex Constitutione Justiniani; et nondum rationibus redditis, *l. libertum*, §. 1. *et l. Senatusconsulto, sup. de ritu nupt. l. amplissimi, Cod. de excusat. tutor.* Et in antiquo testamento Sempronii Tucidani scriptum est: *Si duxerit contra Senatusconsultum*: quod ei ea mulier testamento reliquerit, fiscus aufert quasi indigno, quia deliquit, qui illicitas nuptias contraxit. Idem non dicemus e contrario: nam si quid testamento tutoris ei relictum sit, id non auferetur ei mulieri, *d. l. præfectus*, *et l. ult. sup. de legat.* 1. Obstat *l. cum hic status*, §. *ult. sup. de donat. inter vir. et uxor.* Sciendum, donationem inter virum et uxorem in nuptiis factam non valere: in sponsalibus facta valet. Improbatis nuptiis, plerumque etiam videri improbata sponsalia, *l. oratio, sup. de sponsal. l. si quis tutor.* §. *pen. de ritu nupt.* Species: Senator non potest ducere libertinam. Senator tamen libertinam despondit, vel tutor pupillam, vel alius quilibet, cujus nuptiis ei interdictum est. Deinde ei quædam donavit, vel mulier illi, donatio videtur valere, quasi facta in sponsalibus: sed quia sponsalia inhibentur, ideo donata quasi indignis auferentur. Si igitur donaverit vir, mulieri, mulieri auferetur, quod confirmat *l. qui contra*, *C. de incest. nupt.* Si auferuntur donata auferentur et legata. Eadem ratione et dos auferetur. Dicendum, eum §. loqui generaliter de illicitis nuptiis, et nominatim de senatore, qui duxit libertinam, et tutore, qui pupillam. Sed tamen quod ait, donata vindicari fisco, id quidem in aliis personis omnibus procedit, in tutore et pupilla vix admittendum est. Si tutor pupillæ donaverit, ipsa non est indigna, quia non deliquit, quæ decepta est a tutore. Idque *l. ult. de legat.* 1. tradit. Non est etiam indigna legato, nec etiam dotem amittit, *l. si tutor. C. de interd. matrim.* At contra, si pupilla donavit tutori, tutor quidem indignus est, sed ablata reddentur pupillæ, non fisco, *l. si ex voluntate*, *C. de donat. inter vir. et uxor.* Et hic est alius casus, quo ablata indigno, non cadunt in fiscum. Sed si hæc pupilla tutori legaverit, legatum auferet fiscus. Igitur hac demonstratione ostenditur, quod traditur in §. *ult. d. leg. cum hic status*, vix admitti in hoc casu. Igitur dum ait, donata fisco vindicari, quia generaliter proposuit de illicitis nuptiis, id referendum est ad ea, quæ plerumque fiunt, ad speciem tutoris non facile. Quarta causa est, si is, qui successit cognato ab intestato, eo vivo et ignorante ejus bona donaverit, vel partem præmature quasi suam. Hic est indignissimus, qui retineat cognati successionem, quia contra bonos mores festinavit, et in re cognati eo vivo se gessit pro domino, *l. quidam*, §. *ultim. et l. prox. inf. de donat. et in fin. hujus legis.* Opponitur *l. juris gentium*, §. *pen.* alia *l. et suum*, *de pact.* Species: Filius vivo patre

pactus est, cum creditoribus paternis, ne peterent: id vero nimis festinanter, quod etiam accusandum videtur. Verum lex ait, ex hoc pacto filio dari exceptionem doli. Igitur recte pactus est. Verum alia hic subest ratio: nam in specie nostra, cognatus largitur de bonis viventis: in *l. jurisgentium* exonerat bona patris, ideo prodest pactum ad doli exceptionem. Obstat magis *l. pen.* §. *pater*, *inf. de castr. pecul.* filiofamilias intestato mortuo, pater in peculio castrensi succedit jure peculii, non jure hæreditario: nam non est hæres filii, nec bonorum possessor, sed occupat peculium antiquo jure, quasi suum et filio tantum concessum. Quæritur, an valeat manumissio, si pater vivo filio, servum castrensem manumiserit? Distinguendum. Aut testamento manumisit, aut vindicta: si testamento, et filius moriatur prior intestatus, manumissio valet. Regula Catoniana non pertinet ad libertates. At si vindicta manumiserit, non videtur valere manumissio. Lex ait: *Non tamen, si ut hæres vivo filio vindictam servo imposuit. Ut hæres*, id est, quasi futurus hæres filii in castrensi peculio. Male: nam nunquam futurus est hæres filii in peculio. Præterea etiamsi hæres futurus esset, tamen fas non esset eam manumissionem ratam servari, quia præmatura. Itaque puto legendum, *ut herus*: heri est vindictam imponere. Hac voce utuntur nostri auctores in *l. item Mela*, *ad leg. Aquil.* Opponitur etiam *l. nec nos Cod. de postliminio.* Respondet recte Accursius. Opponitur etiam *l. si quis servum*, *sup. de action. empt.* In ea lege prima Accursii solutio vera est.

Ad L. III. XVII. et XX.

L. III. Indignum esse Divus Pius illum decrevit (ut et Marcellus lib. 12. *ff. refert) qui manifestissime comprobatus est, id egisse: ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua hæres institutus erat, moreretur.*

L. XVII. Hæredem, qui sciens defuncti vindictam insuperhabuit, fructus omnes restituere cogendum existimant; nec probe desideraturum, actionem confusam restitui. Deceptum autem ignoratione facti, bonæ fidei possessoris defensionem habiturum, ante motam scilicet controversiam, si ratio fructuum subducatur: nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

L. XX. Ei qui mortem uxoris non defendit, ut indigno dos aufertur.

Ostendit *l.* 3. hæreditatem auferri quasi indigno, ei, cujus negligentia testator interiit, vel culpa, Justissima est indignationis statuendæ ratio. Negligentia est, si infirmo testatori non adhibuit medicum. Culpa, si malum medicum adhibuit. Negligentia cum culpa conjungitur in §. *ult. de societat.* Alia igitur est culpa in faciendo, alia in non faciendo, *l. si servum stipulatus fuero*, *de verbor. oblig.* Idem multo magis, si dolo ejus interierit, vel si mortis causam præbuerit. Item si interierit testator forte medici dolo, inscientia vel incuria, et hæres non ulciscatur mortem testatoris: nam hæres, qui non vindicat necem defuncti, indignus est, *l. necessarios*, §. *ult. sup. ad Syllan. l.* 1. *cum fratrem*, *Cod. hoc titul. et l.* 1. *Cod. ubi caus. fisc. agi deb.* Is etiam, qui mortem uxoris non vindicat, indignus est, qui dotem retineat, *l. cum mortem*, *de jur. fisci*, *l.* 20. *hoc tit.* Dos ea non redditur uxoris hæredibus, sed vindicatur fisco. Aliud tamen dicendum, si maritus uxorem occiderit, aut ejus dolo uxor interierit, tum dos non fiet caduca, sed reddetur uxoris hæredibus, *l. si ab hostibus*, §. *pen. solut. matr.* Notandum, hos locos esse accipiendos de dote adventitia: nam jure communi dos adventitia, mortua in matrimonio uxore, remanet apud virum, *l. mulier*, *de cond. instit. l.* 5. *de bon. dam. l.* 1. *C. si adversus dotem*, *l.* 15. *de fund. dot. l. Cels. sup. de relig. l.* 23. *de evict.* Igitur mortua ea uxore dos remanet apud maritum, non tamen si mortem mulieris non ulciscatur: nam vindicatur fisco, vel etiamsi ipse uxorem occiderit, auferetur hoc casu quasi indigno, sed tamen fisco non vindicabitur, sed remanebit apud hæredes mulieris, qui est quintus casus, quo tanquam indignis ablata, in fiscum non cadunt, in *princ. hujus tit.* Igitur marito occidente, dos non fit caduca. Alio occidente, fit caduca. Ratio differentiæ, quod marito occidente, statim hæredibus mulieris repetito dotis acquiritur. Alio autem occidente, ipse maritus statim dotem lucratur, et si post mortem uxoris inultam relinquat, non potest acquiri hæredibus mulieris repetitio, quæ non fuit quæsita a mortis tempore. Indignus tamen est maritus, ut retineat, ideo fisco vindicatur. Hæres, qui non vindicat necem defuncti, amittit hæreditatem, res ei aufertur tantum nomen hæredis non aufertur, id quod omnibus casibus contingit, quibus fiscus hæreditatem aufert, hæredes manent sine re, *l. ex facto*, §. *Julius*, *de vulg. et pupill. subst.* Verum, an huic etiam hæredi, qui non vindicavit necem defuncti, fructus interim percepti auferantur, quæritur? Item an actiones aditione confusæ, hæreditate ablata ei restituantur? Hac in re ita distinguendum ex *l.* 17. *inf.* Aut sciebat, interfectum esse testatorem, aut nesciebat: sciebat quidem mortuum, sed forte nesciebat interfectum. Si sciebat interfectum, nec ultus est, fructus omnes auferentur, nec restituentur actiones, *l. ejus qui*, §. *ult. de jure fisci.* Id est, ex rescripto Severi et Antonini, cujus pars

quædam restat in *l.* 1. *C. hoc tit.* Idem ostendit hæc *lex* 17. *in princ.* in qua initio legendum est, ut Florent. *hæredem qui sciens defuncti vindictam insuperhabuerit*, id est, omiserit, neglexerit, ut in *l. sunt personæ*, *sup. de relig.* Ait, *propter utilitatem publicam strictum jus insuperhabemus.* Alius locus est in *l.* 2. *C. si omissa sit caus. test.* Species. Hæres scriptus cum posset adire, noluit adire ex testamento, sed adiit ab intestato. Jure prætorio tenetur legatariis, perinde ac si ex testamento adiisset. Verum quid si, nec si voluisset, potuisset adire? Lex ait, quod si, cum non possit adire, judicium defuncti non usurpabitur, sed ad irritum jure vocatur. Legendum, *non insuperhabetur.* Eo casu hæres non tenebitur legatariis, Gell. *lib.* 1. *cap.* 19. *et lib.* 4. *cap.* 1. Apulejus 4. *de asino aureo*. Igitur hæres si sciens insuperhabeat ejus ultionem omne commodum ei auferetur. At si nesciat, fructus ei auferuntur, quos percepit ante quæstionem motam, sed obligationes etiam huic hæredi restituuntur, *l. propter*, §. 1. *infr. ad Syllan.* Alia est causa, ex qua indignus quis fit, ut si falsum testamentum dicat, nec obtineat, repellitur enim a legato quasi indignus. Quid, si partem aliquam testamenti falsam dicat, ut si unum ex hæredibus falso adscriptum dicat? Repelletur, si legatum sit relictum ei ab hærede, quem inquietavit, si ab alio ei relictum sit, nihil ei auferetur, *l.* 4. *h. t.* Hoc mirum videtur: nam si tutor se excusaverit a tutela pro parte, repellitur a toto legato, *l. etiam*, *sup. de leg.* 1. Similiter qui testamentum dixit inofficiosum pro parte, a toto legato repellitur, *l. si ita*, *et l. mater*, *sup. de inoff. l. nam etsi* §. *ult. eod. t.* Cur igitur etiam non repellitur a legato, qui unum hæredem falso adscriptum dixit, a legato scilicet ab alio hærede relicto. Statuenda est differentia inter eum, qui falsum dixit, et qui inofficiosum dixit, et tutorem, qui se excusavit. Nam alia etiam re distant inter se. Qui legatum accepit ignorans testamentum falsum, potest postea testamentum falsum dicere, *l.* 3. *ad l. Corn. de fal. l.* 5. *hoc t.* Non tamen, si sciens legatum ceperit, argumento *l. licet*, *C. ad leg. Cornel. de fals.* At qui legatum accepit, non potest se excusare a tutela, *l.* 5. §. *amittere.* Nam non potest postea inofficiosum testamentum dicere, *l. si pars*, §. *ult. sup. de inoffic.* Ratio differentiæ, quia is, qui inofficiosum testamentum dicit, accusat defunctum quasi furiosum et dementem, *l. mater*, *et l. ult. de inoffic. test. l. nec fideicommissa*, *inf. de leg.* 3. (alias incipit *l. patronus*, §. *ult.*) Ideoque, qui ita defunctum accusavit, indignus est ejus liberalitate, etsi pro parte tantum inofficiosum dixerit: nam et qui pro parte tantum agit, defunctum quasi furiosum accusat. Eadem est ratio tutoris. Tutor, qui se excusat a tutela, non præstat fidem, cujus remunerandæ gratia testator ei legavit. Igitur indignus est ea remuneratione, etiamsi pro parte tantum se excuset, quia nihilominus fidem frangit. Itaque remuneratio ei tota adimitur, similiter, si filius præteritus vel tutor acceperit legatum, atque ita agnoverit judicium defuncti, non poterit post ille agere de inofficioso, nec tutor post se excusare. Idem dicemus in eo, qui petit bonorum possessionem contra tabulas, quasi præteritus: nam hic, si prius accepit legatum, repellitur a bonorum possessione. In hoc etiam non potes ponere impugnasse eum testamentum pro parte: nam bonorum possessio contra tabulas, semper datur in assem. Verum ea petita constat præteritum repelli a legato. Bonorum possessionem esse contra lignum dicunt, *l. quod vulgo*, *inf. de bon. possess. contr. tab.* id est, bonorum possessio datur, etiamsi nemo adierit. At in eo, qui falsum dixit, alia est ratio: is enim non accusat defunctum, non impugnat ejus judicium, sed insequitur hæredem, qui ex eo testamento lucrum capiat. Ideoque, si non obtinuerit ab eo hærede repelletur: quem inquietaverit, ab alio non repelletur, quia alii negotium non exhibuit. Itaque legatum capiet ab alio. Consequenter legato accepto hic etiam poterit post falsum testamentum dicere.

Ad §. 1. *L. V.*

Ille, qui non jure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur, ab eo, quod meruit. Ergo qui legatum secutus postea falsum dixit, amittere debebit, quod consecutus est. De eo vero, qui legatum accepit, si neget jure factum esse testamentum. Divus Pius ita rescripsit. Cognati Sophronis licet ab hærede instituto acceperant legata, tamen si is ejus conditionis fuerit visus, ut obtinere hæreditatem non possit, et jure intestati ad eos cognatos pertinet, petere hæreditatem ipso jure potuerunt. Prohibenda autem sint, an non, ex cujusque persona, conditione, ætate, cognita causa a judice constituendum erit.

Tota hæc *l.* 5. fere est de eo, qui accusat testamentum quasi falsum, vel inofficiosum, hic removetur ut indignus, si usque ad finem litis perseveraverit oppugnare, nec obtinuerit, *l. edicto*, §. *pen. de jure fisci*, *l. alia*, *C. de his*, *quib. ut indig. l. Papinianus*, §. *meminisse*, *de inoffic. test.* Hic repetenda est duplex differentia inter eum, cui falsum, et eum qui inofficiosum dixit. Is, qui unum hæredem falso scriptum dicit, nec obtinuit, non repellitur a legato, quod ab alio hærede

relictum est ; nam alium hæredem non inquietavit. At is, qui cum uno hærede egit de inofficioso, nec obtinuit, repellitur a toto legato, quia defunctum accusavit ut dementem. De inofficioso et de falso agi potest pro parte, sicut etiam bonorum possessio contra tabulas non repetitur pro parte. Alia differentia : is, qui legatum accepit ex testamento, si postea inofficiosum velit dicere, non audietur. Ratio est, quia sciens testamentum illud esse inofficiosum, legatum accepit, nec enim potuit hoc ignorare, scilicet se esse exhæredatum, aut præteritum, qui cernebat alium hæredis partes exequentem, et sibi legatum præstantem : quia igitur sciens accepit legatum, probavit judicium defuncti, ideo ab ejus accusatione repellitur. Nec potest dici querelam inofficiosi ipsi competere ipso jure, sed repelli exceptione : nullus enim locus est querelæ. Quid enim queri potest, qui probavit judicium defuncti, et testamentum, quod per se est justum, ut cum filius exhæredatus, aut præteritus est, a matre scilicet ? At is, qui legatum accepit, non repellitur ab accusatione falsi, si ignorans accepit : nam si sciens, repellitur, *l. 3. C. ad leg. Cornel. de falsis*, *l. 3. ff. eod. tit.* Potuit, cum accipiebat legatum ignorare, testamentum esse falsum, idque postea rescire : at inofficiosum esse non potuit ignorare, ideoque indistincte repellitur ab accusatione inofficiosi, post acceptum legatum. Græci lib. 60. Basilicon tit. 22. Nunc de eo, qui injustum dixit. Injustum, id est, non solemne. *l. 1. de injust. rupt.* Is, qui injustum testamentum dixit, non repellitur a legato, si non obtinuit : quia justum testamentum non impugnavit, sed de jure disputavit, *l. antepen. inf. h. tit.* quod exposui in *l. 89. de leg.* 1. Is etiam, qui legatum accepit, post etiam non prohibetur testamentum injustum dicere, et hæreditatem petere ab intestato. Idque sive sciens, sive ignorans injustum esse legatum, acceperit, quia ipso jure petitio hæreditatis ei quasi proximiori competit, licet legatum acceperit, vel alias comprobaverit: nam ejus comprobatione non fit justum testamentum, sustinetur tamen *l. filio præterito*, *de injust. rup. irr. testam.* Sed repelletur, ab ea, causa cognita, ut puta, si sciens factum, vel si juris solemnia ignorans legatum acceperit : nam ignorantia juris non excusat, *l. posteaquam*, *sup. de pet. h. hæred.* In illa lege rescriptum Antonini, idem est, quod dicitur hic Divi Pii. Igitur causa cognita repelletur a petitione hæreditatis : id vero æstimabitur ex cujusque persona, conditione, ætate. *Ex persona*, quoniam mulierem ignorantia juris excusabit. *Ex conditione*, quoniam militem juris ignorantia excusabit, aut rusticanum. *Ex ætate*, quoniam minorem vigintiquinque annis, ignorantia excusabit. At factum cuilibet ignoranti sine distinctione dabitur petitio hæreditatis, licet ante legatum acceperit. *Versic. prohibendi*, ait *prohibendi*, scilicet a petitione hæreditatis, quasi testamento injusto, quam scilicet intendunt post acceptum legatum: nec sic exponas, *prohibendi*, scilicet a legatis, quoniam, qui injustum testamentum dicunt, nunquam prohibentur a legatis. Ait, ex *cujusque persona*, *conditione*, *ætate*, quod jam exposuimus. Ita vulgo legitur, Accursius notat alias legi : *ex cujusque personæ conditione*, *et ætate*. In Basilicis ita legitur : ἐκ τῆς αἱρέσεως καὶ τῆς ἡλικίας τῶν προσώπων. Igitur post legatum acceptum et falsum, et injustum testamentum dici potest. Sed in hoc est differentia, quod is qui dixit falsum, si non obtineat, legatum acceptum non retinebit, sed auferetur quasi indigno. At is, qui legatum accepit, et post testamentum injustum dixit, si non obtineat, retinebit legatum, nec reddet fisco, quia etiamsi id non accepisset, nihilominus ejus petitionem haberet, *l. pen. inf. h. t.* Ita accipiendum est, quod ait in §. 1. Ille, qui non jure factum contendit, non repellitur, id est, a legato sibi relicto, subaudiendum. At repellitur a legato, qui falsum dixit. Subjicit recte : igitur, qui legatum consecutus postea falsum dixit, quod scilicet potest, amittere debebit quod consecutus est, quasi indignus. Notandum id, quod dictum est de eo qui injustum testamentum dixit, locum etiam habere in eo, qui de dolo hæredis agit, quo factum est ne testamentum mutaretur. Id intelligitur ex specie *l. Lucius*, §. *Sempronia*, *sup. de leg.* 2. Instituto Sempronia est substituta vulgariter, et si substitutio deficeret, legatum est ei relictum ab instituto. Institutus adiit, exspiravit substitutio, deinde Sempronia egit de dolo adversus institutum, dicens, dolo ejus factum ne defunctus testamentum mutaret, et se primo loco scriberet, non obtinuit, an poterit post petere legatum ? Maxime : quia testamentum non impugnavit, sed dolum tantum petiit hæredis. Eadem ratione, qui injustum dixit, non repellitur, quia non impugnat testamentum, sed de jure quærit.

Ad §. 2. *Amittere*, *et* §. 3. *Si pater.*

§. 2. *Amittere id*, *quod testamento meruit*, *et eum placuit*, *qui tutor datus excusavit se tutela. Sed si consecutus fuerit*, *non admittitur ad excusationem. Diversum puto in eo*, *qui legatum tantum meruit*, *et a matre pupilli tutor petitus*, *excusare se maluit. Hic enim nihil contra judicium defuncti fecit*, *sed hoc legatum*, *quod tutori denegatur*, *non ad fiscum transfertur*, *sed filio relinquitur*, *cujus utilitates desertæ sunt.*

§. 3. *Si pater accusaverit testamentum*, *vel dominus*, *denegabitur ei actio*, *etiam ejus*, *quod*

filio ejus, vel servo legatum est, si ad ipsos emolumentum rei perventurum est. Quod si personam illorum spectet, diversum dicendum est.

Explicavi §. *Amittere in l. etiam, de leg.* 1. Addatur tantum, eum, qui accusavit testamentum, quasi falsum vel inofficiosum non tantum repelli a legato, quod ei relictum est: sed etiam ab eo quod filio ejus relictum est, vel, servo, si modo id sit acquisiturus: quod si non sit, retinebitur a filio vel servo, nec factum domini vel patris ei nocebit. Non est acquisiturus, ut si legetur filio, post mortem patris, aut postquam emancipatus erit, vel si legetur militia, hæc non acquiretur patri. Item, si legetur filiofamilias a commilitone ex causa castrensi. Idem in bonorum possessione contra tabulas servatur: qui enim eam petit, repellitur a legato sibi aut filio relicto, *l. sub conditione, in fin. de bonor. poss. cont. tabul.* Idem in tutore, qui se excusavit, *l. qui tutelam, sup. de testam. tut.* E contrario, si filiusfamilias accusaverit testamentum, ejus factum non nocebit patri, si ipsi patri legatum relictum est, §. *si famil. h. l.* Similiter, si legatum sit domino, et sit rogatus servum suum manumittere, et accusaverit testamentum, ejus factum non nocebit servo, cui relicta est fideicommissaria libertas. Regula est: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.* Ideoque fiscus accipiet hoc legatum domino relictum, cum onere scilicet, ut servum manumittat, *l. cum fisco, sup. ad Syllanian.* §. *si servum, h. l.* Item, si non sit domino, sed servo, et dominus sit rogatus eum servum manumittere.

Ad §. 4. *Si servum,* §. 5. *Si Filiusfamilias, et* § 6. *Si is cui.*

§. 4. *Si servum suum rogatus sit manumittere, qui legatum meruit, vel etiam, ipsi servo utrunque datum sit: dicendum est, non debere obesse servo factum domini; sed a fisco redimendum, ut manumittatur: si tamen velit servum vendere: quia non potest cogi, qui judicium sprevit defuncti.*

§. 5. *Si filiusfamilias falsum accusaverit testamentum; videndum, an denegari debeat actio patri. Et puto, si invito patre, accusavit, non esse denegandam patri actionem.*

§. 6. *Si is, cui rogatus sum legatum restituere, falsum dixerit, restituere id fisco debebo.*

Notandum, a servi legatarii domino eidem servo fideicommissariam libertatem relinqui posse in §. *si servus,* in verbis, *ipsi servo utrumque datum sit, l. quidam,* §. *si servo, ad Trebell. l. quæsitum,* §. *si servus, de leg.* 1. Igitur servo legavit, et dominum, ut manumitteret, rogavit: dominus testamentum accusavit: emolumentum legati servo relicti domino auferetur: sed fiscus servum redimet, si possit, ne factum domini servo obsit. Obstat *l.* 1. *sup. si quis aliquem testari prohib.* §. 1. *et l.* 1. *quib. bonor. possess. non comp.* Species: is, qui prohibet aliquem testari, repellitur ab omni commodo quasi indignus. At quid si in eo testamento sit scriptus ejus servus, vel filius, deinde filius ille emancipatus est, vel servus manumissus est, tempore adeundæ hæreditatis, an repelletur ejus servus ab hæreditate? Ait, repelli: igitur dolus domini nocet servo. Dicendum ideo servum repelli, quod non habeat defuncti voluntatem: nam erat mutaturus testamentum, nisi dolo prohibuisset dominus. At in hac specie servo, cui est relicta libertas fideicommissaria, habet apertissimam voluntatem defuncti: repellitur etiam a fideicommisso qui accusavit: veluti, legavi tibi: rogavi, ut restitueres Titio: hic Titius accusavit: restituitur fisco, non Titio.

Ad §. 7. *Qui accusavit, et* §. 8. *Similis.*

§. 7. *Qui accusavit falsum, hæres legatario extitit, vel hæredi scripto. Nihil nocere dicendum est.*

§. 8. *Similis est ei, et qui inofficiosum dicit.*

Notandum, eum qui accusavit testamentum, nec obtinuit, non repelli a legato ei relicto, cui ipse hæres extitit. Ideoque, si suo nomine egerit de falso vel inofficioso, non prohibetur nomine defuncti, cui successit, hæreditatem vel legatum petere, *l. qui Titii, h. t.* E contra, si nomine defuncti egerit de inofficioso, non prohibetur suo nomine legatum petere, *l. filius* 22. *sup de inoffic.* Quid si defuncti nomine legatum petierit, et accepit, an postea poterit suo nomine agere de inofficioso? Minime, quia probavit judicium defuncti. Et eodem modo advocatus, qui petenti legatum adfuit, quia videtur probasse judicium defuncti, repellitur a querela: neque eum excusabit ignorantia, qui non potuit ignorare se esse exheredatum, vel præteritum, qui cernebat alium hæredem, in *l. ult. sup. de inoffic.* Ideo ibi Accursius verissime respondet ad *l. inter, sup. de rei vind.* quæ ait, advocatum, qui rem vindicanti adfuit, cum ignoraret eam suam esse, non amittere suam actionem. Ait Accursius in *l. inter*, ignorasse rem suam esse. At in *l. ult.* advocatum non ignorasse inofficiosum testamentum esse. Notandum, hac in re aliud esse dicendum, si is, qui de inofficioso potest agere, hæreditatem adierit ejus, qui eo testamento institutus est, ut puta Titii, hic non repellitur a querela inofficiosi testamenti suo nomine, quasi probaverit judicium defuncti, quia adeundo hæreditatem Titii, invitus acquisivit etiam

bona eo testamento Titio delata, nec potuit scindere hæreditatem: at legatum invitus non acquisivit. Itaque hac in re constituenda est differentia inter legatum et hæreditatem. Et hoc indicat Martianus in *l. pen.* §. *ult. sup. de inoffic.* At quid, si suo nomine legatum petierit, an poterit postea agere de inofficioso defuncti nomine? Sic videtur: nec repellitur ut indignus, quia alterius jure agit, non suo, *d. l. filius*: hujus distinctionis quatuor fecimus partes.

Ad §. 9. *Ætati*, §. 10. *His vero*, §. 11. *Sunt qui*, §. 12. *Quædam*, *et* §. 13. *Advocatum.*

§. 9. *Ætati ejus, qui accusavit, ignoscitur. Et maxime si tutor vel curator dicere falsum vel inofficiosum velit. Et ita Imperatores Severus et Antoninus rescripserunt.*

§. 10. *His vero, qui testimonio suo intentionem accusatoris adjuvaverunt, deneganda est Actio. Idque Divus Severus decrevit.*

§. 11. *Sunt, qui putant, et recte, et ei denegandam, qui accusatori adfuit, vel fidejussor pro eo extiterit.*

§. 12. *Quidam et præsidem indignum putant, qui testamentum falsum pronuntiavit, si apppellatione intercedente hæres scriptus obtinuit.*

§. 13. *Advocatum fisci, qui intentionem delatoris exsequitur, in omnibus, officii necessitas satis excusat.*

Si minor accusavit testamentum, nec obtinuit, ipso jure repellitur a legato, sed habet actionem adversus tutorem vel curatorem, si ejus consilio accusavit, *l.* 2. *C. de his quibus ut indig.* vel Princeps, si eum adeat, ei servabit legatum beneficio ætatis, præsertim si tutoris vel curatoris consilio accusatio instituta sit, *l. tutorem*, *in fine*, *inf.* Paulus in 5. *Sent. de jure fisci.* Nunc de tutore. Tutor vel curator, qui testamentum accusavit pupilli nomine, an repellitur a legato sibi relicto? Minime, si officii necessitate accusavit, et instantibus forte parentibus vel agnatis pupilli: necessitas officii eum excusat, *d. l. tutorem*, *et l. adversus*, §. *ult. sup. de inoffic.* §. *pen. Instit. eod.* Necessitas eum excusat in hac specie, quæ ponitur in *l. tutorem.* Ex edicto prætoris filius patroni, qui accusavit libertum paternum capitis, perdit bonorum possessionem contra tabulas liberti. Finge: Tutor libertum patris sui accusavit capitis, pupilli nomine: non repelletur a bonorum possessione contra tabulas, quia officii necessitas et tutoris fides excusata esse debet. Florent. ita legitur: *Si libertum patris pupilli suo nomine.* Male: legendum, *pupilli sui nomine.* Et ob id etiam hic tutor excusatur a calumnia, *l.* 2. *C. de his qui accus. non poss.* ubi est similis error. Legitur *proprio nomine*: legendum, *pupilli nomine.* Ob id etiam tutor hic excusatur a pœna Senatusconsulti Turpilliani, si finito officio tutelæ destiterit ab accusatione: eo Senatusconsulto non punietur tutor, *l. Divus*, *inf. ad Turpill.* Eadem vero est causa advocati fisci, qui coactus exsequitur intentionem delatoris, et agit de falso testamento fisci nomine, quia necessitas officii eum excusat, §. *advocatum*, *h. t.* Adrianus primus instituit advocatum fisci, Spartianus in Adriano. Est tit. in *C. de advocat. fisci.* Tutores et advocati fisci sunt defensores et patroni necessarii, alii sunt voluntarii advocati. Hi si adfuerint accusatori testamenti, repelluntur a legato, in §. *sunt qui putant*, *h. l.* Obstat *l. qui cum major natu*, §. *pen. inf. de bon. lib.* Quod nunquam hactenus explicatum est.

Ad §. 14. *Qui principale*, §. 15. *An libertas*, §. 16. *Ei qui*, §. 17. *Qui mortis*, §. 18. *Alia causa*, §. 19. *Falcidiæ*, *et* §. 20. *Omnes.*

§. 14. *Qui principale testamentum arguit: et a secundis tabulis repellendus est: item a codicillis ad testamentum factis, licet non confirmatis. Non idem sequendum est, si secundas tabulas, vel codicillos coarguit: quia non utrumque hoc casu improbasse videtur.*

§. 15. *An libertas ei servo data, qui testimonio suo infringere voluerit testamentum, auferri debeat, videndum est. Fideicommissum utique non est dignus consequi: et de libertate Divus Pius judicavit esse ea privandum.*

§. 16. *Ei, qui tutor datus est, non prodest ad excusationem, quod falsum dixit, sed a legato removetur.*

§. 17. *Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legatario.*

§. 18. *Alia causa ejus, qui propter testamentum a legatario vel a statulibero accipere jussus est, hic enim ut indignus repelletur.*

§. 19. *Falcidiæ beneficium hæredi scripto auferri debere, Divus Pius et D. Marcus putaverunt.*

§. 20. *Omnes, qui ut indigni repellentur, summovendi sunt a præmio, quod secundum edictum Divi Trajani datur his: qui se deferunt.*

Qui capitis accusat libertum paternum, perdit bonorum possessionem contra tabulas liberti. An etiam is, qui advocatus adfuit ei, qui accusabat libertum patris sui? minime: quia advocatus non est accusator: ideo etiam proprie non prævaricatur, *l.* 1. *de prævaricat.* Summa est ratio differentiæ inter has species. Advocatus repellitur a testamento, quod sua advocatione improbavit, ut si adfuerit dicenti

falsum aut inofficiosum: at non repellitur a successione ejus, cujus accusatori adfuit, isque accusator etiam non accusat testamentum, sed accusat ipsum libertum capitis, nam non ideo videtur ejus successionem improbasse, aut remisisse. Igitur evidens est ratio differentiæ. At testis utroque casu repellitur: nam firmamentum totius accusationis est positum in testibus. Hoc loco opponitur *lex Aithales 24. ad legem Cornel. de fals.* Dicendum, in ejus legis specie, servum non fuisse testem, sed professus est tantum judicium, nec peregit, ideo non repellitur a fideicommisso ei relicto. Addendum, eum repelli a legato, qui fidejussit pro accusatore testamenti, ut ostendit §. *sunt qui putant.* Imo etiam præses, qui pronuntiavit testamentum falsum, repellitur a legato, videlicet si pronunciatio fuerit rescissa appellatione, quia debuit judicio abstinere quasi suæ rei. Postremo notandum, eum, qui accusat testamentum, repelli ab hæreditate, legato, fideicommisso. Addatur, eum etiam repelli a substitutione pupillari, et a codicillis, quia pars sunt testamenti principalis: Græci vocant testamentum authenticum, et quantum in ipso fuit, hæc omnia fecit irrita. Non idem e contrario, videlicet si substitutionem pupillarem accusaverit, vel codicillos, nec obtinuerit: nam a principali testamento non repelletur, quia id non videtur improbasse. Addendum, eum qui accusavit, repelli etiam a Falcidia, *l. Papinianus*, §. *unde non male de inoff.* Repellitur etiam a mortis causa capione, si quid illi sit relictum ab alio, conditionis implendæ causa. Verum non repelletur a tutela, ne pœna illi vacationem adferat, sed geret tutelam ei impositam, nec tamen retinebit legatum remuneratorium, §. *ei qui tutor.* Non repelletur etiam a donatione causa mortis. Atque hac in re donatio causa mortis non comparatur legato, §. *qui mortis*, ideo dicitur *fere* comparari. Obstat *lex sub conditione*, *in fin. inf. de bon. possess. cont. tab.* quæ ait, cum quis impugnavit testamentum petita contra tabulas bonorum possessione, repelli a mortis causa donatione. Cur non etiam repellitur, qui falsum vel inofficiosum dixit? Ratio differentiæ summa est: nam is, qui petit contra tabulas, obtinet successionem hac via, ideo privari debet etiam mortis causa donatione, quæ est instar legati qua evertit tabulas: At qui accusat quasi falsum vel inofficiosum, nihil obtinet: nam ponimus non obtinuisse semper: alioqui quæstio tollitur. Ideo hoc saltem ei indulgetur, ut retineat donationem causa mortis, hoc colore, quia donatio non pendet ex testamento, quod accusavit.

§. 1. expositus in *l.* 1. *sup. eod.*

Ad L. VI.

Rescriptum est a principe, hæredem rei, quam amovisset, quartam non retinere. Et ideo si is, qui quadringenta habebat, universa quadringenta legavit et hæres centum subtraxisset, trecentorum quartam retinebit. Septuaginta quinque scilicet, et ducenta viginti quinque dabit legatariis. Ex centum, quæ subripuit, legatariis quidem dabit septuaginta quinque: reliqua, id est viginti quinque ad fiscum venient.

Hæredi quasi indigno auferuntur res ab eo amotæ in fraudem legatariorum, vel ex eis Falcid. ejus aufertur et fisco vindicatur. Testator qui habebat quadringenta in bonis quadringenta legavit, hæres subripuit centum. Ex trecentis detrahit Falcidiam, id est, septuaginta quinque. Ex centum autem non detrahet viginti quinque, sed fiscus ea habebit: nam Falcidia 100. hæres est indignus, *l. computationi*, §. *hæred. ad leg. Falcid. et l. Falcid. sup. eod.* Ait, *perinde ac si res in hæreditate non fuisset*, id est, ut scilicet fiscus Falcidiam deducat, non hæres. Ei legi est conjungenda *lex Paulus respondit, inf. ad Trebell.* in qua dicitur, ei auferri res subtractas quasi indigno, cui portio hæreditatis est relicta, id est, legatum, *l. mulier.* §. *ult. ad Treb.* Item videtur dicendum in quolibet legatario, *l. non est, C. de leg.* Obstat tit. *quod legator.* Ex quo intelligitur, legatarium non amittere, legatum, si id occupavit sine voluntate hæredis. Tenebitur quidem interdicto quod legatorum, possessionis adipiscendæ causa: verum legatum non amittit. Verum lex non est accipienda de eo, cui res certa legata est: nam hanc si auferat, non punitur, sed de eo, cui portio hæreditatis legata est: nam sit pro portione competenti: hic, cui legata est portio hæreditatis, si aliquid surripuerit ex hæreditate, in eo actionem legati non habebit, lucrum, quod captavit ei auferetur. Hodie ex *Nov.* 1. hæres, qui non fecit inventarium, vel qui mala fide fecit, non utitur Falcidia. Hoc amplius legatariis tenetur ultra vires hæreditatis. De fisco nihil dicitur fiscus non vocatur in Falcidiam. Itaque non facto inventario augentur legata.

L. 7. exposita est in *l.* 5. *qui accusavit*, *sup. eod.*

Ad L. VIII.

Indigno hærede pronuntiato, adempta hæreditate confusas actiones restitui non oportet.

Hæredi, cui aufertur hæreditas ut indigno, non restituuntur obligationes per aditionem confusæ, ut si testator hæredi aliquid debuit, *l. hæredem*, *inf. h. t. l. eum qui.* §. *bonis. h. t.* Igitur sive mortem testatoris non defenderit, sive alio modo indignus factus sit, confundentur actiones, *l.* 3. *sup.* Male hic citatur *lex si maritus, C. de inoff. testam.* Illa

lex non loquitur de eo, cui aufertur ut indigno, sed loquitur de hærede scripto, quem exhæredatus vincit petitione de inofficioso: huic hæredi actiones confusæ restituentur: item confusæ servitutes, quia non est indignus.

Ad L. IX.

Si inimicitiæ capitales intervenerunt inter legatarium et testatorem, et verisimile esse cœperit, testatorem noluisse legatum sive fideicommissum præstari ei, cui adscriptum relictum est: magis est ut legatum ab eo peti non possit.

§. 1. *Sed etsi palam et aperte testatori maledixerit, et infaustas voces adversus eum jactaverit: idem erit dicendum.*

§. 2. *Si autem status ejus controversiam movit: denegatur ejus, quod testamento accepit, persecutio. Ex qua specie fisco defertur.*

Notandum, ortis capitalibus inimicitiis inter testatorem et legatarium, tacite videri ademptum legatum vel fideicommissum. Itaque remanebit apud hæredem: nam quæ adempta dicuntur, non vindicantur fisco. Debetur quidem legatum legatario ipso jure, sed repelletur exceptione doli ob capitales inimicitias, *leg.* 3. §. *ultim. supr. de adimend. leg.* Capitales inimicitiæ sunt, quæ ortæ sunt ob capitalem accusationem, *Novell. de test. et l.* 6. §. *pen. sup. de excus. tut.* Igitur si testator legatarium capitis accusavit, ademptum videtur legatum. Quid si e contrario legatarius testatorem capitis accusaverit? Ex hac etiam specie non vocabimus fiscum, sed dicemus legatum remanere apud hæredem, *l. pen.* §. *Seja, sup. de adim. leg.* Fiscus non vocatur, quia tunc fiscus vocatur, cum legatario delatum fuit legatum et acquisitum. At hoc legatum, quia ademptum intelligitur, non defertur cum effectu. Igitur ex hac causa fiscus non vocabitur. Item si legatarius convicium aliquod grande jactaverit in testatorem, ut versus obscœnos, legatum videtur tacite ademptum, non tamen locus est fisco. Aliud dicemus, si legatarius testatori status controversiam fecit: nam legatum non aufertur proprie, quia nec defertur legatario cum effectu: nam etsi fiscus non vocaretur, satis esset ademptum. Erit igitur potius caducum quam ereptitium: non aufertur enim, sed statim fisco vindicatur. Et hoc casu solus fiscus vocatur, superioribus non item. Nam lex ait, *ex qua specie*, id est, ex postrema. Item ait, *si autem status*, quæ est adversativa. Græci male ita dicunt: si legatarius capitalibus inimicitiis prosecutus sit testatorem, vel si atroci injuria eum affecerit, vel si status controversiam ei moverit, confiscatur. Cur autem fiscus vocatur, si legatarius status controversiam moverit? Et tamen fiscus non vocatur, si eum capitis accusaverit, cum tamen hæc duo soleant esse paria, *l. qui cum natu, de bon. libert.* §. *inimicitiæ, de excusat. tut.* Ratio mihi esse videtur, quia is qui is qui in servitutem petit, majori odio dignus videtur, quia et testamentum impugnat, cum conditionem testatoris in dubium vocat. At qui capitis accusat, testamentum non impugnat. Utrique quidem adimitur legatum, sed in unius locum fiscus vocatur, in alterius locum hæres.

De L. 10. *et l.* 11. dictum est in *l.* 103. *de leg.* 1.

Ad L. XII.

Cum quidam scripsisset hæredes, quos instituere non potuerat: quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset: hæredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit jam pridem senatus hæreditatem. Quod D. Marcus in ejus persona judicavit, cujus nomen peracto testamento testator induxerat. Causam enim ad præfectos ærarii misit. Verum ab eo legata relicta salva manserunt. De præceptionibus eidem datis voluntatis erit quæstio et legatum ei non denegabitur: nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat.

Notandæ duæ causæ ex quibus hæredi aufertur hæreditas. Prima, testator secundo testamento fecit hæredem incapacem, non valet secundum, quia institutio est vitiosa: primum igitur non est ruptum: nam secundo primum non rumpitur, nisi secundum valeat. Verum primis hæredibus auferetur hæreditas ut indignis ex SC. Cujus est ratio, quia non habent supremam voluntatem, quia voluit eos esse hæredes, post quam mutavit voluntatem, *l.* 1. §. 1. *sup. si quis aliq. test. prohib.* de quo in *l.* 5. *sup.* Obstat §. *pen. quib. mod. test. infirm.* Testator cœpit facere secundum testamentum, nec perfecit: primum ratum est, et fiscus non vocatur. Primi hæredes cum re hæreditatem adibunt. Dicendum, diversam esse speciem: nam in ea non perficit testamentum: in hac perficit: hic constat eum mutasse voluntatem, licet postrema non habeat effectum. Altera causa est: si consummato testamento testator nomen hæredis induxerit, ob eam causam hæres removetur ut indignus ex Decreto D. Marci. Pono: solius hæredis nomen delevisse. Igitur fiscus venit in hæredis locum. Verum an præstabit cetera, quæ testator non induxit? Id etiam decreto definitum est, scilicet ut cum onere in fiscum transeant, *l. cum tatul.* §. *ult. hoc tit. l.* 2. *et* 3. *de his, quæ in testam. del.* præstabit præceptiones hæredi. Nam præsumitur voluisse testatorem ea, quæ non delevit, præstari etiam ipsi hæredi. Quod ait de præceptionibus notandum est. Hoc enim non fit semper in *l. si seq.* §. 1. *sup. ad Syllan.* In hac specie conservabun-

tur. Oponitur *lex* 1. *inf. si tabul. testam. null. exst. l. ult. sup. de his, quæ in testam. del.* Ponitur eadem species, deletum fuisse testamentum, et tamen dicitur legitimos hæredes vocari, nihil de fisco. Dicendum id ita procedere, si ea mente induxerit, ut hæredes ab intestato vocarentur, tunc fiscus excludetur, et omnia, quæ scripta in testamento, irrita fient. Videtur ea mente fuisse, si totum testamentum induxerit, disciderit: aliud si nomen tantum hæredis induxerit, videtur induxisse illius tantum odio. Ideoque ipse solus repellitur, fiscus vocabitur, atque ita præstabit omnia onera, quæ non præstarent legitimi, si vocarentur. Sciendum id locum tantum habere in hæreditate: nam si sint legata quædam inducta, fiscus non veniet: ea enim apud hæredem remanebunt, *l.* 1. §. *sed consulto, de his, quæ in test. delent.* Quid tamen si capitales inimicitiæ ortæ sint inter testatorem et hæredem? Minime, quia nunquam hæreditas adimitur tacita voluntate, *l. ex parte, de adim. leg. l. milites*, §. *Veteranis, sup. de test. mil.* Fiscus etiam non vocabitur: nam et ortis inimicitiis inter legatarium et testatorem non vocabitur, multo minus hoc casu, *l. pen.* §. *ult. sup. de condit. instit.* Aliud dicemus si testator hæredem male de se meritum dixerit: hoc non sufficit, ut adimatur hæreditas, sufficit autem ad invitandum fiscum, *l. hæreditas, C. hoc tit.*

Ad L. XIII. et XIV.

L. XIII. Claudius Seleucus Papiniano suo salutem: Mævius in adulterio Semproniæ damnatus, eandem Semproniam non damnatam duxit uxorem: qui moriens hæredem eam reliquit: quæro, an justum matrimonium fuerit, et an mulier ad hæreditatem admittatur. Respondi, neque tale matrimonium stare, neque hæreditatis lucrum ad mulierem pertinere: sed quod relictum est ad fiscum pervenire; sed et si talis mulier virum hæredem instituerit, et ab eo quasi ab indigno hæreditatem auferri dicimus.

L. XIV. Mulierem, quæ stupro cognita in contubernio militis fuit, et si sacramento miles solutus juxta annum mortem obierit, non admitti ad testamentum jure militiæ factum: et id quod relictum est, ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi.

Si injustæ sint nuptiæ, et vir hæres instituatur, aut mulier, hæreditas adiri cum effectu, aut bonorum possessio peti non potest cum re, *l.* 1. *inf. unde vir et ux.* fiscus enim admittitur, ut si damnatus adulterii etiam non damnatam uxorem duxerit, eam scilicet cum qua adulterium commisit. Damnatam enim non posse uxorem duci constat ex l. Julia, quod satis Canonibus traditur, et in hac *l.* 13. qua nulla apertior est in jure. Idem traditur lib. 28. titul. 4. Basil. Nec obstat *l. quæsitum* 49. *inf. ad leg. Jul. de adult.* Sed ea lex non loquitur de damnato, sed de eo, quem maritus suspectum habuit: huic non interdicuntur nuptiæ dimissæ a marito uxoris. Sic est, *l. miles*, §. *licet, eod. et l. commissum, C. eod. et l.* 14. *hoc tit.* miles, quam stupro cognoverat, in contubernio habuit. Contubernium dicit, quia non est matrimonium, atque ita liberi ex eo suscepti fient legitimi: at cum stuprata non est, concubinatus vitium non est. Igitur utroque casu, sive adulterio, sive stupro sit cognita, hæreditas ei auferetur quasi indignæ. Uxor justa est incapax ex lege Papia. Uxor injusta, sane capax est, sed indigna, huic fiscus aufert. Huc *l.* 103. *de legat.* 1. pertinet.

Ad L. XV.

Hæredi: qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hæreditas non aufertur. Si tamen aliquid a cohærede codicillis acceperit, ejus actio denegabitur. Itaque si bonorum inter hæredes divisionem defunctus codicillis fecerit, partes quidem hæreditarias, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit. Sed Falcidia beneficio non utetur, si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam æquitate compensationis recusaret.

Hæres codicillos falsos dixit, nec obtinuit: non ideo repelletur a principali testamento, *l.* 5. §. *principale, sup.* repelletur tamen a codicillis, ut si hæredi aliquid codicillis prælegatum sit. Verum id duplici jure capit, partem a semetipso jure hæreditario, partem a cohærede jure legati. Partem, quam, jure hæreditario capit, retinet quasi ex testamento principali: alteram, quam capit jure legati, non retinet, sed a fisco vindicatur. Item si quid vicissim ab eo cohæredi sit prælegatum, id cohæredi præstat detracta Falcidia. Sed in Falcidia illi cohæres compensabit, quod ab eo vice mutua accepit jure legati, licet id sua culpa amiserit, quia codicillos accusavit. Nam ea, quæ capiuntur jure prælegati, cohæres cohæredi compensat in Falcidiam, *l. Nesennius, et l. filius* 91. *ad leg. Falcid. l. filium; Cod. famil. ercisc. l. qui non militavit, in pr. de hæred. instit.* Verum extranei legatarii, quod hæres accepit a cohærede jure prælegati, id illi non imputant in Falcidiam, quinimo id habet supra Falcidiam: sed si sit ei res cum cohærede, id est, si velit ex prælegato cohæredi a se relicto Falcidiam detrahere, quod ab eo vice mutua accepit, compensabit, *l. in quartam, ad leg. Falcid.* Sciendum, vice mutua videri hæredibus prælegatum relictum, cum eis institutis testa-

tor bona dividit testamento vel codicillis, *l. cum pater* §. *evictis sup. de legat.* 2. *l. ex facto*, *de hæred. instit.* Atque ita in hac lege, dum testator fecit divisionem codicillis, eos mutuis prælegatis obligavit. Huc referenda est *l. eum qui*, §. *ult. hoc. t.* quam exposuimus in *l.* 17. §. *ult. de leg.* 1.

Ad L. XVI.

Cum tabulis secundis pater impuberi filio fratris filios, cohæredibus datis, substituisset, ac substituti fratris filii post mortem pueri, matrem ejus partus subjecti ream postulassent, ut hæreditatem patrui legitimam obtinerent, victis auferendam esse partem hæreditatis ex causa substitutionis, respondi: quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent.

Initio hoc proponitur: Pater impuberi filio substituit fratris filios, qui sunt impuberi patrueles: post mortem patris filius mortuus est impubes, atque ita extitit casus substitutionis pupillaris: at substituti matrem impuberis suppositi partus accusarunt, atque ita eum, cui substituti sunt, supposititium dixerunt, volentes scilicet patrono ab intestato succedere, ut totum obtinerent, quoniam non nisi ex parte substituto traditur. Non obtinuerunt. Itaque indigni sunt substitutione pupillari, quia de statu defuncti impuberis disputarunt, atque testamentum impugnarunt: ideo fisco locus fit, *l.* 9. *sup. hoc tit.*

Ad §. 1. *Quoniam.*

§. 1. *Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur: ejus, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur. Idque in testamento Coccei Cassiani, clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique Principes nostri judicaverunt. Cujus filiam, quam alumnam testamento Cassianus nepti cohæredem datam appellaverat, vulgo quæsitum apparuit.*

Hic §. est de concubinis. Differentia inter *nothos*, id est, filios naturales, et *spurios*, sive vulgo quæsitos. Nothi sunt ex concubina domi retenta sine nuptiis, uxoris loco, eam vocant παλλακὴν, id est, concubinam. Concubina legibus probata est, non est vitium, ea uxorem legitimam imitatur. Julianus in *Nov.* 18. Spurii sunt, qui nascuntur ex scortatione, stupro, adulterio, quæ vitia non cadunt in concubinam. Dicuntur ab Homero σκότιοι, Eustat. 18. Iliad Liberorum alii sunt γνήσιοι, id est, sui et legitimi, alii νόθοι ex concubinis, alii σκότιοι, id est, ex stupro, *l. vulgo*, *de stat. hom.* Alii παρθένιοι, qui ex nubili, quæ virgo esse putabatur, nati sunt. *Spurii sunt patre incerto geniti, quasi σποράδην concepti*, sic legendum apud Valerium Max. lib. 10. est in eodem lib. alius locus. Varro lib. 2. de analogia scribit, Mæviam non dici et Numeriam, invenitur tamen, in *l. ult. ff. de rescind. vend.* In illo lib. ita legitur. *Ista pronomina mulierum a viris tracta sunt. Mævia atque Numeria, Gaja super omnia celebrata est:* vulgo male *Nævia*: ceterum notanda est differentia inter nothos et spurios: certum enim est, nothos ex Constitutionibus aliquid capere posse ex testamento, et ab intestato, in *Nov.* πρὸ νόθων. At spurii penitus incapaces sunt. Rursus nothis alimenta debentur, spurii ne alimentis quidem digni sunt. Nothi nusquam appellantur spurii, nisi in hoc §. quod scio. Concubinatus pugnat cum stupro. Stuprum lege Julia vindicatur. Concubinatus lege nulla vindicatur. Cum concubina est matrimonium; cum stupro cognita non item. Cum ingenua stuprum committitur, nec potest cum ea constitui concubinatus nisi testato id fiat, vel sine testatione, si sit obscuro et humili loco nata. Item si vulgo quæstum fecerit, etiam cum ingenua, sine testatione est concubinatus, *l.* 3. *sup. de concub.* Concubina capere potest ex testamento concubini: stupro cognita indigna est capere, *l. mulierem*, *sup.* Nunc finge: Cassianus vir clarissimus, id est, senator, Rufinam ingenuam pleno honore dilexit, id est, uxorem habuit, non concubinam, ut ait Accursius. Hic est honor maritalis, quo separatur, *l. item legato*, §. *pen. de leg.* 3. *l. donationis*, *inf. de donat.* Concubina non retinet honestatem matrisfamilias, nisi sit concubina patroni, *l. probrum*, *de rit. nupt.* Sed in specie hujus §. fuit concubina non patroni indefinite, sed alterius cujusdam. Idem Cassianus post mortem Rufinæ uxoris, filiam ejus, id est, privignam suam in concubinatum assumit. Cum privigna non est connubium, est tamen concubinatus. Nec hoc novum est, ut sit concubinatus cum ea, cum qua non est connubium, ut cum adulterii damnata cum ancilla, cum quinquagenaria, cum muliere ejus Provinciæ, in qua quis officium gerit, non est connubium, est tamen concubinatus. Cassianus igitur privignam suam habuit in concubinatu, et quidem jure quamvis enim ex ingenua nata sit, tamen quia vulgo quæstum fecit, jure hoc fit. Sic legendum est in fine hujus §. deest enim verbum *fecisse*. Proinde, quod Cassianus ei reliquit testamento sub appellatione alumnæ, quasi fuisset educata una cum matre, id jure relictum videtur, nec quasi commisso cum ea stupro, ei auferetur. Ita optimi maximi Principes judicaverunt, id est, Severus et Antoninus, sic sæpius vocantur. Hodie concubinatus non deputatur

legitimæ conjunctioni, sed scortationi et extat Constitutio Constantini Porphyrog. apud Harmenopulum lib. 4. *tit. de nupt.* Igitur hodie, quod datur constitutionibus nothis, ut scilicet capiant ex testamento, vel ab intestato, nullis tribuitur: ex eo necessario sequitur, filios ex concubina natos esse spurios, non nothos, et concubinas esse scorta. Justin. in *Nov.* 18. de duabus concubinis, quas quis habet eodem tempore, scorta esse ait, quia non licet nisi unam habere. Hodie igitur sequitur nullos esse nothos. (vide Cuj. lib. obs. v. 6.) Accursius adfert *l.* 1. *de concub. sup.* Sciendum libertam uxorem patroni, si ab eo invito discesserit, non posse alii nubere. Item non posse alii se in concubinatum dare. Idque ex l. Julia et Papia, *l. ult. sup. de divort. l. in eo, de rit. nupt.* Quid dicendum est de liberta, quæ non est uxor, sed concubina patroni. An hæc poterit ab eo discedere, et alii nubere? Videtur posse ex sententia legis Juliæ: quia ea lex loquitur tantum de uxore. Igitur concubinæ videtur discessionem permittere. Id proponitur initio *l.* 1. quasi videatur esse sententia legis Juliæ. Sed Ulpian. ita interpretatur, et negat id esse ex sententia legis Juliæ colligendum. At, quod concubina etiam patroni, si ab eo invito discedat, non poterit alii nubere, quia honestius est, ut patronus libertam habeat concubinam potius quam matremfamil., id est, uxorem. Non igitur est ei permittenda libera discessio, eo invito.

§. *ult.* Expositus est in *l.* 12. *sup.*

Lex 17. Explicata est in *l.* 3. *et l.* 8. *sup.*

Ad L. XVIII.

Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit, restituere cogendum respondi, quod bonæ fidei possessor fuisse non videtur: exemplo bonorum fisco vindicatorum. Post motam de tacito fideicommisso controversiam, ante pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi. Sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant. Quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui, satis erit. Sed Divus Severus bonorum tacite relictorum, citra distinctionem temporis, fructus dumtaxat deberi, non etiam usuras eorum, benigne decrevit, quo jure utimur.

Quæritur de tacito fideicommisso. Ostenditur, hæredi, qui tacitam fidem accomodavit, non tantum auferri bona, sed etiam fructus ante litem motam perceptos, id est, ante illatam petitionem hæreditatis, quia mala fide eos percepit, *l. prædonis, sup. de petit. hæred.* Et sic etiam hæredi, qui sciens non defendit necem defuncti, fiscus aufert fructus omnes, *l. hæredem, sup.* Idque fit exemplo bonorum caducorum, aut vacantium, quæ malæ fidei possessor restituit fisco cum fructibus etiam ante litem motam perceptis, *d. l. hæredem.* Bonæ fidei possessor fructus ante litem perceptos suos facit, *l.* 1. *C. de petit. hæreditat. d. l. hæredem.* Malæ fidei possessor fructuum ante litem perceptorum et venditorum pretia, et usuras præstat post litem, quia fructus ii sunt hæreditarii, et ideo petiti intelliguntur cum hæreditate, vel pecuniæ ex eis redactæ, *l. illud*, §. *prædo, sup. de pet. hæred.* Pecuniæ autem hæreditariæ usuræ veniunt in petitionem hæreditatis officio judicis. Igitur et fructuum sive pretii eorum usuræ veniunt. At post litem motam fructuum perceptorum, vel venditorum usuræ non debentur. Ratio est, quia qui post litem percipiuntur, non videntur petiti, et veniunt tantum officio judicis, alia accessio nulla esse potest; officium officio servire non potest, id est, ejus quod venit officio judicis, alia accessio non est. Hi autem fructus post litem percepti veniunt officio judicis, ergo usuræ eorum non præstantur: hæc est sententia *l. hæres*, §. *ult. de petit. hæredit.* qui est totus accipiendus de malæ fidei possessore. Huic *l.* 1. *Cod. de his. quib. ut indig.* etiam referenda: vulgo male distincta est. Ait, *acceptæ pecuniæ*, hic sit virgula: sequitur: *post litem motam bonorum usuras auferat*, non est addendus sicilicus. Objicitur *l. neque sup. de usur.* Initium convenit cum his quæ diximus. Ait enim fructuum post litem contestatam perceptorum usuras non præstari. At finis obstat: nam fructuum perceptorum ante litem, ait, usuras non præstari a malæ fidei possessore, cum quo agitur condictione. Recte, condictione, nos autem loquimur de petitione hæreditatis. In ea veniunt usuræ officio judicis, quia est bonæ fidei actio. Condictio est stricta, in ea usuræ non veniunt, nisi sint in obligatione. Usuræ alias sunt in obligatione, alias in officio judicis, *l.* 24. *sup. depos. l. deducta, ad Treb.* In obligatione necesse est, ut sint in strictis judiciis in officio judicis sunt in actione bonæ fidei. Igitur fructuum ante litem perceptorum usuras malæ fidei possessor præstat. Excipitur tantum casus decreto Severi, idque benigne ita decrevit. Casus est: si fiscus petat hæreditatem a malæ fidei possessore ex causa taciti fideicommissi, hoc casu hæres fructuum usuras non præstat, etiamsi eos percepit ante litem motam; pretia tantum præstat: de perceptis post litem, non est dubium. Sed cum decreto Severi videtur pugnare *l. cum quidam*, §. *in tacito, sup. de usur.* Ait. Divum Pium rescripsisse, ex causa taciti fideicommissi, hæredi auferendum omne emolumentum. Igitur usurarum emolumentum, id est, usuræ ipsæ auferendæ sunt. Quidam putant referri

diversa rescripta. In §. *in tacito* rescriptum Divi Pii: In hac autem l. Severi. Mihi sic videtur dicendum, ut hoc casu usuræ fructuum perceptorum ante litem non præstentur. At usuræ perceptæ a debitoribus hæreditariis auferentur, sicut et fructus auferuntur. Sic est in §. *in tacito.*

Ad §. 1. *Bonis.*

§. 1. *Bonis universis ex causa tacita fideicommisi fisco restitutis, hæredem onus æris alieni non spectare convenit. Nec aliud servatur, morte non defensa. Si quid tamen ob aditam hæreditatem actionibus, aut servitutibus confusis, amiserit: auxilio restitutionis non merebitur.*

Notandum, bonis ablatis hæredibus ut indignis, eos non desinere esse hæredes. Nomine sunt hæredes, non re, *l. ex facto*, §. *Julianus*, *de vulg.* Hæres est etiam sine onere, sicut is, qui restituit hæreditatem, ex Trebell. hæres est etiam nomine tenus, sine re sine onere: Nam si cum eo agatur, utetur exceptione restitutæ hæreditatis. Sic etiam hæres indignus, est hæres sine onere. Onera fiscum sequuntur.

§. *ult.* expositus est in *l.* 17. §. *ult. sup. de leg.* 1.

Ad L. XIX.

Si scriptis hæredibus ideo hæreditas ablata est, quod testator aliud testamentum mutata voluntate facere voluit, et impeditus ab ipsis, est ab universo judicio priore recessisse eum videri.

Hæreditas aufertur ei, ut indigno, qui testatorem coegit, ut se institueret, aut qui prohibuerit, ne testamentum faceret, vel mutaret, *tot. tit. si quis aliq. test. prohib.* Paul. in 5. *Sentent. tit.* 12. Aufertur autem ei soli qui prohibuit. Nam factum ejus cohæredibus non nocet, *l.* 2 §. 1. *sup. si quis aliq. test. prohib.* Et hoc quidem ita, si nesciatur, quorum causa testator voluerit mutare testamentum. Nam in dubio is tantum, qui prohibuit, repellitur. At, si sciatur, quos hæredes voluerit mutare, nec mutavit, quod ille fuit impedimento, repellentur illi etiam, licet nullum impedimentum attulerint, quia non habent supremam voluntatem, *l.* 1. §. 1. *sup. si quis aliq. testar. prohib. l. cum quidam, sup. hoc tit.* Sic etiam dubium non est, quin mihi auferatur hæreditas, si tu testatorem cogeris, ut me institueret: quia etiam non habeo integram defuncti voluntatem, Accurs. in *l.* 2. *Cod. si quis aliq. test. prohib.*

Lex 20. explicata est in *l.* 3. *sup. eod.*

Ad L. XXI.

Portionesque eorum fisco vindicantur, qui mortem libertorum suspecto decedentium non defenderunt. Omnes enim hæredes, vel eos, qui loco hæredis sunt, officiose agere circa defuncti vindictam, convenit.

Notandum, patrono auferri etiam partem debitam reverentiæ patronali, id est, semissem ex l. Papia, hodie trientem, si non vindicavit mortem liberti, qui suspecto decessit, id est, quem suspicio est fuisse interfectum, *l. si sequens*, §. *ult. ad Syllanian.* Et generaliter, omnes hæredes se debent officiose gerere in vindicando defuncto. Expositæ sunt omnes causæ, ex quibus hæreditas ut indignis aufertur, nulla fuit alia. Una fuit olim alia causa, ex qua ut indigno hæreditas auferebatur, cujus nulla hic fit mentio. Ea est, si qua in re non obtemperasset voluntati defuncti. Paul. 3. *Sent. tit. ad Senatusc. Syllan.* Hoc indicat etiam *l. ult.* §. *ult. C. de fideicommiss.* Excepta erat una causa, scilicet sepulturæ, si neglexisset hæres ineptam forte voluntatem defuncti circa funus ducendum, non ei auferebatur hæreditas, *l.* 5. *C. de his quib. ut indig.* et *in l.* 5. *Cod. de religios.* Ea causa frustra excipitur, nisi alias hæreditas auferatur ob neglectam voluntatem defuncti. Hæc causa non est relata in his libris, quoniam in desuetudinem abierat, sed cogebantur obtemperare, *arg. l. si quis in suo, C. de inoff.* Hodie jus vetus propemodum restitutum est *Nov.* 1. Ex qua hæres, qui non paret voluntati defuncti, repellitur ab hæreditate, sed non ut indignus: nam fiscus non vocatur, sed substitutus, etiam post aditionem, quod est contra regulas juris, sed tamen ob contumaciam hæredis hoc fit. Admittentur et alii, de quibus in illa Nov. agitur.

Lex 22. exposita est in *l.* 5. §. *ætati, sup. eod.*
Lex 23. explicata est in *l.* 103. *sup. de leg.* 1.
Lex pen. exposita est in *l.* 5. §. 1. *sup. eod.*
Lex ult. explicata est in *l.* 103. *sup. de leg.* 1.

JACOBI CUJACII J. C.

RECITATIONES SOLEMNES

Ad Tit. I. Lib. XXXVI. Digest. ad Senatusconsultum Trebellianum.

Ad §. *Utrum L. XI.*

Utrum autem præsenti, an etiam absenti restitui possit, procuratore adeunte prætorem, videndum est, ego puto, absenti quoque fideicommissario cogi posse hæredem institutum adire et

restituere. Nec vereri hæredem oportere, ne forte in damno moretur. Potest enim ei per prætorem succurri, sive cautum ei fiat, sive non, et ante decesserit fideicommissarius, quam ei restituatur hæreditas. Est enim hujus rei exemplum capere ex rescripto D. Pii in specie hujusmodi. Antistia decedens Titium hæredem instituit: et libertatem dedit Albinæ directam, eique filiam per fideicommissum reliquit, rogavitque ut filiam manumitteret, sed et Titium rogavit, ut manumissæ Albinæ filiæ restitueret hæreditatem. Cum igitur Titius suspectam diceret hæreditatem: rescriptum est a D. Pio, compellendum eum adire hæreditatem, quo adeunte, Albinæ competituram libertatem, eique filiam tradendam. Et ab ea manumittendam tutoremque filiæ manumissæ dandum, quo auctore restituatur hæreditas filiæ statim, quamvis sic fuisset ei rogatus restituere, cum nubilem ætatem complesset. Cum autem possit (inquit) *evenire, ut ante decedat ea, cui fideicommissaria libertas et hæreditas relicta est, nec oporteat damno affici eum qui rogatus adit hæreditatem: remedium dedit, ut, si quid horum contigerit, perinde permittatur venundari bona Antistiæ, ac si hæres ei non extitisset. Cum igitur demonstraverit Divus Pius, succurri hæredi instituto, qui compulsus adiit: dici potest, etiam in ceteris causis exemplum hoc sequendum, sicubi venerit, restituatur fideicommissaria hæreditas ei, qui compulit adire, et restituere sibi hæreditatem.*

Quæritur, an quis possit alterius successionem acquirere per procuratorem? De hæreditate constat, non posse adiri per procuratorem. Bonorum possessio potest. Major est solemnitas juris civilis, quam prætorii, *l. per procuratorem*, et *l. si quis alicui, de acquir. hæred.* Restitutio fideicommissariæ hæreditatis est successio quædam, ut hæreditas, et bonorum possessio, *l. non enim, hoc tit.* Et ideo quæritur etiam, an absenti per procuratorem restitui possit hæreditas? An absens fideicommissarius possit per procuratorem postulare decretum, ut videlicet cogatur hæres adire, et restituere? Constat, hoc posse postulari adversus hæredem absentem, *l. recusare, hoc tit.* Sed in *h.* §. ostenditur, etiam posse postulari absenti fideicommissario per procuratorem. Ergo adito prætore, procurator fideicommissarii potest compellere hæredem, ut adeat: denique restitutio hæreditatis potest fieri procuratori fideicommissarii. Hic opponitur *l. si mulier* 59. §. *ex asse, sup. de jur. dot.* Dicendum est, in *eo* §. tractari de obligatione fifideicommissi. Obligatio fideicommissi non potest per delegationem in alium transferri, ita ut hæres se alii obliget, quam fideicommissario. Hoc ait §. *ex asse.* Nos autem non loquimur de obligatione fideicommissi, sed de facto ipso, id est, de restituenda hæreditate. Hæreditas ea nomine procuratoris restitui potest. Vel alium fideicommissarius delegare non potest, cui se hæres obliget. §. *ex asse*. Alii fideicommissarius mandare potest, ut hæreditatem ab hærede petat et recipiat *hoc* §. Male Accursius, eum, cui hæres delegatur, vocat procuratorem in rem suam, quod non fit recte, ut dixi. Nam procurator fit ex mandato, delegatio non est mandatum. Ergo delegatio procuratorem non facit. Qui delegat, se actione quam habet exuit: qui mandat, se actione propria non exsuit. Ergo sunt hæc diversa. Item opponitur quod dicitur, pupillo relictam fideicommissariam hæreditatem, tutori ejus restitui non posse, *l. sed nec ipsi, hoc tit.* Quomodo ergo restituetur procuratori? Hoc vero nihil obstat. Hic §. loquitur de procuratore absentis: tutori autem absentis vel infantis, etiam restitui potest, non tamen præsentis, vel ejus qui fari potest, *l. pen. C. ad Trebell.* Item opponitur dubitatio ex *l. qui ita* 66. §. *etiam, hoc tit.* et quæ proponuntur initio hujus §. ex eo sumuntur, quod si desiderante procuratore hæres cogitur adire, et restituere, ita fiet sæpenumero, ut hæres versetur in damno, quod iniquum est, ut qui coactus adiit, adeat suo periculo. Sciendum est, aditione hæredem obstringi oneribus hæreditariis, quoniam adeundo subit vicem defuncti. Verum restitutio hæreditatis facta fideicommissario, hæredem exonerat: nam onera in fideicommissarium transferuntur. At restitutio facta procuratori non statim exonerat hæredem, antequam videlicet fideicommissarius omnia receperit, et rata habuerit. Ergo fieri potest, si admittatur his rebus procurator, ut hæres adeat postulante procuratore, deinde fideicommissarius moriatur, antequam ratum habuerit, vel ei restitutum fuerit, atque ita onera remanebunt apud hæredem, qui compulsus adiit. Hoc ne eveniat, melius est dicere, præsenti restituere hæreditatem, non procuratori. Dices: Hoc ne contingat hæredi, procurator caveat de rato habendo, sicut in mandato: nam cum dubitatur de mandato, quilibet cavet de rato. Verum dicam, hoc solum hæredem non satis munire adversus periculum: nam fragilis est qualibet cautio, §. *etiam*, quoniam fideicommissarius labi potest facultatibus. Ergo, ne oblata quidem cautione de rato a procuratore hæres cogi poterit, ut committat se periculo aditionis. Et omnino ita esset concludendum, nisi Ulp. in *h.* §. ostenderet, in hac specie hæredem ipso jure satis munitum esse, etiamsi nulla vel fragilis cautio detur, et ei subveniri exemplo Constitutionis D. Pii, quoties incidit in captionem ob aditionem coactam. Hic Pius dici-

tur Titius Anton. in l. 12. sic et in *l. si cui pure* §. 1. *hoc tit. et l. si patroni*, §. 1. *inf.* Ejus Constit. sententia hæc est et species: Testator Albinam ancillam suam testamento directo manumisit, et filiam Albinæ eidem Albinæ matri per fideicommissum reliquit, et rogavit, ut filiam manumitteret: Titium hæredem instituit ex asse, et eum rogavit, ut hæreditatem restitueret filiæ manumissæ: adjicit conditionem, *cum nubilis erit ætatis.* Ergo filia Albinæ accipiet libertatem a matre fideicommissaria, hæreditatem autem ab hærede. Lex ait, hoc casu filiam Albinæ posse Titium hæredem prætoris interventu compellere, ut restituat, licet nondum sit manumissa. Nam ex hac causa patet servo aditus ad prætorem, propter spem libertatis, *l. mulier*, §. *non est*, *inf. hoc tit.* Opponitur. Is, cui data est libertas in diem, hæreditas autem pure, vel in diem, non potest hæredem cogere ante diem ut adeat, *d. l. si cui pure*, §. 1. At Albinæ filiæ hic non proponitur relicta libertas in diem, sed pure. Ergo hoc nihil obstat. Rursus opponitur. Servus hæredis, cui relicta est libertas et hæreditas per fideicommissum, non potest hæredem, id est, suum cogere, ut adeat, *l. cogi* 16. §. *sed si servo*, *inf. hoc tit.* At filia Albinæ fuit ancilla hæreditaria, non hæredis propria, itaque hoc etiam non obstat. Magis obstat is cui a fideicommissario, vel legatario relicta est libertas, non ab hærede, hæreditas autem ab hærede, non potest cogere hæredem, si utrumque ab hærede relictum sit, poterit cogere, *l. non est* 53. *inf. hoc tit.* Hic autem relicta est libertas a fideicomm. Albina matre, hæreditas autem ab hærede. Ergo, etc. Dicendum est, sententiam ejus legis ita maxime procedere, si hæres sit institutus ex parte, et ab eo relicta hæreditas per fideicommissum: hic non potest cogi adire, quia etiamsi non adeat, fideicommissarius damni nihil facit, quoniam repudiantis portio accrescit ceteris cohæredibus cum onere fideicommissi, l. 11. quæ est conjungenda cum *l. non est*, quæ accipienda est de hærede instituto ex parte. At in specie hujus §. Titius proponitur hæres institutus ex asse. Is qui ex asse institutus est, cogi potest, ut adeat ab eo, qui a legatario libertatem accepit, cogi, inquam, potest etiamsi nondum extiterit conditio fideicommissis. Idem ostenditur in *l.* 13. *in princ.* in *l. cogi*, §. *pen. inf.* et in *l. si cum pure*, *in princ.* Nec quicquam obstat *l. ita tamen*, §. *a patre*, *h. t.* Ex eo colligunt, hæredem non cogi adire ante conditionem fideicommissi, ex his verbis: *quia fideicomm. sub conditione datum proponitur.* Dicendum est, in eo §. duas proponi rationes, quæ sunt conjungenda, ut momentum aliquod habeant: prima illa per se infirma est, nec nisi coacervata momentum habet, itaque nihil obstat. Ergo in specie constitutionis, filia Albinæ hæredem coget adire, ut diximus, nec ei obstabunt ea, quæ posuimus. Adita hæreditate, Albinæ matri competet statim libertas directa, eique tradetur filia ex causa fideicommissi, tum filia manumittetur, manumissæ dabitur tutor, quo auctore fiet restitutio hæreditatis, etiam non existente conditione, id est, etiamsi nondum sit nubilis. Non tamen transferentur actiones antequam conditio exstiterit, *l. sed etsi ante*, *sup.* Quid si conditio deficiat, id est, si moriatur nondum nubilis? Interdicit fideicomm. et bona pertinebunt ad hæredem scriptum, qui adiit coactus. Ad eundem pertinebunt onera, atque ita damno afficietur hæres, qui coactus adiit. Hoc vero ne fiat, videtur rursus dicendum, melius esse, ut non cogatur adire. Sed in hunc casum subvenit Constit. D. Pii, ne hæres damnum patiatur: et constituit, ut hæres hoc casu non obstringatur oneribus, sed bona vendantur a creditoribus nomine defuncti, non hæredis: hoc est novum beneficium ut videlicet hæreditas adita habeatur pro non adita. Ergo hæres scriptus ex asse, pendente conditione, cogi potest adire, quoniam ipso jure satis munitus est, quia nullum damnum futurum est, ut ait l. 15. At hæres scriptus ex parte, quia non potest cogi, ad eum nihil pertinet hæc Constit. nihil indiget hoc remedio, l. 12. Hujus Constitutionis exemplum sequemur in specie proposita: Si hæres adierit cogente procuratore, et post fideicomm. moriatur, fideicommissum intercidit, si nullum hæredem reliquerit, *l. postulante*, §. 1. *inf.* Alioquin in hæredem transit. Et de hac re frustra dubitat Accursius propter *l. cum filio*, *in fin. de legat.* 1. In ea enim lege fideicomm. fuit conditionale, id est, post mortem patris relictum, ideo non transmittitur, purum autem transmittitur. Pone autem intercidisse, quia decessit fideicomm. sine hærede, vel antequam decederet, declaravit, se ratam non habere procuratoris acquisitionem. hoc casu hæres versatur in damno, sed ei subvenietur exemplo Constit. D. Pii. Dicemus ergo hoc casu hæredem non obligari, sed perinde bona distrahi, atque si hæres non adiisset. Itaque non est, quod vereamur periculum aditionis, si hæres restituat procuratori: hæredi enim subvenitur. Unde in l. 15. ait: *Jam ergo non desideratur hæredis præsentia.* Dicere debuit, fideicommissarii præsentia. *Jam*, id est, post constitutionem D. Pii, hæredis, id est, fideicommissarii. Hæc sæpe confunduntur, *l. quamvis*, *sup. de judic.* *Nov.* 108. circa fin. In eodem §. ubi dicitur, *qui rogatus adiit*, manifeste legendum, *qui coactus*, ait paulo post, compulsus.

Ad L. XII.

Sed cum ab hærede pro parte instituto, fideicommissa hæreditas sub conditione relicta esset, Imperator Titus Antoninus rescripsit, non esse locum constitutioni suæ, neque pupillum extra ordinem juvandum, præsertim si novum beneficium cum alterius injuria postularetur.

Initio hujus legis ostenditur, hæredem institutum ex parte, et sub conditione rogatum restituere, non compelli adire, sed repudiare posse, ideo ad eum non pertinere remedium D. Pii. Additur, *neque pupillum extra ordinem juvandum, præsertim etc.* Accursius tres adfert interpretationes. Prima negat pupillo instituto hæredi ex asse dari restitutionem in integrum, ne videlicet cogatur adire ante conditionem fideicommissi: quasi videlicet alias dari possit restitutio in integrum, ne quis invitus adeat, quod falsum est. Nam restitutio in integrum datur tantum in eis, quæ gesta sunt, nihil autem gessit, qui nondum adiit. Eadem ratione refutatur secunda expositio, quæ negat pupillo fideicommissario dari restitutionem in integrum in hoc, ut hæres, qui sua sponte adiit, ante conditionem fideicommissi restituat: nam ab ea obtinenda non est comparata restitutio, sed tantum ad gesta rescindenda. Hæc tamen pupillo negantur, quasi alias impetrari possint per restitutionem, quod falsum est: nam verbum, *extra ordinem*, est accipiendum per restitutionem in integrum. Tertia expositio negat pupillo, qui sponte adiit, dari remedium constitutionis D. Pii, ut non hæreat oneribus. Hoc nihil est: nam etiamsi ei non detur remedium D. Pii, dabitur restitutio in integrum adversus aditionem, *l. in integrum, sup. de minor.* Et ei data, verum erit, pupillum extra ordinem juvari, quod lex tamen negat. Ego puto hæc verba ex *l. nam quod*, §. 1. *inf. hoc t t.* explicanda. Hæc verba sunt ex rescripto D. Pii, quod etiam citatur in *l. nam quod.* Dico autem eodem rescripto Imperatorem respondisse duabus quæstionibus. Prima fuit de hærede instituto ex parte, an cogatur adire. Respondit eum non cogi, ideo ad eum non pertinere remedium constitutionis suæ. Ex hac nata est secunda quæstio. Constat pupillum, qui repudiavit, posse restitui in integrum, ut hæreditatem adeat, quam repudiavit. Hinc quæritur, si pupillus institutus et rogatus restituere, repudiaverit: deinde creditores bona distraxerint, an possit cogi a fideicommissario, ut adeat per restitutionem in integrum et restituat? Imperator ait, non posse cogi, quoniam res non est integra, et injuria fieret creditoribus, qui vendiderunt bona, vel aliis, qui vendidissent, ut substituti. Hoc *lex quod si minor*, §. *Scævola, sup. de minor.* Et hoc est, quod ait *lex nam quod.* Ait, *plane si bona venierint etc.* in eo §. male legitur, *præceptorem in* Florentin. cum sit legendum, *per prætorem, et restituere*, non in integrum restituere, sed restituere fideicommissariam hæreditatem ex edicto prætoris. Ergo pupillo non datur restitutio in integrum, ut postulante fideicommissario adeat hæreditatem, quam repudiavit, si id sit facturus cum injuria alterius, id est, si res non sit integra, si bona fuerint vendita, si negotia hæreditaria explicita. Ergo huc non pertinebit remedium D. Pii; eo enim tantum utitur, qui coactus adit.

Ad §. 1. Cum ita L. LVII.

§. 1. *Cum ita fuerat scriptum:* Fidei filiorum meorum committo, ut si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat. Quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hæreditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo: *defuncto altero superstite filio, novissimo autem sine liberis, neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur: sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi, cessante prima substitutione, partis nepti petitione denegari, quam totum habere voluit avus, si novissimus fratris quoque portionem suscepisset.*

Hæc una res hunc §. difficilem reddit quod cum eo pugnet, *l. pen. C. de impub. et al. subst.* species hujus §. hæc est: pater habet duos filios, et neptem Claudiam ex filio jam mortuo: filios hæredes instituit ex æquo, et fidei eorum mandat, ut qui prior decesserit sine liberis, restituat partem suam fratri superstiti. Hæc est prima substitutio: quæ mutua et reciproca est. Nam alter alteri frater substitutus est in eum casum quo prior decesserit: teste Justiniano in Nov. 108. quanquam repugnet hic Alciatus. Substitutionem vocat fideicommissum hæreditatis recte. Est enim substitutio precaria non directa, Græce ὑποκατάστασις. Postea testator fecit alteram substit. si uterque filiorum sine liberis decesserit, omnem hæreditatem ad Claudiam neptem meam pervenire volo. Nunc si unus ex filiis moriatur sine liberis, proculdubio superstes ei succedet ex prima substitutione, et si post superstes moriatur sine liberis, ei succedet Claudia neptis ex secunda substitutione. Hoc caret dubitatione. Verum finge: frater, qui prior decessit, reliquit filium Cajum, ideo conditio substitutionis defecit, filius exclusit substitutum, postea alter frater mortuus est sine liberis, de ejus successione certant Claudia filia fratris vivo patre defuncti, et Cajus filius fratris cohæredis. Cajus vindicat hæreditatem

patrui sui, qui novissimus, decessit ab intestato, vel solus ex lege Voconia, quasi præferatur consobrinæ, vel eam vindicat in partem non exclusa consobrina, §. *ceterum, de legit. adgnat. success.* Eam non vindicat substitutionis jure, quasi videlicet pater qui mortuo fuerat substitutus, jus substitutionis in eum transmiserit, nam spes substitutionis hæredem non sequitur, *l. si ex plurib. inf. de suis et legit.* Ergo recte vindicat ab intestato. Contra vero Claudia dicit, se esse potiorem, et se vocari ex substitutione, *si uterque sine liberis decesserit*, *hæreditatem*, *etc.* Hic decessit sine liberis. Ergo hæreditas ad me pertinet. Cajus negat locum substitutioni esse, profert verba, *si uterque sine liberis decesserit.* Negat, nisi uterque sine liberis decesserit, Claudiam succedere posse. Atqui, verum est, utrumque non decessisse sine liberis. Ergo substitutionis conditio deficit, et locus erit legitimæ successioni. Præterea testator dixit, *omnem hæreditatem*, id est, utriusque filii. Jam vero omnis non potest pervenire ad Claudiam, quia qui novissimus decessit non est nactus partem fratris ex prima substitutione, pars tantum novissimi pervenire potest ad Claudiam. His Claudia ita respondet, in fideicommissis voluntatem spectari, non verba: hac autem mente fuisse testatorem avum, ut etsi non uterque, sed novissimus tantum decederet sine liberis, ipsa in partem ipsius veniret: nam qui voluit neptem totum habere, utraque substitutione locum habente, cessante etiam prima substitutione, videtur eam voluisse ex secunda institutione in partem admitti: qui in totum vocat, et in partem vocat. Atque ita Papin. respondet pro Claudia contra Cajum. Hoc plerisque durum videtur. Pugnat ut diximus *d. l. pen.* Sed species ponenda est: Testator scripsit, *Primus et Secundus filii mei hæredes sunto*: erant autem impuberes: et ideo addit, *si uterque decesserit impubes*, *Tertius hæres esto.* Hæc est substitutio directa. Sed hac in re nullam differentiam inducit, quod in altera est precaria substitutio. Nunc si uterque filius decesserit impubes, vel simul, vel diverso tempore, Tertius succedet. Verum quid si alter tantum decesserit impubes, utrum ei frater succedet ab intestato, an Tertius ex substitutione pupillari? Imperator probat sententiam Sabini existimantis fratrem ei succedere ab intestato, et substitutum non aliter admitti, quam si uterque decesserit impubes. Et merito: quoniam testator videtur voluisse confirmare jus legitimarum hæreditatum, *l. qui duos*, *sup. de vulg.* Ergo in hac specie substitutus non admittitur, nisi uterque filius decesserit impubes. At secundum §. *cum ita*, admitteretur. Dicendum est longe diversam esse speciem: Nam in specie hujus §. substitutus admittitur contra verba substitutionis, ex mente tamen testatoris, quia qui dedit totum, non videtur partem denegasse. At in *l. pen.* substitutus non admittitur contra verba: quia non potest admitti contra ea, quin admittatur etiam contra mentem. Itaque repellitur substitutus in hac *l. pen.* non tam quod velit admitti contra verba, quam quod contra mentem defuncti. In hoc §. non repellitur, quod veniat contra verba, quia habet voluntatem defuncti.

Ad L. XVIII.

In fideicommissaria hæreditatis restitutione constat, non venire fructus, nisi cum mora facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere.

§. 1. *Plane fructus in quartam imputantur, ut est rescriptum.*

§. 2. *Quotiens quis rogatur hæreditatem restituere: id videtur rogatus reddere, quod fuit hæreditatis, Fructus autem non hæreditati, sed ipsis rebus accepto feruntur.*

§. 3. *Si legatam sit hæredi relictum, et rogatus sit portionem hæreditatis restituere, id solum non debere eum restituere, quod a cohærede accepit. Ceterum, quod a semetipso ei relictum est, in fideicommissum cadit. Et id D. Marcus decrevit.*

Is, qui rogatus est restituere hæreditatem non cogitur fructus restituere. Item non debet restituere pensiones, usuras, et quæ sint similia. Denique fructus, vel quæ pro fructibus habentur, in restitutionem non veniunt. Hoc ita, non tantum si hæres sua sponte, sed et si coactus, adierit. Qui coactus adit, caret Falcidia, non tamen fructibus, *l. ita tamen* 27. §. 1. *hoc t.* Fructus ergo retinet pro cultura et cura, quo suo impendio, suaque opera collegit. Huic regulæ locus est etiamsi testator ita dixerit: *Rogo te, ut quicquid ex hæreditate mea ad te pervenerit, restituas*: nam etsi dixit, *quicquid*, fructus non veniunt, *l. deducta* 58. §. *pen. l. scribit*, *l. hæredes, in princ. h. t. l. quod his verbis* 83. *sup. de leg.* 3. Nec obstat *l.* 3. §. *nonnumquam*, *de usur.* Nec etiam *l. Ballista*, *inf. h. t.* Ratio hujus regulæ proponitur in *vers. quoties.* Qui ita rogatur, hæreditatem restituere rogatur, fructus autem percepti post aditionem non sunt hæreditarii. Ergo non sunt restituendi: fructus non sunt in hæreditate: quia aditione desinit esse hæreditas. Male quidam hæc verba separant ab initio: sunt enim accipienda pro ratione, ideoque Græci recte τό γάρ, etc. ut sit ratio Harmenop. *lib.* 8. *tit.* 8. *l.* 3. βασιλ. *tit.* 1. *ait, quotiens n.* Hæc ratio indicat, a regula excipiendos fructus inventos in hæredita-

te, et preceptos ante aditionem: nam hi sunt hæreditarii, et ideo in restit. veniunt, *l. ita tamen, inf. hoc t. l. centurio*, 15. *in fi. sup. de vulg.* In ea *l.* miles substituit directo in secundum casum: substitutio post pubertatem non valet, nisi jure fideicommissi favore militiæ, *l. precib. C. de impub.* quam male putant pugnare cum *l. centurio*, idem enim significat lex *centurio.* Ideo dicit substitutum post pubertatem non habiturum nisi bona patris, non alia a pupillo postea acquisita, quæ tamen caperet, si veniret recto jure: habebit tamen etiam fructus inventos in hæreditate paterna. Sunt etiam excipiendi fructus percepti post moram, in *l. postulante*, §. *ult. et pen. hoc t.* Mora intelligitur fieri, si hæres petenti non restituat, Paulus in *fi.* 3. *lib. Sentent.* Non petenti non fit mora, etiamsi purum sit fideicommissum. Itaque post multum tempus fideicommissum purum restitui potest absque mora, ut si tamdiu distulerit fideicommissarius petitionem, *l. mulier* 22. §. *si hæres, hoc t.* Excipiendi sunt fructus omnes, si testator specialiter jusserit hæreditatem restitui cum fructibus, vel cum incremento. Idem ostenditur in *l. facta*, §. *si hæres, h. t. l. si ita reliquerit*, §. *Pegasus, de leg.* 2. Ait, *specialiter*. Ergo tacita voluntas non sufficit, etiamsi de ea constet, nisi uno casu, si testator dixerit: *quicquid ex meis bonis ad te pervenerit*, licet non adjecit, *cum fructibus*, tamen patrocinante voluntate, fructus veniunt. Hoc in *d. l.* 3. *nonnunquam sup. de usur.* proponitur. Subjicitur exemplum in §. *cum Pollidius*. Finge: quædam mulier instituit propinquum suum hæredem, rogavitque ut hæreditatem restitueret filiæ suæ si adolevisset, et jussit hæredem fundum sibi retinere, usaque est his verbis, *quicquid*, *etc.* Adjecit mulier, se hoc ita cavere, ne res tutoribus filiæ committerentur, et ut potius propinquitati committerentur. Ex eo apparet, voluisse testatricem, ut hæres etiam fructus filiæ redderet, quoniam ita fideicommisit, ob lubricum tutelæ: quoniam plerunque tutores multa intercipiunt. Itaque non ita fideicommisit, ut hæres interim lucraretur fructus, quoniam etiam hæredem voluit tantum retinere fundum, itaque restituet omnia cum fructibus. Eadem est ratio *l. Ballista*: nam ibi dixit, *quicquid ex hæreditate, vel quanta ex hæreditate pecunia*, quod idem est, et voluit etiam fructus reddi. Id ex eo apparet, quod noluit hæreditatem restitui ex fideicommisso, sed ex cautione conventionali præstita ab hærede, quæ cautio recipit semper incrementum fructuum, *l. pecuniæ*, §. 1. *de verb. sign.* Ergo cum cautionem præstari jussit, fructus etiam voluit accedere. Itaque veniunt fructus ex tacita voluntate: Excipitur etiam obligatio usurarum vel pensionum: nam hæc venit in restitutionem: usuræ quidem et pensiones sunt pro fructibus, et perceptæ non restituuntur. Verum si hæres nihil dum percepit ante restitutionem hæreditatis, obligatio fideicommissarium sequitur, *l. postulante*, §. *sed et in hujusmodi*, *h. t. l. deducta* §. *qui post*, *hoc tit.* Et hoc casu si postea fideicommiss. usuras illas exegit, hæres non potest petere, ut sibi restituantur, quasi medii temporis fructus, *d.* §. *si post*, nec indebiti repetitio erit, id est hæredi non dabitur in fideicommissarium, qui exegit usuras, repetitio, quasi plus debito restituerit, *l. pen. h. t.* Nam restituit hæreditaria, quæ debuit. Notandum etiam in §. *sed et hujusmodi*, quædam esse proposita, ubi ita lego: *Desidero verbo tenus restitui hæreditatem ex SC. ut agam ex eo*, *etc.* Excipiuntur etiam fructus, qui restituentur supplendi fideicommissi causa. Finge: a testatore relicta in bonis sunt quadringenta, hæres rogatus est restituere hæreditatem sub conditione. Ea pendente percepit fructus usque ad quantitatem quadringentorum. Itaque in fructibus etiam sunt quadringenta: tum extitit conditio. Quæritur, an restituere debeat octingenta deductis ducentis Falcidiæ nomine? Minime: restituet tantum quadringenta, quæ testator reliquit, ex eo nihil deducet: nam fructus percepti aliunde in Falcidiam computantur. Denique illa quadringenta retinet integra, sed tamen non detrahet quicquam Falcidiæ nomine. Verum si interim ex hæreditate aliquid decesserit, pendente videlicet conditione, ponamus periisse centum ex hæreditate, utrum hæres restituet sola trecenta, quæ restant? an vero ex fructibus interim perceptis supplebit centum, quæ desunt fideicomm. Hoc est verius. Itaque hoc casu ex fructibus perceptis non retinebit nisi trecenta, si fideicommiss. habebit quadringenta, *l. scribit, l. ita tamen*, §. *hæres ex asse hoc tit.* Item finge: in hæreditate sunt quadringenta, in fructibus quadringenta: perierunt ex hæreditate ducenta et quinquaginta: hæres debet habere quartam, et etiam quartæ fructus pro rata temporis *d.* §. *hæres ex asse, et l. mulier*, §. *si hæres h. t. l. quo bonis*, §. *fructus, et l. Falcid. sup. ad leg. Falcid.* Ergo hæres fideicommissario restituet centum quinquaginta, quæ restant ex hæreditate. Nam perierunt ducenta quinquaginta: ex fructibus autem ille retinebit centum quartæ nomine, et si quartæ fructus sint quinquaginta, fructuum quartæ nomine ea retinebit. Ergo hæres pro quantitate, et fructibus habebit centum quinquaginta, relicta fructuum, id est ducenta quinquaginta restituet fideicommissario supplendi fideicommissi causa. Atque ita hoc casu hæres, quod est supra quartam, et quartæ fructus, id totum fideicommissario restituet. Ergo hi fructus veniunt in restitutionem supplendi fideicommissi causa. Ve-

rum si centum tantum perierint, tunc supra quartam, et fructus ejus, id est, centum quinquaginta, hæres sibi retinebit alia centum quinquaginta, et restituet tantum ex fructibus centum. Ergo semper restituendi sunt fructus supplendi fideicommissi causa.

Altera quæstio, an fructus qui non veniunt in restitutionem imputentur in Falcidiam? Dicendum: aut negligentia petentis fideicommiss. percipiuntur: aut testatoris judicio. Negligentia fideicommissarii ex puro fideicommisso, cujus petitionem differt, hi non imputantur in Falcidiam. Si quadringenta sint in bonis, et in illis fructibus centum, ea centum hæres lucrabitur, et nihilominus Falcidiam detrahet, nec eos fructus imputabit, *l. mulier, si hæres, hoc tit.* Judicio testatoris percipiuntur ex fideicommisso in diem, vel sub conditione: nam testator videtur hoc voluisse, ut hæres interim fructus suos faceret. Omnia quæ capiuntur judicio testatoris in hanc quartam imputantur, *l. in quartam, ad leg. Falcid.* Ergo illi fructus etiam imputantur. Hoc est, quod ait *l. plane etc.* Idem in *l. deducta*, §. *ante diem, hoc tit. l. filiusfamil. in fin. sup. ad leg. Falcid.* Excipiuntur filii constit. Zenonis, hi fructus perceptos judicio testatoris non imputant, etiamsi hoc testator nominatim dixerit, *l. jubemus Cod. ad Trebell.* Soli autem filii excipiuntur, *d. l. jubemus*, §. *ult.* Itaque illa constitutio non abrogat, sed derogat *legi Papinianus*, §. *unde si quis, sup. de inoff.* Ubi traditur generaliter, eos qui queri possunt de inofficioso testamento, institutos, et post certum tempus rogatos restituere, fructus in Falcidiam imputare. Ab ea sententia excipiemus filios. Jam accipimus Falcidiam pro quarta Trebellianica. Idem autem in quarta Falcidiæ dicendum est, in eam hæredes imputant fructus perceptos pendente die vel conditione, *l. quod bonis* 15. §. *fructus*, *sup. ad leg. Falcid.* ubi legitur, *relictos*, legendum *relictorum.* Idem in *l. qui quadrigenta*, §. *qui ducenta, eod.* Vulgo male ponitur species. Est autem sic ponenda. Ducenta sunt in bonis: primo pure legat centum: secundo, sub conditione alia centum: absumit hæreditatem legatis et locus est Falcidiæ. Hæres pendente conditione legati secundo dati ex fructibus percipit viginti quinque, hæc in quartam imputat. Sed hoc non est satis: nam debet habere quinquaginta: ergo necesse est, ut Primus et Secundus legatarii hæredi conferant alia viginti quinque. Debent etiam conferre fructus quartæ: Pone eos esse quinque, debent ergo conferre triginta. Quæritur qua ratione ea triginta conferant? An singuli quindecim? Minime. Nam Primus plus confert, qui purum et præsens legatum accepit: nam Secundus non videtur accepisse centum, quæ ei sunt legata Sed tantum 75. quia hæres ex fructibus 25. percepit, eo minus videtur ad Secundum pervenisse. Itaque non videbitur Secundus percepisse nisi 75. *l. circa*, *l. in quantitate*, §. *in diem*, *eod.* Primus autem centum percepit, Secundus 75. est proportio sesquitertia. Ergo necesse est, ut pro ratione sesquitertia hæredi impleat quadrantem. Itaque illorum 30. faciendæ sunt septem partes, et quatuor præstabit Primus, tres Secundus, vel sic: Primus præstabit septemdecim aureos et unius septimam. Secundus duodecim, et sex septimas: hæc est species illius §. Ratio cur fructus imputentur in Falcid. est, quia jure hæreditario, et judicio defuncti capiuntur: hæc ratio cessat in re propria hæredis legata: ideo fructus ex ea re percepti ante diem, vel post diem, ante moram non imputantur in Falc. quia eos interim non capit hæreditario jure, sed proprio dominii jure, *l. Falc.* §. *ult. ad leg. Falc.* Cessat etiam ratio in fructibus puri fideicommissi ante moram perceptis, vel puri legati perceptis ante aditionem, si sit legatum vindicationis, vel perceptis ante moram, si sit legatum damnationis, hi fructus ad hæredem pertinent, quia ex puro legato non capiuntur judicio testatoris, *l. in ratione* 2. *ad leg. Falcid.* At legati relicti in diem vel sub conditione fructus percepti hæredibus imputantur in Falc. Exicipiuntur etiam filii in *d. l. jubemus*: idque in illo loco, ait: *Idemque in retinenda portione legis Falc. obtinere jubemus.* Hic est punctum. Incipit alia sententia: *Etsi pater etc.* Accursius male accipit illa verba de quarta Trebell. Sunt enim de Falcidia. Animadvertendum initio ejus legis tria proponi. Primo, ut filii rogati restituere hæreditatem fratribus, fructus non imputent in Falcidiam, quæ detrahitur ex auctoritate SC. Trebell. Zeno scripserat Pegasiani. Nam illud quartam induxit, *Instit. eod.* Sed Tribon. utrumque reposuit Trebellianum pro Pegasianum, quia Justin. Pegasianum transfudit in Trebell. Unus restat locus, in quo aperte designatur Senatusconsult. Pegasianum, in *l. si hæres ab eo, inf. hoc tit.* Ait: *non est dubium, quin hodie coactus ex Senatusconsult. Trebell. possit restituere.* Hæres cogebatur adire ex Pegasiano tantum, §. *sed si recusabat, Inst. eod.* Ulpian. in *Fragm. tit. de fideicommiss.* et ex eo SC. Pegas. qui coactus adierat, transferebat actiones perinde, ac si sua sponte ex SC. Treb. adiisset. Hoc est, quod ait *hodie*, id est, ex Pegas. Sciendum autem est in quarta legis Falcidiæ idem esse dicendum: videlicet si hæreditas filiis relicta exhausta sit legatis in diem relictis, et interim filii fructus perceperint: hos enim non imputabunt. Tertium est fructus etiam non imputari in Trebell. si sint rogati filii nepotibus restituere, vel ceteris liberis, qui eos deinceps sequuntur. His enim etiam

si rogati sint restituere, non imputabunt fructus in quartam. Ait, *etsi pater vel mater*. Ex his verbis hoc tertium colligitur. Conclusio: exceptis filiis, hæredes in utramque Falcid. fructus imputant, pendente die vel conditione perceptos. Imputantur etiam in dotem. Sciendum est, filiam oneratam fideicommisso hæreditatis, posse deducere ex fideicommisso dotem. Deducit imo Falcidiam, et si Falcidia non sufficiat doti constituendæ, amplius deducit, quam deest. At si fructus interim percepti sufficiant doti, nihil deducet. Ergo fructus imputantur in dotem, quam filia deducet, in *l. mulier*, 22. §. *pen. hoc tit.* Sed per consequentiam hoc etiam videtur sublatum Constit. Zenonis: nam si filii fructus non imputant, nec filiæ debet in dotem imputare. Sed sicut Falcidia sumitur ex hæreditate ipsa, non ex fructibus; ita etiam quod doti deest, sumendum videtur ex patrimonio, *Justin. in Nov.* 39. Addendum, eos etiam fructus imputari in id quod defunctus hæredi debuit: obligatio illa extinguitur aditione, sed si hæres rogatus sit restituere hæreditatem, deducet debitum: verum si fructus satisfaciant debito, eos imputabit. Denique fructus imputantur in id, quod defunctus hæredi debuit, quod si fructus non sufficerent, deduceret, *l. cum pater* 77. §. *Titio de leg.* 2. *l. quod de bonis* 15. §. *quod avus: sup. ad leg. Falcid.* In hæc fructus imputantur, id est, Falcidiam, dotem, debitum. Hæc autem si fructus suppetant quod superat, cedit lucro hæredis, id est, fructibus imputatis, quod superest non venit in restitutionem. Quærunt de quartæ naturæ, an in eam fructus imputentur. Primum stulta est quæstio, deinde male loquuntur: nam nulla est quarta, ea quarta debetur liberis, parentibus, interdum etiam fratribus. Natura eis non taxavit certam partem, sed eis dat hæreditatem, seu successionem, *l. ult. de bon. dam.* Ideoque semper appellatur νόμιμον μέρος, id est, legitima pars, lib. 45. βασιλικ. *tit.* 4. est quidam locus ab interpretibus non animadversus, et eo loco legendum, μετὰ τὸ νόμιμον μόριον, id est, *post partem legitimam*. Si ergo liberi sint instituti, quartam capiunt jure testamenti ex *l. Falcid.* vel SC. Trebell. et in eam quartam imputant fructus aliunde perceptos. Nam fructus quartæ in quartam non imputantur, sed quartæ accedunt. Aliunde autem perceptos ut ex legatis aut fideicommissis, nisi sint filii. Item si sint exhæredati, quartam capiunt jure legati vel fideicommissi, alioquin est inofficiosum testamentum, et rescindetur testamentum, et assem consequentur. Sed si exhæredatis legetur minus quarta, vel si sint instituti ex minori parte, quarta supplebitur, supplebiturque ex substantia patris, *d. l. scimus*, *l. si modo*, *l. scimus*, *C. de inoff. test.* Stultum ergo quærere, an quarta suppleatur ex fructibus partis relictæ. Constat enim, fructus ejus, quod mihi relictum est, mihi accedere. Ideoque nulla etiam lex exstat, quæ dicat eos fructus quartam non supplere. Citatur tamen hic *l. scimus*, §. *repletionem*, quæ nihil loquitur de fructibus, de usufr. quidem: ideoque ille §. *repletionem* nihil derogat *d. l. Papin.* Illud tamen quæritur in illo §. an pars illa minima, quæ relicta est filio suppleatur adventitio lucro, ut puta ex substitutione, vel jure accrescendi, vel consolidatione ususfr. Et negatur suppleri. Dicitur, supplendam quartam ex ipso patrimonio. Non hoc quæritur an legatum suppleatur ex fructib. legati. Ergo de illa quarta separatim institui quæstio non debuit, sufficiebant priora. Certum est, unam quartam tantum dari.

Ad L. LIX.

Debitor sub pignore, creditorem hæredem instituit eundemque rogavit restituere hæreditatem filiæ suæ, id est, testatoris. Cum nollet adire, ut suspectam, coactus jussu prætoris adiit et restituit. Cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi jure dominii id possidere. Respondi aditione quidem hæreditatis confusa obligatio est: videamus autem ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione: at quin sive possidet creditor, actor, idemque hæres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest. Neque pignoratitia, quoniam hæreditaria est actio: neque fideicommissum quasi minus restituerit, recte petetur. Quod eveniret, si nullum pignus intercessisset. Possidet enim eam rem, quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit. Verum est enim non esse solutam pecuniam. Quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum, adire nisi prius de indemnitate esset ei cautum, vel soluta pecunia esset. Nam et cum de lucro hæres scriptus adsit, quod forte legatum accepit, si hæres non extitisset: responsum est, non esse cogendum adire, nisi legato præstito, ubi quidem potuit dici, nec cogendum esse hæredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando hæredi, si non adiisset, in ipsius voluntate posuit adictionem. Sed cum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei præstamus.

Quæritur de confusione obligationis. Toties fit confusio, quoties in eandem personam jus debitoris

et creditoris concurrit, ut si creditor debitoris hæreditatem adeat, *l. Stichum,* §. *adit, inf. de solut. l. Granius Uranius, de fidejuss.* Species hujus legis est: Creditor pignoratitius, a debitore hæres institutus est, et rogatus restituere hæreditatem filiæ, coactus adiit: aditione etiam coacta principalis obligatio confunditur: ideo ne creditor per aditionem creditum amittat, non ante cogetur adire quam soluta sit pecunia, vel præstita cautio. Nec hoc mirum: nam etiam cum hæres agit de lucro, ei prospicitur; ut si legatum homini sit relictum a cohærede sub conditione, si hæres non esset: hoc casu hic hæres non cogitur adire, nisi lucro illo, id est, legato illi a fideicommissario præstito. Ita ait responsum esse a Juliano, videlic. *l. ita tamen* 27. §. *si præceptis, sup.* in hanc rem citatur *lex apud Julianum, in princ. sup. eod.* Adjicit Paulus, posse dici, hæredem hoc casu non esse cogendum adire, ne quid fiat contra voluntatem defuncti, qui in ejus voluntate aditionem posuisset. Sed respondet Paulus, nihil fieri contra voluntatem, cum et alieno periculo adeat, et nihilominus legatum consequatur. Nunc ita colligendum. Si hæredi, contra quem fideicommissarius decretum postulat, lucrum servatur, prospiciendum id etiam est multo magis, ne in damno versetur. Ideo si quid hæredi defunctus debuit, non ante cogitur adire, quam ei eo nomine satisfactum fuerit numeratione vel cautione. Verum quid si ejus, quod ei defunctus debuit nulla habita ratione, coactus adierit, nulla cautione præstita? Sane obligatio principalis confunditur et tollitur, neque hoc præcaveri ulla ratione potest. Quæritur an tollatur etiam pignoris obligatio? Paulus ostendit, non tolli. Id ita demonstrat: aut creditor idemque hæres pignus possidet, aut non: si possidet, non potest conveniri a fideicommissario actione pignoratitia: ea est, quæ, soluta pecunia, vel si satisfactum sit alio modo debitori datur adversus creditorem. In hac specie satisfactum videtur creditori per confusionem, quæ solutionem imitatur, *l. si ei cui* §. *ult. de evict. l. si quod, de liber. leg.* Ergo fideicommissario videtur danda pignoratitia. Hoc non est admittendum: nam in fideicommissarium hæreditariæ tantum actiones transeunt, id est, quæ competierunt defuncto, *l. deducta,* §. *qui post, sup.* Hæc autem non fuit hæreditaria, defuncto non competiit, ergo, etc. Ita legendum, *quoniam hæreditaria non est actio.* Addendum etiam, hæredem non posse etiam a fideicommissario conveniri actione fideicommissi, quasi minus restituerit. Nam qui minus restituit, rursus potest conveniri, *l. etiam, inf. de solut.* Sed minus non præstitit, qui rem defuncti sibi pignori obligatam non restituerit, qui eam possidet quasi hæres. Denique fideicommissarius pignus nulla actione avocare, potest a creditore, eodemque hærede, et creditor pignoris retentionem habet. Quid si creditor pignus non possideat, sed fideicommissarius? Hoc casu creditori etiam datur hypothecaria sive Serviana: ergo non tantum retentionem habet, et pignoris persecutionem. Id ideo, quia revera ei satisfactum non est. Civili quadam ratione videtur sublata obligatio. At naturale debitum manet: quod est satis, ut pignus maneat, *l. quæsitum,* §. *ult. de pign. l. cum quis,* §. *ult. de solution.*

Naturale debitum manere ex eo apparet, quod si fideicommissarius ultro hæredi solverit quod defunctus debuit, non habet condictionem indebiti, quia natura debitum solvit. Sic alias, licet obligatio sit sublata civili ratione, ut puta per exceptionem SC. Maced. vel exceptione rei judicatæ, vel præscriptione triginta annorum manet naturalis, *l. quia naturalis, ad Maced. l. judex, l. Julianus, de cond. ind.* Item pignus perseverat, nisi ex causa judicati, quoniam si judicatum sit non deberi, hoc etiam judicatum videtur pignus non tenere: ideo judicato pignus solvitur, non tamen naturalis obligatio, *l. si deferente, quib. mod. pign. solv.* Ergo confusione, etiam soluta obligatione civili, naturalis non tollitur, sed remanet naturalis propter pignus, id est, ut pignus retinere et persequi liceat. Atque ita confusio non semper habetur pro solutione. Nam creditor potest pignus persequi, item distrahere, itemque jus dominii impetrare, si emptorem non inveniat, quod impetrabatur a solo principe *l. eleganter, in princ. de pignor. action. l. si is qui in alt.* §. *pen. de acquir. dom. l. ult. C. si in causa judic. pig. captum sit.* His quæ diximus obstant quædam. Accurs. objicit initium legis, cum ait: *Videndum est, etc.* Ergo ponit sublatam. Minime. His verbis hoc tantum quæritur, an sublata sit: tandem concludit non esse sublatam. Objicit *l. Granius, de fidejuss.* Ea ostendit, confusione sublata obligatione principali, fidejussoriam tolli. Cur ergo non et pignoratitia tolletur? Utraque est accessoria. Dicendum, fidejussoriam obligationem personalem esse: confusis personis debitoris et creditoris, nec fidejussoria consistere potest: pignoratitia est realis, confusio personarum rei causam non mutat: nec obstat regula juris ex *l. cum principalis, de reg. jur.* In ea regula addit, *plerunque*, quod addi omnibus regulis oportet: nam nullæ sunt necessariæ, sed omnes plerunquæ veræ sunt. Ideo jus est ars, non scientia. Scientia ex necessariis necessaria constituit: ars non item, sed plerunque evenientia. Ita alio etiam casu hypothecaria non tollitur, in *l.* 2. *C. de luition. pig.* Ait vincula quidem pignoris durare personali obligatione summota, id non est accipiendum generali-

ter, regula latior est. Illa *l.* 2. obtinet tantum in certis casibus. Unus est in *h. l.* Sed est et alius sumendus ex *l.* 1. *ejus tit.* Species est: Debitoris sub pignore duo sunt hæredes: singuli tenentur actione personali, non in solidum, sed pro portionibus hæreditariis ex leg. duodecim tabul. At hypothecaria tenentur in solidum: nam pignoris causa est individua, *l. rem*, *de evict.* Pone unam ex illis solvisse pro sua parte liberatur actione personali, hypothecaria nullo modo, atque ita in ejus persona perempta est personalis actio, cum maneat realis. Non obstat, *l. eos*, *Cod. de usur.* item *l. si quis emptionis*, §. *ult. C. de præscript. triginta annor. l. plures*, *Cod. de fid. instrum.* in quibus locis ostenditur, sublata obligatione principali præscriptione triginta annorum, tolli etiam usurarum obligationem: nec dicendum, id fieri odio usurarum: idem enim de obligatione fructuum dicitur. Hoc ideo, quia personalis est actio: realis actio diuturnior est: nam ea non tollitur nisi præscriptione quadraginta annorum, si agatur adversus debitorem, vel hæredes, etiam adversus creditores posteriores, *l. cum notissimi*, *Cod. de præscript. trig. ann.* Male adfertur heic *lex pen.* §. *Latinus*, *de excep. rei judic.* Ea lex nihil pertinet ad quæstionem propositam. Nos quærimus, an sublata hac personali, maneat hypothecaria. In species. §. *Latinus*, non est sublata personalis. At videbatur sublata hypothecaria acquisitione dominii.

Ad §. 1. *Ea quæ*.

§. 1. *Ea quæ dotem dabat, pacta erat cum marito, ut, mortua se in matrimonio, dotis pars matri ejus redderetur; nec eo nomine stipulatio a matre interposita est; moriens et deinde matrem et maritum suum hæredem fecerat, et a matre petierat, ut hæreditatem Titio restitueret. Judex adjectus de hæreditate dividenda, partem dotis, quasi ex utili pacto, pro parte matri adjudicaverat. Quærebatur, an et ea portio ex causa fideicommissi præstanda sit, quam non esse restituendam puto. Quia non quasi hæres, sed quasi mater ex pacto accepit. Nec occasione hæreditatis, sed errore ex pacto eam habuit.*

Mulier in dote danda in initio pacta est, *partem dotis matri reddi, si moreretur in matrimonio.* Ex hoc pacto solo non potest matri actio acquiri: quia alteri paciscimur inutiliter. Actio quidem nasci ex pacto potest, quod incontinenti appositum est, sed alia ratione pactum inutile est, quia alteri inutiliter paciscimur. Nec obstat *l. Cajus*, *sol. matr.* et *l. pater*, *Cod. de pact. conven.* Dicendum illas leges loqui de parentibus, qui paciscuntur liberis: hic §. loquitur de filia, quæ paciscitur matri, quod fit inutiliter, *l. inter*, §. *cum pro se*, *de pact. dot.* Plus datur affectioni parentum, ut ex suis pactis utiles actiones liberis parent. Denique summis tantum affectionibus hoc datur, quales sunt parentum, ut aliis ex pacto utiles actiones acquirant. Pone mulierem illam decessisse in matrimonio, et instituisse matrem et maritum matremque rogasse, ut portionem Titio restitueret: sumptum deinde arbitrum Sempronium inter matrem et maritum, vel judicem addictum esse de hæreditate dividenda, id est, datum, ut in *l. si qua*, *et l. filii*, *Cod. famil. ercisc.* Macrob. *lib.* 1. *c.* 16. Is judex partem dotis matri adjudicavit ex pacto, perperam: nam pactum fuit inutile, verum ex adjudicatione judicis partem dotis obtinuit mater. Quæritur, an id veniat in restitutionem fideicommissi? Respondet, non venire, quia ea pars non est accepto ferenda hæreditati, sed pacto et errori judicis. Id tantum venit in restitutionem, quod est ex hæreditate: fructus ideo non veniunt, ut diximus. Eadem ratione non veniet hæc pars dotis.

Ad L. LIV.

Titius rogatus est, quod ex hæreditate superfuisset, Mævio restituere. Quod medio tempore alienatum, vel diminutum est: ita quandoque peti non poterit, si non intervertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur. Verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Divus autem Marcus, cum de fideicommissaria hæreditate cognosceret: his verbis: Quicquid ex hæreditate mea superfuerit, rogo restituas, *et viri boni arbitrium inesse credidit. Judicavit enim erogationes, quæ hæreditate factæ dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere: sed pro rata patrimonii, quod hæres proprium habuit, distribui oportere. Quod mihi videtur non tantum æquitatis ratione, verum exemplo quoque motus fecisse. Cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quæreretur: præcipuum autem, quod in castris fuerat, acquisitum militi, relinqui placeret, consultus Imperator, sumptus, quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio, quod minus collationis pati debuit: sed pro rata etiam castrensis pecuniæ, decedere oportere constituit. Propter hujusmodi tractatus Mævius fideicommissi nomine cautionem exigere debet. Quod eo pertinet, non ut ex stipulatione petatur, quod ex fideicommisso peti non poterit: sed ut habeat fidejussores ejus quantitatis, quam ex fideicommisso petere potuit.*

Quæritur, an hæres, qui rogatus est restituere

hæreditatem, ex ea possit aliquid diminuere? Distinguendum est: aut simpliciter rogatus est restituere hæreditatem, aut quod ex hæreditate superfuerit. Hæc est veterum distinctio Justin. *Nov.* 39. Ea ipse utitur *Nov.* 108. In qua citat Justin. hanc legem *Titius.* Si rogatus sit simpliciter, nihil potest alienare: alienatio non valet: ea quæ diminuta sunt, veniunt in persecutionem fideicommissi, *l. si hæres institutus*, §. 1. *hoc tit.* Non tantum dabitur hæc persecutio in hæredem, sed in quemlibet possessorem, *l. si quando*, §. *hæres*, *de leg.* 1. *l. qui solidum*, §. *ult. de leg.* 2. *l. pater* 38. §. 1. *sup. de leg.* 3. Et hoc verum, sive sit purum fideicommissum, sive conditionale, et conditio extiterit, sive in diem, *l. ult.* §. *sed quia*, *Comm. de leg.* Libertas tamen valet data servo pendente conditione fideicommissi, pretium tamen servi præstatur fideicommissario, *leg. quidam*, §. *pen. hoc tit.* Quod non obtinet in legato, in *l.* 69. §. 1. *de leg.* 1. Notandum, valere etiam alienationem ad finem quartæ, pro modo quartæ, quam hæres deducere potest, *l.* 3. §. *res*, *hoc tit.* Ideo res alienatæ ab hærede imputantur in Falcidiam, et eatenus valet alienatio, quatenus Falcidiæ modus patitur. Quod enim est supra Falcidiam, revocatur a fideicommissario: valet etiam alienatio ex causa dotis vel donationis propter nuptias. Et hoc dicimus, si liberi sint instituti hæredes, et Falcidia non sufficiat doti vel donationi propter nuptias constituendæ pro dignitate natalium, tunc hæredes ex fideicommissaria hæreditate supplebunt, *Nov.* 39. *l. mulier*, §. *pen. hoc tit.* Alterum membrum si hæres rogatus sit restituere hæreditatis superfluum, hoc casu hæres potest alienare, diminuere, obligare: nam videtur fuisse voluntas defuncti, qui superfluum duntaxat restitui voluit, *l. deducta*, §. *pen. et ult. hoc tit.* Verum quis erit hujus diminutionis modus, quis finis? Hæc est quæstio hujus legis: nam in totum diminuere non potest, alioquin inane esset fideicommissum. Lex ait, hæredem posse diminuere bona fide et ex justa causa, ut dotis causa, vel victus quotidiani causa, non tamen intervertendi fideicommissi causa, id est, mala fide minuendi fideicommissi studio, *l. sed etsi*, *l.* 25. §. *quod autem quis*, *de petit. hæred.* Non poterit diminuere in eversionem fideicommissi, *l. Imperator*, *l. mulier*, §. *ult. hoc tit.* Justinianus ait, εἰς ἐπιβολήν. His ergo verbis inest bona fides, ut si quid diminuat, bona fide faciat. Item ex decreto D. Marci inest arbitrium boni viri. Itaque non satis est bona fide diminuere, sed etiam oportet boni viri arbitratu diminuere. Idem Papin. utrumque hoc complexus est in *leg.* 3. §. *nonnunquam*, *de usur.* ait, bona fide, pro modo ceterorum bonorum, id est, pro rata sui patrimonii: nam quod hæres diminuit, id non tantum debet fideicommisso acceptum ferre, sed etiam proprio patrimonio pro rata: ut si in patrimonio hæredis sunt ducenta, in fideicommisso centum, et hæres consumat duodecim, ex proprio patrimonio hæredis decedent octo, ex fideicommisso quatuor. Nam quæ ratio est inter ducenta et centum, eadem est inter octo et quatuor, ea est dupla. Atque ita pro rata fit diminutio, id est, ἀναλόγως. Idem hoc Imperator constituit, eadem ratione servata in alio casu. Filius emancipatus suis confert peculium paganum, videlicet si simul veniat ex parte unde liberi cum eis, vel si petat contra tabul. Castrense non confert, sed id habet præcipuum, *l.* 1. §. *nec castrense*, *de collat. bon.* Finge: filius emancipatus multos sumptus in militia fecit, an eos omnes imputabit peculio pagano, ut eo minus conferat, et ut integrum peculium retineat? Minime: ex utroque peculio pro rata decedere oportet, ut si sint in pagano 40. in castrensi 20. in militia consumpsit 24. ex pagano decedent 16. ex castrensi 8. Eadem ratio servatur in specie *l. sed etsi leg.* §. *adeo*, *de pet. hær.*

Ad L. LXXX.

Matrem et Avunculum, eosdemque creditores suos hæredes scripsit L. Titius: et eorum fidei commisit; ut post mortem restituerent, quod ex familiaris testatoris superfuerit, Septitio: hæredes non modicam partem bonorum testatoris consumpserunt, et multos hæredes reliquerunt. Quibus scientibus multa corpora, quæ remanserunt ex bonis L. Titii, Septitius possedit. Quæsitum est: an id, quod L. Titius debuit matri et avunculo, hæredes eorum a Septitio petere possint. Respondit, non posse. Claudius: *aditione enim hæreditatis confusa obligatio interciderat. Sed fideicommissi repetitio erat. Cujus æquitas defecit his, qui multa ex hæreditate consumpsisse proponuntur.*

Quod ad propositum notanda est *l. pen. huj. tit.* Debitor creditorem hæredem instituit, et rogavit restituere quod superesset ex hæreditate: hic hæres non cogitur adire, nisi recepta pecunia debita, vel cautione, *l. debitor*, *hoc tit.* vel si sponte adeat, deducet pecuniam debitam, *l. in fideicommissariam.* Verum si adeat et restituat, nulla habita ratione ejus, quod defunctus debuit, dicemus ei dari condictionem incerti, quasi plus debito restituerit, quia non deduxit quod potuit deducere. Hic creditor itemque hæres rogatus est restituere quod supererit, interim multa diminuit, idque supra modum et arbitrium boni viri reliquum restituit,

non deducto debito : Quæritur, an possit a fideicommissario petere debitum? Minime quia confusum est aditione. Verum aut poterit agere condictione indebiti? Non: quia interim nimis multa consumpsit, æquum est, ut ea imputentur in debitum, sicut et fructus imputat, *l. quod bonis*, §. *quod avus*, *ad leg. Falcid.* Ergo hæres rogatus restituere quod ex hæreditate superfuit, non potest diminuere nisi bona fide. Additur in hac *l.* fideicommissario ab hærede præstandam esse satisdationem hujus fideicommissi nomine, quoniam metus est, ne interim nimium consumat. Satisdat de restituendo fideicommisso, et de dolo malo: est vulgaris satisdatio, et de qua tit. *ut legat. nom. cav.* Huic rei a Justiniano alius modus præscriptus est. Quis esset modus diminutionis statuendus, ostendimus ex hac lege. Videamus Novel. medum. Constituit primum, ut hæres qui rogatus est restituere superfluum hæreditatis possit diminuere pro dodrante, quadrante fideicommissario conservato. Deinde constituit, ut si dodrans non sufficiat hæredi, et hæres alia bona non habeat, possit etiam ex quadrante sumere justa ex causa, ergo dodrantem omnino alienare potest, ex quadrante justa ex causa sumet, ut dotis, alimentorum, redimendorum captivorum causa. Tum constituit, ut hæres caveat fideicommissario de quadrante illo illi servando et restituendo. Hæc constituit posita specie de liberis, qui rogati erant hæreditatis superfluum fratribus suis restituere. Idem porrigit etiam ad cognatos et extraneos quoscunque. Ideo Julianus Antecessor, qui Novellas in compendium redegit, recte putat, extraneum hæredem posse hoc etiam casu de quadrante sumere, si alia bona non habeat, dotis vel donationis constituendæ causa. Accursius in *Nov.* 130. quia diminutio illi permittitur. Aliud enim dicendum, si hæres extraneus simpliciter rogetur hæreditatem restituere: non enim poterit diminuere ne dotis quidem causa, quoniam hoc voto testatoris non congruit. Aliud est, si filius: id enim voto convenit testatoris: extraneis non solemus dotes constituere. Notandum ex *Nov.* 108. liberos etiam rogatos restituere cavere de fideicommisso: nam Justin. exigit, ut caveat fideicommissario de quadrante servando. Objicitur *l. jubemus*, §. 1. *C. ad Trebell.* Ea lex liberis rogatis restituere remittit onus cautionis, si rogati sint restituere nepotibus, id est, suis filiis: nam filius a patre non exigit satisdationem fideicommissi, nisi duobus casibus. Unus, si avus caveri ita jusserit nepoti: alter, si pater vel mater qui sunt onerati fideicommisso secundas nuptias contraxerint: his duobus casibus filius satisdationem exigit, non aliter. Verum hoc videtur stare non posse, ut his casibus exigant satisdationem. Satisdatio est, cum fidejussores dantur, non nuda promissio: nam aut filius est in potestate, aut sui juris: si est in potestate, non exiget satisdationem a patre, sed si pater avertat fideicommissum et dissipet bona, quid fiet? Repræsentabitur filio fideicommissum: nam satisdatio non repræsentatur. Hoc est ex decreto Adriani, et filius dum vivet, in eo erit pro patrefamilias. Non tamen, ut possit de eis testari, *l. Imperator*, *hoc t.* Hoc si sit in potestate. Quod si sit sui juris, non exiget etiam satisdationem a patre, sed contentus esse debet nuda cautione, *l. filio inf. ut legat. nom. cav.* At lex *jubemus* exigit satisdationem. Manifestum ergo est, satisdationem ibi accipiendam pro cautione nuda. Ideo Justinianus in *Novell.* 22. §. *placet*, refert constitut. *l. jubemus*, et pro satisdatione, vertit ἀσφάλειαν, quo verbo significatur nuda cautio, *l.* 3. *C. de verb. sign.* Ergo illis duobus casibus, filius sui juris exiget a patre nudam cautionem. Imo videtur omnibus casibus exigenda ex *Nov.* 108. Ait enim, liberos rogatos restituere, debere cavere. Dicendum est, Novellam loqui de liberis rogatis restituere suis fratribus: eis cavent de quadrante: *l. jubemus*, loquitur de liberis testatoris rogatis restituere suis filiis: eis non cavent, nisi duobus casibus. Quærit hic Bartolus, an is, cui restituitur superfluum hæreditatis, sit Trebellianus fideicommissarius, id est, an actiones in eum transeant pro rata superflui? videntur non transire ex *l. cogi*, §. *inde quæritur*, *hoc t.* nam res ei restituitur, et quantitas potius, quam hæreditas: ideo cessabit Trebellianum. Verius tamen est, Trebellianum esse fideicommissarium, et actiones transire pro rata: alioquin hæc lex *Titius* non pertinet ad hunc titulum: et lex *cogi* non obstat: loquitur enim de eo qui rogatus est restituere superfluum deductis oneribus: ideo non habetur pro fideicommissario.

FINIS.

GRÆCARUM DICTIONUM

QUÆ IN HOC SEPTIMO TOMO CONTINENTUR

INTERPRETATIO

Pag. 4 κατὰ τοῦ αὐτοῦ, ad eandem rem notandam.
pag. 5 ἀπ̓οκοπὴ, apocope.
pag. 6 ῥάδιον, facile.
πηδάλιον : gubernaculum.
δίκαιον, etc. justum a justitia.
δῶρον, donum.
τ̈χνη, ars boni et æqui.
pag. 10 τοὺς νόμους πολιτικοὺς, leges Civitatum.
χρειῶδες, utile.
pag. 11 παράδοξον, inopinatum.
ἀναγκαιότης, necessitudo ex cognatione.
φιλότητα, familiaritatem.
pag. 12 κατὰ τῶν νομοθετουμένων, adversus ea, quæ legibus statuta sunt.
pag. 15 τὸ νόμιμον, legitimum, et æquum.
τὸ νόμιμον, legitimum, justum.
pag. 18 ἐριστικὴ, contentionis amans.
ταύτης, hujus scientiæ.
pag. 22 περὶ σαρκοφαγίας, de carnium esu.
pag. 32 ὥσπερ, quasi enim pars.
pag. 35 παλλιγγενεσίαν, novum ortum.
pag. 39 ὁ γὰρ, is enim noluit.
pag. 42 ἄρτος, panis, et opus servis.
pag. 44 δειπνοσοφιστῶν, dipnosophistarum.
pag. 45 δοῦλος, servus peccati.
ἐν κτήσει, possessione.
ἐν ὑποταγῇ, in subjectione.
pag. 51 ἐπάνω supra leges.
pag. 59 τῶν νόμον, etc. legum quædam scriptæ, alia sine scripto.
νόμον, legem.
δίκαιον, jus.
pag. 64 συνθήκη, κοινὴ τῆς πόλεως, communis Civium consensus.
ὁμολόγισμα, etc. Civium communis sponsio.
pag. 70 πολιτικὸν, politicum.
pag. 76 ἐξ ἀντιῤῥησέως, ex contradictione.
pag. 82 δίκαιον, jus distribuens.
pag. 83 θεωρετικὴν, præcipientem.
pag. 86 τὸ κράτος ἄρκατον, potestas mera.
pag. 91 ἐκ τῶν στρατηγῶν, de municipalibus magistratibus.
pag. 106 διδάκτροις, minervalibus, magistrorum præmiis.
pag. 121 ἀκόλουθον, quod magistratum comitatur, consequitur.
pag. 126 ἀρχικώτερα, imperii magis.
τὸ ἐπιτάττειν, mandare est magis imperii.
συγκριτικῶς, comparative.
θετικῶς, positive.
pag. 135 εὐτελεστέρων, faciliorum causarum.
pag. 136 μηδὲν, nihil ab iis recedere.
πρόγραμμα, propositum scriptum.
pag. 137 σαφῶς, aperte scribi.
ἐν, in tabulis dealbatis.
pag. 138 παθεῖν, pati, et luere.

pag. 145 ἐκδίκοι, plebis defensores.
τάξιν, magistratuum imperium.
pag. 163 ἀντητείνειν, similem legem contra pati.
pag. 164 ἁπλῶς, simpliciter.
κατὰ, ex eo quod judici videbitur.
pag. 178 χωρὶς τῶν ϛρατηγῶν, magistratibus municipalibus exceptis.
pag. 180 δύο πέρατα, duo termini.
pag. 202 ἐκ τῶν προκαθεζομένων, etc. ex Præsidibus, et Assessoribus, et sistentibus in jus, et litigantibus, et procuratoribus.
τὰ πρῶτα, primam partem Digestorum.
pag. 203 πᾶς δὲ δικαϛὴς, omnis autem judex.
δικαϛικὰ, sportulariæ pecuniæ.
δικαίων, legum, et experimenti.
pag. 205 μεσῖται, mediatores.
pag. 214 ἑρμηνευτ. ad interpretandum, non ad disjungendum.
pag. 217 ἀνάπηρος, cœcus.
pag. 246 μὴ εἰσαγώγιμον, etc. actionem non competere.
pag. 248 ἑξαπέλεκυν, cui sex fasces præferuntur.
pag. 253 μετὰ προκάταρξιν, non a primordio.
δέκα ἡμέρας, etc. decem dierum spatium habet.
pag. 257 καὶ ἀσύστατον, et quod consistere non poterit.
pag. 277 αὐτομάτως, ultro.
pag. 285 φυσικὸν, naturalis portio.
pag. 304 ἐὰν, si pars judicantium.
pag. 321 τῶν, etc. eorum, quæ secundum quid.
pag. 323 τῇ, charitate.
pag. 359 κατὰ, per circumscriptionem.
κατὰ πλάτος, latius.
pag. 361 κινούμενα, etc. moventia, se ipsa moventia.
παρὰ, ex eo quod in solo moveantur.
pag. 367 καὶ τ' ἀγεληδὸν ἴασιν, et gregatim incedunt.
pag. 368 ἄδοξον, quod ne opinari quidem potest.
ἡνομένα, unita.
pag. 369 ἔλεγχον, probatio ex accidenti.
pag. 375 περὶ, de commixtione.
pag. 400 ἀκρίβειαν, jus summum.
pag. 417 διϛακτικὸν, subdubium.
pag. 421 οἱ, qui venales sunt.

pag. 455 ἐν, accessionis vice.
pag. 460 ἀνεργάϛω, infecto.
pag. 469 παραδιαζεύξις, disjunctio.
pag. 473 ἀναπόδοτος, non ut reddatur.
pag. 475 ἐὰν τῶν ἀλλοτρίων, etc. si ædem alienam bona fide, non mala.
μικρῷ καταϛοιχείῳ, parvo elementorum libro.
pag. 478 βούλεται, vult ordo.
ὁ τὸν ἀλλότριον, etc. qui alienas ædes mala fide.
pag. 481 ὀνοματ. nomenclator.
pag. 483 καὶ οἱ δυναμένοι, etc. et qui potuerunt percipi.
pag. 516 οὐδεὶς, etc. nemo mortuorum reliquias vendat.
λείψανα, reliquiæ uvarum.
pag. 532 ὀξύμωρον, acutifatuum.
pag. 539 ἀπομνημόνευτος, etc. pecuniarum, de quibus memoria non est, depositio.
pag. 553 πλάττεται, fingit.
pag. 565 θηριώδης, ferinus.
pag. 593 ἐπικείμενα, quæ imposita sunt iis, quæ subsunt.
pag. 596 ἔμψυχον, jus animatum.
pag. 600 ἐμβατευτικὸν, superficiarium.
pag. 609 παροικικῷ, colonario.
pag. 612 δουλεία, servitus.
περὶ, de servitute.
pag. 630 ποιότητα, qualitatem et quale.
pag. 686 χαρίζομαι, gratificor.
pag. 691 ἑξάφορον, quam sex gerunt, vel octo.
pag. 811 δοκεῖ, etc. Rupisse videtur rationes, qui eas delevit.
pag. 840 καὶ ἐντεῦθεν ἐλουπησθη τῇ πόλει, ibique reliquatus erat Urbi.
pag. 851 τὸ λοιπὸν μέρος, etc. reliquam partem, ut potuerit, adjudicet Judex.
δύναται, etc. potest uni ex hæredibus partem adjudicare, quæ testatoris fuerat.
pag. 912 θετικῶς, positive.
pag. 964 παχυμερῶς, crassius, summatim.
pag. 968 χρυσοκόλλα, auri glutinum.
pag. 969 ἄπορος λόγος, anceps sermo.
pag. 988 ἄγειν, καὶ φέρειν διαφέρει, agere, et ferre differunt, aguntur animata, feruntur inanimata.
pag. 990 ἀποκαταϛατικὴν ἀγωγὴν, actionem ad exhibendum.
pag. 998 χάρις χάριν φέρει, gratia gratiam fert.

pag. 1010 αἰνεῖ παλαιὸν, etc. lauda vetus vinum, desine novum celebrare.
pag. 1011 ἄτοπον τὸν μὲν οἶνον, etc. novum quidem vinum celebremus multum.
pag. 1050 τὸ δὲ τί, qualitatem separat.
λεπτότατον τοῦ χαλκοῦ νομίσματος, tenuissimum æneі numismatis.
pag. 1054 ἀθετούμενον ἀπὸ τοῦ ἀθετεῖν, irritum, abs abolere.
pag. 1064 ἐπὶ τοῦ δανείου, etc. in mutuo quædam adversus jus summum, et contra juris regulas recepta sunt.
pag. 1071 πλαγιάζεσθαι, inflexæ.
pag. 1075 δόσις, datio non ut reddatur.
ἀσύστατος, quæ stare nequit ex opposito.
pag. 1158 ἐτυμολ. etymologiam.
pag. 1185 κατὰ παρακολούθησιν, per consequentias.
pag. 1186 καὶ ὑπὲρ τὸ μέτρον, etc. et pro modo pretium minuitur.
pag. 1198 ἐμπορικῶς, mercatorum more.
ἀμφιβολ. duplicem sensum.
pag. 1205 καθολικὸν, notum.
pag. 1222 διαφόροις τελέσιν ὑποκεῖσθαι, pluribus impensis obnoxium.
ἐμφυτευτικὸν, superficiarium.
pag. 1245 περιστόμιον, operculum.
τοῦ φρέατος σκέπασμα, putei tegumentum.
φρέαρ, puteus.
pag. 1249 προκαλύμματα φασὶν, etc. tegumenta dicunt ex caprarum pilis, quæ quidem Cilicia vocant.
ἐξ αἰγειῶν, etc. ex caprarum pilis, quæ dicuntur Cilicia.
pag. 1292 χειρόσοφος, manu sapiens, manu peritus.
pag. 1334 ἀνώνυμοι, innominati. *sic* 1344.
pag. 1335 οὐκ ἐστὶ πρᾶσις, etc. non est venditio, sed permutatio.
pag. 1338 ἀνώνυμος, innominatus.
pag. 1342 ἀντιστροφος, oppositus.
pag. 1360 ἀκρίδες, locustæ.
pag. 1382 περὶ εὐσαρκίας, de bona valetudine.
pag. 1385 δωροδοχείαν, munerum acceptionem.
pag. 1397 παιδογραφίαι, liberorum scriptæ professiones.
pag. 1432 ἑρμηνευτικὸν, proxeneticum.
pag. 1481 καθ᾽, ex immutatione.
pag. 1502 ἀδυνατὸς, impossibilis.
pag. 1503 ἑκατὸν, centies decena millia.
pag. 1503 ἀπόρου, perplexæ.
pag. 1505 θετικῶς, positive, non comparative.
pag. 1544 τῶν ἐν τῇ ψυχῇ μαθημάτων σύμβολα, eorum quæ in animo versantur, signa.
pag. 1545 φωνοῦσι, sonant etiam articulis carentem sonum.
pag. 1558 παραδιάζευξις, disjunctio.
τῷ λεγάτῳ τῶν βουρδονιῶν, etc. legato burdonum, et mulæ continentur.
pag. 1566 τελείως, perfecte.
κατά τι, secundum quid.
pag. 1568 τὸ πᾶν παρακρατεῖ ὁ πατὴρ, ex integro pater obtinebit.
pag. 1575 παραλόγως, præter rationem.
pag. 1600 παρ᾽ ἑαυτοῦ, eodem pacto.
pag. 1615 αὐτομάτως, sponte.
pag. 1619 ἐπιτέτραπται, permissum est tenuioribus.
pag. 1634 παρὰ κανόνας, adversus regulas.
pag. 1644 αἱ χάριν ἀντειμε ιψέως γραφαὶ, scripturæ compensationis gratia.
pag. 1743 ἐὰν, si.
pag. 1744 συναπτικὴ, conjungens.
ἐπὰν, quando.
ἐὰν ἀρέσωσιν, si animo erunt.
pag. 1745 περιληπτικὰ, comprehendentia.
χορὸς, chorus quidem canentium est cœtus.
pag. 1771 ἐν, initio.
ὕστερον, postremo.
pag. 1791 νόμιζω, puto dicitur in re dubia.
pag. 1809 παραλληλισμὸς, ejusdem vocis repetitio.
pag. 1811 δικαιογαμίας, de justis nuptiis.
ἐλλείπει, deficit.
pag. 1819 ῥόγαν, erogare.
τὴν τῶν βασιλέων, etc. regum benefactum, et benignitatem.
pag. 1842 παρακατίθεμαι, tibi commendo.
pag. 1843 σώματα, corpora, servi.
δουλοσώματα, servorum corpora.
pag. 1851 καὶ δωρεὰς ἄλλοις καταλέλοιπε, et legata aliis reliquit.
τῶν κληρῶν, καὶ τῶν δορεῶν, hæreditatem, et legatorum.
τὴν δορεὰν καταλήφθησαν, legatum acceperunt.
pag. 1854 ὁμῶς, simul.
ἀλάζων, audax.
pag. 1857 τὰ ἐπικείμενα τοῖς ὑποκειμένοις, quæ supersunt iis, quæ subjacent.
pag. 1867 τὴν μὲν ἀναγωγὴν ὡς βιασόμενος, etc.

INDEX ALPHABETICUS
TITULORUM DIGESTORUM
IN HOC SEPTIMO TOMO
A JACOBO CUJACIO
EXPLICATORUM.

*Ubi qui de novo adjecti fuerunt per Annibalem Fabrottum hoc signo * notantur.*

A

C

D

F

H

I

L

N

O

P

Q

R

S

T

U

INDEX ALPHABETICUS
LEGUM DIGESTORUM
IN HOC SEPTIMO TOMO
A JACOBO CUJACIO
EXPLICATARUM.

D

F

L

M

N

O

P

T

V

FINIS.